

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**PARECER CONSULTIVO OC-24/17
DE 24 DE NOVEMBRO DE 2017
SOLICITADO PELA REPÚBLICA DA COSTA RICA**

IDENTIDADE DE GÊNERO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO A CASAS DO MESMO SEXO

OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM RELAÇÃO À MUDANÇA DE NOME, À IDENTIDADE DE GÊNERO E AOS DIREITOS DERIVADOS DE UM VÍNCULO ENTRE CASAS DO MESMO SEXO (INTERPRETAÇÃO E ALCANCE DOS ARTIGOS 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1º DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS)

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes:

Roberto F. Caldas, Presidente;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vice-Presidente;
Eduardo Vio Grossi, Juiz;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;
Elizabeth Odio Benito, Juiz;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz e
L. Patricio Pazmiño Freire, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com o estabelecido no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante "a Convenção Americana" ou "a Convenção") e com os artigos 70 a 75 do Regulamento da Corte (doravante "o Regulamento") profere o Parecer Consultivo a seguir, que se estrutura na seguinte ordem:

ÍNDICE

I. APRESENTAÇÃO DA CONSULTA

II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

III. COMPETÊNCIA E ADMISSIBILIDADE

- A. Sobre a competência consultiva da Corte no presente pedido
- B. Sobre os requisitos de admissibilidade do pedido

IV. CONSIDERAÇÕES GERAIS

- A. Glossário
- B. Quanto ao presente pedido de Parecer Consultivo
- C. Sobre a estrutura do presente Parecer Consultivo

V. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

VI. O DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS LGBTI

- A. Sobre o direito à igualdade e não discriminação
- B. Sobre a orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero, como categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção
- C. Sobre as diferenças de tratamentos discriminatórios

VII. O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E OS PROCEDIMENTOS DE MUDANÇA DE NOME

- A. Sobre o direito à identidade
- B. Sobre o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito ao nome e o direito à identidade de gênero
- C. Sobre o procedimento de pedido de adequação dos dados de identidade de acordo com a identidade de gênero autopercebida
 - a) O procedimento focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida
 - b) Devem basear-se apenas no consentimento livre e informado do requerente sem qualquer exigência quanto as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes
 - c) Os procedimentos e mudanças, correções ou adequações nos registros devem ser confidenciais e os documentos de identidade não devem refletir as mudanças da identidade de gênero
 - d) Os procedimentos devem ser expeditos e devem tender à gratuidade
 - e) Sobre a exigência de certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais
 - f) Os procedimentos relativos às crianças
 - g) Sobre a natureza do procedimento
- D. Sobre o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica

VIII. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS VÍNCULOS ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO

- A. A proteção convencional do vínculo entre casais do mesmo sexo
- B. Os mecanismos pelos quais o Estado poderia proteger as famílias diversas

IX. PARECER

I. APRESENTAÇÃO DA CONSULTA

1. Em 18 de maio de 2016, a República da Costa Rica (doravante "Costa Rica" ou "Estado solicitante"), com fundamento nos artigos 64.1 e 64.2¹ da Convenção Americana e em conformidade com o estabelecido nos artigos 70² e 72³ do Regulamento, apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre a interpretação e alcance dos artigos 11.2,⁴ 18⁵ e 24⁶ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1º⁷ do mesmo instrumento (doravante "o pedido" ou "a consulta"). Em particular, a Costa Rica apresentou o pedido de Parecer Consultivo para que o Tribunal se pronuncie sobre⁸ :

- a. "[A] proteção oferecida pelos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1º da CADH, para o reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um".
- b. [A] compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica⁹, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejem optar por uma mudança de nome baseada na sua identidade de

1 Art. 64 da Convenção Americana: "1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais."

2 Art. 70 do Regulamento da Corte: "1. As solicitações de parecer consultivo previstas no art. 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte. 2. As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que originam a consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados. 3. Se o pedido de parecer consultivo é de outro órgão da OEA distinto da Comissão, deverá precisar, além do indicado no inciso anterior, de que maneira a consulta se refere à sua esfera de competência."

3 Art. 72 do Regulamento da Corte: "1. A solicitação de parecer consultivo formulada conforme o art. 64.2 da Convenção deverá indicar: a. as disposições de direito interno, bem como as da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos que são objeto da consulta; b. as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter o parecer da Corte; c. o nome e endereço do Agente do solicitante. 2. O pedido será acompanhado de cópia das disposições internas a que se refere a consulta."

4 Art. 11.2 da Convenção Americana: "Proteção da Honra e da Dignidade. [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação."

5 Art. 18 da Convenção Americana: "Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.."

6 Art. 24 da Convenção Americana: "Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei."

7 Art. 1º da Convenção Americana: "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. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano."

8 O texto completo do pedido pode ser consultado no site da Corte no link a seguir: http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf.

9 O art. 54 do Código Civil da Costa Rica estabelece o seguinte: "Todo costarricense inscrito no Registro Civil pode mudar seu nome com a autorização do Tribunal, o que será feito mediante os procedimentos da jurisdição voluntária promovida para esse fim."

gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção".

- c. [A] proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24 em relação ao artigo 1º da CADH, para o reconhecimento de direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo".

2. A Costa Rica apresentou as considerações que originaram a consulta e observou que:

"[o] reconhecimento dos direitos humanos derivados da orientação sexual e da identidade de gênero se caracterizam como um processo diferente nos vários Estados integrantes do Sistema Interamericano." Observou que "[é] possível vislumbrar um amplo espectro de casos, desde países que reconheceram de maneira plena os direitos às pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, e intersex, até aqueles Estados membros que, nos dias de hoje, mantêm vigentes leis proibitivas contra qualquer forma de convivência e expressão contrária à heteronormatividade, ou que foram omissos no reconhecimento dos direitos relativos a estas populações.

Da mesma forma, "reconhec[eu] que a [...] Corte IDH, nos casos *Atala Riffo e Crianças Vs. Chile* e *Duque Vs. Colômbia*, determinou como uma categoria de discriminação protegida pela Convenção, as ações que denigrem as pessoas em razão tanto de sua identidade de gênero como, especialmente nestes casos, de sua orientação sexual."

Não obstante o que precede, indicou que "surgem dúvidas com respeito ao conteúdo da proibição de discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero ou, em outras palavras, persistem desafios para determinar se certos atos se encontram protegidos por esta categoria de discriminação. " A este respeito, afirmou que "uma interpretação da Corte IDH sobre os padrões indicados acima representaria uma contribuição fundamental para o Estado da Costa Rica e para todos os países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, toda vez que permitiria adaptar o ordenamento interno aos padrões interamericanos, em garantia das pessoas e de seus direitos. Isto é, permitiria fortalecer e dirigir a atuação dos Estados no sentido do pleno cumprimento das obrigações em relação a estes Direitos Humanos."

Finalmente, "consider[ou] necessário que a Corte emita sua opinião com respeito à convencionalidade da prática consistente em exigir das pessoas que desejam alterar seus nomes por motivos de identidade de gênero, seguir o procedimento de jurisdição voluntária previsto no artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica." A este respeito, mencionou que "este processo implica gastos para a pessoa solicitante e representa uma espera demorada, consulta-se se a aplicação dessa norma aos casos antes referidos é contrária aos direitos das pessoas."

3. Com base no exposto, a Costa Rica apresentou à Corte as seguintes perguntas específicas

1. "Levando em consideração que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido nos artigos 11.2 e 18 da Convenção, esta proteção e a CADH contemplam a obrigação do Estado de reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?"

2. "Caso a resposta à consulta anterior for afirmativa, poderia considerar-se contrário à CADH que a pessoa interessada em modificar seu nome próprio possa ter acesso apenas a um processo judicial sem que exista um procedimento para tanto em via administrativa?"

3. "Poderia ser entendido que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado, de acordo com a CADH, no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome próprio a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo judicial ali contemplado, mas que o Estado deve prover a estas pessoas um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?"

4. "Tomando em consideração que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da CADH, além do estabelecido no artigo 11.2

da Convenção, essa proteção e a CADH implicam que o Estado deve reconhecer todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?”, e

5. “Caso a resposta anterior seja afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regulamente os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam desta relação?”

4. A Costa Rica designou a Sra. Ana Helena Chacón Echeverría, Vice-Presidente da República, o Sr. Marvin Carvajal Pérez, Diretor Jurídico da Presidência da República e a Sra. Eugenia Gutiérrez Ruiz, Diretora Jurídica Interina do Ministério de Relações Exteriores e Culto, como agentes do Estado.

II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. Mediante notas de 12 de agosto de 2016, a Secretaria da Corte (doravante “Secretaria”), em conformidade com o disposto no artigo 73.1¹⁰ do Regulamento, transmitiu a consulta aos demais Estados membros da Organização dos Estados Americanos (doravante “OEA”), ao Secretário-Geral da OEA, ao Presidente do Conselho Permanente da OEA, ao Presidente da Comissão Jurídica Interamericana e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Comissão Interamericana” ou “Comissão”). Nessas comunicações, informou-se que o Presidente da Corte, em consulta ao Tribunal, havia determinado a data de 9 de dezembro de 2016 como prazo para a apresentação das observações escritas a respeito do pedido acima mencionado. Da mesma forma, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o estabelecido no artigo 73.3¹¹ do referido Regulamento, a Secretaria, mediante notas de 12 de agosto de 2016, convidou diversas organizações internacionais e instituições da sociedade civil, bem como instituições acadêmicas da região a enviarem no mesmo prazo suas opiniões escritas sobre os pontos submetidos à consulta. Finalmente, foi realizado um convite aberto através do sitio *web* da Corte Interamericana a todos os interessados em apresentar sua opinião escrita sobre os pontos submetidos à consulta. O prazo previamente estabelecido foi prorrogado até 14 de fevereiro de 2017, de maneira que os participantes contaram com aproximadamente seis meses para a remessa de suas apresentações.

6. O prazo concedido expirou e foram recebidas na Secretaria os seguintes escritos de observações¹²:

a. *Observações escritas apresentadas pelos Estados integrantes da OEA:*

- 1) Argentina;
- 2) Bolívia;
- 3) Brasil;
- 4) Colômbia;
- 5) Guatemala;
- 6) Honduras;
- 7) Estados Unidos do México;
- 8) Panamá, e

¹⁰ Art. 73.1 do Regulamento da Corte: “Uma vez recebido um pedido de parecer consultivo, o Secretário enviará cópia deste a todos os Estados-membros, à Comissão, ao Conselho Permanente por intermédio da sua Presidência, ao Secretário-Geral e aos órgãos da OEA a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se for pertinente.”

¹¹ Art. 73.3 do Regulamento da Corte: “A Presidência poderá convidar ou autorizar qualquer pessoa interessada para que apresente sua opinião por escrito sobre os itens submetidos a consulta. Se o pedido se referir ao disposto no art. 64.2 da Convenção, poderá fazê-lo mediante consulta prévia com o Agente.”

¹² O pedido de parecer consultivo apresentado pela Costa Rica e as observações escritas e orais dos Estados participantes, da Comissão Interamericana, bem como dos organismos internacionais e Estatais, associações internacionais e nacionais, instituições acadêmicas, organizações não governamentais e pessoas da sociedade civil, pode ser consultado no site da Corte no seguinte link: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1671.

- 9) Uruguai;
- b. *Observações escritas apresentadas por órgãos da OEA:*
 - 10) Comissão Interamericana de Direitos Humanos;
- c. *Observações escritas apresentadas por organizações internacionais:*
 - 11) Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos;
- d. *Observações escritas apresentadas por organismos estatais:*
 - 12) Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal do México;
 - 13) Defensoria dos Habitantes da República da Costa Rica;
 - 14) Defensoria Pública da União (DPU) do Brasil e outras Instituições;
 - 15) Defensoria Geral da Nação Argentina;
 - 16) Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro;
 - 17) Ministério Público da Defesa da Cidade Autônoma de Buenos Aires, e
 - 18) Procuradoria-Geral da Nação Argentina;
- e. *Observações escritas apresentadas por associações internacionais e nacionais, instituições acadêmicas e organizações não governamentais:*
 - 19) ADF International;
 - 20) Amicus D.H., A.C.;
 - 21) Associação Civil 100% Diversidade e Direitos;
 - 22) Associação OTD Chile;
 - 23) Associação de Travestis, Transsexuais e Transgêneros da Argentina e da Rede de Pessoas Trans da América Latina e Caribe;
 - 24) Associação Frente pelos Direitos Igualitários, Associação Cidadã ACCEDER, Associação Movimento Diversidade pro Direitos Humanos e Saúde, Associação Transvida e Associação Centro de Pesquisa e Promoção para a América Central (CEPPAC);
 - 25) Associação para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos "Xumek";
 - 26) Centro Australiano de Direitos Humanos, Faculdade de Direito da UNSW;
 - 27) *Avocats Sans Frontières Canadá et la Clinique Internationale de défense des droits humains de I'UQAM*;
 - 28) *Center for Family and Human Rights (C-Fam)*;
 - 29) Centro de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Equador;
 - 30) Centro da Direito Internacional;
 - 31) Centro de Estudos sobre Direitos Humanos (CEDH) e Curso de Especialização em Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, pertencente à Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Centro da Província de Buenos Aires (UNICEN);
 - 32) Centro para a Promoção e Defesa dos Direitos Sexuais e Reprodutivos - PROMSEX;
 - 33) Centro Guadalupe Vida e Família de Porto Rico;
 - 34) Círculo de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Pacífico do Peru;
 - 35) Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL), Associação LGTB Arcoíris de Honduras, Associação REDTRANS-Nicarágua, Centro Internacional para a Promoção dos Direitos Humanos (CIPDH), Centro de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos para a América Central, Coalizão contra a Impunidade, Comitê de Familiares dos Presos Desaparecidos em Honduras, Comunicando e Capacitando Mulheres Trans, Fundação de Estudos para a Aplicação do Direito, Mulabi / Espaço Latino Americano de Sexualidades e Direitos, e Unidade de Atenção Psicológica, Sexológica e Educacional para o Crescimento Pessoal, AC;
 - 36) César Norberto Bissutti, Juliana Carbó, Gisela Vanesa Hill, Antonela Sabrina Rivero, Estefanía Watson, e Leandro Anibal Ardoy, integrantes da Clínica Jurídica de Direitos Humanos da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional do Litoral, de Santa Fé, Argentina;
 - 37) Clínica Jurídica de Direitos Humanos e Iniciação Científica (*Semillero* em espanhol) em Direito Internacional da Pontifícia Universidade Javeriana, em Cali;

- 38) Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais;
- 39) Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná;
- 40) Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (Clínica DHDA/UEA);
- 41) Clínica de Interesse Público contra o Tráfico de Pessoas do Instituto Tecnológico Autônomo do México e do Grupo de Ação para os Direitos Humanos e a Justiça Social A.C.;
- 42) Clínica Jurídica de Interesse Público "Grupo de Ações Públicas" da Faculdade de Jurisprudência da Universidade del Rosario da Colômbia;
- 43) Clínica Jurídica da Universidade de San Andrés, Argentina;
- 44) Comissão Colombiana de Juristas;
- 45) Dejusticia;
- 46) Dezesesseis organizações de direitos humanos que fazem parte da Coalizão de Organizações LGBTTTI perante a OEA: Colômbia Diversa; Akahatá; Associação Alfíl; Associação Panambi; Centro de Promoção e Defesa dos Direitos Sexuais e Reprodutivos (Promsex); Coletivo de Mulheres e Saúde; Fundação Diversencia; *Heartland Alliance - Global Initiatives for Human Rights (GIHR)*; Liga Brasileira de Lésbicas; Letra S, AIDS, Cultura e vida cotidiana, A.C.; Otrans – Rainhas da noite; Ovelhas Negras; Rede Mexicana de Mulheres Trans; Rede Latino-Americana e do Caribe de Pessoas Trans (Redlactrans); Oficina de Comunicação Mulher; e UNIBAM;
- 47) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Chile;
- 48) Faculdade de Direito da Universidade Veracruzana;
- 49) Faculdade de Direito de Tijuana da Universidade *Autônoma da Baja California*;
- 50) Fundação Iguais;
- 51) Fundação Myrna Mack;
- 52) Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS;
- 53) Grupo de estudantes da Escola Livre de Direito do México. Coordenadores: Daniel Esquivel Garay, Marianna Olivia Loredó Celaya, Claudio Martínez Santistevan. Integrantes: Aranza Bello Brindis; Daniela Morales Galván Duque; Eduardo González Ávila; Alejandra Muñoz Castillo Rosete Mac Gregor; Jimena Pulliam de Teresa, Carlos Rodolfo Ríos Armillas. Assessor: Bel. Elí Rodríguez Martínez;
- 54) Grupo de Investigação de Problemas Contemporâneos do Direito e da Política (GIPCODEP), afiliado à Faculdade de Direito e Ciências Política da Universidade de San Buenaventura, Cali;
- 55) "Humanismo e Legalidade", "Ixtlamatque Ukari A.C" e "La Cana Projeto de Reintegração Social";
- 56) Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Laura Melisa Posada Orjuela e Hans Alexander Villalobos Díaz, membros do Observatório de Intervenção Cidadã Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Livre de Bogotá;
- 57) Karla Lasso Camacho e María Gracia Naranjo Ponce, estudantes da Clínica Jurídica da Universidade de São Francisco de Quito;
- 58) LIBERARTE Assessoria Psicológico;
- 59) Movimento Diversidade Pró Direitos Humanos e a Saúde;
- 60) Natalia Castro e Gerardo Acosta, membros do Grupo de Litigio de Interesse Público da Universidade do Norte;
- 61) Rede Lésbica CATRACHAS de Honduras;
- 62) Parlamentares para Ação Global;
- 63) *The Impact Litigation Project of the Center for Human Rights & Humanitarian Law at American University Washington College of Law*;
- 64) The John Marshall Law School International Human Rights Clinic;
- 65) Universidade Centro-Americana José Simeón Cañas, e

f. Observações escritas apresentadas por pessoas da sociedade civil:

- 41) Alicia I. Curiel, Profesora Regular Adjunta de Derechos Humanos y Garantías da *Universidad de Buenos Aires* e Luciano Varela, Mestrando em Direitos Humanos da *Universidad Nacional de la Plata*;
- 42) Cristabel Mañón Vallejo, Nahuiquetzalli Pérez Mañón e José Manuel Pérez Guerra;
- 43) Damián A. González-Salzberg, Docente e Pesquisador em Direito Internacional dos Direitos Humanos da *University of Sheffield*;
- 44) Daniel Arturo Valverde Mesén;
- 45) Elena Hernáiz Landáez;
- 46) Erick Vargas Campos;
- 47) Hermán M. Duarte Iraheta;
- 48) Hermilo Lares Contreras;
- 49) Ivonei Souza Trindade;
- 50) Jorge Alberto Pérez Tolentino;
- 51) José Benjamín González Mauricio, Andrea Yatzil Lamas Sánchez, Izack Alberto Zacarías Najjar, Rafael Ríos Nuño, Carlos Eduardo Moyado Zapata e Kristyan Felype Luis Navarro;
- 52) Josefina Fernández, Paula Viturro e Emiliano Litardo;
- 53) Luis Alejandro Álvarez Mora e María José Vicente Ureña;
- 54) Luis Chinchilla, Nadia Mejía, Isiss Turcios e Larissa Reyes;
- 55) Luis Peraza Parga;
- 56) María Fernanda Téllez Girón García, Giovanni Alexander Salgado Cipriano, Yoceline Gutiérrez Montoya e Daniela Reyes Rodríguez;
- 57) Michael Vinicio Sánchez Araya;
- 58) Monseñor Óscar Fernández Guillén, Presidente e representante da Conferência Episcopal Nacional da Costa Rica;
- 59) Pablo Stolze, Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia;
- 60) Paul McHugh;
- 61) Paula Siverino Bavio;
- 62) Rossana Muga Gonzáles, Investigadora del *Centro de Investigación Social Avanzada* (CISAV-México);
- 63) Tamara Adrián e Arminio Borjas;
- 64) Víctor Alonso Vargas Sibaja e Jorge Arturo Ulloa Cordero;
- 65) Xochithl Guadalupe Rangel Romero, Professora pesquisadora da Universidade Autônoma de *San Luis de Potosí*, e
- 66) Yashín Castrillo Fernández.

7. Uma vez concluído o procedimento escrito, em 31 de março de 2017, a Presidência da Corte, de acordo com o disposto no artigo 73.4 do Regulamento,¹³ emitiu uma Resolução,¹⁴ mediante a qual convocou uma audiência pública e convidou os Estados Membros da OEA, o seu Secretário-Geral, o Presidente do Conselho Permanente da OEA, o Presidente da Comissão Jurídica Interamericana, a Comissão Interamericana e os membros de diversas organizações internacionais, da sociedade civil, instituições acadêmicas e pessoas que apresentaram observações escritas, com o objetivo de apresentar ao Tribunal seus comentários orais a respeito da consulta.

¹³ Art. 73.4 do Regulamento do Tribunal: "[U]ma vez concluído o procedimento escrito, a Corte decidirá quanto à conveniência ou não de realizar o procedimento oral e fixará a audiência, a menos que delegue essa última tarefa à Presidência. No caso do previsto no art. 64.2 da Convenção, será realizada uma consulta prévia ao Agente."

¹⁴ Cf. Pedido de Parecer Consultivo OC-24. Convocatória de audiência. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de março de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_31_03_17.pdf.

8. A audiência pública foi realizada nos dias 16 e 17 de maio de 2017, durante o 118º Período Ordinário de Sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na cidade de San José, Costa Rica.

9. Compareceram perante a Corte as seguintes pessoas:

Pelo Estado da Costa Rica: Ana Helena Chacón Echeverría, Segunda Vice-Presidente da República; Marvin Carvajal Pérez, Diretor Jurídico da Presidência da República; Eugenia Gutiérrez Ruiz, Diretora Jurídica Adjunta, Ministério das Relações Exteriores e Culto; Emilio Arias Rodríguez, Ministro do Desenvolvimento Humano e Inclusão Social; Alejandra Mora Mora, Ministra da Condição da Mulher; María Fulmen Salazar, Vice-Ministra da Segurança Pública; William Vega Murillo, Assessor, Vice-Ministério de Assuntos Políticos e Diálogo Cidadão, Ministério da Presidência; Luis Eduardo Salazar Muñoz, Assessor Jurídico, Departamento Jurídico da Presidência da República; María Rebeca SandíSalvatierra, Assessora Jurídica, Departamento Jurídico da Presidência da República; Viviana Benavides Hernández, Assessora Jurídica, Departamento Jurídico da Presidência da República; Andrea González Yamuni, Assessora da Segunda Vice-Presidência da República; Alejandra Arbuola Cabrera, Assessora, Vice-Ministério de Assuntos Políticos e Diálogo Cidadão, Ministério da Presidência; Natalia Córdoba Ulate, Chefe do Despacho do Chanceler; José Carlos Jiménez Alpízar, Assessor Jurídico, Departamento Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e Culto; María Julia Cerdas Jiménez, Assessora Jurídica, Departamento Jurídico da Presidência da República, e Ersilia Zúñiga Centeno, Assessora, Presidência da República;

Pelo Estado da Argentina: Javier Salgado;

Pelo Estado Plurinacional da Bolívia: Jaime Ernesto Rossell Arteaga, Sub-Procurador Adjunto da Defesa e Representação Legal do Estado; Roberto Arce Brozek, Diretor-Geral de Defesa em Direitos Humanos e Meio Ambiente; Cynthia Fernández Torrez, Profissional em Direitos Humanos e Meio Ambiente; José Enrique Colodro Baldiviezo, Encarregado de Negócios a.i.; Ramiro Quisbert Liuca, Primeiro Secretário da Embaixada da Bolívia na Costa Rica e Carlos Fuentes López, Segundo Secretário da Embaixada da Bolívia na Costa Rica;

Pelos Estados Unidos Mexicanos: Erasmo A. Lara Cabrera, Diretor-Geral de Direitos Humanos Democracia da Secretaria de Relações Exteriores, e Oscar Francisco Holguín González, encarregado de assuntos jurídicos, políticos e de imprensa da Embaixada do México na Costa Rica;

Pelo Estado do Uruguai: Marta Echarte Baraibar, Ministra e Tabaré Bocalandro Yapeyú, Ministro Conselheiro;

Pela Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal do México: Gabriel Santiago López, Diretor Jurídico Geral;

Pela Defensoria Pública de União (DPU) do Brasil e outras Instituições: Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-Geral Federal;

Pela Defensoria dos Habitantes da República da Costa Rica: Montserrat Solano Carboni, Defensora dos Habitantes da República da Costa Rica; Gloriana López Fuscaldo, Diretora do Despacho; Catalina Delgado Agüero e Angélica Solera Steller;

Por *The Impact Litigation Project of the Center for Human Rights & Humanitarian Law at American University Washington College of Law: Whitney Washington*; Natalia Gómez e Facundo Capurro;

Pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Paulo Abrão, Secretário Executivo; Silvia Serrano Guzmán, Assessora e Selene Soto Rodríguez, Assessora;

Pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: Livia Miranda Müller Drumond Casseres, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro e Rodrigo Baptista Pacheco, 2º Subdefensor Público-Geral Adjunto do Rio de Janeiro;

Pelo Ministério Público da Defesa da Cidade Autônoma de Buenos Aires: Lorena Lampolio, Defensora Oficial e Josefina Fernández;

Hermán M. Duarte Iraheta;

Pela ADF International: Jeff Shafer; Neydy Casillas; Natalia Callejas e Michelle Riestras;

Por Amicus D.H., A.C.: Luz Rebeca Lorea Hernández; Javier Meléndez López Velarde e Juan Pablo Delgado Miranda;

Pela Associação Civil 100% Diversidade e Direitos: Greta Marisa Pena, Presidente; Francisco Cotado e Hernán Arrue;

Pela Associação OTD Chile: Constanza Valdés Contreras, Assessora Jurídica;

Pela Associação de Travestis, Transsexuais e Transgêneros da Argentina e a Rede de Pessoas Trans da América Latina e do Caribe: Marcela Romero, Coordenadora Regional;

Pela Associação Frente pelos Direitos Igualitários (FDI), Associação Cidadã ACCEDER, e Associação Transvida: Larissa Arroyo Navarrete; Dayana Hernández, Antonella Morales e Michelle Jones;

Pelo Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL), Associação LGTB Arco-íris de Honduras, Associação REDTRANS-Nicarágua, Centro de Pesquisa e Promoção dos Direitos Humanos, Centro de Pesquisa e Promoção para a América Central dos Direitos Humanos, Coalizão contra a Impunidade, Comitê de Familiares de Presos Desaparecidos em Honduras, Comunicação e Capacitação de Mulheres Trans, Fundação de Estudos para a Aplicação de Direito, Mulabi / Espaço Latino-americano de Sexualidades e Direitos, e a Unidade de Atenção Psicológica, Sexológica e Educativa para o Crescimento Pessoal, AC: Marcela Martino; Florencia Reggiardo; Esteban Mandrigal; Samantha Colli; Gisela De León; Marcia Aguiluz; Natasha Jiménez; Daría Suárez e Karla Acuña;

Pelo Centro de Promoção e Defesa dos Direitos Sexuais e Reprodutivos - PROMSEX: Brenda Álvarez Álvarez;

Pela Colômbia Diversa: Marcela Sánchez, Diretora Executiva e Lilibeth Cortés;

Pela Comissão Colombiana de Juristas: Carolina Solano Gutiérrez;

Por "Humanismo e Legalidade", "Associação Ixtlamatque Ukari A.C." e "Associação La Cana, Projeto de Reinserção Social, A.C.": Norma Celia Bautista Romero;

Marcela Duque Penagos; Daniela Ancira Ruiz; Raquel Adriana Aguirre García; Benjamín García Aguirre e Marlene Rodríguez Atriano;

Pelo Movimento Diversidade Pró Direitos Humanos e a Saúde da Costa Rica: Marco Castillo Rojas e Giovanni Delgado Castro;

Pela Rede LESBICA CATRACHAS Honduras: Indyra Mendoza Aguilar e Karina Trujillo;

María Gracia Naranjo e Karla Lasso, estudantes da Clínica Jurídica da Universidade de São Francisco de Quito;

Pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (Clínica DHDA/UEA): as Sras. Sílvia Maria da Silveira Loureiro; Hérica Luna Arce Lima, e Érika Guedes de Sousa Lima;

Pela Faculdade de Direito Tijuana da Universidade Autônoma da Baixa Califórnia: Laura Alicia Camarillo Govea e Elizabeth Nataly Rosas Rábago;

Pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Chile: Álvaro Paúl;

Pela Clínica de Interesse Público contra o Tráfico de Pessoas do Instituto Tecnológico Autônomo do México e do Grupo de Ação pelos Direitos Humanos e a Justiça Social A.C.: Héctor Alberto Pérez, Coordenador Geral da Clínica; Amalia Cruz Rojo, Coordenadora Jurídica da Clínica; Ana Lilia Amezcua Ferrer; Tábata Ximena Salas Ramírez e Edwin Alan Piñon González;

Pela Faculdade de Direito da Universidade Veracruzana: Geiser Manuel Caso Molinari; Iris del Carmen Cruz De Jesus; Sara Fernanda Parra Pérez; Teresa Nataly Solano Sánchez e Sonia Itzel Castilla Torres;

Daniel Valverde Mesén;

Hermilo de Jesús Lares Contreras e Rodolfo Reyes Leyva;

José Benjamín González Mauricio;

Jorge Arturo Ulloa Cordero;

Michael Vinicio Sánchez Araya;

Paula Siverino Bavio;

Tomás Henríquez Carrera, representante do Dr. Paul McHugh, e

Yashín Castrillo Fernández.

10. Após a audiência, foram recebidos escritos complementares de: 1) Estado da Costa Rica; 2) *The Impact Litigation Project of the Center for Human Rights & Humanitarian Law at American University Washington College of Law*; 3) Movimento Diversidade Pró Direitos Humanos e a Saúde da Costa Rica; 4) Hermán M. Duarte Iraheta; 5) Monsenhor Óscar Fernández Guillén, Presidente e representante da Conferência Episcopal Nacional da Costa Rica; 6) Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal do México; 7) Defensoria Pública da União do Brasil (DPU) e outras Instituições; 8) Paula Siverino Bavio, e 9) Associação Frente pelos Direitos Igualitários (FDI), Associação Cidadã ACCEDER e Associação Transvida.

11. Para a resolução deste pedido de Parecer Consultivo, a Corte examinou, tomou em consideração e analisou os 91 escritos, bem como 40 participações na audiência para apresentar observações, e as intervenções recebidas por parte dos Estados, órgãos da OEA, organizações internacionais, organismos estatais, organizações não

governamentais, instituições acadêmicas e pessoas da sociedade civil (*supra*, pars. 6 e 9). A Corte agradece essas valiosas contribuições, que ajudaram a ilustrar ao Tribunal sobre os diferentes temas submetidos a consulta, com o objetivo de emitir o presente Parecer Consultivo.

12. A Corte iniciou a deliberação do presente Parecer Consultivo em 21 de novembro de 2017.

III. COMPETÊNCIA E ADMISSIBILIDADE

13. Neste capítulo, o Tribunal examinará o alcance da competência da Corte para emitir pareceres consultivos, bem como sobre a competência, a admissibilidade e procedência para se pronunciar sobre o pedido de Parecer Consultivo apresentado pela Costa Rica.

A. *Sobre a competência consultiva da Corte no presente pedido*

14. Esta consulta foi submetida à Corte pelo Estado da Costa Rica, no uso da faculdade outorgada pelo artigo 64.1 da Convenção Americana. A Costa Rica é um Estado membro da OEA e, portanto, tem o direito de solicitar à Corte Interamericana Pareceres Consultivos sobre a interpretação deste tratado ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

15. Além disso, a Corte considera que, como órgão com funções jurisdicionais e consultivas, têm entre suas atribuições a faculdade inerente de determinar o alcance da sua própria competência (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*), também no âmbito do exercício de sua função consultiva, de acordo com o disposto no artigo 64.1 da Convenção.¹⁵ Isto, em particular, dado que o simples fato de recorrer à Convenção pressupõe o reconhecimento, pelo Estado ou Estados que realizam a consulta, do direito da Corte decidir sobre o alcance da sua jurisdição a este respeito.

16. 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. Nesse sentido, é evidente que a Corte tem, em virtude de ser "intérprete última da Convenção Americana",¹⁶ competência para emitir, com plena autoridade, interpretações de todas as disposições da Convenção, inclusive aquelas de caráter processual.¹⁷

¹⁵ Cf. Caso do Tribunal Federal Vs. Peru. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C nº 55, par. 33 Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 51 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97, de 14 de novembro de 1997. Série A nº 15, par. 5, direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou com necessidade de proteção internacional. Parecer Consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Série A nº 21, par. 17 e Titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no Sistema Americano de Direitos Humanos (Interpretação e alcance do art. 1.2, em relação aos arts. 1.1, 8º, 11, 2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do art. 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador). Parecer Consultivo OC-22/16, de 26 de fevereiro de 2016. Série A nº 22, par. 14. Além disso, ver o Caso *Vasquez Durand e Outros Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Série C nº 332, par. 22.

¹⁶ Caso *Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, par. 124; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 19, Parecer Consultivo OC-22/16, par. 16, e Caso *Chinchila Sandoval e Outros Vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C nº 312, par. 242.

¹⁷ Cf. Art. 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-20/09, de 29 de setembro de 2009. Série A nº 20, par. 18, Parecer Consultivo OC-21/14, par. 19 e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 16.

17. Outrossim, a Corte considerou que o artigo 64.1 da Convenção, ao referir-se à faculdade da Corte de emitir um parecer sobre "outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos", é amplo e não restritivo. Assim, a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição concernente à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável aos Estados Americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser parte do mesmo Estados alheios ao Sistema Interamericano¹⁸. Deste modo, a Corte ao interpretar a Convenção no marco da sua função consultiva e nos termos do artigo 29.d da Convenção, poderá recorrer à Convenção ou a outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.¹⁹

B. Sobre os requisitos de admissibilidade do pedido

18. Faz-se necessário determinar se o pedido de Parecer Consultivo apresentado pelo Estado da Costa Rica cumpre com os requisitos de admissibilidade, que devem ser formais e materiais.

19. Em primeiro lugar, a Corte considera que o pedido apresentado pela Costa Rica cumpre formalmente os requisitos dos artigos 70²⁰ e 71²¹ do Regulamento, segundo os quais, para que um pedido seja considerado pela Corte, as perguntas devem ser formuladas com precisão, especificando as disposições que devem ser interpretadas, indicando as considerações que a originam e fornecendo o nome e o endereço do Agente.

20. No que se refere aos requisitos materiais, o Tribunal lembra que, em várias oportunidades, indicou que o cumprimento dos requisitos regulamentares para a formulação de uma consulta não implica que esteja obrigado a respondê-la.²² Para determinar se a consulta procede, a Corte deve ter em conta considerações que vão além das meras questões formais e que estão relacionadas às características que reconheceu no exercício de sua função consultiva.²³ Deve ir além do formalismo que impediria considerar questões que tenham interesse jurídico para a proteção e promoção dos direitos humanos.²⁴ Assim, a competência

18 Cf. "Outros Tratados" Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A nº 1, primeiro ponto decisivo; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 23, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 26

19 Cf. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no Âmbito do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A nº 10, primeiro e único ponto decisivo, Parecer Consultivo OC-21/14, par. 22 e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 17.

20 Art. 70 do Regulamento da Corte: "Interpretação da Convenção 1. As solicitações de parecer consultivo previstas no art. 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte. 2. As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados.

21 Art. 71 do Regulamento da Corte: "Se a solicitação se referir à interpretação de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, tal como previsto no art. 64.1 da Convenção, deverá identificar o tratado e suas respectivas partes, formular as perguntas específicas em relação às quais é solicitado o parecer da Corte e incluir as considerações que dão origem à consulta."

22 Cf. O direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A nº 16, par. 31; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 25 e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 21.

23 Cf. Parecer Consultivo OC-1/82, par. 25; Parecer Consultivo OC-15/97, par. 39; Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A nº 17, par. 19; Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes sem Documentos. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A nº 18, par. 50; Controle da Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-19/05 de 28 de novembro de 2005. Série A nº 19, par. 17 e Parecer Consultivo OC-20/09, par. 14.

24 Cf. Parecer Consultivo OC-1/82, par. 25; Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-13/93, de 16 de julho de 1993, série A nº 13, par. 41, Parecer Consultivo OC-15/97, par. 39; e Parecer Consultivo OC-19/05, par.

consultiva da Corte não deve, em princípio, ser exercida mediante especulações abstratas, sem uma aplicação previsível a situações concretas que justifiquem o interesse de que se emita um parecer consultivo.²⁵

21. Ao lembrar que a função consultiva constitui "um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do Sistema Interamericano, com o propósito de contribuir com o cumprimento de seus compromissos internacionais" em matéria de direitos humanos,²⁶ a Corte considera que, com base na interpretação das normas relevantes, sua resposta à presente consulta será de grande importância para os Estados da região, na medida em que permitirá especificar as obrigações estatais em relação aos direitos das pessoas LGBTI no âmbito das suas obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos a todas as pessoas sob sua jurisdição. Isso implicará na determinação dos princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em termos de direito à igualdade e à não discriminação.

22. A este respeito, a Corte reitera, como o fez em outras oportunidades,²⁷ que o trabalho interpretativo que deve cumprir no exercício da sua função consultiva busca não apenas elucidar o sentido, o propósito e a razão das normas internacionais sobre direitos humanos, mas, acima de tudo, contribuir com os Estados Membros e os órgãos da OEA para que cumpram de maneira cabal e efetiva suas obrigações internacionais na matéria e definam e desenvolvam políticas públicas em matéria de direitos humanos. Trata-se, de fato, de interpretações que contribuam para o fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos.

23. Por outro lado, no âmbito do processo deste Parecer Consultivo, a Comissão apresentou informação na qual consta que atualmente se encontra na fase de admissibilidade uma petição relacionada a uma alegada discriminação e afetação patrimonial, derivada da impossibilidade de incorporar um casal do mesmo sexo na seguridade social e com a falta de reconhecimento legal para uniões de casais do mesmo sexo.²⁸ Além disso, no processo deste Parecer Consultivo, uma pessoa apresentou uma petição escrita ao Tribunal na qual informou que atualmente se encontrava em trâmite perante a Comissão uma petição contra o Estado da Costa Rica, "por violação dos direitos fundamentais de Igualdade e Não Discriminação por Orientação Sexual, concretamente pelo não reconhecimento, aos casais do mesmo sexo, de sua união estável e a proibição de contrair matrimônio."²⁹ Esta pessoa pediu ao Tribunal que rejeite de plano o Parecer Consultivo, feito em 18 de maio de 2016, pelo Estado da Costa Rica, porque considerou que "a consulta feita pelo Poder Executivo à Corte [...] resultaria em uma solução de forma encoberta, por meio do Parecer Consultivo, de questões litigiosas, em âmbito nacional (ação de inconstitucionalidade) e internacional (Petição perante a Comissão Interamericana) ainda pendente de decisão por parte da Corte Constitucional (violação do princípio do esgotamento de formas e procedimentos internos) [que estão] em tramitação sem serem submetidos à consideração da Corte, sem ser-lhe dado o direito de exercer no processo os recursos previstos pelas leis, a Convenção Americana e seu Regulamento, distorcendo o sistema da Convenção".

17.

25 Cf. Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A nº9, par. 16; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 25 e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 21.

26 Cf. Parecer Consultivo OC-1/82, par. 39; Parecer Consultivo OC-19/05, par. 18; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 28 e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 23.

27 Cf. Parecer Consultivo OC-1/82, par. 25 e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 29.

28 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, escrito de 17 de junho de 2016 (expediente de mérito, fl. 20).

29 Observação recebida em 9 de dezembro de 2016 (expediente fl. 2036).

24. A este respeito, a Corte lembra, como prevê em outros processos consultivos, que o simples fato de existirem petições perante a Comissão relativas ao assunto da consulta não é suficiente para a Corte abster-se de responder as questões submetidas a consulta.³⁰

25. Do mesmo modo, a Corte considera que não está necessariamente limitada aos termos literais das consultas que lhe são formuladas, mas que, no exercício da sua jurisdição não contenciosa ou consultiva e tendo em vista as disposições do artigo 2º da Convenção e do propósito dos Pareceres Consultivos de "contribuir para o cumprimento de seus compromissos internacionais" em matéria de direitos humanos, podendo também sugerir outras medidas necessárias para fazer efetivos os direitos humanos, a adoção de tratados ou outros tipos de normas internacionais sobre as matérias em questão.³¹

26. A Corte também considera necessário lembrar que, conforme o Direito Internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo,³² de maneira que a violação por parte de algum desses órgãos gera responsabilidade internacional para o Estado.³³ É por essa razão que a Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade,³⁴ também em relação ao que se indique no exercício da sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa, o propósito do Sistema Interamericano de direitos humanos, que é "a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos."³⁵

27. Por sua vez, com base na norma convencional interpretada³⁶ ao proferir um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, inclusive os que não são Parte da Convenção, mas foram obrigados a respeitar os direitos humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.I) e a Carta Democrática Interamericana (artigos 3º, 7º, 8º e 9º), contam com uma fonte que, de acordo com sua própria natureza, também contribui, especialmente de forma preventiva, para alcançar os eficazes respeito e garantia dos direitos humanos e, em particular, constitui um guia a ser usado para resolver as questões relacionadas ao respeito e garantia dos direitos humanos no âmbito da proteção de pessoas LGBTI e, portanto, evitar possíveis violações aos direitos humanos.³⁷

28. Dado o amplo alcance da função consultiva da Corte, que, como já foi exposto, envolve não apenas os Estados Parte da Convenção Americana, considerando-se que tudo o que se expõe no presente Parecer Consultivo também tem relevância jurídica para todos os Estados

30 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, par. 45-65, e Parecer Consultivo OC-18/03, pars.pars. 62-66.

31 Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 30, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 24.

32 Cf. *Caso de Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C nº 238, par. 93; *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C nº 260, par. 221, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 31.

33 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito Sentença de 29 de julho de 1988. Série C nº 4, par. 164. *Caso Massacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Objeção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C nº 211, par. 197, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 31.

34 Cf. *Caso de Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, par. 124, e *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C nº 276, par. 124, e OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, par. 31.

35 O efeito das reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A nº 2, par. 29, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 31.

36 Cf. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C nº 220, par. 79; *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de março de 2013, considerando os pars.pars. 65-90, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 31.

37 Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 31.

Membros da OEA,³⁸ bem como para os órgãos Membros da OEA, cuja esfera de competência se refira ao assunto da consulta.

29. À luz das considerações precedentes, a Corte considera que tem competência para se pronunciar sobre as perguntas propostas pela Costa Rica. Além disso, este Tribunal não encontra na presente consulta razões para abster-se de resolvê-la, de modo que a admite e procede à sua resolução.

IV. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A. *Glossário*

30. Como já indicado, a solicitação de Parecer Consultivo apresentada pelo Estado da Costa Rica exigiu que a Corte respondesse a cinco questões relacionadas a dois temas vinculados aos direitos das pessoas LGBTI. O primeiro deles trata do reconhecimento do direito à identidade de gênero e, em particular, sobre os procedimentos para processar pedidos de mudança de nome em razão da identidade de gênero. O segundo tema refere-se aos direitos patrimoniais dos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

31. Este Tribunal deve abordar estas perguntas, levando em consideração que nas mesmas, geralmente são utilizados conceitos e definições sobre os quais 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. Além disso, eles respondem a uma dinâmica conceitual que muda com frequência e que está em revisão constante. Por outro lado, assumir definições nesta matéria é extremamente delicado, uma vez que as pessoas podem ser facilmente etiquetadas ou classificadas, o que deve ser cuidadosamente evitado. Portanto, a Corte tentará, neste Parecer, evitar até onde for possível, cair nas definições conceitualmente problemáticas e, quando o fizer, adverte que o fará com a maior amplitude e de modo provisório, sem assumir ou defender qualquer posição conceitual e, ainda menos, irredutível.

32. Como uma mera demonstração ilustrativa da dificuldade acima mencionada - e insistindo que não são assumidos como próprios neste parecer - a Corte recorda que os seguintes conceitos, tomados de diferentes fontes orgânicas internacionais, parecem ser os mais comuns em âmbito internacional:

- a) **Sexo:** em sentido estrito, o termo sexo se refere às diferenças biológicas entre homens e mulheres, suas características fisiológicas, a soma das características biológicas que definem o espectro das pessoas como mulheres e homens ou à construção biológica que se refere às características genéticas, hormonais, anatômicas e fisiológicas em cuja base uma pessoa é classificada como masculina ou feminina no nascimento.³⁹ Nesse sentido, uma vez que este termo apenas estabelece subdivisões entre homens e mulheres, não reconhece a existência de outras categorias que não se encaixam dentro do binário mulher/homem.
- b) **Sexo atribuído no nascimento:** essa ideia transcende o conceito de sexo como masculino ou feminino e está associada à determinação do sexo como uma construção social. A atribuição de sexo não é um fato biológico inato; em vez disso, o sexo é atribuído no nascimento com base na percepção que os outros têm dos órgãos genitais.

38 Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 65; OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, par. 32 e OC-22/16, par. 25.

39 Cf. OEA. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes.

A maioria das pessoas é facilmente classificada, mas algumas pessoas não se encaixam no binário mulher/homem.⁴⁰

- c) **Sistema binário do gênero/sexo:** modelo social e cultural dominante na cultura ocidental que "considera que gênero e sexo englobam duas, e apenas duas, categorias rígidas, a saber, masculino/homem e feminino/mulher. Esse sistema ou modelo exclui aqueles que não se enquadram nas duas categorias (como as pessoas trans ou intersexuais).⁴¹
- d) **Intersexualidade:** todas as situações nas quais a anatomia sexual da pessoa não se ajusta fisicamente aos padrões culturalmente definidos para o corpo feminino ou masculino.⁴² Uma pessoa intersexual nasce com uma anatomia sexual, órgãos reprodutivos ou padrões cromossômicos que não se encaixam na definição típica de homem ou mulher. Isso pode ser aparente no nascimento ou se tornar assim ao longo dos anos. Uma pessoa intersexual pode ser identificada como homem ou como mulher ou como nenhuma das duas. A condição intersexual não é a orientação sexual ou identidade de gênero: pessoas intersexuais experimentam a mesma gama de orientações sexuais e identidades de gênero que as pessoas que não são.⁴³
- e) **Gênero:** refere-se às identidades, funções e atributos socialmente construídos de mulheres e homens e do significado social e cultural atribuído a estas diferenças biológicas.⁴⁴
- f) **Identidade de gênero:** a identidade de gênero 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,⁴⁵ incluindo a experiência pessoal do corpo (o que poderia

40 Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Série G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012, par. 13.

Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/ Série L/V /II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 16, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível a partir de 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

41 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

42 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 17, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

43 Cf. Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18 e OEA, Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/ Série G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012, par. 13.

44 Cf. Nações Unidas. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher - CEDAW, Recomendação geral nº 28 sobre o art. 2º da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW/C/GC/28, 16 de dezembro de 2010, par. 5, e OEA, Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/ Série G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 de abril de 2012, par. 14.

45 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria de Direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; ACNUR, Diretrizes sobre Proteção Internacional nº 9, Pedidos de *status* de refugiado relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1º A (2), da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou o seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012, par. 8; ACNUR, Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, Relatório Mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger os requerentes de asilo e refugiados lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, dezembro de 2015, e Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007. Os princípios de *Yogyakarta* estão contemplados em um documento preparado a pedido do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos por vários especialistas,

envolver – ou não – a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou outros, desde que seja escolhido livremente) e outras expressões de gênero, incluindo o vestuário, o modo de falar e maneirismos.⁴⁶ A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que se refere à experiência que uma pessoa tem de seu próprio gênero.⁴⁷ Assim, a identidade de gênero e sua expressão também assumem várias formas, algumas pessoas não se identificam como homens, nem mulheres, ou se identificam como ambos.⁴⁸

- g) **Expressão de gênero:** entende-se como a manifestação externa do gênero de uma pessoa, por meio da sua aparência física, que pode incluir o modo de vestir, penteado, uso de artigos cosméticos, ou por meio de maneirismos, modo de falar, padrões de comportamento pessoal, comportamento ou interação social, nomes ou referências pessoais, entre outros. A expressão de gênero de uma pessoa pode ou não corresponder à sua identidade de gênero autopercebida.⁴⁹
- h) **Transgênero ou pessoa trans:** quando a identidade ou expressão de gênero de uma pessoa é diferente daquela que normalmente está associada ao sexo atribuído no nascimento.⁵⁰ As pessoas trans constroem sua identidade independentemente do tratamento médico ou intervenções cirúrgicas.⁵¹ O termo trans é um termo “guarda-

acadêmicos e ativistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O documento propõe uma série de princípios relacionados à orientação sexual e identidade de gênero que visam orientar a interpretação e aplicação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos para proteger as pessoas LGBTI. O documento final foi publicado em março de 2007. Posteriormente, em 10 de novembro de 2017, os princípios de *Yogyakarta "plus 10"* foram adotados como um suplemento aos princípios do ano de 2007. Este Tribunal usou esses princípios em sua jurisprudência (Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções preliminares, Méritos, Reparações e Custas, par. 110).

46 Cf. ACNUR. Diretrizes sobre a Proteção Internacional nº 9, Pedidos de *status* de refugiado relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1º A (2) da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou o seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012, par. 8º; OEA, Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Série G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 de abril de 2012, e Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007.

47 Cf. ACNUR. Diretrizes sobre a proteção internacional nº 9, Pedidos de *status* de refugiado relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1º A (2) da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou o seu Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012, e Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18.

48 Cf. ACNUR. Diretrizes sobre a proteção internacional nº 9, Pedidos de *status* de refugiado relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1º A (2), da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou o seu Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012, par. 8º. Do mesmo modo, Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, par. 10.

49 Cf. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta plus 10*, de 10 de novembro de 2017, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/ Série L/V /II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 22

50 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V /II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 21; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria sobre direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>, Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals*. O que os Estados estão fazendo para combater a violência e a discriminação contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18 e Conselho da Europa, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on ground of sexual orientation or gender identity*, Estrasburgo, março de 2015.

51 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria dos Direitos da LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>, e Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18.

chuva” usado para descrever as diferentes variantes da identidade de gênero, cujo denominador comum é a não conformidade entre o sexo atribuído ao nascimento da pessoa e a identidade de gênero tradicionalmente atribuída a ela. Uma pessoa transgênero ou trans pode se identificar com os conceitos de homem, mulher, homem trans, mulher trans e pessoa não binária, ou com outros termos como *hijra*, terceiro gênero, biespiritual, travesti, *fa'afafine*, *queer*, *transpinoy*, *muxé*, *waria* e *meti*. A identidade de gênero é um conceito diferente da orientação sexual.⁵²

- i) **Pessoa Transexual:** as pessoas transexuais se sentem e concebem a si mesmas como pertencentes ao gênero oposto àquele social e culturalmente atribuído ao seu sexo biológico e optam por uma intervenção médica - hormonal, cirúrgica ou ambas - para adaptar sua aparência físico-biológica à sua realidade psíquica, espiritual e social.⁵³
- j) **Pessoa Travesti:** em termos gerais, pode-se dizer que as pessoas travestis são aquelas que manifestam uma expressão de gênero - de forma permanente ou transitória - mediante o uso de roupas e atitudes do gênero oposto àquele social e culturalmente associado ao sexo atribuído no nascimento. Isso pode incluir a modificação ou não do seu corpo.⁵⁴
- k) **Pessoa Cisgênero:** quando a identidade de gênero da pessoa corresponde ao sexo atribuído no nascimento.⁵⁵
- l) **Orientação Sexual:** Refere-se à atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente do seu, ou de seu próprio gênero, ou de mais de um gênero,⁵⁶ bem como relações íntimas e/ou sexuais com estas pessoas.⁵⁷ A orientação sexual é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação. Além disso, pode variar ao longo de um *continuum*, incluindo a atração exclusiva e não exclusiva pelo mesmo sexo

52 Cf. Nações Unidas. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18.

53 Cf. OEA. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/ Série G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 de abril de 2012, par. 19.

54 Cf. OEA. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 de abril 2012, par. 19.

55 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria dos Direitos da LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

56 Cfr. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América*. OEA/Série L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro 2015, par. 19; e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria de Direitos LGTBI. *Conceitos Básicos*. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; *Mutatis mutandis* Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007; ACNUR, *Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero*, Relatório Mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger a solicitantes de asilo e refugiados lésbicas, gays, bissexuais, transgênero e intersexuais. Dezembro de 2015 e *Diretrizes sobre a proteção internacional nº 9, Solicitações de status de refugiado relacionadas à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1º (2), da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou seu Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012.

57 Cf. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de Yogyakarta, março de 2007; ACNUR, *Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas*, Relatório Mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger a solicitantes de asilo e refugiados, lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, dezembro de 2015, e *Diretrizes sobre proteção internacional nº 9, Solicitações de status de refugiado relacionadas à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2) da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou o seu Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012. Da mesma forma, Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, par. 10.

ou pelo sexo oposto.⁵⁸ Todas as pessoas têm uma orientação sexual, a qual é inerente à identidade da pessoa.⁵⁹

m) Homossexualidade: Refere-se à atração emocional, afetiva e sexual por pessoas do mesmo gênero, bem como as relações íntimas e sexuais com estas pessoas. Os termos homossexuais e lésbicas se encontram relacionados a essa aceção.⁶⁰

n) Pessoa Heterossexual: mulheres que se sentem emocional, afetiva e sexualmente atraídas por homens; ou homens que se sentem emocional, afetiva e sexualmente atraídos por mulheres.⁶¹

o) Lésbica: é uma mulher atraída emocional, afetiva e sexualmente de forma duradoura por outras mulheres.⁶²

p) Gay: muitas vezes é usado para descrever um homem que se sente emocional, afetiva e sexualmente atraído por outros homens,⁶³ embora o termo possa ser usado para descrever tanto os homens gays quanto as mulheres lésbicas.⁶⁴

58 Cf. ACNUR. Diretrizes sobre a proteção internacional nº 9, Solicitações de status de refugiado relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2) da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012.

59 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II. Rev.2.Doc.36, 12 de novembro de 2015, par. 19, e Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, Living Free & Equals. *What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB / 16/3, p. 18.

60 Cf. OEA. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. *Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes*. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/ Série G. CP/ CAJP/INF. 166/12. 23 de abril de 2012, par. 17, e Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, Living Free & Equals. *What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/ 16/3, p. 18.

61 Cf. ACNUR. Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, Relatório mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger os solicitantes de asilo e refugiados, lésbicas, gays, bissexuais, transgênero e intersexuais, dezembro de 2015; OEA, Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. *Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes*. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Série G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012, par. 17, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos Básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

62 Cf. OEA. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. *Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes*. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/ Série G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012. par. 17; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria sobre direitos LGTBI. Conceitos Básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; ACNUR, Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, Relatório mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger os solicitantes de asilo e refugiados lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, dezembro de 2015 e Diretrizes sobre proteção internacional nº 9, Solicitações de status de refugiado relacionadas à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2), da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e/ou o seu Protocolo de 1967, HCR/IP / 12/09, 23 de outubro de 2012.

63 Cf. OEA. Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. *Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes*. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/ Série G. CP/CAJP /INF. 166/12, 23 de abril de 2012, par. 17, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos Básicos. Disponível a partir de 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

64 Cf. ACNUR. Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, Relatório mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger os requerentes de asilo e refugiados lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais, dezembro de 2015; Diretrizes sobre proteção internacional nº 9, Solicitações de status de refugiado relacionadas à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2), da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012, e OEA, Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos e Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. *Orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero: alguns termos e padrões relevantes*. Estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Série G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012, par. 17.

q) Homofobia e transfobia: a homofobia é um medo, um ódio ou uma aversão irracional em relação a pessoas lésbicas, gays ou bissexuais; a transfobia denota medo, ódio ou aversão irracional em relação às pessoas trans. Uma vez que o termo "homofobia" é amplamente conhecido, às vezes é usado globalmente para se referir ao medo, ao ódio e à aversão às pessoas LGBTI em geral.⁶⁵

r) Lesbofobia: é um medo, um ódio ou uma aversão irracional em relação às pessoas lésbicas.⁶⁶

s) Bissexual: Pessoa que se sente emocional, afetiva e sexualmente atraída por pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente.⁶⁷ O termo bissexual tende a ser interpretado e aplicado de forma inconsistente, muitas vezes com um entendimento muito restrito. A bissexualidade não implica atração pelos dois sexos ao mesmo tempo, nem deve implicar a atração por igual ou o mesmo número de relações com os dois sexos. A bissexualidade é uma identidade única, que precisa ser analisada por direito próprio.⁶⁸

t) Cisnormatividade: ideia ou expectativa de acordo com a qual, todas as pessoas são cisgênero e que as pessoas que receberam sexo masculino ao nascer sempre crescem para ser homens e aquelas que receberam sexo feminino no nascimento sempre crescem para ser mulheres.⁶⁹

u) Heteronormatividade: tendência cultural em favor das relações heterossexuais, que são consideradas normais, naturais e ideais e são preferidas em relação ao mesmo sexo ou ao mesmo gênero. Este conceito apela a regras legais, religiosas, sociais e culturais que obrigam as pessoas a agir de acordo com os padrões heterossexuais dominantes e predominantes.⁷⁰

v) LGBTI: Lésbica, Gay, Bissexual, Trans ou Transgênero e Intersexual. O acrônimo LGBTI é usado para descrever os vários grupos de pessoas que não estão em conformidade com as noções convencionais ou tradicionais de papéis de gênero

⁶⁵ Cf. Nações Unidas. Ficha de dados. Direitos das pessoas LGBT: algumas perguntas frequentes em <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>.

⁶⁶ Cf. *Mutatis mutandis*, Nações Unidas, Ficha de dados. Direitos das pessoas LGBT: algumas perguntas frequentes em <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>.

⁶⁷ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>; Nações Unidas, Ficha de dados. Direitos das pessoas LGBT: algumas perguntas frequentes em <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>; ACNUR, Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, Relatório Mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger os requerentes de asilo e refugiados, lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, dezembro de 2015 e Diretrizes sobre proteção internacional nº 9, Solicitações de *status* de refugiado relacionadas à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2), da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e/ou o seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012.

⁶⁸ Cf. ACNUR. Diretrizes sobre proteção internacional nº 9, Solicitações de *status* de refugiado relacionadas à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2) da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou o seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012.

⁶⁹ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V /II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 32, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria dos Direitos LGTBI. Conceitos básicos. Disponível a partir de 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

⁷⁰ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria dos Direitos da LGTBI. Conceitos Básicos. Disponível em 31 de outubro de 2017 em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 31.

masculino e feminino.⁷¹ Nesta sigla, em particular, a Corte lembra que a terminologia relacionada a estes grupos humanos não é fixa e evolui rapidamente, e que existem outras formulações diversas que incluem pessoas Assexuadas, *Queers*, Travestis, Transsexuais, entre outros. Além disso, diferentes termos podem ser usados em diferentes culturas para descrever pessoas do mesmo sexo que fazem sexo e que se auto identificam ou exibem identidades de gênero não binárias (como, entre outros, *hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara* ou dois espíritos).⁷² Não obstante o acima exposto, se a Corte não decidir quais as siglas, os termos e as definições representam a forma mais precisa e justa para as populações analisadas, apenas para os propósitos deste parecer e, como tem feito em casos anteriores,⁷³ também como tem sido a prática da Assembleia Geral da OEA,⁷⁴ esta sigla será utilizada de forma indistinta, sem que isso implique ignorar outras expressões de expressão de gênero, identidade de gênero ou orientação sexual.

B. Quanto ao presente pedido de Parecer Consultivo

33. O presente pedido de Parecer Consultivo apresentado pela Costa Rica, refere-se aos direitos das pessoas LGBTI.⁷⁵ A Corte considera oportuno se referir brevemente ao contexto relacionado aos direitos destas minorias, a fim de enquadrar a importância das questões que serão abordadas neste parecer para a proteção efetiva dos direitos destas pessoas que historicamente foram vítimas de discriminação estrutural, estigmatização, de várias formas de violência e violações de seus direitos fundamentais.⁷⁶

34. No que se refere ao que precede, este Tribunal lembra, por exemplo, que, no âmbito da Organização das Nações Unidas, o Conselho dos Direitos Humanos expressou sua "séria preocupação com os atos de violência e discriminação em todas as regiões do mundo, cometidos contra pessoas em decorrência de sua orientação sexual e identidade de gênero."⁷⁷ Além disso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (a seguir "Alto Comissariado" ou "ACNUDH") afirmou em 2011 que "em todas as regiões, existem pessoas que sofrem violência e discriminação por causa da sua orientação sexual ou identidade de

71 Cf. ACNUR. Proteção de pessoas com orientação sexual e identidade de gêneros diversas, Relatório Mundial sobre os esforços do ACNUR para proteger os requerentes de asilo, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais, em dezembro de 2015. O ACNUR, Guia "O que você deve saber: o trabalho com pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais e intersexuais durante o deslocamento forçado", 2011 e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 1º.

72 Cf. Nações Unidas. Ficha de dados. Direitos das pessoas LGBT: algumas perguntas frequentes em <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>.

73 Cf. *Caso de Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239, pars. 92 e 267; *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C n.º 318, par. 76, e *Caso Flor Freire Vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2016. Série C n.º 315, par. 129.

74 Cf. OEA. Resoluções da Assembleia Geral: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoção e proteção dos direitos humanos, 21 de junho de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoção e proteção dos direitos humanos, 14 de junho de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Direitos humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 5 de junho de 2014; AG/RES. 2807 (XLI-O/13) corr.1, Direitos humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 6 de junho de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 7 de junho de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 8 de junho de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2009 e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 3 de junho de 2008.

75 Cf. Pedido de Parecer Consultivo apresentada pela Costa Rica (expediente fl. 4).

76 Cf. *Caso de Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Méritos, Reparações e custas, pars. 92 e 267.

77 Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos. Resolução 17/19 de 14 de julho de 2011, A/HRC/RES/17/19. Ver também as Resoluções 32/2, de 15 de julho de 2016, A/HRC/RES/32/2 e 27/32 de 2 de outubro de 2014, A/HRC/RES/27/32.

gênero" e que "a mera percepção de homossexualidade ou identidade transgênero coloca as pessoas em situação de risco."⁷⁸

35. A esse respeito, em diversas Resoluções desde 2008, a Assembleia Geral da OEA afirma que as pessoas LGBTI estão sujeitas a diversas formas de violência e discriminação com base na percepção de sua orientação sexual e identidade e expressão de gênero e resolveu 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.⁷⁹

36. As formas de discriminação contra pessoas LGBTI se manifestam em muitos aspectos na esfera pública e privada.⁸⁰ Na opinião da Corte, uma das formas mais extremas de discriminação contra as pessoas LGBTI é aquela que se materializa em situações de violência. Assim, os mecanismos de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas⁸¹ e do Sistema Interamericano,⁸² registraram atos de violência com base em preconceitos cometidos em todas as regiões contra pessoas LGBTI. O ACNUDH observou que esse tipo de violência "pode ser física (assassinatos, espancamentos, sequestros, agressões sexuais) ou psicológica (ameaças, coação ou privação arbitrária da liberdade, incluindo confinamento psiquiátrico forçado)."⁸³ Também observou que a violência baseada no preconceito "tende a ser especialmente brutal"⁸⁴ e considerou que ela constitui uma forma de violência de gênero, impulsionada pelo desejo de punir aqueles que são considerados desafiantes das normas de gênero.⁸⁵ Além disso, as pessoas bissexuais, transgêneros, lésbicas e jovens LGBTI estão

78 Nações Unidas. Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 1º. No mesmo sentido, ver Nações Unidas, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Discriminação e violência contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 5 e Relatório do Perito Independente sobre proteção Vs. violência e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, pars.2, 14 e 15. Vertambém OMS, *Saúde Sexual, Sexual Health, Human Rights and the Law*, Genebra, 2015, p. 23.

79 Cf. OEA. Resoluções da Assembleia Geral: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, 21 de junho de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O / 16), Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, 14 de junho de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 5 de junho de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) corr.1, Direitos Humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 6 de junho de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 7 de junho de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 8 de junho de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2009 e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 3 de junho de 2008.

80 Cf. Nações Unidas. Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, p. 1.

81 Cf. Nações Unidas. Relatório do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 21. Além disso, ver Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, A/HRC/19/41, par. 20.

82 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/ Série L /V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 24.

83 Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 21.

84 Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 23, e Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, p. 22. Também, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, pars. 107 a 109.

85 Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 21. Além disso, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de

particularmente expostas ao risco de violência física, psicológica e sexual na família e na comunidade.⁸⁶

37. Assim, por exemplo, o Relator Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes salientou que "a discriminação com base na orientação ou identidade de gênero pode, muitas vezes, contribuir para desumanizar a vítima, o que geralmente é uma condição necessária para que a tortura e os maus-tratos ocorram."⁸⁷ Da mesma forma, o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura expressou sua preocupação com os abusos sexuais e físicos perpetrados pela polícia e por pessoas privadas de liberdade em detrimento das pessoas LGBTI, em alguns Estados da região.⁸⁸

38. Tanto o Sistema das Nações Unidas⁸⁹ como o Sistema Interamericano⁹⁰ afirmaram que a resposta a este tipo de eventos geralmente não é adequada, pois muitas vezes as pessoas responsáveis não são investigadas ou processadas, nem existem mecanismos para apoiar as vítimas.⁹¹ O ACNUDH também observou que "os defensores dos direitos humanos que lutam

gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, A/HRC/19/41, par. 20 e 21. Ver no mesmo sentido, Organização para a Previdência e Cooperação na Europa - OSCE, *Crimes de Ódio na Região da OSCE - Incidentes e Respostas*, Relatório Anual 2006, OSCE/ODIHR, Varsóvia, 2007, p. 53.

86 Cf. Nações Unidas. Relatório do Perito Independente sobre proteção contra a violência e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 14. Além disso, o Perito Independente observou que foram identificadas formas múltiplas, inter-relacionadas e agravadas de violência e discriminação Vs. pessoas LGBTI, que "geralmente não aparecem como eventos singulares, mas como parte de um círculo vicioso prolongado." Ele acrescentou que as formas dessas diferentes expressões de violência são "múltiplas, multiplicadas e inextricavelmente ligadas aos níveis emocional, psicológico, físico e estrutural." Além disso, eles estão "inter-relacionados de maneiras diferentes e mais claramente quando a vítima não é apenas atacada ou discriminada por ter uma orientação sexual diferente e identidade de gênero, mas também por motivos de raça, etnia, idade, gênero ou pertence a uma comunidade minoritária ou indígena." Nações Unidas, Relatório do Perito Independente sobre proteção Vs. a violência e discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 39.

87 Nações Unidas. Relatório do Relator Especial sobre Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, desumanos ou degradantes, Juan E. Méndez, 1º de fevereiro de 2013, A/HRC/22/53, par. 79. Ver também Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 3 de julho de 2001, A/56/156, pars. 17-25.

88 Cf. Nações Unidas. Comitê contra a Tortura, Observações finais do Comitê contra a Tortura no que diz respeito à Argentina, 24 de maio de 2017, CAT/C/ARG/CO/5-6, par. 35; Colômbia, 29 de maio de 2015, CAT/C/COL/CO/5; Costa Rica, 7 de julho de 2008, CAT/C/CRI/CO/2, par. 11; Equador, 8 de fevereiro de 2006, CAT/C/ECU/CO/3, par. 17; Estados Unidos da América, 25 de julho de 2006, CAT/C/USA/CO/2, pars. 37 e 19 de dezembro de 2014, CAT/C/USA/CO/3-5; Paraguai, 14 de dezembro de 2011, CAT/C/PRY/CO/4-6, par. 19 e Peru, 21 de janeiro de 2013, CAT/C/PER/CO/5-6, par. 22.

89 Cf. Nações Unidas. Relatório do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 25, e Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 23.

90 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 476.

91 Cf. Nações Unidas. Relatório do Perito Independente sobre proteção Vs. violência e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 14, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 25. Além disso, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 23. Ver também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, pars. 97-101 e 103. Além disso, essas situações de violência diária tendem a ser invisíveis porque as estatísticas oficiais tendem a subestimar o número de incidentes, e as vítimas muitas vezes relutam em relatar suas experiências por medo de extorsão, violação da confidencialidade ou retaliação. Da mesma forma, uma categorização incorreta ou prejudicada dos casos leva a erros de identificação, encobrimentos e registros incompletos. Cf. Nações Unidas, Relatório do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência Vs. pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 25. Além disso, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos Vs. pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, p. 23. Ver também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, pars. 97 a 101 e 103.

contra essas violações são muitas vezes perseguidos e enfrentam limitações discriminatórias em suas atividades."⁹²

39. Por outro lado, as pessoas LGBTI também sofrem de discriminação oficial, "sob a forma de leis e políticas estatais que tipificam criminalmente a homossexualidade, as proíbem de exercer determinados empregos e negam-lhes acesso a benefícios, como a discriminação extraoficial na forma de estigma social, exclusão e preconceito, inclusive no trabalho, no lar, na escola e nas instituições de saúde."⁹³ Por exemplo, ainda existem vários Estados na região em que as relações sexuais consensuais privadas, entre pessoas adultas do mesmo sexo, são criminalizadas.⁹⁴ Essa situação foi considerada por esta Corte⁹⁵ e por vários órgãos de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, contrária ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, por violar os direitos à igualdade e à não discriminação, bem como o direito à privacidade.⁹⁶ Juntamente com isso, esses tipos de normas repercutem negativamente na qualidade dos serviços de saúde, desencorajam as pessoas a recorrer a estes serviços e podem levar à negação de cuidados ou à ausência de serviços que respondam às necessidades específicas de saúde das pessoas LGBTI e intersexuais.⁹⁷ Além disso, nas jurisdições onde o comportamento sexual é criminalizado, as medidas preventivas que devem ser especificamente adaptadas nessas comunidades, são muito mais propensas a serem suprimidas. Do mesmo modo, o medo de serem julgados e punidos pode impedir àqueles que praticam o comportamento homossexual de acessar aos serviços de saúde. Estes problemas são intensificados no caso de pessoas com HIV/AIDS.⁹⁸ Além disso, o ACNUDH descobriu que, como consequência deste tipo de normas, as vítimas muitas vezes relutam em denunciar os

92 Nações Unidas. Relatório do Perito Independente sobre proteção contra a violência e discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 14.

93 Nações Unidas. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, Nascidos Livres e Iguais. Orientação sexual e identidade de gênero nas normas internacionais de direitos humanos, 2012, HR/PUB/12/06, p. 39.

94 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 61. São mencionadas as seguintes normas: [Antígua e Barbuda] Lei de Infrações Sexuais de 1995 (Lei nº 9), Seção 12 (Sodomia); [Barbados] Lei de Infrações Sexuais, Capítulo 154, Seção 9 (Sodomia); [Belize], o Código Penal Belize estabelece em seu Capítulo 101, Seção 53 (relações carnavais contra a ordem natural) e na Seção 45 (agressão indecente agravada); [Dominica] Lei de Infrações Sexuais de 1998, Seção 15 (Sodomia), Seção 16 (tentativa de sodomia); [Granada] Código Penal, Seção 431 ("conexão não natural"); [Guiana] Lei de Direito Penal, Capítulo 8:01, seção 353 (Tentativa de cometer "crimes não naturais"), Seção 354 (Sodomia); [Jamaica] Lei de crimes Vs. a pessoa, seção 76 ("Crime não natural"), seção 77 (tentativa); [São Cristóvão e Neves] Lei de Delitos contra as Pessoas, Seção 5684 (Sodoma); [Santa Lúcia] Código Penal, Subparte C, Subseção 133 (Sodomia); [São Vicente e Granadinas] Código Penal, Seção 146 (sodomia); [Trinidad e Tobago] Lei de Delitos Sexuais Capítulo 11:28, Seção 13 (Sodomia). Da mesma forma, Nações Unidas, Relatório do Perito Independente sobre proteção Vs. a violência e discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 15. Ver também, Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals*. O que os Estados estão fazendo para combater a violência e a discriminação contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 11

95 Cf. Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 123.

96 Cf. Nações Unidas. Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra as pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 41; Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 43; Relatório do Perito Independente sobre proteção contra a violência e a discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 52-54; Comitê de Direitos Humanos. *Toonen Vs. Austrália*. Comunicação nº 488/1992, 31 de março de 1994, CCPR/C/WG/44/D/488/1992, pars. 8.1 a 9; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Observações finais sobre o segundo relatório periódico do Sudão, E/C.12/SDN/CO/2, 9 de outubro de 2015, parágrafo 19; Observações finais sobre o terceiro relatório periódico de Tunes, E/C.12/TUN/CO/3, 14 de novembro de 2016, pars. 24 e 25; Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, pars. 2, 6 e 7; TEDH. Caso *Dudgeon Vs. Reino Unido*. nº 7525/76, 22 de outubro de 1981, pars. 61 e 63; Caso *Norris Vs. Irlanda* nº 10581/83, 26 de outubro de 1988, pars. 46 e 47; Caso *Modinos Vs. Chipre*. nº 15070/89, 22 de abril de 1993, pars. 24 e 25; Caso A.D.T. Vs. Reino Unido. Nº 35765/97, 31 de julho de 2000 e Caso *H. Ç. Vs. Turquia* nº 6428/12, 31 de julho de 2000, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 60.

97 Cf. Nações Unidas. Relatório do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 50. Da mesma forma, Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, pars. 9 e 21.

atos de violência perpetrados por um familiar, por medo das consequências criminais que traria a revelação de sua orientação sexual.⁹⁹

40. Na esfera privada, essas pessoas geralmente sofrem de discriminação sob a forma de estigma social, exclusão e preconceitos que permeiam nos espaços de trabalho, comunidade, educação e nas instituições de saúde.¹⁰⁰ Geralmente, a estigmatização aplica-se "à proteção da cultura, religião e tradição."¹⁰¹ No entanto, as interpretações sobre as quais estas práticas se baseiam "não são nem imutáveis nem homogêneas"¹⁰² e, a juízo da Corte, é obrigação dos Estados erradicá-las, cultivando um sentido de empatia pela orientação sexual e a identidade de gênero como parte inerente de toda pessoa, a qual "nos convida a reavaliar o conteúdo educativo e os livros didáticos, bem como desenvolver ferramentas e metodologias pedagógicas para promover uma mentalidade aberta e o respeito pela diversidade biológica dos seres humanos."¹⁰³

41. A Corte não omite apontar que a discriminação contra pessoas LGBTI é muitas vezes agravada por outros fatores como sexo, etnia, idade, religião, bem como fatores socioeconômicos, como pobreza e conflito armado.¹⁰⁴ Essas múltiplas formas de discriminação podem ter efeitos a nível individual, mas também a nível social, uma vez que as pessoas LGBTI que veem negado seu acesso aos direitos básicos, como trabalho, saúde, educação e habitação vivem em situações de pobreza, privadas de qualquer oportunidade econômica.¹⁰⁵ É assim que, como foi confirmado pelo ACNUDH, "as taxas de pobreza, a ausência de moradia e a insegurança alimentar são maiores entre as pessoas LGBT[I]."¹⁰⁶

42. A este respeito, o ACNUDH indicou que as pessoas transgêneros enfrentam vários obstáculos para exercer seus direitos: no âmbito laboral, na habitação, no momento de adquirir obrigações, gozar dos benefícios do Estado ou quando viajam ao exterior como resultado da falta de reconhecimento legal de sua identidade de gênero autopercebida.¹⁰⁷

43. Por outro lado, a Corte verificou, no exercício da sua competência contenciosa, as consequências da falta de reconhecimento oficial das relações entre pessoas do mesmo

98 Cf. Nações Unidas. Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, pars. 18 e 19, e Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra as pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 50.

99 Cf. Nações Unidas. Relatório do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra as pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 66, e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Violência Vs. Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América*. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, pars. 76, 78 e 79.

100 Cf. Nações Unidas. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Nascidos Livres e iguais. Orientação sexual e identidade de gênero nas normas internacionais de direitos humanos*, 2012, HR/PUB/12/06, p. 39.

101 Nações Unidas. Relatório do Relator Especial sobre o direito humano à água potável e ao saneamento, 2 de julho de 2012, A/HRC/21/42, par. 65.

102 Nações Unidas. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra as mulheres, suas causas e consequências, 20 de janeiro de 2006, E/CN.4/2006/61, par. 85.

103 Nações Unidas. Relatório do Perito Independente sobre proteção contra a violência e discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 61 e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América*. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 262.

104 Cf. Nações Unidas. Relatório do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 42.

105 Cf. Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 42. Além disso, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, par. 6.

106 Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 42.

107 Cf. Nações Unidas. Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero*, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 71.

sexo.¹⁰⁸ O ACNUDH indicou que essa falta de reconhecimento tem, também como resultado, "tratamento injusto por parte de atores privados, como provedores de serviços de saúde e companhias de seguros."¹⁰⁹

44. Não obstante o que precede, a Corte não ignora que a situação regional das pessoas LGBTI "não é homogênea, mas heterogênea"¹¹⁰ e, portanto, não é necessariamente a mesma em todos os Estados da região. O grau de reconhecimento e acesso aos direitos fundamentais dessas pessoas varia de acordo com o Estado em questão.

45. Tendo em conta tudo o que precede, para a Corte é claro que as pessoas LGBTI enfrentam várias manifestações de violência e discriminação, embora haja um consenso entre vários países da região, segundo o qual é considerado necessário tomar medidas para combater este flagelo.¹¹¹ Tanto que a maioria dos Estados membros da OEA voluntariamente aceitaram, no contexto do Exame Periódico Universal das Nações Unidas, recomendações para enfrentar a violência e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero.¹¹²

46. Na mesma linha, a Corte adverte que internamente, alguns Estados da região começaram a implementar ações para reconhecer a situação de violência e discriminação contra pessoas LGBTI e assumiram políticas públicas ou aprovaram normas que procuram prevenir, responder ou erradicar as violações das quais são vítimas. Por exemplo, desde 2010, o Estado do Brasil criou um Conselho Nacional de Combate à Discriminação, subordinado à Secretaria de Direitos Humanos, cujo objetivo é formular e propor "diretrizes para a ação governamental a nível nacional para combater a discriminação e promover a defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais."¹¹³ Da mesma forma, na

108 Cf. *Caso Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C nº 310.

109 Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 68.

110 Nações Unidas. Relatório do Perito Independente sobre proteção contra a violência e discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 61, par. 18.

111 Cf. OEA. Resoluções da Assembleia Geral: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, 21 de junho de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, 14 de junho de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 5 de junho de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) correlato 1, Direitos Humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 6 de junho de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 7 de junho de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 8 de junho de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2009 e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 3 de junho de 2008.

112 Cf. Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos, Antígua e Barbuda: 23 de junho de 2016, A/HRC/33/13, par. 76,13; Barbados: 12 de março de 2013, A/HRC/23/11, pars. 102.38, 102.45 e 102.56, e 5 de junho de 2013, A/HRC/23/11 / Add.1, pars. 11 e 13; Bolívia: 17 de dezembro de 2014, A/HRC/28/7, par. 114,9; Brasil: 9 de julho de 2012, A / HRC / 21/11, pars. 119.94 e 119.97, e 13 de setembro de 2012, A/HRC/21/11/Add.1, par. 19; Canadá: 5 de outubro de 2009, A/HRC/11/17, par. 86.29 e 8 de junho de 2009, A/HRC/11/17/Add.1, par. 36; Chile: 2 de abril de 2014, A/HRC/26/5, pars. 121.70, 121.71 e 121.73, e 5 de março de 2014, A/HRC/26/5/Add.1, par. 4; Colômbia: 4 de julho de 2013, A/HRC/24/6, par. 116.43 e 19 de julho de 2013, A/HRC/24/6/Add.1; Costa Rica: 7 de julho de 2014, A/HRC/27/12, pars. 128.69-71 e 22 de setembro de 2014 A/HRC/27/12/Add.1; Cuba: 8 de julho de 2013, A/HRC/24/16, pars. 170.131-133 e 19 de setembro de 2013, A/HRC/24/16/Add.1, par. 6; Equador: 10 de julho de 2017, A/HRC/36/4, pars. 118,17-23; El Salvador: 17 de dezembro de 2014, A/HRC/28/5, pars. 103.9, 104.19, 105.32-35 e 18 de março de 2015, A/HRC/28/5/Add.1, par. 13; Estados Unidos da América: 20 de julho de 2015, A/HRC/30/12, pars. 176,162-164 e 14 de setembro de 2015, A/HRC/30/12/Add.1, pars. 5 e 6; Guatemala: 31 de dezembro de 2012, A/HRC/22/8, par. 99,27; Guiana: 13 de abril de 2015, A/HRC/29/16, pars. 130,25-27; Haiti: 20 de dezembro de 2016, A/HRC/34/14, par. 115,71; Honduras: 15 de julho de 2015, A/HRC/30/11, pars. 124,10-11 124,18 e 124,20; Jamaica: 20 de julho de 2015, A/HRC/30/15, pars. 119,20-21; México: 11 de dezembro de 2013, A/HRC/25/7, par. 148.39 e 14 de março de 2014, A/HRC/25/7/Add.1, par. 20; Nicarágua: 1º de julho de 2014, A/HRC/27/16, pars. 114.34 e 116.4, 18 de setembro de 2014, e A/HRC/27/16/Add.1, par. 12; Panamá: 8 de julho de 2015, A/HRC/30/7, pars. 90,38-44.

113 Brasil Presidência da República do Brasil. Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010, art. 1º (tradução livre da Secretaria da Corte).

Argentina, desde 2005 existe um Plano Nacional contra a Discriminação, que conta com componente relacionado às pessoas LGBTI.¹¹⁴ Colômbia por sua vez, tem um Departamento de Assuntos Indígenas, ROM e Minorias, cujo mandato é, dentre outras coisas, "[e]laborar programas de assistência técnica, social e de apoio à política para as comunidades indígenas, ROM e populações LGBTI, lésbicas, gays, transexuais e bissexuais."¹¹⁵ No caso da Costa Rica, em 2015, foi adotada a "Política do Poder Executivo para erradicação das suas instituições a discriminação contra as pessoas LGBTI",¹¹⁶ onde o Governo reconhece "que na Costa Rica e em suas instituições públicas ainda há discriminação contra pessoas sexualmente diversas, onde práticas contrárias aos seus Direitos Humanos são mantidas tanto por quem trabalha no Estado como por usuários dos serviços de instituições públicas." No Chile, foi adotada em 2012 a Lei nº 20.609, que estabelece medidas contra a discriminação por motivos de orientação sexual, identidade de gênero, dentre outras categorias protegidas.¹¹⁷

47. Além do que precede, cabe assinalar que, por causa dos atos de violência indicados, a violação da igualdade e não discriminação das pessoas LGBTI (artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana, ver *supra*, par. 34 e *infra*, pars. 98 e 134) é frequentemente projetado em lesões a outros direitos sob a forma de uma concorrência ideal de normas violadas e, sobretudo, do direito à vida e à integridade física. Isso ocorre porque os discursos discriminatórios e as consequentes atitudes que respondem a eles, com base nos estereótipos de heteronormatividade e cisnormatividade com diferentes graus de radicalização, acabam gerando homofobia, lesbofobia e transfobia que conduzem aos crimes de ódio mencionados.

48. A discriminação sofrida pelas pessoas LGBTI também é altamente prejudicial ao direito à integridade mental dessas pessoas (artigo 5.1 da Convenção), devido às particularidades da discriminação baseada na orientação sexual, que em um considerável número de casos é revelado à pessoa em um estágio evolutivo psicológico difícil, como é a puberdade, quando já internalizou os desvalores preconceituosos, mesmo dentro do núcleo familiar.¹¹⁸ Isso não ocorre em outras formas de discriminação, para as quais a pessoa conhece o motivo discriminatório de sua infância e é apoiada pelo núcleo familiar, com o qual compartilha. A contradição valorativa em que o adolescente submerge é particularmente prejudicial à sua integridade psíquica no momento de evolução de sua personalidade, quando faz sua identidade e seu projeto de vida, o que, às vezes, determina não apenas condutas auto lesivas, como também é causa de suicídios na adolescência.¹¹⁹

49. Assim, a discriminação contra este grupo humano não lesa somente o direito à saúde individual (artigo 5.1), mas também à saúde pública (artigo 26 da Convenção e artigo 10.1 do Protocolo de San Salvador), que é o resultado das condições de saúde dos habitantes. O conceito clássico de saúde da Organização Mundial da Saúde (doravante denominada "OMS")

114 Cf. Argentina. Anexo "Para um Plano Nacional contra a Discriminação - Discriminação na Argentina. Diagnóstico e propostas" ao Decreto 1086/2005, de 27 de setembro de 2005, "Plano Nacional contra a Discriminação", págs. 160 – 171.

115 Colômbia. Presidência da República da Colômbia. Decreto 4.530, art. 13.9 publicado no Diário Oficial nº 47.187, de 28 de novembro de 2008.

116 Costa Rica. Presidência da República da Costa Rica. "Política do Poder Executivo para erradicar de suas instituições a discriminação contra a população LGBTI", 12 de maio de 2015.

117 Cf. Chile. Congresso Nacional do Chile. Lei nº 20.609 de 28 de junho de 2012.

118 Cf. Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, pars. 22 e 66.

119 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 324 e Nações Unidas, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 55. Além disso, UNICEF, Documento de Posição nº 9: Eliminação da Discriminação e da Violência contra crianças e pais devido à sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, novembro de 2014, p. 03.

define-a como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidades ou doenças.¹²⁰ A pessoa discriminada por causa de sua orientação sexual, uma vez que faz sua identidade e, portanto, sua integridade psíquica, é condicionada a um distúrbio psíquico originado de uma situação ou de um evento particular, ou seja, sua saúde individual é alterada, mesmo que não seja situacionalmente.

50. Por sua vez, a porcentagem de pessoas cujo comportamento sexual não responde ao estereótipo heteronormativo ou cisonormativo, pelo menos desde as pesquisas norte-americanas pioneiras dos anos 50 do século passado, mostrou-se altamente significativa. Por conseguinte, como consequência da discriminação sofrida pelas pessoas LGBTI, que constituem uma percentagem considerável da população, estas estão relacionadas a condições mais ou menos acentuadas de neuroses situacionais em relação ao resto da população, o que também contribuiria para problematizar as pessoas com quem interagem e, dessa forma, tendem a neurotizar (desequilibrar) as relações sociais em geral.

51. Desta forma, quanto maior o nível de saúde (equilíbrio psíquico) das pessoas que compõem uma população, maior seu nível de saúde pública, mas quanto mais pessoas com seu equilíbrio enfraquecido situacionalmente façam parte, não só afetam a saúde pública, por causa daqueles que sofrem este enfraquecimento, mas o nível geral de saúde psíquica da população, dado que aqueles que sofrem a deterioração da situação, interagem na sociedade.

C. Sobre a estrutura da presente Parecer Consultivo

52. Este Tribunal lembra que é inerente às suas faculdades o poder de estruturar seus pronunciamentos da maneira que julgar mais adequado aos interesses do Direito e aos fins de um Parecer Consultivo.

53. Tendo em conta o que precede, a fim de fornecer uma resposta adequada às questões colocadas pelo Estado da Costa Rica, a Corte decidiu estruturar o presente parecer do seguinte modo: (1) no Capítulo V, se referirá especificamente aos critérios de interpretação das normas da Convenção que serão utilizados nesta opinião; (2) no Capítulo VI incluirá considerações gerais sobre o direito à igualdade e à não discriminação e, em particular, sobre esse princípio em relação à identidade de gênero, expressão de gênero e orientação sexual; (3) no Capítulo VII abordará as questões relacionadas aos três primeiros questionamentos do Estado, isto é, os relacionados ao direito à identidade de gênero e ao procedimento de mudança de nome, e (4) no Capítulo VIII abordará as duas últimas questões, relacionadas aos direitos que derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo.

V. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

54. A competência contenciosa da Corte Interamericana consiste essencialmente em interpretar e aplicar a Convenção Americana¹²¹ ou outros tratados sobre os quais tenha

120 Cf. OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova York, de 19 de junho a 22 de julho de 1946. Preâmbulo.

121 Art. 62 da Convenção Americana: 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. [...] 3. A Corte é competente para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da presente Convenção submetidas a ela, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam tal competência, ora por declaração especial, conforme indicado nos incisos anteriores, ora por convenção especial.

competência¹²² para, conseqüentemente, determinar, de acordo com as normas internacionais, tanto convencionais como consuetudinárias, a responsabilidade internacional do Estado de acordo com o Direito Internacional.¹²³ Sem prejuízo do exposto, o Tribunal recorda, como o fez em outras oportunidades,¹²⁴ que o trabalho interpretativo que deve ser desempenhado no exercício de sua função consultiva, difere da sua competência contenciosa na medida em que não existem "partes" envolvidas no procedimento consultivo, e não existe um litígio a ser resolvido. O propósito central da função consultiva é obter uma interpretação judicial sobre uma ou várias disposições da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.¹²⁵

55. Para emitir seu parecer sobre a interpretação das disposições jurídicas trazidas a consulta, a Corte recorrerá à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual reflete as regras gerais e consuetudinárias de interpretação dos tratados internacionais,¹²⁶ o que implica na aplicação simultânea e conjunta dos critérios de boa-fé, o exame do sentido comum dos termos usados no tratado em questão, lidos em seu contexto e considerando o objeto e a finalidade daquele. Para isso, a Corte utilizará os métodos estipulados nos artigos 31¹²⁷ e 32¹²⁸ da Convenção de Viena para realizar tal interpretação.

56. Tendo presente o que precede, a Corte afirmou que, no caso da Convenção Americana, o objeto e finalidade do tratado é "a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos",¹²⁹ a propósito dos quais foi elaborada para proteger os direitos humanos das pessoas, independentemente de sua nacionalidade, em face de seu próprio Estado ou qualquer outro.¹³⁰ Neste ponto, é fundamental ter presente a especificidade dos Tratados de Direitos Humanos, os quais criam uma ordem jurídica na qual os Estados assumem obrigações em

122 Cf. *Caso González e Outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C nº 205, par. 45 a 58 e 77.

123 Cf. Nações Unidas. Resolução da Assembleia Geral 56/83, Responsabilidade do Estado por fatos jurídicos internacionalmente ilícitos. 28 de janeiro de 2002, A/RES/56/83, art. 3º (Qualificação do fato jurídico do Estado como internacionalmente ilícito): "A qualificação do fato jurídico do Estado como internacionalmente ilícito é regida pelo Direito internacional. Tal qualificação não é afetada pela qualificação do mesmo fato jurídico como lícito pelo Direito interno."

124 Cf. Parecer Consultivo OC-15/97, par. 25 e 26, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 26.

125 Cf. Restrições à Pena de Morte (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A nº 3, par. 22, e OC-22/16, par. 26.

126 Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 52, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 35. Ver também Corte Internacional de Justiça, caso relativo à soberania sobre *Pulau Ligitan e Pulau Sipadan (Indonésia Vs. Malásia)*, sentença de 17 de dezembro de 2002, par. 37, e Corte Internacional de Justiça, *Avena e outros cidadãos mexicanos (México Vs. Estados Unidos da América)*, sentença de 31 de março de 2004, par. 83.

127 Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, U.N. Doc A/CONF.39 /27 (1969), U.N.T.S. vol. 1155, p. 331, subscrita em Viena em 23 de maio de 1969, art. 31 (Regra geral de interpretação): "1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé de acordo com o sentido comum a ser dado aos termos do tratado em seu contexto e levando em consideração seu objeto e finalidade. 2. Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, para além do texto, incluídos seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo que se refira ao tratado e tenha sido celebrado entre todas as partes por ocasião da celebração do tratado; b) qualquer instrumento formulado por uma ou mais partes por ocasião da celebração do tratado e aceito pelos demais como instrumento referente ao tratado. 3. Juntamente com o contexto, devem ser tidos em conta: a) qualquer acordo posterior entre as partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação de suas disposições; b) qualquer outra prática posteriormente seguida na aplicação do tratado pelo qual o acordo das partes sobre a interpretação do tratado esteja estabelecido; c) qualquer regra relevante do direito internacional aplicável nas relações entre as partes. 4. Um sentido especial deve ser dado a um termo se for estabelecido que tal era a intenção das partes."

128 Art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Meios complementares de interpretação): "Podem ser utilizados meios de interpretação complementares, em particular os trabalhos preparatórios para o tratado e as circunstâncias da sua celebração, para confirmar o sentido resultante da aplicação do art. 31, ou para determinar o sentido quando a interpretação dada em conformidade com o art. 31: a) deixa ambíguo ou obscuro o sentido, ou b) leva a um resultado manifestamente obscuro ou não razoável."

129 O efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A No. 2, par. 29, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 54

130 Cf. Parecer Consultivo OC-2/82, par. 33, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 54.

relação aos indivíduos sob sua jurisdição¹³¹ e cujas violações podem ser reclamadas por eles e pela comunidade dos Estados Partes da Convenção através da ação da Comissão¹³² e inclusive perante a Corte,¹³³ o que tem como efeito que a interpretação das normas também seja desenvolvida a partir de um modelo baseado em valores que o Sistema Interamericano pretende resguardar, desde o "melhor ângulo" para a proteção do indivíduo.¹³⁴

57. É nesse sentido que a Convenção Americana prevê expressamente determinadas diretrizes de interpretação em seu artigo 29,¹³⁵ entre as quais inclui o princípio *pro persona*, o que implica que nenhuma disposição desse tratado pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade, que possa estar reconhecido, de acordo com as leis de qualquer dos Estados Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um desses Estados ou ainda, excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

58. Além disso, a Corte reiteradamente indicou que os Tratados de Direitos Humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais.¹³⁶ Essa interpretação evolutiva segue as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹³⁷

59. Somado ao anterior, é necessário considerar que o presente parecer consultivo visa interpretar os direitos à igualdade e à não discriminação das pessoas LGBTI, em relação às obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana. De acordo com a interpretação sistemática contemplada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, "as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser determinados de acordo com o sistema jurídico ao qual pertencem."¹³⁸ Este Tribunal considera que, em aplicação destas normas, deve levar em consideração as regulamentações internacionais sobre pessoas LGBTI ao especificar o conteúdo e o alcance das obrigações assumidas pelos Estados de acordo com a Convenção Americana, especialmente quando especificam as medidas a serem adotadas pelos Estados. Em virtude da matéria submetida à consulta, a Corte levará em consideração, como fontes de direito internacional adicionais, outras convenções relevantes em que os Estados Americanos sejam parte, para realizar uma interpretação harmoniosa das obrigações internacionais nos

131 Cf. Parecer Consultivo OC-2/82, par. 29, e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 54.

132 Cf. Arts. 43 e 44 da Convenção Americana.

133 Cf. Art. 61 da Convenção Americana.

134 Cf. Caso *González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México*, par. 33.

135 Art. 29 da Convenção Americana: "Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e 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 estar reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção 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; e 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."

136 Cf. Caso *"Meninos da Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C nº 63, par. 193; O direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A nº 16, par. 114; Caso *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C nº 257, par. 245 e Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C nº 318, par. 245.

137 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, par. 114 e Caso *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica*, par. 245.

138 Caso *González e outras ("Campo algodoeiro") Vs. México*, par. 43 e Caso *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica*, par. 191.

termos da disposição acima mencionada. Além disso, a Corte considerará as obrigações aplicáveis, a jurisprudência e as decisões a este respeito, bem como as resoluções, pronunciamentos e declarações relacionadas ao tema adotado em âmbito internacional.

60. Em suma, ao dar resposta a presente consulta, a Corte atua em sua condição de tribunal de direitos humanos, orientada pelas normas que regem sua competência consultiva e realiza uma análise estritamente jurídica das questões à ela submetidas, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos considerando as fontes do Direito Internacional relevante.¹³⁹ A esse respeito, corresponde precisar que o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou incluídas no direito internacional consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como um direito, bem como dos princípios gerais do direito e um conjunto de normas de caráter geral ou de *soft law*, que servem como guia de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão os conteúdos mínimos determinados convencionalmente.¹⁴⁰ Ademais, a Corte basear-se-á na sua própria jurisprudência.

VI. O DIREITO À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS LGBTI

A. Sobre o direito à igualdade e não discriminação

61. A Corte apontou que a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, tratá-lo com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação.¹⁴¹ Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, sejam direcionadas, direta ou indiretamente, à criação de situações de discriminação de *jure* ou de *facto*.¹⁴² A jurisprudência da Corte também indicou que, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio da *ius cogens*. Sobre ele repousa a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.¹⁴³

62. A Convenção Americana, tal como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, não contém uma definição explícita do conceito de "discriminação". Com base nas definições de discriminação estabelecidas no artigo 2º da Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas,¹⁴⁴ o artigo I.2.a da Convenção

139 Cf. Responsabilidade internacional pela emissão e aplicação de leis que violam a Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A nº 14, par. 60, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 29.

140 Cf. Parecer Consultivo OC-14/94, par. 60, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 29.

141 Cf. Proposta de emenda à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização. Parecer Consultivo OC-04/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A nº 4, par. 55; Caso *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Méritos, Reparações e Custas, par. 79; Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 91, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 109.

142 Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 103, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 110.

143 Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 101; Caso *Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C nº 289, par. 216; Caso *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 79; Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 91; Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C nº 329, par. 238, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 109.

144 O art. 2º afirma que discriminação é: "qualquer distinção, exclusão ou restrição que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social, cultural ou em qualquer outra esfera da vida pública e

Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência,¹⁴⁵ artigo 1.1 da Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância,¹⁴⁶ o artigo 1.1 da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Conexas de Intolerância,¹⁴⁷ o artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,¹⁴⁸ e do artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,¹⁴⁹ bem como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a discriminação poderia ser definida como "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em certos motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição social e que tenham por objeto ou por resultado anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas."¹⁵⁰

63. A este respeito, o Tribunal estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas às disposições do tratado, e estabelece a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nele reconhecidos "sem qualquer discriminação". Ou seja, independentemente da origem ou da forma que assuma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório em relação ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é, *per se*, incompatível com a mesma.¹⁵¹ A violação pelo Estado da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, por meio de qualquer tratamento diferente que possa resultar discriminatório, ou seja, que não persiga fins legítimos, seja desnecessário e/ou

privada."

145 O art. 1.2. estipula que "o termo 'discriminação' contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em uma deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de uma deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

146 O art. 1.1 afirma que discriminação "é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer âmbito da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em motivos de nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem social, *status* socioeconômico, nível de escolaridade, condição migratória de refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado internamente, deficiência, características genéticas, condição da saúde mental ou física, seja infectocontagiosa, incapacitação psíquica ou qualquer outra."

147 O art. 1.1 estabelece que a "discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes."

148 O art. 1º estabelece que "a expressão 'discriminação contra a mulher' deve denotar qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como objeto ou como resultado menosprezo ou anulação do reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do estado civil, com base na igualdade de homens e mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil ou em qualquer outra esfera."

149 O art. 1.1 estabelece que: "nesta Convenção, o termo 'discriminação racial' designará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência com base em raça, cor, linhagem ou origem nacional ou étnica tendo como objeto ou resultado anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, de direitos humanos e de liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social, cultural ou de qualquer outra esfera da vida pública."

150 Caso *Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 81, e Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 90. Da mesma forma, Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 18, Não discriminação, par. 6.

151 Cf. Parecer Consultivo OC-4/84, par. 53; Caso *Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C nº 214, par. 268; Caso *de Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 78; Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 93; Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 239 e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 111.

desproporcional, gera responsabilidade internacional.¹⁵² É por isso que existe uma ligação indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação.¹⁵³

64. Por outro lado, enquanto a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir "sem discriminação" os direitos contidos na Convenção Americana, o artigo 24 protege o direito à "igual proteção da lei."¹⁵⁴ Assim, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito, não somente no que diz respeito aos direitos contidos nesse tratado, mas também em relação a todas as leis aprovadas pelo Estado e à sua aplicação.¹⁵⁵ Em outras palavras, se um Estado discrimina quanto ao respeito ou garantia de um direito convencional, não cumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e ao direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação se refere à uma proteção desigual da lei interna ou à sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana,¹⁵⁶ em relação às categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção.

65. Os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar as situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de um determinado grupo de pessoas. Isto implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação a ações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias.¹⁵⁷

66. No entanto, a Corte lembra que nem todas as diferenças de tratamento serão consideradas discriminatórias, mas apenas aquelas que se baseiam em critérios que não podem ser razoavelmente avaliados como objetivos e razoáveis,¹⁵⁸ ou seja, quando não perseguem um fim legítimo e não existe relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e a finalidade almejada.¹⁵⁹ Do mesmo modo, em casos de diferentes tratamentos desfavoráveis, quando o critério diferenciador corresponde a um daqueles protegidos pelo artigo 1.1 da Convenção, que se refere a: i) características permanentes das pessoas, das quais estas não podem prescindir sem perder a identidade; ii) grupos tradicionalmente marginalizados, excluídos ou subordinados, e iii) critérios irrelevantes para uma distribuição

152 Cf. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 85, *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 214; *Caso Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 94, e *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 111.

153 Cf. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 85, *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 214; *Caso Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 94, e *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 111.

154 Cf. Parecer Consultivo OC-4/84, pars. 53 e 54; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru*, par. 217, e *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 112.

155 Cf. *Caso de Yatama Vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C nº 127, par. 186; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru*, par. 217, e *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 112.

156 Cf. *Caso de Apitz Barbera e outros. ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C nº 182, par. 209; *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C nº 298, par. 243; *Caso Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 104, e *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 112.

157 Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 104; *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, par. 271; *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do povo indígena mapuche) Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C nº 279, par. 201; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru*; *Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 80; *Caso Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 92; *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 110 e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, par. 336. Do mesmo modo, Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 18, Não discriminação, 10 de novembro de 1989, CCPR/C /37, par. 5.

158 Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 18, Não discriminação, 10 de novembro de 1989, par. 13. Além disso, *Caso I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 240.

159 Cf. *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Membros e Ativistas do Povo Indígena Mapuche) e outros Vs. Chile*, par. 200; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru*, par. 219 e *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 125.

equitativa de bens, direitos ou encargos sociais, indicam que a Corte se encontra diante de um indício de que o Estado agiu arbitrariamente.¹⁶⁰

67. A Corte estabeleceu, ademais, que os critérios específicos em virtude dos quais está proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não constituem uma lista taxativa ou limitativa, mas meramente enunciativa.¹⁶¹ Assim, a Corte considera que a redação deste artigo deixa os critérios abertos com a inclusão do termo "outra condição social" para incorporar outras categorias que não foram explicitamente indicadas, mas que possuem uma entidade assimilável.¹⁶² Em tal virtude, no momento da interpretação do referido termo, é necessário escolher a alternativa hermenêutica mais favorável à proteção dos direitos da pessoa humana, de acordo com a aplicação do princípio *pro persona*.¹⁶³

B. Sobre a orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero, como categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção

68. De acordo com o que precede, a Corte determinou, considerando as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da referida Convenção, conforme estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e os organismos das Nações Unidas, que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por esta razão, está proscrita pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas.¹⁶⁴ O anterior seria contrário às disposições do artigo 1.1 da Convenção Americana.

69. De acordo com isso, como já mencionado (*supra* parágrafo 58), a Corte lembra que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais.¹⁶⁵ Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação reconhecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹⁶⁶

70. Nesse sentido, ao interpretar a expressão "qualquer outra condição social" do artigo 1.1. da Convenção, deve sempre ser escolhida a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos pelo referido tratado, de acordo com o princípio *pro homine*.¹⁶⁷ Do mesmo modo, este Tribunal reitera que os critérios específicos em virtude dos quais é proibido discriminar, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana, não constituem uma lista taxativa ou limitativa, mas meramente enunciativa. Assim, a redação desse artigo deixa os

160 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 240.

161 Cf. Caso *Norín Catrimán (Dirigentes, Membros e Ativistas do Povo Indígena Mapuche) e outros Vs. Chile*, par. 202; Caso *de Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 85, e Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 240.

162 Caso *de Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 85, e Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 240.

163 Cf. Caso *do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C nº 134, par. 106, e Caso *de Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, pars. 84 e 85.

164 Cf. Caso *de Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Méritos, Reparações e Custas, par. 91; Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 105, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 118.

165 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, par. 114; Caso *Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*, par. 106, e Caso *Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 83.

166 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, par. 114; Caso *Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*, par. 106, e Caso *Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 83.

167 Cf. Parecer Consultivo OC-5/85, par. 52; Caso *Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*, par. 106, e Caso *Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 84.

critérios abertos com a inclusão do termo "outra condição social", para incorporar, assim, outras categorias que não foram explicitamente indicadas. A expressão "qualquer outra condição social" do artigo 1.1. da Convenção deve ser interpretada pela Corte, consequentemente, na perspectiva da opção mais favorável para a pessoa e da evolução dos direitos fundamentais no direito internacional contemporâneo.¹⁶⁸

71. Em relação ao acima exposto, alguns tratados internacionais a nível regional que foram adotados recentemente e que abordam a temática da discriminação, referem-se especificamente à orientação sexual e à identidade de gênero como categorias protegidas contra a discriminação. Assim, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, em vigor desde 11 de janeiro de 2017, estabelece em seu artigo 5º sobre "igualdade e não discriminação por razões de idade", que proíbe a "discriminação por idade na velhice" e estipula que os Estados Partes "desenvolverão enfoques específicos em suas políticas, planos e legislações sobre envelhecimento e velhice, com relação aos idosos em condição de vulnerabilidade e os que são vítimas de discriminação múltipla, incluindo as mulheres, as pessoas com deficiência, as pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, as pessoas migrantes, as pessoas em situação de pobreza ou marginalização social, os afrodescendentes e as pessoas pertencentes a povos indígenas, as pessoas sem teto, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas pertencentes a povos tradicionais, as pessoas pertencentes a grupos étnicos, raciais, nacionais, linguísticos, religiosos e rurais, entre outros". No mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, adotada em 5 de junho de 2013, estabelece no artigo 1.1 que "A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição."

72. Do mesmo modo, no Sistema Interamericano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aprovou nove resoluções desde 2008, sobre a proteção de pessoas contra tratamentos discriminatórios baseados na sua orientação sexual e identidade de gênero (a partir das resoluções do ano 2013, também se referem aos tratamentos discriminatórios baseados na expressão de gênero), mediante as quais foi exigida a adoção de medidas concretas para uma proteção eficaz contra atos discriminatórios.¹⁶⁹

73. No âmbito do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, em 22 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a "Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero", reafirmando o "princípio da não discriminação", que exige que os direitos humanos sejam aplicados igualmente a todos os seres humanos, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero."¹⁷⁰ Por sua vez, em 22 de março de 2011, foi apresentada ao Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas a "Declaração conjunta para deter os atos de violência e as violações de

168 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, par. 115; e Caso *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 85.

169 Cf. OEA. Resoluções da Assembleia Geral: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, 21 de junho de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, 14 de junho de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 5 de junho de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) correlato 1, Direitos Humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, 6 de junho de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 7 de junho de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 8 de junho de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 4 de junho de 2009 e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, 3 de junho de 2008.

170 Nações Unidas. Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, Assembleia Geral das Nações Unidas, 22 de dezembro de 2008, A/63/635, par. 3º.

Direitos Humanos relacionadas, dirigidos contra as pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero."¹⁷¹ Em 17 de junho de 2011, o mesmo Conselho aprovou uma resolução sobre "direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero", na qual expressou a "séria preocupação com atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, [...] [cometidos] contra pessoas em detrimento de sua orientação sexual e identidade de gênero."¹⁷² O que precede foi reiterado pelas resoluções 27/32 de 26 de setembro de 2014 e 32/2 de 30 de junho de 2016.¹⁷³ A proibição da discriminação baseada na orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero, também foi destacada em numerosos informes dos relatores especiais das Nações Unidas,¹⁷⁴ bem como pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.¹⁷⁵

74. Do mesmo modo, o Comitê de Direitos Humanos qualificou a orientação sexual, bem como a identidade e a expressão de gênero como uma das categorias de discriminação proibidas, consideradas no artigo 2.1¹⁷⁶ do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.¹⁷⁷ Por sua vez, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se pronunciou no

171 Nações Unidas. Declaração conjunta para prevenir atos de violência e violações de direitos humanos relacionadas, dirigidas contra as pessoas baseadas na sua orientação sexual e identidade de gênero, apresentada pela Colômbia no 16º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 22 de março de 2011.

172 Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos, Resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, Resolução 17/19, A/66/53, de 17 de junho de 2011.

173 Cf. Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos, Resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, Resolução 27/32 de 26 de setembro de 2014, A/69/53 / Add.1, e Resolução sobre proteção contra a violência e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero, Resolução 32/2, de 30 de junho de 2016, A/71/53.

174 Cf. Entre outros relatórios. Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 16 de fevereiro de 2004, E/CN.4/2004/49, pars. 32 e 38 ("Os padrões internacionais de direitos humanos proíbem toda discriminação no acesso aos cuidados de saúde e seus fatores determinantes básicos, bem como os meios para obtê-los, por motivos de [...] orientação sexual [...]. As normas jurídicas internacionais relativas aos direitos humanos excluem completamente a discriminação em razão da orientação sexual"); Relatório do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas correlatas de intolerância, Missão no Brasil, 28 de fevereiro de 2006, E/CN.4/2006/16/Add.3, par. 40; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra as mulheres, suas causas e consequências, Integração dos direitos humanos das mulheres e perspectiva de gênero: violência contra as mulheres, Inter-relações entre a violência contra as mulheres e o HIV/AIDS, 17 Janeiro de 2005, E/CN.4/2005/72, pars. 27 e 58; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, Direitos civis e políticos, em particular questões relacionadas a desaparecimentos e execuções sumárias, 13 de janeiro de 2003, E/CN.4/2003/3, pars. 66 e 67; Relatório provisório da Relatora Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, 2 de julho de 2002, A/57/138, par. 37; Relatório do Representante Especial do Secretário-Geral sobre a questão dos defensores dos direitos humanos, 26 de janeiro de 2001, E/CN.4/2001/94, par. 89.g); Relatório do Relator Especial sobre a independência dos juízes e advogados, Direitos Civis e Políticos, em particular questões relacionadas com: a independência do poder judicial, a administração da justiça, a impunidade, Missão no Brasil, 22 de fevereiro de 2005, E/CN.4/2005/60/Add.3, par. 28; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 3 de julho de 2001, A/56/156, par. 17-25; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Direitos civis e políticos, em particular questões relacionadas com a tortura e a detenção, 27 de dezembro de 2001, E/CN.4/2002/76, par. 14; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 23 de dezembro de 2003, E/CN.4/2004/56, par. 64; Relatório do Relator Especial sobre a venda de crianças, prostituição infantil e uso de crianças em pornografia, 5 de janeiro de 2004, E/CN.4/2004/9, par. 118, e Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Opinião nº 7/2002 (Egito), 24 de janeiro de 2003, E/CN.4/2003/8/Add.1, p. 72, par. 28. Da mesma forma, Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20, par. 11 e Relatório do Perito Independente sobre proteção contra a violência e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 20 a 24.

175 Cf. Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Discriminação e violência contra as pessoas baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero, 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23; Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, Nascidos Livres e Iguais. Orientação sexual e identidade de gênero nas normas internacionais de direitos humanos, 2012, HR/PUB/12/06 e *Living Free & Equals*. O que os Estados estão fazendo para enfrentar a violência e a discriminação contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, HR/PUB/16/3, Nova York e Genebra.

176 Art. 2.1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos: "Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos do seu território e sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

177 Cf. Nações Unidas. Comitê dos Direitos Humanos, Observações finais *Turkmenistan*, CCPR/C/TKM/CO/2 (CCPR, 2017), pars. 6 a 9; Observações finais Eslováquia, CCPR/C/SVK/CO/4 (CCPR, 2016), par. 15; Observações

mesmo sentido em relação ao artigo 2.2¹⁷⁸ do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e determinou, em particular, que a orientação sexual e a identidade de gênero podem ser enquadradas sob "outra condição social" e, portanto, também constituem categorias protegidas contra diferentes tratamentos que sejam discriminatórios.¹⁷⁹

75. Além disso, o Comitê dos Direitos da Criança,¹⁸⁰ o Comitê contra a Tortura¹⁸¹ e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher,¹⁸² fizeram referências no âmbito das suas observações e recomendações gerais, quanto à inclusão da orientação sexual como uma das categorias proibidas de discriminação e sobre a necessidade de erradicar práticas que discriminem pessoas, baseadas na sua orientação sexual e/ou identidade de gênero.

finais, Cazaquistão, CCPR/C/KAZ/CO/2 (CCPR, 2016), par. 10; Observações finais Costa Rica, CCPR/C/CRI/CO/6 (CCPR, 2016), par. 12; Observações finais Dinamarca, CCPR/C/DNK/CO/6 (CCPR, 2016), par. 14; Observações finais Namíbia, CCPR/C/NAM/CO/2 (CCPR, 2016), par. 36; Observações finais San Marino, CCPR/C/SMR/CO/3 (CCPR, 2015), par. 9; Observações finais Iraque, CCPR/C/IRQ/CO/5 (CCPR, 2015), par.12.d; Observações finais Coreia, CCPR/C/KOR/CO/4 (CCPR, 2015), par. 15; Observações finais, ex-República Iugoslava da Macedônia, CCPR/C/MKD/CO/3 (CCPR, 2015), par. 7; Observações finais Venezuela, CCPR/C/VEN/CO/4 (CCPR, 2015), par. 8; Observações finais Camboja, CCPR/C/KHM/CO/2 (CCPR, 2015), par. 9; Observações finais Sri Lanka, CCPR/C/LKA/CO/5 (CCPR, 2014), par. 8; Observações finais Japão, CCPR/C/JPN/CO/6 (CCPR, 2014), par. 11; Observações finais Sierra Leoa, CCPR/C/SLE/CO/1 (CCPR, 2014), par. 11; Observações finais Ucrânia, CCPR/C/UKR/CO/7 (CCPR, 2013), par. 8; Observações finais Belize, CCPR/C/BLZ/CO/1 (CCPR, 2013), par.13; Observações finais Hong Kong, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3 (CCPR, 2013), par. 23; Observações finais Turquia, CCPR/C/TUR/CO/1 (CCPR, 2012), par. 8; Observações finais Eslovênia, CCPR/C/SVN/CO/3 (CCPR, 2016), par. 10; Observações finais Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, par. 16; Observações finais Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, par. 13; Observações finais Estados Unidos da América, CCPR/C/USA/CO/3 / Rev.1, par. 25; Observações finais El Salvador, CCPR/C/O/78/SLV, par. 16; Observações finais Polónia, CCPR/C/POL/CO/7 (CCPR, 2016), par.13; Observações finais Polónia, CCPR/C/79/Add.110, par. 23; Observações finais do Quirguistão, CCPR/C/KGZ/CO/2, par. 9; Observações finais Malawi, CCPR/C/MWI/CO/1, par. 6; Observações finais Kuwait, CCPR/C/KWT/CO/2, par. 30; Observações finais Irlanda, CCPR/C/IRL/CO/3, par. 8; Observações finais Irlanda, CCPR/C/IRL/CO/4, par. 7; Observações finais Ucrânia, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; Observações finais Peru, CCPR/C/PER/CO/5, par. 8 e observações finais Geórgia, CCPR/C/GEO/CO/4, par. 8. Além disso, especificamente sobre a proibição de discriminação baseada na orientação sexual, ver: Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Toonen Vs. Austrália*, Comunicação nº 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 31 de março de 1994, par. 8.7 ("*The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation*"); *X Vs. Colômbia*, Comunicação nº 1361/2005, 14 de maio de 2007, CCPR/C/89/D/1361/2005, par. 7.2. ("*The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation*"); *Edward Young Vs. Austrália*, Comunicação nº 941/2000, 18 de setembro de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000, par. 10.4. Ver também: Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral No. 34, CCPR/C/GC/34, par. 26; Comentário Geral nº 35, CCPR/C/GC/35, pars. 3º e 9º.

178 Art. 2.2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir o exercício dos direitos enunciados no mesmo, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

179 Cf. Nações Unidas. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 20. Não discriminação e direitos econômicos, sociais e culturais (art. 2º, par. 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) 2 julho de 2009, E/C.12/GC/20, par. 32. Além disso, ver: Comentário Geral nº 23 sobre o direito a condições de trabalho justas e favoráveis (art. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 27 de abril de 2016, E/C.12/GC/23, pars. 11, 48 e 65.a); Comentário Geral nº 22 (2016), sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 02 de maio de 2016, E/C.12/GC/22, pars. 9, 23 e 30. No que diz respeito à categoria protegida "orientação sexual", ver: Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 18. Direito ao trabalho, 06 de fevereiro de 2006, E/C.12/GC/18, par. 12; Observação nº 15. Direito à água (arts. 11 e 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 20 de janeiro de 2003, E/C.12/2002/11, par. 13 ("o Pacto proíbe toda discriminação com base na orientação [...] sexual"); Comentário Geral nº 14. O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, par. 18 ("Nos termos do art. 2º, par. 2, e do art. 3º, o Pacto proíbe qualquer discriminação em relação ao acesso aos cuidados de saúde e aos fatores determinantes básicos da saúde, bem como a meios e direitos para obtê-lo, por razões [...] de orientação sexual"). Ver também: Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observações finais Irã, E/C.12/IRN/CO/2, par. 7; Observações finais Indonésia, E/C.12/IDN/CO/1, par. 6; Observações finais Bulgária, E/C.12/BGR/CO/4-5, par. 17; Observações finais Eslováquia, E/C.12/SVK/CO/2, par. 10, e observações finais Peru, E/C.12/PER/CO/2-4, par. 5.

180 Cf. Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 20 (2016) sobre a eficácia dos direitos das crianças durante a adolescência, 06 de dezembro de 2016, CRC/C/GC/20, par. 34; Comentário Geral nº 15 (2013) sobre o direito da criança de gozar do mais alto nível possível de saúde (art. 24), 17 de abril, 2013, CRC/C/GC/15, par. 8; Comentário Geral nº 3 HIV/SIDA e os direitos da criança, CRC/GC/2003/3, 17 de março de 2003, par. 8 ("discriminação baseada em preferências sexuais é uma preocupação"); Comentário Geral nº 4 (2003) sobre a saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 21 de

76. Por outro lado, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos também expressou sua preocupação a respeito das violações aos direitos humanos baseadas na orientação sexual, a expressão e a identidade de gênero.¹⁸³ Nessa linha, o Alto Comissariado recomendou aos Estados tomar as medidas apropriadas para proibir legalmente a discriminação baseada na orientação sexual, identidade e expressão de gênero.¹⁸⁴

77. No que diz respeito à inclusão da orientação sexual e da identidade de gênero como categorias de discriminação proibidas, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou que a orientação sexual e a identidade de gênero podem ser entendidas como inseridas na categoria "outra condição" mencionada no artigo 14 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (doravante "Convenção Europeia"),¹⁸⁵ que proíbe o tratamento discriminatório.¹⁸⁶ Em particular, no caso de *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu concluiu que a orientação sexual é um conceito que se encontra coberto pelo artigo 14 da Convenção Europeia. Além disso, reiterou que a lista de categorias do referido artigo é ilustrativa e não exaustiva.¹⁸⁷ Do mesmo modo, no caso *Clift Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu reiterou que a orientação sexual, como uma das categorias que podem ser incluídas sob "outra condição", é outro exemplo específico daqueles encontrados na referida lista, que são consideradas como características pessoais no sentido de serem inatos ou

julho de 2003, CRC/GC/2003/4, par. 6 ("os Estados Partes têm a obrigação de garantir que todos os seres humanos menores de 18 anos tenham o desfrute de todos os direitos consagrados na Convenção, sem nenhuma discriminação (art. 2º), independentemente de "raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, status econômico, incapacidade física, nascimento ou qualquer outra condição da criança. "Deve também ser acrescentada a orientação sexual [...]") e Comentário Geral nº 13 (2011) sobre o direito da criança de não estar sujeito a qualquer forma de violência, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13, pars. 60 e 72. Além disso, ver: Observações finais Nepal, CRC/C/NPL/CO/3-5 (CRC, 2016), par. 41, Observações finais Nova Zelândia, CRC/C/NZL/CO/5 (CRC, 2016), par. 15; Observações finais, Polônia, CRC/C/ POL/CO/3-4 (CRC, 2015), par. 17; Observações finais Rússia, CRC/C/RUS/CO/4-5, pars. 24 e 25, 55 e 56, 59 e 60; Observações finais Gâmbia, CRC/C/GAM/CO/2-3, pars. 29 e 30; Observações finais Austrália, CRC/C/AUS/CO/ 4, pars. 29 e 30; Observações finais Iraque, CRC/C/IRQ/CO/2-4, pars. 19 e 20; Observações finais Tanzânia, CRC/C/TZA/CO/3-5, pars. 56 e 57.

181 Cf. Nações Unidas. Comitê contra a Tortura, Comentário Geral Nº . 2. Aplicação do art. 2º pelos Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008, pars. 15 a 24; Comentário geral nº 3. Aplicação do art. 3º pelos Estados Partes, 13 de dezembro de 2012, CAT/C/GC/3, pars. 8, 32 e 39; Observações finais Rússia, CAT/C/RUS/CO/5, par. 15; Observações finais do Quirguistão, CAT/C/KGZ/CO/2, par. 19.

182 Cf. Nações Unidas. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 27 sobre as mulheres idosas e a proteção dos seus direitos humanos, 16 de dezembro de 2010, CEDAW/C/GC/27, par. 13 e Recomendação Geral nº 28 sobre o art. 2º da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, 16 de dezembro de 2010, CEDAW/C/GC/28, par. 18 ("A discriminação contra as mulheres em razão do sexo e do gênero está intimamente ligada a outros fatores que afetam as mulheres, como raça, origem étnica, religião ou crenças, saúde, status, idade classe, casta, orientação sexual e identidade de gênero"). Além disso, ver: Observações finais Equador, CEDAW/C/ECU/CO/8-9 (CEDAW, 2015), par. 21.f; Observações finais Uganda, CEDAW/C/UGA/CO/7, pars. 43 e 44; Observações finais Costa Rica, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, pars. 40 e 41; Observações finais Países Baixos, CEDAW/C/NLD/CO/5, par. 46 e 47; Observações finais Alemanha, CEDAW/C/DEU/CO/6, par. 61; Observações finais Guiana, CEDAW/C/GUY/CO/7-8, pars. 22 e 23, e Observações finais Quirguistão, CEDAW/C/KGZ/CO/4, pars. 9 e 10.

183 Cf. Nações Unidas. Informe Anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e informes do escritório do Alto Comissariado e do Secretário Geral, Discriminação e violência contra as pessoas por motivos de orientação sexual e identidade de gênero, 04 de maio de 2015, A/HRC/29/23, pars. 86, 88 y 111(q).

184 Cf. Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. "Living Free and Equal", HR/PUB/16/3, 2016, p. 30 e 62.

185 Art. 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: "O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem qualquer distinção, especialmente por razões de sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outros, origem nacional ou social, pertencente a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação."

186 Cf. TEDH. Caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, nº 33290/96, Sentença de 21 de dezembro de 1999, par. 28; Caso *L. e V. Vs. Áustria*, nº 39392/98 e 39829/98, Sentença de 9 de janeiro de 2003, par. 45; Caso *S. L. Vs. Áustria*, n.º 45330/99, Sentença de 9 de janeiro de 2003, par. 37; Caso *E.B. Vs. França*, nº 43546/02, Sentença de 22 de janeiro de 2008, par. 50; Caso *Identoba e outros Vs. Geórgia*, nº 73235/12, 12 de maio de 2005, par. 96, e Caso *Goodwin Vs. Reino Unido*, nº 28957/95, 11 de julho de 2002, par. 108.

187 Cf. TEDH, Caso *Salgueiro da Silva Mouta*, par. 28 ("the applicant's sexual orientation [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words ['] any ground such as [']"). Ver também: Caso de *Fretté Vs. França*, nº 36515/97, Sentença de 26 de fevereiro de 2002, par. 32; Caso *Kozak Vs. Polônia*, nº 13102/02, Sentença de 2 de março de 2010, par. 92; Caso *J.M. Vs. o Reino Unido*, nº 37060/06, Sentença de 28 de setembro de 2010, par. 55, e Caso *Alekseyev Vs. Rússia*, nº 4916/07, 25924/08 e 14599/09, Sentença de 21 de outubro de 2010, par. 108 ("The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14 [...]").

inerentes à pessoa.¹⁸⁸ No caso *S.L. Vs. Áustria* indicou que as diferenças no tratamento das populações heterossexuais e homossexuais com base na idade do consentimento para ter relações sexuais carecem de justificação objetiva e razoável se enquadrando, portanto, como discriminatórias.¹⁸⁹ Por outro lado, o Conselho da Europa adotou uma série de textos destinados a combater a discriminação baseada na orientação sexual e, em menor medida, na identidade de gênero.¹⁹⁰

78. De acordo com o que precede, levando em consideração as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação estabelecidos no artigo 29 da referida Convenção, conforme estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, das Resoluções da Assembleia Geral da OEA e das agências das Nações Unidas (*supra*, parágrafos 71 a 76), a Corte Interamericana estabelece que orientação sexual e identidade de gênero, bem como a expressão de gênero são categorias protegidas pela Convenção. Por esta razão, a Convenção proíbe qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Por conseguinte, nenhuma regra, decisão ou prática de direito interno, seja por autoridades estatais ou por indivíduos, pode diminuir ou restringir, de qualquer forma, os direitos de uma pessoa com base na sua orientação sexual, identidade de gênero e/ou a sua expressão de gênero.

79. No que diz respeito à expressão de gênero, este Tribunal já indicou que é possível que uma pessoa seja discriminada por causa da percepção que outros têm de seu relacionamento com um grupo ou setor social, independentemente de corresponder à realidade ou com a auto identificação da vítima.¹⁹¹ A discriminação por causa da percepção, tem o efeito ou o propósito de impedir ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais da pessoa objeto de tal discriminação, independentemente de a pessoa se auto identificar ou não com uma determinada categoria.¹⁹² Como outras formas de discriminação, a pessoa é reduzida à única característica que lhe é imputada, sem importar outras condições pessoais.¹⁹³ Consequentemente, de acordo com o acima exposto, pode-se considerar que a proibição de discriminação com base na identidade de gênero é entendida não só em relação à identidade real ou autopercebida, mas também deve ser entendida em relação à identidade percebida de forma externa, independentemente de esta percepção corresponder à realidade ou não. Nesse sentido, deve ser entendido que toda expressão de gênero constitui uma categoria protegida pela Convenção Americana no seu artigo 1.1.

188 Cf. TEDH. Caso *Clift Vs. Reino Unido*, nº 7205/07, Sentença de 13 de julho de 2010, par. 57 ("[...] the Court has considered to constitute [...] other status [...] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent"). No entanto, o Tribunal Europeu não decidiu limitar o conceito de "outra condição" para que as características sejam inerentes ou inatas da pessoa. Além disso, *Case Clift Vs. Reino Unido*, par. 58.

189 Cf. TEDH. Caso *S.L. Vs. Áustria*, nº 45330/99, Sentença de 19 de janeiro de 2003, pars. 44 a 46.

190 Cf. Recomendação CM/Rec (2010)5 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre medidas de combate à discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero; Recomendação 1915 (2010) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a discriminação baseada na orientação sexual e na identidade de gênero; Recomendação 924 (1981) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a discriminação contra homossexuais; Recomendação 1117 (1989) da Assembleia Parlamentar sobre a condição dos transexuais; Recomendação 1470 (2000) da Assembleia Parlamentar sobre a situação dos gays e das lésbicas e dos seus companheiros em matéria de asilo e imigração nos Estados membros do Conselho da Europa; Recomendação 1474 (2000) da Assembleia Parlamentar sobre a situação das lésbicas e gays nos Estados membros do Conselho da Europa e da Recomendação 1635 (2003) da Assembleia Parlamentar sobre lésbicas e gays no esporte.

191 Cf. Caso *de Perozo e outros Vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C nº 195, par. 380; Caso *Ríos e outros Vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C nº 194, par. 349 e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 120.

192 Cf. *Mutatis mutandis*. Caso *Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 158; Caso *Ríos e outros Vs. Venezuela*, par. 146, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 120.

193 Cf. *Mutatis mutandis*, Caso *Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 158; Caso *Ríos e outros Vs. Venezuela*, par. 146, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 120.

80. Finalmente, é relevante notar que vários Estados da região reconheceram em seus ordenamentos jurídicos internos, seja por disposição constitucional, seja por meios legais, por decretos como por decisões de seus tribunais, que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem categorias protegidas contra diferentes tratamentos discriminatórios.¹⁹⁴

C. Sobre as diferenças de tratamento discriminatórias

81. Do mesmo modo, a Corte considera que os critérios de análise para determinar se houve violação do princípio da igualdade e da não discriminação em um caso concreto podem ter uma intensidade diferente, de acordo com as razões pelas quais há uma diferença de tratamento. Nesse sentido, a Corte considera que, quando se trata de uma medida que estabelece um tratamento diferenciado, em que uma dessas categorias está envolvida, a Corte deve aplicar um escrutínio estrito que incorpore elementos particularmente exigentes na análise, isto é, esse tratamento diferente deve ser uma medida necessária para alcançar um objetivo convencionalmente imperioso. Assim, neste tipo de exame, para analisar a adequação da medida diferenciadora, é necessário que o objetivo perseguido não seja apenas legítimo no âmbito da Convenção, mas também imperioso. Os meios escolhidos não só devem ser adequados e eficazes, mas também necessários, isto é, que não possam ser substituídos por um meio alternativo menos lesivo. Além disso, está incluída a aplicação de um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual os benefícios de adotar a medida processada devem ser claramente superiores às restrições que ela impõe aos princípios convencionais afetados com a mesma.¹⁹⁵

82. Em outra ordem de ideias, especificamente em relação ao alcance do direito à não discriminação com base na orientação sexual, esta Corte indicou que esta não se limita à condição de homossexual em si mesma, mas inclui a sua expressão e as consequências necessárias no projeto de vida das pessoas.¹⁹⁶ Nesse sentido, por exemplo, os atos sexuais são uma maneira de expressar a orientação sexual da pessoa, por isso são protegidos dentro do mesmo direito à não discriminação com base na orientação sexual.¹⁹⁷

194 Cf. Argentina. Lei nº 23.592, de 23 de agosto de 1988, art. 1; Argentina Legislatura da Cidade Autônoma de Buenos Aires, Lei contra a discriminação, 9 de abril de 2015, art. 3º; Bolívia. Constituição Política do Estado, 07 de fevereiro de 2009, art. 14, par. II; Bolívia Lei nº 045, Lei contra o racismo e todas as formas de discriminação, 08 de outubro de 2010, art. 5; Bolívia Lei nº 807, Lei de identidade de gênero, 21 de maio de 2016, art. 5; Brasil Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.626.739 (2016/0245586); Canadá, Lei Canadense dos Direitos Humanos, R.S.C., 1985, c. H-6 (1996, c.14, s.1, 1998, c. 9, s. 9; 2012, c. 1, s.137 (E); 2017, c. 3, ss. 9, 11, c 13, s. 1.), art. 2º. Finalidade da lei; Chile Lei nº 20.609, de 24 de julho de 2012, art. 2º; Chile, Corte de Apelações de Santiago, Sentença de 9 de março de 2015, causa nº 9901-2014; Chile, Corte Suprema do Chile, Sentença de 13 de março de 2017, causa nº 99813; Colômbia Lei nº 1752, 03 de junho de 2015, art. 1; Colômbia Lei nº 1448, de 10 de junho de 2011, art. 3; Tribunal Federal colombiano, Sentença C-481/98, de 9 de setembro de 1998, Sentença C-075/07, de 7 de fevereiro de 2007, Sentença C-577/11, de 26 de julho de 2011, Sentença T-099/15 do 10 de março de 2015, Sentença T-478/15 de 3 de agosto de 2015 e Sentença SU-214/16 de 28 de abril de 2016; Costa Rica, Decreto 38999, "Política do poder executivo para erradicar a discriminação contra a população sexualmente diversa de suas instituições", 12 de maio de 2015, art. 1; Costa Rica, Acordo do Supremo Tribunal de Eleições, aprovado no art. 3º da Sessão Ordinária nº 37-2016 de 28 de abril de 2016, Política de não discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero do Tribunal Supremo Eleitoral; Equador. Constituição da República do Equador, 2008, art. 11; Tribunal Federal do Equador, Sentença 037-13-SCN-CC, 11 de junho de 2013; México, Lei Federal para prevenir e eliminar a discriminação, 11 de junho de 2003, art. 1.III; Peru, Decreto Legislativo 1323, 5 de janeiro de 2017, art. 1º; Peru, Lei nº 28.237, Código Processual Constitucional, 28 de maio de 2004, art. 37.1; Porto Rico, Lei nº 22, Lei para estabelecer a Política Pública do Governo de Porto Rico contra a discriminação baseada na Orientação Sexual ou Identidade de Gênero em empregos públicos ou privados, 29 de maio de 2013, art. 1; República Dominicana, Constituição Política, 26 de janeiro de 2010, art. 39; República Dominicana, Lei nº 550-14, 19 de dezembro de 2014, art. 182; Uruguai, Lei nº 17.817, Lei sobre a Luta contra o racismo, a xenofobia e a discriminação, 14 de setembro de 2004, art. 2º; Uruguai, Lei nº 18.620, Lei sobre o Direito à identidade de gênero e à mudança de nome e gênero em documentos de identificação, 17 de novembro de 2009, art. 1º; Uruguai, Lei nº 19.075, Lei sobre casamento igualitário, 9 de maio de 2013, art. 1, e Venezuela, Lei Orgânica do Poder Popular, 9 de dezembro de 2010, art. 4º.

195 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 241.

196 Cf. Caso *de Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 133, e Caso *Flor Feire Vs. Equador*, par. 119.

197 Cf. Caso *Flor Feire Vs. Equador*, par. 119.

83. Finalmente, é importante lembrar que a falta de consenso no interior de alguns Estados sobre o pleno respeito pelos direitos de certos grupos ou pessoas que se distinguem por sua orientação sexual, identidade de gênero ou sua expressão de gênero, reais ou percebidas, não pode ser considerado um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que esses grupos ou pessoas sofreram.¹⁹⁸ O fato de que este pudesse ser um assunto controverso em alguns setores e Estados, e que não seja necessariamente uma matéria de consenso, não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois, ao fazê-lo, deve remeter-se única e exclusivamente às estipulações das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana.¹⁹⁹

84. Um direito que é reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém e, sob nenhuma circunstância, com base em sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero. O acima mencionado, violaria o artigo 1.1. da Convenção Americana. O instrumento interamericano proíbe a discriminação, em geral, incluindo nela categorias como a orientação sexual e identidade de gênero, que não podem servir de base para negar ou restringir qualquer um dos direitos estabelecidos na Convenção.

VII. O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E PROCEDIMENTOS DE MUDANÇA DE NOME

A. Sobre o direito à identidade

85. A Corte lembra que a Convenção Americana protege um dos valores mais fundamentais da pessoa humana entendida como ser racional, isto é, o reconhecimento da sua dignidade. É assim que este Tribunal apontou, em outras ocasiões, que este valor é inerente aos atributos

198 De acordo com várias fontes de direito internacional e comparado, esta discriminação contra a comunidade Lésbicas, Gays, Transexuais, Bissexuais e Intersexuais é inaceitável porque: i) a orientação sexual é um aspecto essencial da identidade de uma pessoa. Do mesmo modo: ii) a comunidade LGBTI historicamente foi discriminada e o uso de estereótipos no tratamento dela é comum. Cf. Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental, 16 de fevereiro de 2004, E/CN.4/2004/49, par. 33 ("[...] discriminação e estigmatização continuam a representar uma séria ameaça para a saúde sexual e reprodutiva de muitos grupos, como [...] as minorias sexuais [...]"); Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 23 de dezembro de 2003, E/CN.4/2004/56, par. 64 ("Atitudes e crenças derivadas de mitos e medos relacionados ao HIV/AIDS e à sexualidade contribuem para a estigmatização e discriminação contra as minorias sexuais. Além disso, a percepção de que os membros dessas minorias não respeitam as barreiras sexuais ou questionam os conceitos predominantes do papel atribuído a cada sexo parece contribuir para a sua vulnerabilidade à tortura como forma de "punir" o seu comportamento não aceito"). Por outro lado: iii) constituem uma minoria, que considera muito mais difícil remover discriminações em áreas como a legislatura, bem como evitar repercussões negativas na interpretação de normas por parte de funcionários dos órgãos executivos ou legislativos, e no acesso à justiça. Cf. Relator Especial sobre a independência dos juízes e advogados, Direitos Civis e Políticos, em particular questões relacionadas a: independência do poder judicial, administração da justiça, impunidade, Missão no Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de fevereiro de 2005, par. 28 ("Travestis, transexuais e homossexuais também são frequentemente vítimas de episódios de violência e discriminação. Quando recorrem ao sistema judicial, muitas vezes se encontram com os mesmos preconceitos e estereótipos da sociedade reproduzidos lá"), e Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-481 de 9 de setembro de 1998. Finalmente: iv) a orientação sexual não constitui um critério racional para a distribuição ou repartição racional e justa de bens, direitos ou encargos sociais. Cf. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-481, de 9 de setembro de 1998, par. 25. Nesta sentença, no que diz respeito ao direito de professores de escolas públicas não serem demitidos por causa da sua condição de homossexual, o Tribunal Federal colombiano disse que separar um professor de seu trabalho por esse motivo é baseado "em um preconceito sem apoio empírico algum, que denota a estigmatização injusta que afetou essa população e que foi invocado para impor encargos ou privá-los de direitos, em detrimento de suas possibilidades de participação em áreas tão importantes da vida social e econômica" (par. 29). Por sua parte, a Sentença C-507 do Tribunal Federal colombiano de 1999 declarou inconstitucional uma regra que estabeleceu como uma ofensa disciplinar a homossexualidade nas forças militares. Na Sentença C-373 de 2002, o Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional uma regra que previa motivos para a incapacidade de exercer o cargo de tabelião por ter sido disciplinado pela falta de "homossexualismo."

199 Cf. Caso *Atala Rizzo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e custas, par. 92; Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 123, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 124.

da pessoa e, portanto, é um direito humano fundamental oponível *erga omnes* como expressão de um interesse coletivo da comunidade internacional como um todo, o que não admite derrogação nem suspensão nos casos previstos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁰⁰ Além disso, deve ser entendido que esta proteção se encontra estabelecida de forma transversal em todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana.

86. Em relação ao acima exposto, a Convenção contém uma cláusula universal para a proteção da dignidade, cujo fundamento se erige tanto no princípio da autonomia da pessoa quanto na ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas como iguais, uma vez que são objetivos em si mesmos de acordo com suas intenções, vontade e decisões próprias de vida. Além disso, a Convenção Americana também reconhece a inviolabilidade da vida privada e familiar, entre outras áreas protegidas. Este âmbito da vida privada das pessoas, afirmou o Tribunal, caracteriza-se por ser um espaço de liberdade isento e imune às interferências abusivas ou arbitrárias de terceiros ou autoridades públicas.²⁰¹

87. Por outro lado, o Tribunal especificou que a proteção do direito à vida privada não se limita ao direito à privacidade, uma vez que cobre uma série de fatores relacionados à dignidade da pessoa, incluindo, por exemplo, a capacidade de desenvolver sua própria personalidade, aspirações, determinar sua identidade e definir suas relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, o desenvolvimento pessoal e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.²⁰² A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer autonomia pessoal, no futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa.²⁰³ Da mesma forma, a vida privada inclui a forma como a pessoa se vê e como ela decide se projetar para com os outros,²⁰⁴ sendo esta condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.²⁰⁵

88. Em vista disto, um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias escolhas e convicções.²⁰⁶ Neste contexto, o princípio da autonomia da pessoa desempenha um papel fundamental, o que veda toda ação estatal que procure a instrumentalização da pessoa, isto é, que a converta em um meio para fins alheios às escolhas sobre sua própria vida, seu corpo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites impostos pela Convenção.²⁰⁷ Desta forma, de acordo

200 Cf. OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Parecer "sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par. 12, e Caso *Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparos. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221, par. 123.

201 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 149; Caso *Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C nº 148, par. 194 e Caso *Comunidade Campesina de Santa Bárbara Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C nº 299, par. 200.

202 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 152; Caso *Fernández Ortega e outros Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C nº 215, par. 129 e Caso *de Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica*, par. 143.

203 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 152, e Caso *de Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica*, par. 143.

204 Cf. Caso *Rosendo Cantú e outra Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C nº 216, par. 119 e Caso *de Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica*, par. 143.

205 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 152.

206 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 150; Caso *Atala Riffo e Girls Vs. Chile*. Recursos, Reparações e Custas, par. 136, e Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 103.

207 Art. 32 da Convenção Americana "Correlação entre deveres e direitos." 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática. Além disso, ver Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 150.

com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ou autonomia pessoal, cada pessoa é livre e autônoma para seguir um modelo de vida de acordo com seus valores, crenças, convicções e interesses.²⁰⁸

89. Por outro lado, e nesta ordem de ideias, esta Corte interpretou amplamente o artigo 7.1 da Convenção Americana, afirmando que ele inclui um conceito de liberdade em um sentido amplo, que é entendido como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que legalmente é permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social de acordo com suas próprias escolhas e convicções.²⁰⁹ A liberdade definida como tal é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que é projetado em toda a Convenção Americana.²¹⁰ Sobre este ponto, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas expressou que a noção de vida privada se refere à esfera da vida de uma pessoa em que ele ou ela podem expressar livremente sua identidade, seja em suas relações com a outros ou sozinha.²¹¹ De acordo com o que foi expresso, para este Tribunal, portanto, o reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e da proteção do direito à vida privada, um direito à identidade, intimamente relacionado com a autonomia da pessoa e a identifica como um ser autodeterminado e autônomo, ou seja, que é dono de si mesmo e de seus atos.

90. No que se refere ao direito à identidade, esta Corte indicou que pode ser conceitualizado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e que, nesse sentido, inclui vários direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias do caso.²¹² O direito à identidade pode ser afetado por inúmeras situações ou contextos que podem ocorrer desde a infância até a idade adulta.²¹³ Embora a Convenção Americana não se refira especificamente ao direito à identidade sob esse nome, no entanto, inclui outros direitos que o compõem.²¹⁴ Desta forma, a Corte lembra que a Convenção Americana protege esses elementos como direitos em si mesmos, no entanto, nem todos esses direitos serão necessariamente envolvidos em todos os casos que estejam ligados ao direito à identidade.²¹⁵ Além disso, o direito à identidade não pode ser reduzido, confundido ou subordinado a um ou outro dos direitos que inclui, nem à somatória dos mesmos. Certamente, o nome, por exemplo, faz parte do direito à identidade, mas não é seu único componente.²¹⁶ Por outro lado, este Tribunal indicou que o direito à identidade está intimamente relacionado com a dignidade humana, com o direito à privacidade e com o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana).²¹⁷

208 Ver a este respeito, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/2015.

209 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 148, e Caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C nº 170, par. 52.

210 Cf. Caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, par. 52; Caso *de Artavia Murillo e outros ("Fertilização in vitro") Vs. Costa Rica*, par. 142 e Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 151.

211 Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Caso *Coeriel et al. Vs. Holanda*, 9 de dezembro de 1994, CCPR/C/52/D/453/1991, par. 10.2.

212 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 122; Caso *Fornerón e Filha Vs. Argentina*, par. 123, e Caso *de Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C nº 285, par. 116.

213 Cf. Caso *Contreras e outros Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C No. 232, par. 113.

214 Cf. Caso *de Gelman Vs. Uruguai*, par. 122, e Caso *Contreras e outros Vs. El Salvador*, par. 112. Além disso, ver OEA, Comissão Jurídica Interamericana, Parecer "sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par. 11.2.

215 Cf. Caso *Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador*, par. 116.

216 Cf. OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Parecer.

217 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, pars. 149 a 152.

91. Do mesmo modo, pode-se entender que este direito está intimamente ligado à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, ambos baseados em uma experiência histórica e biológica, bem como sobre o modo como ela se relaciona com os outros, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social.²¹⁸ Isso também implica que as pessoas podem experimentar a necessidade de serem reconhecidas como entes diferenciados e diferenciáveis das outras pessoas. Para atingir esse objetivo, é imprescindível que o Estado e a sociedade respeitem e garantam a individualidade de cada uma delas, bem como o direito de serem tratados de acordo com os aspectos essenciais de sua personalidade, sem outras limitações, além, daquelas que impõem os direitos das demais pessoas. É por isso que o enraizamento da individualidade da pessoa perante o Estado e perante a sociedade, é traduzido por sua faculdade legítima para estabelecer a externalização do seu modo de ser, de acordo com suas convicções mais íntimas. Do mesmo modo, um dos componentes essenciais de qualquer plano de vida e a individualização das pessoas é precisamente a identidade de gênero e sexual.²¹⁹

92. Ademais, o direito à identidade e, portanto, o direito à identidade sexual e de gênero, tem entre suas implicações e alcances mais relevantes, o de constituir-se como um direito com caráter autônomo que alimenta seu conteúdo tanto das normas do direito internacional, bem como as derivadas das características culturais próprias, contempladas no ordenamento interno dos Estados, concorrendo, assim, para conformar a especificidade da pessoa com os direitos que a tornam única, singular e identificável.²²⁰

93. Em relação à identidade de gênero e sexual, esta Corte reitera que também está vinculado ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias convicções, bem como o direito à proteção da vida privada (*supra*, parágrafo 87).²²¹ Assim, diante da identidade sexual, este Tribunal estabeleceu que a vida afetiva com o cônjuge ou companheiro permanente, dentro do qual, logicamente, se encontram as relações sexuais, é um dos principais aspectos desse âmbito o círculo de intimidade,²²² em que também influi a orientação sexual da pessoa, a qual dependerá de como esta se auto identifique.²²³

94. Neste ponto, deve-se lembrar que a identidade de gênero foi definida neste parecer como a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa sente, o que pode corresponder ou não ao sexo atribuído no momento do nascimento. O que precede também leva à experiência pessoal do corpo e outras expressões de gênero, como são a vestimenta e o modo de falar (*supra*, par. 32.f). Nesta linha, para esta Corte, o reconhecimento da identidade de gênero está necessariamente ligado à ideia de que sexo e gênero devem ser percebidos

218 Cf. Caso *Contreras e outros Vs. El Salvador*, par. 113.

219 A este respeito, ver Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-594/93.

220 Cf. OEA. Comissão Jurídica Interamericana, Parecer "sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par.15.

221 Cf. Caso de *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 141.

222 Cf. Caso de *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 141. Ver também, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-499 de 2003. A Corte Constitucional definiu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no art. 16 da Constituição Política da Colômbia, como o direito das pessoas para "optar por seu plano de vida e desenvolver sua personalidade de acordo com seus interesses, desejos e convicções, desde que não afete os direitos de terceiros ou viole a ordem constitucional" (Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-309 de 1997). Do mesmo modo, foi entendido como "a capacidade das pessoas para definir, de forma autônoma, as opções vitais que guiarão o curso de sua existência" (Corte Constitucional da Colômbia, julgamento SU-642 de 1998).

223 Cf. Caso *Flor Freire Vs. Equador*, par. 103. Ver, no mesmo sentido, OEA, Conselho Permanente, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, CP/CAJP/INF.166/12, 23 de abril de 2012, e Corte Constitucional da Colômbia Sentença C-098/96, nº 14.

como parte de uma construção de identidade que é o resultado da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem ter que estar sujeita à sua genitalidade.²²⁴

95. Desta forma, o sexo, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos atribuídos às diferenças biológicas em torno do sexo atribuído no nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva da pessoa que a detém e descansa sobre uma construção autopercebida da identidade de gênero relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada. Portanto, quem decide se assumir é titular de interesses juridicamente protegidos, que em nenhuma circunstância podem ser sujeitos a restrições pelo simples fato de que o conglomerado social não compartilha estilos de vida específicos e únicos,²²⁵ como resultado de medos, estereótipos, preconceitos sociais e morais que não possuem fundamentos razoáveis. Assim, em vista dos fatores que definem a identidade sexual e de gênero de uma pessoa, uma preferência do fator subjetivo sobre suas características físicas ou morfológicas (fator objetivo) é apresentado na realidade. Nesse sentido, a partir da natureza humana complexa que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que eles têm sobre si mesmos, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos da identidade sexual e de gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem a visão que a pessoa tem de si própria e a sua projeção ante a sociedade.²²⁶

96. Por outro lado, o Tribunal considera que o direito à identidade e, em particular, a manifestação da identidade, também é protegido pelo artigo 13, que reconhece o direito à liberdade de expressão. Deste ponto de vista, interferir arbitrariamente na expressão dos diferentes atributos da identidade pode implicar uma violação desse direito. Aliás, no que diz respeito à externalização da identidade, esta Corte indicou no caso *López Álvarez Vs. Honduras* que um dos pilares da liberdade de expressão é precisamente o direito de falar, e isso implica necessariamente o direito das pessoas de utilizarem a linguagem de sua escolha na expressão de seus pensamentos. Nessa Sentença, a Corte analisou a lesão à liberdade de expressão e à individualidade do Sr. López Álvarez, uma vez que ele havia sido impedido de usar a língua garífuna, que é um elemento profunda e intrinsecamente ligado à sua identidade.²²⁷ Da mesma forma, o Tribunal considerou neste caso, que a referida violação adquiriu uma gravidade especial, já que afetou sua dignidade pessoal como membro da comunidade Garífuna.²²⁸

97. Considerando o que precede, a Corte concorda com o entendimento da Comissão quando esta afirma que a falta de reconhecimento do gênero ou da identidade sexual pode resultar em censura indireta de expressões de gênero que se desviam dos padrões

224 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais na América. OEA/ Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 16.

225 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra as pessoas lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais na América. OEA/Série L/V/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 16. Ver, a este respeito, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/2015. Da mesma forma, ver o Tribunal Federal do Peru, Sentença de 21 de outubro de 2016, EXP nº 06040-2015-PA/TC, par. 13: "a realidade biológica, de acordo com o acima exposto, não deve ser o único fator determinante para a atribuição do sexo, porque este, sendo também uma construção, deve ser entendido dentro das realidades sociais, culturais e interpessoais que a própria pessoa experimenta durante a sua existência. Portanto, o sexo nem sempre deve ser determinado em termos da genitalidade, porque seria assim cair em um determinismo biológico, que reduziria a natureza humana a uma mera existência física, e isso obviaria que o ser humano também é um ser psíquico e social."

226 Ver, a este respeito, Suprema Corte de Justiça do México, Amparo direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009, pág. 20.

227 Cf. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C nº 141, pars. 164, 169 e 171.

228 Cf. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, par. 169.

cisnormativos ou heteronormativos com o qual se envia uma mensagem generalizada de que as pessoas que se desviam desses padrões "tradicionais" não terão proteção legal e reconhecimento de seus direitos em condições iguais em relação àqueles que não se desviam dos mesmos.²²⁹

98. Conforme o que precede, este Tribunal entende que a identidade de gênero é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas. Consequentemente, o seu reconhecimento pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo proteção contra violência, tortura, maus tratos, direito à saúde, educação, emprego, moradia, acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e de associação.²³⁰ Sobre este ponto, esta Corte apontou, nos mesmos termos que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos "que o reconhecimento da identidade das pessoas é um dos meios [que] facilita o exercício dos direitos da personalidade jurídica, ao nome, à nacionalidade, à inscrição no registro civil, às relações familiares, entre outros direitos reconhecidos em instrumentos internacionais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana."²³¹ Portanto, a falta de reconhecimento da identidade pode implicar que a pessoa não conte com prova legal de sua existência, dificultando o pleno exercício de seus direitos.²³²

99. No mesmo sentido, esta Corte compartilha os pontos indicados pelo Comitê Jurídico Interamericano, que considerou que o direito à identidade "tem um valor instrumental para o exercício de certos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de tal forma que sua plena validade fortalece a democracia e o exercício dos direitos e liberdades fundamentais." Portanto, o mesmo se constitui em "um meio para exercer direitos em uma sociedade democrática, comprometida com o exercício efetivo da cidadania e os valores da democracia representativa, facilitando, assim, a inclusão social, a participação cidadã e a igualdade de oportunidades."²³³ Além disso, a privação do direito à identidade ou deficiências legais na legislação interna para realização do mesmo, coloca as pessoas em situações que dificultam ou impedem o gozo ou o acesso aos direitos fundamentais, criando diferenças de tratamento e oportunidades que afetam os princípios de igualdade perante a lei e a não discriminação, além de constituir um obstáculo frente ao direito de cada pessoa ao pleno reconhecimento de sua personalidade jurídica.²³⁴

229 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Observações apresentadas pela Comissão em 14 de fevereiro de 2017, par. 49. Ver, no mesmo sentido, Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Comentário Geral nº 20 (2016) sobre a efetividade dos direitos da criança na adolescência, 06 de dezembro de 2016, CRC / C / GC / 20, para. 34, e Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals*. O que os Estados estão fazendo para combater a violência e a discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, págs. 86 e 87.

230 Cf. Nações Unidas. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas, *Living Free & Equals*. O que os Estados estão fazendo para combater a violência e a discriminação contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, Nova York e Genebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 94.

231 *Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C nº 282, par. 267, e *Caso Gelman Vs. Uruguai*, par. 123. Ver também: OEA, Assembleia Geral, resolução AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), "Programa Interamericano de Registro Civil Universal e 'Direito à Identidade'", de 3 de junho de 2008, e Resolução AG/RES. 2602 (XL-O/10), Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero de 8 de junho de 2010. Do mesmo modo, OEA, Comitê Jurídico Interamericano, Parecer "sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/ doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, pars. 11.2 e 18.3.3.

232 Cf. OEA. Assembleia Geral, Resolução AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), "Programa Interamericano de Registro Civil Universal e 'Direito à Identidade'", de 3 de junho de 2008, e Resolução AG/RES. 2602 (XL-O/10), Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero de 8 de junho de 2010.

233 OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Parecer "Sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par. 16.

234 Cf. OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Parecer "Sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par. 17.

100. Por conseguinte, o Estado, na sua qualidade de garantidor da pluralidade de direitos, deve respeitar e garantir a convivência de indivíduos com identidades distintas, expressões de gênero e orientações sexuais, para o qual deve garantir que todos possam viver e se desenvolver com dignidade e o mesmo respeito a que todas as pessoas têm direito. O Tribunal reitera que esta proteção não se refere apenas ao conteúdo desses direitos, mas que, por meio dela, o Estado também garantiria a plena vigência e exercício de outros direitos das pessoas cuja identidade de gênero seja diferente daquela associada com o sexo que lhe foi atribuído no nascimento.

101. De acordo com o acima exposto, pode concluir-se o seguinte:

- a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada (*supra*, pars. 88 e 89);
- b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (*supra*, par. 90);
- c) O direito à identidade inclui, por sua vez, outros direitos, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso, embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana) (*supra*, par. 90);
- d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (*supra*, par. 98);
- e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções (*supra*, par. 93);
- f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (*supra*, par. 94);
- g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (*supra*, par.95).
- h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos (*supra*, par. 99);
- i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (*supra*, par. 98), e
- j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (*supra*, par.100).

B. Sobre o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito ao nome e o direito à identidade de gênero

102. A seguir, dando continuidade à linha das questões levantadas no contexto deste Parecer Consultivo, se abordará especificamente a relação existente entre o reconhecimento da identidade de gênero e o direito ao nome, bem como o reconhecimento da personalidade jurídica.

103. Esta Corte declarou, no que diz respeito ao direito à personalidade jurídica, protegido no artigo 3 da Convenção, que o reconhecimento desse direito determina a existência efetiva de seus titulares ante a sociedade e o Estado, permitindo-lhe gozar de direitos, exercê-los e ser capaz de atuar, o qual constitui um direito inerente ao ser humano, que não pode ser em nenhum momento derogado pelo Estado em conformidade com a Convenção Americana.²³⁵ Em atenção a isso, o Estado deve, necessariamente, respeitar e buscar os meios e condições jurídicas para que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica possa ser exercido livre e plenamente por seus titulares.²³⁶ A falta de reconhecimento da personalidade jurídica lesiona a dignidade humana, uma vez que nega, de forma absoluta, sua condição de sujeito de direitos e torna a pessoa vulnerável à não observância dos seus direitos pelo Estado ou por particulares.²³⁷ Além disso, a falta de reconhecimento presume o desconhecimento da possibilidade de ser titular de direitos, o que implica na impossibilidade efetiva de exercitar, de forma pessoal e direta, seus direitos subjetivos, bem como de assumir plenamente obrigações jurídicas e realizar outros atos de natureza pessoal ou patrimonial.²³⁸

104. Em relação à identidade de gênero e sexual, o precedente implica que as pessoas, em sua diversidade de orientações sexuais, identidades e expressões de gênero, devem poder desfrutar de sua capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. Isso porque a orientação sexual ou identidade de gênero que cada pessoa define para si é essencial para sua personalidade e constitui um dos aspectos fundamentais da sua autodeterminação, sua dignidade e sua liberdade.²³⁹ No entanto, o direito à personalidade jurídica não se limita apenas à capacidade da pessoa humana de ingressar no mundo jurídico e ser titular de direitos e obrigações, mas inclui, também, a possibilidade de que todo ser humano possua, pelo simples fato de existir e independentemente de sua condição, certos atributos que constituem a essência de sua personalidade jurídica e individualidade como sujeito de direito. Portanto, existe uma estreita relação entre o reconhecimento da personalidade jurídica e os atributos jurídicos inerentes à pessoa humana que a distinguem, identificam e singularizam.²⁴⁰

105. Em conformidade com o acima exposto, o Tribunal considera que o direito das pessoas para definir autonomamente sua própria identidade sexual e de gênero se faz efetiva,

235 Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000, série C nº 70, par. 179; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C nº 212, par. 101; *Caso Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C nº 250, par. 119, e *Caso de pessoas dominicanas e Haitianas expulsas Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C nº 282, par. 265.

236 Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C nº 146, par. 189, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 101.

237 Cf. *Caso das meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C nº 130, par. 179.

238 Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, par. 41, e *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito, par. 179.

239 Cf. *Mutatis mutandis*, Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, 2007. Princípio 6.

240 Ver, a este respeito, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-109 de 1995, *caput* II, nº 7 e 8, e Sentença T-090 de 1995, *caput* 2, item 2.2.

garantindo que tais definições estejam de acordo com os dados de identificação consignados nos diferentes registos, bem como nos documentos de identidade. O anterior se traduz na existência do direito de cada pessoa de ter os atributos de personalidade anotados nesses registos e demais documentos de identificação, coincidentes com as definições de identidade que eles têm de si mesmos e, no caso em que não exista tal correspondência, deve haver a possibilidade de modificá-los.

106. Foi mencionado que o livre desenvolvimento da personalidade e o direito à vida privada e à intimidade implicam o reconhecimento dos direitos à identidade pessoal, sexual e de gênero, uma vez que a partir deles a pessoa se projeta diante de si mesma e dentro de uma sociedade.²⁴¹ O nome como atributo da personalidade é uma expressão da individualidade e tem como finalidade afirmar a identidade de uma pessoa ante a sociedade e nas atuações perante o Estado. Com isso se procura garantir que cada pessoa possua um sinal único e singular frente aos demais, com o qual possa se identificar e se reconhecer como tal. Se trata de um direito fundamental inerente a todas as pessoas pelo simples fato de sua existência.²⁴² Além disso, esta Corte indicou que o direito ao nome reconhecido no artigo 18 da Convenção e também em diversos instrumentos internacionais,²⁴³ constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecido pela sociedade nem registrado ante o Estado.²⁴⁴

107. Este Tribunal também observou que, como consequência do exposto, os Estados têm a obrigação não apenas de proteger o direito ao nome, mas também de fornecer as medidas necessárias para facilitar o registro das pessoas.²⁴⁵ Este direito implica, portanto, que os Estados devem garantir que a pessoa seja registrada com o nome escolhido por ela ou por seus pais, no momento do registro, sem qualquer tipo de restrição ou interferência na decisão de escolher o nome e, uma vez registrada a pessoa, que seja possível preservar e restabelecer seu nome e sobrenome.²⁴⁶

108. Da mesma forma, o Comitê Jurídico Interamericano considerou que o exercício do direito à identidade é indissociável de um registro e de um sistema nacional efetivo, acessível e universal que permita fornecer materialmente às pessoas os documentos que contenham os dados relativos a sua identidade, levando em consideração, de um modo particular, que o direito à identidade é tanto um direito em si mesmo, como um direito que é essencial para o exercício de outros direitos de natureza política, civil, econômica, social e cultural. Como consequência do acima exposto, há um direito ao registro após o nascimento e o dever do Estado de tomar as disposições necessárias para esse fim. O registro do nascimento se

241 Ver, a este respeito, Suprema Corte de Justiça do México, Amparo direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009, p. 17.

242 Ver, a este respeito, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/15, *caput* II, item 4.

243 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 127. Além disso, ver, entre outros, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, art. 24.2; Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, art. 6.1, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, art. 29. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos afirmou que o direito ao nome encontra-se protegido pelo art. 8º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, embora isto não seja especificamente mencionado, Cf. TEDH, Caso *Stjerna Vs. Finlândia*, nº 18131/91, Sentença de 25 de novembro de 1994, par. 37 e Caso *Burghartz Vs. Suíça*, nº 16213/90, Sentença de 22 de fevereiro de 1994, par. 24.

244 Cf. Caso *das Meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 182 e Caso *das pessoas dominicanas e haitianas expulsas Vs. República Dominicana*, par. 268.

245 Cf. Caso *das Meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 183 e Caso *das pessoas dominicanas e haitianas expulsas Vs. República Dominicana*, par. 268.

246 Cf. Caso *das Meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 184 e Caso *das pessoas dominicanas e haitianas expulsos Vs. República Dominicana*, par. 268.

converte, assim, em um instrumento primário e ponto de partida para exercer a personalidade jurídica perante o Estado e os particulares, e atuar em condições de igualdade perante a lei.²⁴⁷

109. Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que o sobrenome constitui um componente importante da identidade de uma pessoa e que a proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais na vida privada inclui a proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais no direito de escolher o seu próprio sobrenome e mudar o seu sobrenome.²⁴⁸

110. Sobre o direito ao nome, o TEDH expressou que, embora a Convenção Europeia não contenha nenhuma referência explícita sobre o assunto, o nome e os sobrenomes fazem parte da vida privada e familiar de todo ser humano, pois constituem um meio de identificação pessoal e um vínculo à uma família, os quais são protegidos pelo artigo 8 daquele instrumento. Da mesma forma, esse Tribunal expressou que a vida privada abrange aspectos da identidade pessoal e social dos seres humanos e que o fato de que possam existir interesses públicos em regular o uso de nomes, não é razão suficiente para eliminar a matéria do alcance do direito à vida privada e familiar contido no artigo 8º da Convenção.²⁴⁹

111. Além do exposto, esta Corte sustenta que o estabelecimento do nome, como atributo da personalidade, é determinante para o livre desenvolvimento das opções que proporcionam sentido à existência de cada pessoa, bem como à realização do direito à identidade.²⁵⁰ Não se trata de um agente que tenha por finalidade a homologação da pessoa humana, mas, ao contrário, é um fator de distinção.²⁵¹ É por isso que cada pessoa deve ter a possibilidade de escolher livremente e mudar seu nome como apreciar melhor. Assim, a falta de reconhecimento da mudança de nome de acordo com essa identidade autopercebida implica que a pessoa perde total ou parcialmente a titularidade desses direitos e que, embora exista e possa ser encontrada em um determinado contexto social dentro do Estado, sua própria existência não é legalmente reconhecida de acordo com um componente essencial de sua identidade.²⁵² Nesta circunstância, também se veem prejudicados o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e o direito à identidade de gênero.

112. Da mesma forma, é possível inferir que o direito de reconhecimento da identidade de gênero implica, necessariamente, o direito de que os dados dos registros e documentos de identidade correspondam à identidade sexual e de gênero assumida pelas pessoas transgêneros. A este respeito, os princípios de *Yogyakarta* impõem aos Estados a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas e outras que sejam necessárias para "respeitar

247 Cf. OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Parecer "sobre o alcance do direito à identidade", resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par. 14.4.

248 Cf. Nações Unidas. Comitê de Direitos Humanos, *Coeriel e outros Vs. Holanda*, nº 453/1991, CCPR/C/52/D/453/1991, par. 10.2.

249 Cf. TEDH. Sentenças *Stjerna Vs. Finlândia*, par. 37 e *Guillot Vs. França*, nº 22500/93, Sentença de 24 de outubro de 1993, pars. 21 e 22.

250 A este respeito, por exemplo, a Lei nº 18.620 do Uruguai sobre o "Direito à identidade de gênero e mudança de nome e sexo em documentos de identidade" determina no art. 1º que "[t]oda pessoa tem direito à livre desenvolvimento de sua personalidade de acordo com sua própria identidade de gênero, independentemente de sua condição biológica, genética, anatômica, morfológica, hormonal, de atribuição ou outro. [...] este direito inclui a liberdade de ser identificado de forma que se reconheça plenamente a identidade de seu próprio gênero esteja em consonância entre esta identidade e o nome e o sexo indicados nos documentos de identificação da pessoa, seja nas atas do Registro de Estado Civil, documentos de identidade, documentos eleitorais, de viagem ou outros." Da mesma forma, a Lei 26.743 da Argentina, sobre a identidade de gênero, prevê no seu art. 1 que todos têm direito à sua identidade de gênero e a "serem tratados de acordo com a sua identidade de gênero e, em particular, de ser identificados dessa forma nos instrumentos que credenciam sua identidade com relação ao/s nome/s, imagem e sexo com o qual se registrou."

251 A esse respeito, ver Tribunal Federal do Peru, Sentença de 21 de outubro de 2016, nº EXP 06040-2015-PA/TC, par. 14 e Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/15, *caput* II, nº 4.4.1.

252 Cf. *Mutatis mutandis*, Caso das Meninas *Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 180.

plenamente e reconhecer legalmente o direito de cada pessoa à identidade de gênero que ela definir para si própria", assim como que "existam procedimentos mediante os quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indicam o gênero ou sexo de uma pessoa – incluindo certidões de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a identidade de gênero profunda que a pessoa define por si e para si."²⁵³

113. Com relação ao acima exposto, deve ser lembrado que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH²⁵⁴ estabeleceu que a falta de reconhecimento da identidade de uma pessoa transgênero pode configurar uma ingerência na vida privada. Nesse sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos recomendou aos Estados expedirem, para aqueles que os solicitassem, documentos de identidade legal que reflitam o gênero preferido do titular;²⁵⁵ da mesma forma, facilitar o reconhecimento legal do gênero preferido pelas pessoas transgênero e providenciar o necessário para a expedição de documentos de identidade pertinentes com o gênero e o nome preferido, sem violar outros direitos humanos.²⁵⁶ Por sua vez, a falta de correspondência entre a identidade sexual e de gênero que assume uma pessoa e a que está registrada em seus documentos de identidade implica negar-lhe uma dimensão constitutiva da sua autonomia pessoal – do direito a viver como quiser –, o que por sua vez, pode converter-se em objeto de rejeição e discriminação pelos demais – direito de viver sem humilhações – e dificultar-lhe as oportunidades laborais que lhe permitam acessar às condições materiais necessárias para uma existência digna.²⁵⁷

114. Por outro lado, como já indicado, os Estados devem garantir o reconhecimento da identidade de gênero às pessoas, pois isso é de vital importância para o pleno gozo de outros direitos humanos (*supra*, parágrafo 113).²⁵⁸ Da mesma forma, a Corte constata que a falta de reconhecimento desse direito pode, por sua vez, obstaculizar o exercício de outros direitos fundamentais e, portanto, ter um impacto diferencial significativo para as pessoas transgênero que, como vimos, geralmente encontram-se em situação de vulnerabilidade (*supra*, parágrafos 33 a 51). Além disso, a falta de acesso ao reconhecimento da identidade de gênero é um fator determinante para que se sigam reforçando os atos de discriminação contra elas, e também pode erigir-se em um importante obstáculo para o pleno gozo de todos os direitos reconhecidos pelo direito internacional, como o direito à uma vida digna, o direito de circulação, à liberdade de expressão, os direitos civis e políticos, o direito à integridade pessoal, à saúde, à educação e a todos os outros direitos.²⁵⁹

253 Princípios de Yogyakarta, 2007. Princípio 3.

254 Cf. TEDH, *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido* nº 7525/76, 22 de outubro de 1981, par. 41, e *Caso Goodwin Vs. Reino Unido*, par. 77.

255 Cf. Nações Unidas, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. "Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero". 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 79.i.

256 Cf. Nações Unidas, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas devido à sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 84.h.

257 Cf. Nações Unidas, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas devido à sua orientação sexual e identidade de gênero, 17 de novembro de 2011, A/HRC/19/41, par. 71.

258 Cf. Nações Unidas, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *Living Free and Equals*, HR/PUB/16/3, 2016, p. 94.

259 Cf. Nações Unidas, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, A/HRC/29/23, pars. 21 e 60-62; Comitê de Direitos Humanos, Observações finais sobre o quarto relatório periódico da República Bolivariana da Venezuela, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/VEN/CO/4, par. 8; Observações finais sobre o sétimo relatório periódico da Ucrânia, 22 de agosto de 2013, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; Observações finais sobre o terceiro relatório periódico do Suriname de 03 de dezembro de 2015, CCPR/C/SUR/CO/3, par. 27; Comitê contra a Tortura, Observações Finais do Comitê contra a Tortura: Kuwait, 28 de junho de 2011, CAT/C/KWT/CO/2, par. 25; Observações finais sobre o segundo relatório periódico do Quirguistão, de 20 de dezembro de 2013, CAT/C/KGZ/CO/2, par. 19; Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, *Out in the open: Education sector responses to violence based on Sexual Orientation and Gender Identity/Expression*, Paris, 2016; Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Perito Independente sobre proteção contra violência e discriminação com base na

115. De acordo com o exposto, pode-se concluir que o direito de cada pessoa de definir autonomamente sua identidade sexual e de gênero e que os dados que aparecem nos registros, bem como nos documentos de identidade, sejam acordes ou correspondam à definição que si mesmos é protegida pela Convenção Americana através das disposições que garantem o livre desenvolvimento da personalidade (artigos 7º e 11.2), o direito à privacidade (artigo 11.2), o reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º) e o direito ao nome (artigo 18). O precedente significa que os Estados devem respeitar e garantir a toda pessoa a possibilidade de registrar e/ou alterar, retificar ou adequar seu nome e os outros componentes essenciais de sua identidade, como a imagem, ou a referência ao sexo ou ao gênero, sem interferência de autoridades públicas ou de terceiros. Nessa linha, o expressado implica, necessariamente, que as pessoas que se identifiquem com diferentes identidades de gênero devem ser reconhecidas como tal. Além disso, o Estado deve garantir-lhes que possam exercer seus direitos e contrair obrigações em função desta mesma identidade, sem ver-se obrigadas a possuir outra identidade que não representa sua individualidade, especialmente quando envolve uma exposição contínua ao questionamento social sobre esta mesma identidade afetando assim, o exercício e o gozo efetivo dos direitos reconhecidos pelo direito interno e pelo direito internacional.

116. De acordo com o exposto acima, a resposta à primeira questão apresentada pela Costa Rica sobre a proteção oferecida pelos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1.1 da Convenção para o reconhecimento da identidade de gênero é a seguinte:

A mudança de nome, a adequação da imagem, assim como a retificação à menção do sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, é um direito protegido pelo artigo 18 (direito ao nome), mas também pelos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade) e 11.2 (direito à vida privada), todos da Convenção Americana. Consequentemente, em conformidade com a obrigação de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (artigos 1.1 e 24 da Convenção), e com o dever de adotar as disposições de direito interno (artigo 2º da Convenção), os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins.

C. Sobre o procedimento de pedido de adequação dos dados de identidade de acordo com a identidade de gênero autopercebida

117. Com a finalidade de que as pessoas interessadas possam modificar os registros e documentos de identidade de modo que fiquem de acordo com sua identidade de gênero autopercebida, os procedimentos devem ser regulados e implementados de acordo com certas características mínimas, para que este direito seja efetivamente protegido, evitando, além disso, que mediante os mesmos se violem direitos de terceiras pessoas contidos na Convenção.

118. Por outro lado, a Corte não deixa de notar que as medidas aplicadas para fazer efetivo o direito à identidade não devem prejudicar o princípio da seguridade jurídica. Esse princípio garante, entre outras coisas, a estabilidade em situações jurídicas e é uma parte fundamental da confiança que os cidadãos depositam nas instituições democráticas. Este princípio está implícito em todos os artigos da Convenção.²⁶⁰ A falta de segurança jurídica, pode decorrer de

orientação sexual ou identidade de gênero, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, par. 57. No mesmo sentido, ver Corte Suprema de Justiça do México, Amparo, direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009, p. 6.

aspectos legais, administrativos ou práticas estatais²⁶¹ que reduzam a confiança pública nas instituições (judiciais, legislativas ou executivas) ou no gozo dos direitos ou obrigações reconhecidas por elas, e implicam instabilidade no exercício dos direitos fundamentais e de situações jurídicas em geral.

119. Assim, para esta Corte, a segurança jurídica é garantida – entre outras coisas – na medida em que haja confiança de que os direitos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado Parte da Convenção Americana serão plenamente respeitados. Para a Corte, isto implica que a implementação dos procedimentos descritos a seguir devem assegurar que os direitos e obrigações referentes a terceiros sejam efetivamente tutelados sem que isso implique em um prejuízo à garantia plena do direito à identidade de gênero. Neste sentido, embora os efeitos dos procedimentos acima mencionados sejam oponíveis a terceiros, as mudanças, adequações ou retificações de acordo com a identidade de gênero não devem alterar a titularidade de direitos e das obrigações jurídicas.

120. De acordo com o exposto, quanto aos efeitos dos procedimentos de reconhecimento de identidade de gênero, o Tribunal lembra que os mesmos não deverão implicar a alteração da titularidade dos direitos e das obrigações jurídicas que possam corresponder à pessoa anteriormente ao registro da mudança, nem aqueles provenientes das relações próprias do direito de família em todas as suas ordens e graus.²⁶² O acima exposto, implica que todos os atos que foram realizados por uma pessoa antes do procedimento para modificar seus dados de identidade – de acordo com sua identidade de gênero autopercebida –, que tiveram efeitos jurídicos, continuam a produzi-los e são exigíveis, exceto nos casos em que a própria legislação determine a extinção ou modificação dos mesmos.²⁶³

a) O procedimento focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida

121. Em primeiro lugar, e de acordo com o que foi dito na seção anterior, além do nome, o qual constitui apenas um elemento da identidade, esses procedimentos devem estar focados na adequação – de forma integral –, de outros componentes da mesma, para que possa estar de acordo com a identidade de gênero autopercebida das pessoas interessadas. Portanto, estes procedimentos devem permitir alterar o registro do nome e, se apropriado, adaptar a imagem fotográfica, bem como retificar o registro do gênero ou sexo, tanto nos documentos de identidade como nos registros correspondentes e que sejam relevantes para que os interessados exerçam seus direitos subjetivos.

122. Com relação ao exposto, há que lembrar que este Tribunal já decidiu que a proteção conferida pela Convenção Americana à vida privada estende-se a outros âmbitos além dos especificamente enumerados nesta norma²⁶⁴ e, embora o direito de autoimagem não se encontre expressamente enunciado no artigo 11 da Convenção, as imagens ou fotografias pessoais, evidentemente, estão incluídas no âmbito de proteção da vida privada.²⁶⁵ Da mesma

260 Cf. TEDH. Caso *Beian Vs. România* (nº 1), nº 30658/05. Sentença de 06 de dezembro de 2007, par. 39, e Caso *Brumărescu Vs. România*, nº 28342/95. Sentença de 10 de novembro de 1999, par. 61.

261 Cf. TEDH. Caso *Nejdet Şahin e Perihan Şahin Vs. Turquia*, nº 13279/05. Sentença de 20 de outubro de 2011, par. 56.

262 Ver a este respeito, Argentina. Lei de Identidade de Gênero, nº 26.743, de 23 de maio de 2012, art. 7º.

263 A este respeito, ver Corte Suprema de Justiça do México, Amparo, direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009, p. 17.

264 Cf. Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C nº 193, par. 55 e Caso *Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*, par. 67.

265 Cf. Caso *Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*, par. 67. No mesmo sentido, Cf. TEDH, *Schussel Vs. Áustria*, *Admissibilidade*, nº 42409/98. Decisão de 21 de fevereiro de 2002, par. 2 e Caso *Von Hannover Vs. Alemanha*, nº 40660/08 e 60641/08. Sentença de 07 de fevereiro de 2012, par. 50.

forma, a fotografia é uma forma de expressão que se enquadra no âmbito da proteção do artigo 13 da Convenção.²⁶⁶ A fotografia não só tem o valor de apoiar ou dar credibilidade às informações fornecidas por meio da escrita, mas tem em si um conteúdo importante e um valor expressivo, comunicativo e informativo; de fato, em alguns casos, as imagens podem comunicar ou informar com igual ou maior impacto que a palavra escrita.²⁶⁷ Nesse mesmo sentido, em vários ordenamentos jurídicos internos dos Estados da região, se reconhece que as mudanças nos dados de identidade feitas para que haja correspondência com a identidade de gênero autopercebida do solicitante, não se limitam apenas ao nome, também abarcam elementos como a menção de sexo, gênero ou à imagem da pessoa.²⁶⁸

123. Intimamente relacionado com exposto *supra*, o Comitê Jurídico Interamericano estipulou em seu Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais que os dados pessoais abrangem as informações que identificam ou podem ser razoavelmente usadas para identificar uma pessoa e que "a palavra 'dados' é utilizada intencionalmente num sentido amplo, a fim de conferir a maior proteção possível aos direitos das pessoas afetadas, independentemente da forma particular como os dados são recolhidos, armazenados, recuperados, utilizados ou divulgados."²⁶⁹ Acrescentou que "os 'dados pessoais sensíveis' abarcam os dados que afetam os aspectos mais íntimos das pessoas e que eles também dependem do contexto cultural, social ou político."²⁷⁰ O Comitê também afirmou que toda "pessoa deve ter a possibilidade de exercer o direito de solicitar a correção (ou adição) de dados pessoais sobre si própria que estejam incompletos, inexatos, desnecessários ou excessivos."²⁷¹

124. Finalmente, a Corte compreende que os Estados deveriam aplicar seus esforços para que as pessoas interessadas em que se reconheça sua identidade de gênero autopercebida nos registros e nos documentos de identidade não tenham que empreender vários trâmites ante uma multiplicidade de autoridades. O Tribunal entende que é uma obrigação do Estado assegurar-se de que as modificações sobre os dados da pessoa, que se aperfeiçoam perante os registros civis, sejam atualizados nos demais documentos e instituições a que tenha lugar, sem que se requeira a intervenção do solicitante, de maneira que não se submeta esta pessoa a encargos não razoáveis, para que a adequação de sua identidade de gênero autopercebida tenha vigência em todos os registros relevantes para tais efeitos.

125. Nesse sentido, é pertinente referir-se ao Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e "Direito à Identidade", o qual se refere à necessidade de identificar e promover as melhores práticas e padrões em matéria de sistemas e universalização do registro civil,

266 Cf. Caso *Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*, par. 67. Ver também, TEDH, Caso *Von Hannover Vs. Alemanha*, nº 40660/08 e 60641/08. Sentença de 07 de fevereiro de 2012, par. 42, e Caso *MGN Limited Vs. Reino Unido*, nº 39401/04. Sentença de 18 de janeiro de 2011, par. 143.

267 Cf. Caso *Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*, par. 67.

268 Cf. Argentina. Lei 26.743, de 23 de maio de 2012, art. 1.c. Lei da Argentina nº 26.743, que estabelece o direito à identidade de gênero, o art. 1º estipula que todos têm o direito de "ser tratado de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa forma nos instrumentos que acreditam sua identidade com respeito ao nome de batismo, imagem e sexo com o qual é registrado." Também na Bolívia, a Lei nº 807 de 21 de maio de 2016 estabelece o procedimento para alterar nomes, dados de sexo e imagem de pessoas transexuais e transgêneros em qualquer documentação pública ou privada relacionada à sua identidade, o que lhes permite exercer plenamente seu direito à identidade de gênero. Da mesma forma, existem decisões dos tribunais nacionais que reconhecem o acima mencionado, ver, por exemplo: Brasil. Superior Tribunal de Justiça, sentença de 9 de maio de 2017; Chile Corte de Apelações de Santiago, Sentença de 9 de março de 2015, processo/causa nº 9901-2014 e Colômbia. Tribunal Federal, Sentença T-063/15.

269 OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Definições.

270 OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Princípio 9.

271 OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Princípio 8.

“levando em conta a perspectiva de gênero”, bem como a necessidade de aumentar a consciência sobre a importância de “fazer efetiva a identidade de milhões de pessoas”, considerando “os grupos vulneráveis e a rica diversidade cultural da região.”²⁷² O documento mencionado assinala, em particular, que os Estados devem aplicar esforços para identificar, sistematizar e unificar os critérios e padrões básicos para que os sistemas nacionais de registro civil possam funcionar adequadamente e garantir a cobertura universal. Da mesma forma, os Estados devem promover a simplificação dos processos administrativos dos registros civis e a padronização dos mesmos em nível nacional.²⁷³

126. Em relação ao anterior, no Uruguai a Lei nº 18.620, “Direito à identidade de gênero e mudança de nome e sexo nos documentos de identificação”, prevê especificamente a harmonização dos dados nos registros e documentos de identidade. Assim, o artigo 4º da mencionada norma estabelece que “uma vez que o pedido de adequação tiver sido recebido, o Juízo competente deverá oficiar à Diretoria-Geral do Registro Civil, à respectiva repartição, à Direção Nacional do Registro de Estado Civil do Ministério do Interior, ao Registro Civil Nacional do Tribunal Eleitoral e a Diretoria-Geral de Registros, para que sejam efetuadas as modificações correspondentes nos documentos de identificação da pessoa, bem como nos documentos que estabeleçam direitos ou obrigações da mesma. Em todos os casos, se conservará o mesmo número de documento de identidade, passaporte e credencial cívica.”²⁷⁴ Na mesma linha, na Bolívia prevê que, a partir da emissão da Resolução Administrativa, seja notificada de ofício a mudança de nome próprio, dados de sexo e imagem a várias instituições.²⁷⁵

b) Devem basear-se apenas no consentimento livre e informado do requerente sem qualquer exigência quanto às certificações médicas e/ou psicológicas, ou outros que possam resultar não razoáveis e patologizantes.

127. A regulamentação e implementação destes processos devem estar baseadas unicamente no consentimento livre e informado do requerente. Isto é consistente com o fato

272 OEA,. Assembleia Geral da OEA, Resolução AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), aprovada em 3 de junho de 2008. O Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e "Direito à Identidade" é um esforço consolidado da OEA e seus Estados-Membros, em consulta com as organizações internacionais e a sociedade civil, para promover e alcançar progressivamente e de acordo com o direito internacional, o direito internacional aplicável dos direitos humanos e o ordenamento jurídico interno; os propósitos, objetivos e medidas específicas estabelecidos a seguir: Garantir, até 2015, a universalidade, a acessibilidade e, se possível, o registro de nascimento gratuito, por meio do qual o direito à identidade é assegurado, com ênfase nas pessoas em situação de pobreza e vulnerabilidade. Identificar e promover melhores práticas, critérios e padrões em termos de sistemas e universalização do registro civil para atender os problemas e superar os obstáculos que surgem nessa área, levando em conta a perspectiva de gênero, bem como conscientizar sobre a necessidade de tornar efetiva a identidade de milhões de pessoas, levando em conta os grupos vulneráveis e a rica diversidade cultural da região. Promover os direitos à identidade, personalidade jurídica, nome, nacionalidade, cadastro no registro civil, relações familiares e participação cidadã como elemento essencial na tomada de decisões. Contribuir para a construção de sociedades justas e equitativas, baseadas nos princípios de justiça social e inclusão social.

273 Cf. OEA. Assembleia Geral da OEA, resolução AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Caput "Ações específicas", seções 2.g e 2.i.

274 Uruguai. Lei nº 18.620, de 25 de outubro de 2009, art. 4º. Da mesma forma, ver: Argentina. Lei 26.743, art. 6º: "o agente público procederá, sem a necessidade de qualquer procedimento judicial ou administrativo, para notificar *ex officio* a retificação do sexo e a mudança do primeiro nome para o Registro Civil da jurisdição onde a certidão de nascimento foi registrada para proceder à emissão de uma nova certidão de nascimento ajustando-a a essas mudanças e emitir um novo documento nacional de identidade que reflita a retificação do registro do sexo e do novo nome."

275 Cf. Bolívia. Lei nº 807 de 21 de maio de 2016, art. 9.V. Indica que será notificado para: Serviço de Identificação Pessoal - SEGIP; Autoridade de Supervisão do Sistema Financeiro - ASFI; Direção-Geral de Migração - DIGEMIG; Serviço Nacional de Impostos Nacionais - SIN; Direitos Reais; Registro Judicial de Registro/Antecedentes Criminal - REJAP; Sistema de Registro de Antecedentes Policiais - SINARAP, da Polícia Boliviana (FELCC, FELCN e FELCV); Direção-Geral do Regime Penitenciário; Controladoria Geral do Estado - CGE; Ministério da Educação; Ministério da Defesa; Caixas de Saúde Pública; Serviço Nacional do Sistema de Distribuição - SENASIR; Autoridade de Pensões, Valores e Seguros - APS; outros que o SERECI ou o requerente considerem necessário.

de que os procedimentos que visam ao reconhecimento da identidade de gênero encontram seu fundamento na possibilidade de autodeterminação e na livre escolha das opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias opções e convicções, bem como o direito do solicitante à dignidade e à vida privada (*supra*, par. 88).

128. Da mesma forma, a Comissão Jurídica Interamericana mencionou em seu Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais que, "em consonância com esses direitos fundamentais, os princípios da OEA refletem os conceitos de autodeterminação em relação à informação, a ausência de restrições arbitrárias, de acesso aos dados e a proteção da vida privada, identidade, dignidade e reputação."²⁷⁶

129. Com relação a este ponto, o Alto Comissariado e vários órgãos de direitos humanos das Nações Unidas indicaram que, para cumprir os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, os Estados devem respeitar a integridade física e psíquica das pessoas, reconhecendo legalmente a identidade de gênero autopercebida, sem quaisquer obstáculos ou exigências abusivas que possam constituir violações aos direitos humanos. Nessa perspectiva, esses órgãos recomendam que o processo de reconhecimento da identidade de gênero não imponha aos solicitantes o cumprimento de exigências abusivas, tais como apresentação de certificação médica ou comprovação de estado civil de não casados,²⁷⁷ Tampouco se deve submeter os solicitantes a perícias médicas ou psicológicas relacionadas com sua identidade de gênero autopercebida ou outros requisitos que desvirtuem o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova, portanto, o trâmite deve basear-se na mera expressão da vontade do requerente. Na mesma linha, os Princípios de *Yogyakarta* estabelecem que "[n]enhuma condição, como o matrimônio ou maternidade ou paternidade, poderá ser invocada como tal, com a finalidade de impedir o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa."²⁷⁸

130. Por outro lado, no que respeita aos certificados médicos, psicológicos ou psiquiátricos normalmente exigidos nesse tipo de procedimento, a Corte entende que além de ter um caráter invasivo e colocar em tela de juízo a atribuição de identidade levada a cabo pela pessoa, repousam no pressuposto de que ter uma identidade contrária ao sexo que foi atribuído no nascimento constitui uma patologia. É assim que tais requisitos ou certificados médicos contribuem para perpetuar os preconceitos associados à construção binária dos gêneros masculino e feminino.²⁷⁹

²⁷⁶ OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Definições.

²⁷⁷ Cf. Nações Unidas. Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Relatório "Discriminação e violência contra pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero." 4 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 79; Comitê de Direitos Humanos. Observações finais do Comitê: Irlanda. 30 de julho de 2008, CCPR/C/IRL/CO/3, par. 8; Comitê de Direitos Humanos. Observações finais sobre o quarto relatório periódico da Irlanda. 19 de agosto de 2014, CCPR/C/IRL/CO/4, par. 7; Comitê de Direitos Humanos. Observações finais sobre o sétimo relatório periódico da Ucrânia. 22 de agosto de 2013, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; Comitê para a Eliminação da Discriminação contra Mulheres. Observações finais do Comitê: Países Baixos. 5 de fevereiro de 2010, CEDAW/C/LD/CO/5, pars. 46-47; Comitê de Direitos Humanos. Observações finais sobre o quarto relatório periódico da República da Coreia. 3 de dezembro de 2015, CCPR/C/KOR/CO/4, pars. 14-15; Comitê contra a tortura. Observações finais sobre o quinto relatório periódico da China em relação a Hong Kong (China). 3 de fevereiro de 2016, CAT/C/CHNHKG/CO/5, par. 29(a); Conselho de Direitos Humanos. Relatório do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Juan E. Méndez. 1º de fevereiro de 2013, A/HRC/22/53, pars. 78, 88; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 22 (2016), sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 02 de maio de 2016, E/C.12/GC/22, par. 58; *Interagency Statement, Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization*, maio de 2014 e *Joint statement of UN and regional human rights mechanisms on the rights of young LGBT and intersex people*, 13 de maio de 2015.

²⁷⁸ Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e a identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007, princípio 6.

²⁷⁹ Cf. Ver a este respeito, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/15, seção 7, nº 7.2.7.

131. No que diz respeito aos requisitos e documentação normalmente requeridos especificamente às pessoas que solicitam uma mudança de seus dados de identidade, a fim de ser consistente com a sua identidade de gênero, este Tribunal considera que, de acordo com os princípios da igualdade e não discriminação (*supra*, capítulo VI), não é razoável estabelecer um tratamento diferenciado entre pessoas cisgênero e transgênero que pretendem realizar correções nos registros e documentos de identidade. Com efeito, no caso de pessoas cisgênero, o sexo atribuído no nascimento e inscrito no registro corresponde à identidade de gênero que assumem autonomamente ao longo da sua vida, enquanto que quando se tratam de pessoas *trans*, a atribuição identitária realizada por terceiros (geralmente seus pais) difere daquela que, de maneira, autônoma foi se desenvolvendo. Nesse sentido, as pessoas transgênero se veem submetidas a obstáculos para lograr o reconhecimento e respeito pela sua identidade de gênero, situação que as pessoas cisgênero não devem enfrentar.

132. Com relação às exigências de certificados de boa conduta ou policiais, este Tribunal entende que, embora possam buscar um propósito legítimo, o qual unicamente poderia consistir em que os pedidos de adequação dos registros e dos documentos de identidade não tenham o propósito e/ou o efeito de eludir a ação da justiça, também pode se entender que esta exigência resulta em uma restrição desproporcionada, na medida que se traslada de forma irrazoável ao requerente do procedimento, uma obrigação do Estado, que não é outra que a harmonização dos registros nos quais constam os dados de identidade das pessoas. Nesse ponto, deve-se lembrar que a proteção de terceiros e a ordem pública deve ser garantida por meio de diferentes mecanismos legais que não impliquem, permitam ou tenham como consequência o prejuízo, lesão ou sacrifício dos direitos fundamentais dos indivíduos. Caso contrário, se afetaria de maneira total o núcleo essencial do livre desenvolvimento da personalidade, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à identidade pessoal e sexual, o direito à saúde, e, portanto, a dignidade das pessoas e seu direito à igualdade e à não-discriminação. Tudo isso, enquanto a plena identificação de sua pessoa com base na adequação de seus dados de identidade, de acordo com sua identidade de gênero autopercebida é o que permitirá que a pessoa se projete em todos os aspectos de sua vida. Desta forma, se reconheceria legalmente sua existência como o ser que realmente é.²⁸⁰

133. Por fim, o Tribunal considera em geral que, no âmbito dos procedimentos de reconhecimento do direito à identidade de gênero, não resulta razoável exigir que as pessoas cumpram requisitos que desvirtuem a natureza puramente declarativa dos mesmos. Tampouco é apropriado que tais exigências sejam erguidas como exigências que vão além dos limites da intimidade, uma vez que obrigaria as pessoas a submeter suas decisões mais íntimas e os assuntos mais privadas de suas vidas ao escrutínio público, por parte de todos os atores que direta ou indiretamente interveem neste processo.²⁸¹

c) Os procedimentos e mudanças, correções ou adequações nos registros devem ser confidenciais e os documentos de identidade não devem refletir as mudanças na identidade de gênero

134. Nesta opinião, já foi indicado que a falta de reconhecimento do direito à identidade de gênero das pessoas transgênero contribui para reforçar e perpetuar comportamentos discriminatórios contra elas (*supra*, Capítulo IV.B). Isso também pode aprofundar a sua vulnerabilidade aos crimes de ódio, ou à violência transfóbica e psicológica,²⁸² a qual constitui

280 Ver, a este respeito, o Supremo Tribunal de Justiça do México, Amparo diretor 6/2008. 06 de janeiro de 2009, p.07.

281 Ver, a este respeito, o Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/2015, *caput* 7, nº 7.2.3.

282 Cf. Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, A/HRC/29/23, par. 21; Comitê de Direitos Humanos, CCPR/C/VEN/CO/4, par. 8; Comitê contra a Tortura, CAT/C/KWT/CO/2, par. 25; Comitê

uma forma de violência por razões de gênero, guiada pela vontade e desejo de castigar pessoas cuja aparência e comportamento desafiam os estereótipos de gênero.²⁸³ Da mesma forma, a falta de reconhecimento de sua identidade de gênero, pode levar a violações de outros direitos humanos, por exemplo, torturas ou maus tratos em centros de saúde ou de detenção, violência sexual, negação do direito de acesso à saúde, discriminação, exclusão e *bullying* em contextos de educação, discriminação no acesso ao emprego ou na atividade profissional, moradia e acesso à seguridade social.²⁸⁴

135. De acordo com o exposto, a publicidade indesejada sobre uma mudança de identidade de gênero, consumada ou em trâmite, pode colocar o requerente numa situação de maior vulnerabilidade a vários atos de discriminação contra ele, em sua honra ou em sua reputação e, no final, pode significar um obstáculo maior ao exercício de outros direitos humanos (*supra*, par. 134). Nesse sentido, tanto os procedimentos quanto as retificações feitas aos registros e documentos de identidade, de acordo com a identidade de gênero autopercebida, não deve ser acessível ao público, nem deve aparecer no mesmo documento de identidade.²⁸⁵ Isto é consistente com a estreita relação entre o direito à identidade e o direito à vida privada, reconhecidos no artigo 11.2 da Convenção, que protege contra todas as interferências arbitrárias na intimidade do indivíduo, dentre as quais se encontra sua identidade de gênero. Foi assim, que esta Corte sustentou que “o âmbito da vida privada se caracteriza por ser isenta e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por terceiros ou autoridades públicas”²⁸⁶ e “inclui, entre outras dimensões, deliberar sobre decisões relacionadas a diferentes áreas da vida livremente, ter um espaço de tranquilidade pessoal, manter certos aspectos da vida privada confidenciais e controlar a disseminação de informações pessoais para o público.”²⁸⁷ Isto não significa que essa informação não possa ser acessível, no caso de a pessoa ser requerida pelas autoridades competentes, de acordo com as disposições da lei interna de cada Estado.

136. Relativamente a este tema, o Comitê Jurídico Interamericano disse em seu relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, que “alguns tipos de dados pessoais, tendo em conta a sua sensibilidade em contextos particulares, são especialmente propensos a causar prejuízos consideráveis às pessoas, se forem mal utilizados. Os controladores de dados devem adotar medidas de privacidade e segurança que sejam compatíveis com a sensibilidade dos dados e sua capacidade de prejudicar os indivíduos sujeitos da informação.” Sobre os tipos de dados sensíveis, o Comitê sugere que “merecem proteção especial, porque, se manuseados ou divulgados indevidamente, resultaria em uma invasão profunda na dignidade pessoal e na honra da pessoa afetada e poderia provocar uma discriminação ilícita ou arbitrária contra a pessoa ou causar risco de prejuízos graves à pessoa.” Como consequência do anterior, os Estados “devem estabelecer garantias apropriadas ao contexto da legislação e da normativa nacionais, que reflitam as circunstâncias imperantes na jurisdição pertinente, a fim de proteger em medida suficiente os interesses das pessoas em termos de privacidade” sendo que o

contra a Tortura, CAT/C/KGZ/CO/2, par. 19; Comitê de Direitos Humanos, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10, e Observações finais sobre o terceiro relatório periódico do Suriname de 3 de dezembro de 2015, CCPR/C/SUR/CO/3, par. 27.

283 Cf. Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, A/HRC/29/23, par. 21.

284 Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, A/HRC/29/23, pars.34-38, 54 e 60-62; PNUD, *Discussion Paper on Transgender Health & Human Rights*, Nova York, 2013 e UNESCO, *Out in the open: Education sector responses to violence based on Sexual Orientation and Gender Identity/Expression*, UNESCO, Paris, 2016.

285 Ver, por exemplo, o Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/2015.

286 Caso *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 161.

287 Caso *Fonvecchia e D'Amico Vs. Argentina*, par. 48.

“consentimento explícito da pessoa à qual se referem os dados deve ser a regra que rege a compilação, divulgação e uso de dados pessoais sensíveis.”²⁸⁸

137. Por outro lado, no mesmo informe, se indica que os “dados pessoais devem ser protegidos por salvaguardas razoáveis e adequadas contra acessos não autorizados, perda, destruição, uso, modificação ou divulgação.”²⁸⁹ Também lembrou que o “conceito de privacidade está consagrado no direito internacional [e que se] baseia nos conceitos fundamentais da honra pessoal e da dignidade, bem como na liberdade de expressão, pensamento, opinião e associação. Existem disposições relativas à proteção da privacidade, da honra pessoal e da dignidade nos principais sistemas de direitos humanos do mundo.”²⁹⁰ Finalmente, o Comitê estipulou que proteger a privacidade dos dados pessoais “implica não apenas manter a segurança dos [mesmos], mas também permitir que as pessoas controlem o modo como seus dados pessoais são usados e divulgados.”²⁹¹

138. Por outro lado, o Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e o “Direito à Identidade”, adotado pela Assembleia Geral da OEA, estabeleceu que os Estados garantirão, por meio de legislação adequada, a confidencialidade das informações pessoais coletadas pelos sistemas de registro civil aplicando os princípios de proteção de dados pessoais.²⁹² Por último, o caráter reservado dos procedimentos de mudança de nome e, quando for o caso, gênero, sexo e imagem de acordo com a identidade de gênero autopercebida, estão em harmonia com as disposições dos princípios de *Yogyakarta* quando estes estipulam que todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero, têm o direito à vida privada, sem ingerências arbitrárias ou ilegais na mesma, o que inclui o direito de optar por revelar, ou não, a própria orientação sexual ou identidade de gênero, bem como as decisões relativas ao próprio corpo e as relações sexuais ou de outra índole, consensuais com outras pessoas.²⁹³

139. Na mesma linha do exposto, a Lei de Identidade de Gênero da Argentina estabelece no seu artigo 9º que “[s]omente terão acesso à certidão de nascimento original aqueles que tenham autorização do(a) titular da mesma ou autorização judicial escrita e fundada. [...] Não será dada publicidade à retificação do registro de sexo e mudança de nome em nenhum caso, salvo autorização do(a) titular dos dados.” O artigo 6º da referida lei declara expressamente que é “proibida qualquer referência à presente lei na certidão de nascimento retificada e no documento nacional de identidade expedido em virtude da mesma.”²⁹⁴ Outros Estados da região adotaram leis de identidade de gênero que reconhecem o princípio da confidencialidade como uma regra e a acessibilidade da informação como uma exceção, quando requerida pelas autoridades judiciais ou fiscais. Por exemplo, a Lei de Identidade de Gênero da Bolívia dispõe que o procedimento deve garantir “que a informação seja acessível apenas para a pessoa

288 OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Princípio 9.

289 OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Princípio seis.

290 OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Definições.

291 OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Relatório sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, CJI/doc.474/15 rev.2, 2015. Princípio 5.

292 Cf. OEA. Assembleia Geral da OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Programa Interamericano de Registro Civil Universal e “Direito à Identidade.” Objetivo 2.c.

293 Cf. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007, princípio 6.

294 Argentina. Lei nº 26.743, art. 6 e 9.

interessada, o pessoal autorizado pela norma ou solicitada por meio de Ordem Judicial e/ou Requerimento Fiscal.”²⁹⁵

140. Da mesma forma, a Suprema Corte do México entendeu que os direitos à identidade pessoal e sexual constituem “direitos inerentes à pessoa, fora da ingerência de terceiros” e configuram-se como “direitos de defesa e garantia essencial para a condição humana, dado que podem ser reclamados tanto em defesa da intimidade violada ou ameaçada, quanto exigir que o Estado impeça a existência de eventuais intromissões que os lesione, por isso, embora não sejam absolutos, somente pela lei poderá ser justificada sua intromissão, desde que exista um interesse superior.”²⁹⁶ Nesse sentido, esta Corte entendeu que se são mantidos “os dados concernentes ao nome e sexo d[a] pessoa” que procedeu à mudança de identidade de gênero “em seus documentos, incluindo a certidão de nascimento, com aqueles que originalmente foi registrada no nascimento e somente se faz uma anotação à margem da sentença que outorgou a retificação concedida, com a subsequente publicidade daqueles dados, são violados os seus direitos fundamentais à dignidade humana, igualdade e não discriminação, intimidade, vida privada, autoimagem, identidade pessoal e sexual, livre desenvolvimento da personalidade e saúde, porque a nota à margem propicia que esta pessoa externalize até mesmo nas atividades mais simples da vida, sua condição anterior, gerando eventuais atos discriminatórios para com a sua pessoa, sem haver qualquer razoabilidade para limitá-los dessa forma.”²⁹⁷

d) Os procedimentos devem ser expeditos e devem tender à gratuidade

141. Nesta opinião, foi mencionado que o direito à identidade está estritamente relacionado ao exercício de certos direitos (*supra*, pars. 99 e 101.h). Também foi realizada referência ao impacto da negação do direito à identidade de gênero sobre a situação de vulnerabilidade das pessoas transgênero, bem como prejuízo particular que traz ao exercício de outros direitos (*supra*, pars. 98 e 101.i).

142. Sobre este assunto, deve-se lembrar que esta Corte indicou em diversas oportunidades que o prazo razoável de duração de um procedimento, seja judicial ou administrativo, é determinado, entre outros elementos, pelo prejuízo gerado pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida nele. Assim, o Tribunal estabeleceu que, se o tempo decorrido incide de maneira relevante na situação jurídica da pessoa, será necessário que o procedimento se desenvolva com maior rapidez a fim de que o caso se resolva em um tempo breve.²⁹⁸ De acordo com o exposto, não cabe dúvida de que o grau de prejuízo que pode ter esse tipo de procedimento de mudança de nome e de adequação à identidade de gênero autopercebida, sobre as pessoas afetadas é de tal magnitude que os mesmos devem ser realizados com a maior celeridade possível. Alguns ordenamentos internos de Estados da região, estabelecem a necessidade de que os procedimentos para a mudança de nome, sexo e imagem de pessoas, de acordo com a identidade de gênero, sejam expeditos.²⁹⁹

295 Bolívia Lei nº 807, de 21 de maio de 2016, art. 6. Da mesma forma, o art. 10 da referida lei estabelece que o processo administrativo de alteração dos nomes próprios, sexo e imagem é confidencial.

296 Suprema Corte de Justiça do México, Amparo direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009, p. 07.

297 Suprema Corte de Justiça do México, Amparo direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009, p. 18.

298 Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C nº 192, par. 155, e *Caso Andrade Salmon Vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de dezembro de 2016. Série C nº 330, par. 164.

299 Ver, por exemplo: Bolívia. Lei nº 807 de 2016, “Lei de identidade de gênero”, art. 6: “Celeridade. Inclui o exercício oportuno e sem demora na administração do processo para a mudança de nome próprio, dados sobre sexo e imagem das pessoas transexuais e transgênero.”

143. Ademais, tal como assinala o Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e “Direito à Identidade”, esses trâmites relacionados com processos registrares deveriam ser gratuitos³⁰⁰ ou, pelo menos, tender a ser o menos gravoso possível para as pessoas interessadas nos mesmos, em particular, se se encontram “em situação de pobreza e vulnerabilidade, [...] levando em conta [ainda] a perspectiva de gênero.”³⁰¹ De igual modo, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa alegou que as barreiras processuais e econômicas, são consideradas contrárias ao caráter expedito e acessível do procedimento de mudança de nome por identidade de gênero.³⁰² Da mesma forma, esta Corte constata que a Lei argentina nº 26.743 sobre Identidade de Gênero, estabelece que os trâmites para a retificação no registro previstos na referida lei são gratuitos, pessoais e não requerem a intermediação de despachante ou advogado.³⁰³

144. Por outro lado, esta Corte já analisou em outros casos a existência de requisitos pecuniários para ter acesso a um direito contido na Convenção, os quais não devem tornar banal o exercício desses direitos.³⁰⁴ Nesse sentido, a Corte entende que o expressado sobre a necessária tendência à gratuidade desses procedimentos está relacionada à necessidade de reduzir os obstáculos, neste caso de natureza financeira, que podem ser erigidos para o reconhecimento legal da identidade de gênero, assim como a exigência de não criar diferenças discriminatórias de tratamento em relação às pessoas cisgênero, as quais não precisam recorrer a estes procedimentos e, portanto, não incorrem em desembolsos pecuniários para o reconhecimento de sua identidade de gênero. Este ponto é ainda mais relevante, quando se considera o contexto de alta vulnerabilidade e de pobreza, associado a pessoas que não puderam ascender ao reconhecimento de sua identidade de gênero.

e) Sobre a exigência de certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais

145. Como já mencionado (*supra*, par. 32.h), a identidade de gênero cria um espaço para a auto identificação, isto é, a vivência que uma pessoa tem de seu próprio gênero,³⁰⁵ e que em alguns casos, poderia eventualmente envolver modificação da aparência ou função do corpo por meios médicos, cirúrgicos ou de outra natureza. No entanto, é importante enfatizar que a identidade de gênero, não é um conceito que deva ser sistematicamente associado às transformações físicas do corpo. O precedente deve entender-se mesmo em situações em que a identidade ou a expressão de gênero de uma pessoa é diferente daquela que lhe foi atribuída no momento de seu nascimento, ou que são tipicamente associadas ao sexo atribuído no nascimento. Isso se deve ao fato de que as pessoas *trans* constroem sua identidade independentemente de um tratamento médico ou intervenções cirúrgicas (*supra*, par.32.h).

300 Cf. OEA, Assembleia Geral da OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Objetivo 2.d.

301 OEA, Assembleia Geral da OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Missão.

302 Cf. Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Recomendação CM/Rec (2010) 5 do Conselho da Europa para combater a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero (Adotada pelo Comitê de Ministros em 31 de março de 2010 na 1081ª Reunião de Delegados dos Ministros).

303 Cf. Argentina. Lei nº 26.743, art. 6º inciso final. A gratuidade foi materializada através da Resolução 1795/2012 da Direção Nacional do Registro Nacional de Pessoas (que modifica a Resolução nº 1417/12), em que as pessoas que solicitaram o processo de retificação do registro e consequente emissão do novo Documento de Identidade Nacional foram declaradas isentas do pagamento de taxas.

304 Cf. Caso *Cantos Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C nº 97, par. 54, e Caso *Andrade Salmón Vs. Bolívia*, par. 117.

305 Cf. ACNUR, diretrizes sobre proteção internacional nº 9. Pedidos de refúgio relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do art. 1A (2) da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e/ou seu Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de outubro de 2012; UN, *Factsheet, LGBT Rights: Frequently Asked Questions*. FREE&EQUAL, United Nations for LGBT Equality.

146. Em consonância com o que precede, o procedimento de solicitação de mudança de nome, adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e documentos de identidade, não poderá requerer que sejam realizadas intervenções cirúrgicas totais ou parciais nem terapias hormonais, esterilizações ou modificações corporais para sustentar o requerimento, para outorgar o solicitado ou para provar a identidade de gênero que motiva tal procedimento, porque poderia ser contrário ao direito à integridade pessoal, contida nos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana. Com efeito, submeter o reconhecimento da identidade de gênero de uma pessoa *trans* a uma operação cirúrgica ou tratamento de esterilização não desejado, implicaria em condicionar o pleno exercício de vários direitos, dentre eles, à vida privada (artigo 11.2 da Convenção), de escolher livremente as opções e as circunstâncias que dão sentido à sua existência (artigo 7º da Convenção) e conduziria à renúncia do gozo pleno e efetivo do seu direito à integridade pessoal³⁰⁶. Deve ser lembrado que esta Corte sinalizou no caso *IV. Vs. Bolívia*, que a saúde como parte integrante do direito à integridade pessoal, abarca também a liberdade de cada pessoa para controlar sua saúde e seu corpo e o direito a não sofrer ingerências, tais como ser submetidas a tortura ou tratamentos e experimentos médicos não consentidos.³⁰⁷ O precedente também poderia constituir uma violação do princípio da igualdade e não discriminação contidos nos artigos 24 e 1.1 da Convenção, dado que as pessoas cisgênero não seriam confrontados com a necessidade de submeter-se a este tipo de obstáculos e de prejuízo a sua integridade pessoal para fazer efetivo seu direito à identidade.

147. Sobre este ponto, o Relator Especial sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes das Nações Unidas, sinalizou que os “Estados que permitem modificar os indicadores de gênero nos documentos de identidade [chegaram a] impor exigências abusivas, como a redesignação de sexo mediante uma intervenção cirúrgica, esterilização ou outros procedimentos médicos forçados ou involuntários [...]. Inclusive naqueles lugares onde não existe tal requisito legislativo, a esterilização forçada de pessoas que solicitam uma redesignação de sexo é frequente. Essas práticas têm sua origem na discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero, violam os direitos à integridade física e à livre determinação das pessoas e constituem maus tratos ou torturas.”³⁰⁸ Da mesma forma, o TEDH determinou que a carga imposta a uma pessoa de provar a necessidade médica de tratamento, incluída uma intervenção cirúrgica irreversível, em uma das zonas mais íntimas da vida privada, parece desproporcional e violatório ao direito à vida privada contida no artigo 8º da Convenção.³⁰⁹

148. Por outro lado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sinalizou no seu Comentário Geral nº 22, sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva que “[a]s leis e as políticas que perpetuam indiretamente práticas médicas coercivas, como as políticas de contracepção baseadas em incentivos ou cotas e a terapia hormonal, bem como requisitos cirúrgicos ou de esterilização para o reconhecimento legal da identidade de gênero, constituem violações adicionais da obrigação de respeitar.”³¹⁰ Da mesma forma, o Comitê sobre os Direitos

306 Cf. TEDH, Caso *A.P., Garçon e Nicot Vs. France*, nº 79885/12, 52471/13 e 52596/13. Sentença de 6 de abril de 2017, par. 131 a 133.

307 Cf. Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 155. Da mesma forma, Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 14, O direito ao mais alto nível possível de saúde, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, par. 8.

308 Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Juan E. Méndez, 5 de janeiro de 2016, A/HRC/31/57.

309 Cf. TEDH. Caso *Christine Goodwin Vs. Reino Unido*, pars. 75, 78 e 82, e Caso *A.P., Garçon e Nicot Vs. France*, pars. 131 a 133.

310 Nações Unidas. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 22, “sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)”, 02 de maio de 2016, E/C.12/GC/22, par. 58.

da Criança sinalizou que condenou a “imposição de ‘tratamentos’ mediante os quais se pretende mudar a orientação sexual de uma pessoa, e que os adolescentes intersexuais sejam submetidos a intervenções cirúrgicas ou tratamentos forçados. Insta aos Estados a que erradiquem essas práticas, revoguem todas as leis que criminalizem ou discriminem às pessoas em razão de sua orientação sexual, sua identidade de gênero ou sua condição de pessoas intersexuais, e aprovarem leis que proíbam a discriminação por estes motivos.”³¹¹ Nesta mesma linha, os Princípios de *Yogyakarta* estipulam que nenhuma pessoa será obrigada a se submeter a procedimentos médicos, incluindo esterilização, cirurgia de redesignação de sexo e terapia hormonal como requisito para o reconhecimento legal da sua identidade de gênero.³¹² Adicionalmente, existe legislação da Argentina, Uruguai e Bolívia, bem como decisões de altas Cortes nacionais da Colômbia e do Brasil que se expressaram neste sentido.³¹³

f) Os procedimentos relativos às crianças

149. No que se refere à regulação dos procedimentos de mudança de nome, adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade das crianças, esta Corte lembra, em primeiro lugar, que conforme assinalou em outros casos, as crianças são titulares dos mesmos direitos que os adultos e de todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana, além das medidas especiais de proteção estabelecidas no artigo 19 da Convenção, as quais devem ser definidas de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso concreto.³¹⁴ Em relação a este ponto, a Corte considerou que, quando aplicado às crianças, os direitos contidos nos instrumentos gerais de direitos humanos devem ser interpretados levando em consideração o *corpus juris* sobre os direitos da criança.³¹⁵ Além disso, este Tribunal considerou que o artigo 19 “deve ser entendido como um direito adicional, complementar, que o tratado estabelece para os seres que, devido ao seu desenvolvimento físico e emocional, necessitam de proteção especial.”³¹⁶

150. Da mesma forma, esta Corte entendeu que a devida proteção dos direitos de meninas e meninos, como sujeitos de direitos, deve levar em consideração suas próprias características e a necessidade de promover seu desenvolvimento, oferecendo-lhes as condições necessárias para que vivam e desenvolvam suas aptidões com pleno aproveitamento do seu potencial.³¹⁷ Neste sentido, meninas e meninos exercem seus direitos, por si sós, de maneira progressiva, na medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal.³¹⁸ Por esta razão, então, a Corte entende que as medidas pertinentes de proteção em favor das crianças

311 Nações Unidas. Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral nº 20 “sobre a efetividade dos direitos da criança na adolescência”, 06 de dezembro de 2016, CRC/C/GC/20, par. 34.

312 Cf. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007, Princípio 3.

313 Cf. Argentina. Lei 26.743, art. 4; Bolívia Lei nº 807 de 2016; Uruguai, Lei n.º 18.620, art. 3º; Colômbia Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-063/15; México, Suprema Corte de Justiça do México. Amparo direto 6/2008. 6 de janeiro de 2009; Brasil, Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Sentença de 9 de maio de 2017.

314 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 121; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66, e Caso *Atala Rizzo e filhas Vs. Chile*, Resolução de 29 de novembro de 2011, par. 6.

315 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 121.

316 Caso “*Instituto de Reeducação Juvenil Vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de setembro de 2004. Série C nº 112, par. 147, e Caso *Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C nº 250, par. 142.

317 Cf. Caso *Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, par. 218 e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66.

318 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 129; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66, Caso *Furlan e Membros da Família Vs. Argentina*, par. 203, e Caso *Mendoza e outros Vs. Argentina*, par. 143. Ver também, Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 7. “Realização dos direitos da criança na primeira infância”, CRC/GC/7/rev. 1, 20 de setembro de 2006, par. 17.

são especiais ou mais específicas que aquelas decretadas para o resto das pessoas, isto é, os adultos.³¹⁹

151. Da mesma forma, de acordo com a jurisprudência desta Corte, no caso da proteção dos direitos das crianças e da adoção de medidas para lograr esta proteção, além do princípio da autonomia progressiva que já foi mencionado (*supra*, par. 150), os seguintes quatro princípios orientadores da Convenção sobre os Direitos da Criança devem inspirar de maneira transversal e ser implementado em todo sistema de proteção integral:³²⁰ o princípio da não-discriminação,³²¹ o princípio do interesse superior da criança,³²² o princípio do respeito pelo direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento,³²³ e o princípio de respeito à opinião da criança em todo procedimento que a afete, de modo que se garanta sua participação.³²⁴

152. A este respeito, é útil lembrar que o princípio do interesse superior implica, como princípio orientador, tanto sua consideração primordial na formulação de políticas públicas e na elaboração de normativas relativas à criança, quanto a sua aplicação em todas as ordens relacionadas com a vida da menina ou do menino.³²⁵ Por outro lado, e em estreita relação com o direito a ser ouvido, a Corte referiu-se, em outras decisões, à obrigação de respeitar plenamente o direito da criança de ser ouvido em todas as decisões que afetem sua vida.³²⁶ Sobre este ponto específico, o Tribunal também especificou que o direito de que as crianças

319 Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66.

320 Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66, e Caso *Atala Riffo e filhas Vs. Chile*, Resolução de 29 de novembro de 2011, par. 7. Da mesma forma, Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre Direitos Humanos da Criança (arts. 4º, 42 e par. 6º do art. 44), CRC/GC/2003/5, 27 de novembro de 2003, par. 12.

321 O art. 2º da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece a obrigação de os Estados respeitarem os direitos estabelecidos naquele instrumento e assegurar sua aplicação a todas as meninas e meninos sujeitos à sua jurisdição, sem qualquer distinção, o que "requer que os Estados identifiquem ativamente crianças e grupos de crianças quando o reconhecimento e a efetividade de seus direitos possam exigir a adoção de medidas especiais." Cf. *Matter L.M. em relação ao Paraguai*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1º de julho de 2011, par. 14 e Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66. Ver também Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 5. "Medidas gerais de implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 4, 42 e par. 6º do art. 44)", 27 de novembro de 2003, CRC/GC/2003/5, par. 12, e Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 6. "Tratamento de crianças desacompanhadas e separadas da sua família fora do seu país de origem", par. 1º.

322 O par. 1º do art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança exige que o interesse superior do menino ou da menina seja uma consideração primordial em todas as medidas que lhes dizem respeito. Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66. Ver também, Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 5: "Medidas gerais de implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 4, 42 e par. 6 do art. 44)", par. 12, e do Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 14 "sobre o direito da criança de ter seus melhores interesses como uma consideração primordial (art. 3º, par. 1º)", 29 de maio de 2013, CRC/C/CG/14.

323 O art. 6º da Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o direito intrínseco do menino e da menina à vida e a obrigação dos Estados Partes de garantir na medida do possível sua sobrevivência e desenvolvimento no sentido mais amplo, ou seja, como um conceito holístico que engloba o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social da menina e do menino. Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66. Ver também, Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Comentário Geral nº 5. "Medidas gerais de implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 4º, 42 e par. 6º do art. 44)", par. 12.

324 O art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece o direito da criança de expressar sua opinião livremente em "todas as questões que [o] afetam" e de ter essas opiniões devidamente levadas em conta, considerando sua idade e grau de maturidade. Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 66; Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 129 e Caso *Atala Riffo e filhas Vs. Chile*, Resolução de 29 de novembro de 2011, par. 7. Ver também, Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 5. "Medidas gerais de implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 4º, 42 e par. 6º do art. 44)", par. 12, e Comitê dos Direitos da Criança, *Comentário Geral nº 12*. "O direito da criança a ser ouvida", 20 de julho de 2009, CRC/C/GC/12.

325 Cf. Parecer Consultivo OC-21/14, par. 70 e segundo ponto do parecer.

326 Cf. Caso *de Fornerón e filha Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C nº 242; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 70 e Caso *Atala Riffo e filhas Vs. Chile*, Resolução de 29 de novembro de 2011, par. 7. Ver também, Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 12. "O direito da criança a ser ouvida", CRC/C/GC/12, par. 74.

sejam ouvidas constitui não apenas um direito em si, mas também deve ser levado em consideração para interpretar e fazer respeitar todos os outros direitos.³²⁷

153. Por outro lado, no marco dos casos contenciosos,³²⁸ este Tribunal teve a oportunidade de referir-se ao direito à identidade das meninas e dos meninos reconhecido pelo artigo 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece no seu primeiro inciso, que " [os]s Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive nacionalidade, nome e relações familiares, de acordo com a lei, sem ingerências ilícitas." Nestes casos, esta Corte indicou que o direito à identidade estava intimamente ligado à individualidade específica da pessoa e sua vida privada.³²⁹ Da mesma forma, no caso *Gelman Vs. Uruguai*, a Corte concluiu que o Estado violou o direito à liberdade em um sentido amplo, reconhecido no artigo 7.1 da Convenção, pela subtração e posterior supressão da identidade de uma menina pelas forças de seguridade do Estado.³³⁰ Para a Corte, o direito em questão implica a possibilidade de cada ser humano de autodeterminar-se e de escolher livremente as opções e as circunstâncias que dão sentido à sua existência.

154. Em conformidade com o que precede, esta Corte entende que as considerações relativas ao direito à identidade de gênero que foram desenvolvidas *supra*, também são aplicáveis às meninas e aos meninos que desejem apresentar pedidos de reconhecimento de sua identidade de gênero autopercebida em documentos e registros. Este direito deve ser entendido em conformidade com as medidas especiais de proteção que estejam disponíveis internamente, em conformidade com o artigo 19 da Convenção, as quais devem necessariamente ser concebidas de acordo com os princípios do interesse superior da criança, da autonomia progressiva, de ser ouvido e levar em conta sua opinião em todos os procedimentos que os afetem, de respeito ao direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento, bem como o princípio da não-discriminação. Por fim, é importante salientar que qualquer restrição imposta ao pleno exercício desse direito por meio de dispositivos que tenham a finalidade de proteger meninas e meninos, apenas poderá ser justificada de acordo com estes princípios e não deve ser desproporcional. Da mesma forma, é pertinente lembrar que o Comitê sobre os Direitos da Criança, salientou que "todos os adolescentes têm direito à liberdade de expressão e a que sejam respeitadas sua integridade física e psicológica, sua identidade de gênero e sua autonomia emergente."³³¹

155. Neste mesmo sentido, os princípios de *Yogyakarta* estabeleceram que "todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, têm [...] direito ao pleno gozo de todos os direitos humanos", sendo que "uma consideração primordial em todas as ações concernentes às meninas e aos meninos será o interesse superior da criança, e que uma criança que seja capaz de formar um julgamento próprio tem o direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que lhe afetam, tendo-se devidamente em conta as opiniões do menino ou menina, de acordo com sua idade e maturidade."³³²

156. Finalmente, e como um exemplo de boas práticas em relação a este tema, o Tribunal não pode deixar de mencionar a Lei 26.743 de 23 de maio de 2002, da Argentina "sobre o

327 Cf. Caso *Atala Rizzo e Filhas Vs. Chile*, Resolução/Portaria de 29 de novembro de 2011, par. 7. Ver também, Nações Unidas, Comitê sobre os direitos da criança, Comentário Geral nº 12, CRC/C/GC/12, par. 2.

328 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, pars. 122-124; Caso *Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador*, pars. 116-117 e Caso *Contreras e outros Vs. El Salvador*, pars. 112-114.

329 Cf. Caso *Contreras e outros Vs. El Salvador*, pars. 113.

330 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, pars. 129.

331 Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral nº 20 "sobre a efetividade dos direitos da criança na adolescência", 06 de dezembro de 2016, CRC/C/GC/20, par. 34.

332 Princípios sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007, Preâmbulo.

direito à identidade de gênero das pessoas”, cujo artigo 5º refere-se ao trâmite de retificação do registro de sexo, da mudança de nome e da imagem de meninas e meninos. A norma estabelece, particularmente, que em relação às pessoas menores de 18 anos, a solicitação do procedimento “deve ser feita por meio de seus representantes legais e expresse consentimento do menor [de idade], tendo em conta os princípios da capacidade progressiva e o interesse superior da criança, de acordo com as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança e na Lei [...] de proteção integral dos direitos de meninas, meninos e adolescentes. Da mesma forma, o menor de idade deve contar com a assistência do advogado da criança. [...] Quando, por qualquer motivo seja negado, ou seja, impossível obter o consentimento de qualquer um dos representantes legais do menor, poder-se-á recorrer à via sumaríssima para que os juízes ou as juízas correspondentes resolvam, levando em conta os princípios da capacidade progressiva e o interesse superior da criança em conformidade com as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança e na Lei [...] de proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes”.³³³

g) Sobre a natureza do procedimento

157. Este requisito está estreitamente relacionado com a segunda pergunta colocada pelo Estado da Costa Rica, sobre se “pode-se considerar contrário à [Convenção Americana] que a pessoa interessada em modificar seu nome somente possa assim proceder mediante processo jurisdicional e não mediante um procedimento administrativo?”.

158. Com relação a essa questão, vale lembrar o assinalado *supra*, sobre a identidade de gênero como expressão da individualidade da pessoa e a relação que existe entre este direito fundamental e a possibilidade de todo ser humano de autodeterminar-se e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias opções e convicções, sem interferências externas (*supra*, par. 88). Por conseguinte, esta Corte reconheceu o direito fundamental que cada pessoa tem de garantir que o sexo ou gênero consignado nos registros corresponda à identidade sexual e de gênero efetivamente assumido e vivido por ela. Nesse sentido, o trâmite ou procedimento tendente ao reconhecimento da identidade de gênero autopercebida de uma pessoa consistiria em um processo de adscrição que cada pessoa tem o direito de realizar de maneira autônoma, e no qual o papel do Estado e da sociedade deve consistir apenas em reconhecer e respeitar essa adscrição de identidade, sem que a intervenção das autoridades estatais tenham caráter constitutivo do mesmo. É assim que o mencionado procedimento não pode, sob nenhuma circunstância, tornar-se um espaço de escrutínio e validação externa da identificação sexual e de gênero da pessoa que solicita o reconhecimento (*supra*, par. 133).

159. Com base no exposto, pode-se sustentar que, embora os Estados tenham, em princípio, a possibilidade de determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação do nome, e sendo o caso, da referência ao sexo/gênero e da imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é verdade que o procedimento que melhor se adapta aos requisitos estabelecidos nesta opinião é aquele que é de natureza materialmente administrativa ou cartorial, dado que o processo de natureza jurisdicional pode, eventualmente, incorrer, em alguns Estados, em formalidades e atrasos excessivos que se observam nos trâmites dessa natureza. A este respeito, pode-se lembrar que o Programa Interamericano de Registro Civil Universal e “Direito à Identidade” estabelece que os Estados, “em conformidade com sua legislação nacional, promoverão o uso de canais administrativos, gratuitamente, para procedimentos correlatos com processos de registro, a

³³³ Argentina. Lei nº 26.743, de 23 de maio de 2012, art. 5º.

fim de simplificá-los e descentralizá-los, deixando como último recurso o uso de canais judiciais.³³⁴

160. Por outro lado, um trâmite de natureza jurisdicional para obter uma autorização para que se possa efetivamente materializar a expressão de um direito dessas características representaria uma limitação excessiva para o requerente e não seria apropriado uma vez que deve ser um procedimento materialmente administrativo, seja em sede judicial, ou em sede administrativa. Nesse sentido, a autoridade responsável pelo referido procedimento só poderia se opor a tal solicitação, sem violar a possibilidade de autodeterminação e o direito à vida privada do solicitante, se fosse constatado algum vício na expressão do consentimento livre e informado do solicitante. Ou seja, que uma decisão relacionada a uma solicitação de adequação ou retificação baseada na identidade de gênero não deveria poder conceder direitos, apenas pode ser de natureza declarativa, uma vez que deve limitar-se a verificar se cumpre com os requisitos inerentes à manifestação da vontade do requerente. De acordo com o que foi expresso, a resposta à segunda pergunta colocada pelo Estado da Costa Rica, a respeito da natureza que deveriam ter os processos destinados à mudança de nome a fim de serem acordes com a identidade de gênero autopercebida do solicitante, é a seguinte:

Os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais apropriado de acordo com as características de cada contexto e sua legislação nacional, os trâmites ou procedimentos para mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade para que estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa,³³⁵ devendo cumprir os requisitos indicados nesta opinião, a saber: a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e em documentos de identidade não devem fazer menção às mudanças que decorreram da alteração para se adequar à identidade de gênero; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, gratuitos, e e) não devem exigir a certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais.

Dado que a Corte observa que os procedimentos de natureza materialmente administrativos ou cartoriais são os que melhor se ajustam e se adequam a estes requisitos, os Estados podem fornecer paralelamente um canal administrativo, que possibilite a escolha da pessoa.

161. Finalmente, e em concordância com o que precede, pode-se ainda assinalar que a regulação do procedimento de mudança de nome, adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade para que possam estar em conformidade com a identidade de gênero autopercebida, não deve necessariamente ser regulada por lei, na medida em que deve consistir apenas em um procedimento simples de verificação da manifestação da vontade do solicitante.

D. Sobre o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica

³³⁴ OEA. Assembleia Geral da OEA, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08). Programa Interamericano de Registro Civil Universal e "Direito à Identidade." Objetivo 2.d.

³³⁵ Nesta categoria, também podem encontrar-se os procedimentos notariais, como aqueles previstos pelos regulamentos colombianos. Ver: Decreto nº 1.069, de 2015, único Regulamento do Setor de Justiça e Direito, referente ao procedimento de correção do componente sexual no Registro de Estado Civil.

162. O Estado da Costa Rica solicitou à Corte que se pronunciasse sobre a compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica³³⁶ às pessoas que desejem optar por uma mudança de nome com base em sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção. Em particular, o Estado fez a seguinte pergunta: "Pode-se entender que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado de acordo com a CADH no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo jurisdicional ali contemplado, mas sim que o Estado deve prover-lhes um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?"

163. Por sua parte, o artigo 54 do Código Civil estabelece que "todo costarricense inscrito no Registro Civil pode mudar seu nome com a autorização do Tribunal, o que será feito pelos procedimentos da jurisdição voluntária promovida para esse fim." Por seu lado, o artigo 55 do Código Civil estabelece que "uma vez que o pedido de mudança tenha sido apresentado, o Tribunal ordenará a publicação de um decreto no Diário da República concedendo 15 dias para apresentação de oposições" e o artigo 56 do Código Civil afirma que "em qualquer pedido de alteração ou modificação de nome será ouvido pelo Ministério Público e, antes de resolver o precedente, o Tribunal solicitará um informe de boa conduta anterior e de antecedentes criminais do requerente. Também informará ao Ministério da Segurança Pública."

164. A Corte considera, em primeiro lugar, que, embora o pedido de parecer verse sobre o artigo 54 do Código Civil, que menciona o procedimento de mudança de nome, essa regra está intimamente relacionada com os artigos 55 e 56 do mesmo corpo legal na medida que estes especificam algumas das modalidades concretas deste procedimento. Consequentemente, a análise que efetuará o Tribunal se referirá a esses três artigos.

165. De acordo com as informações fornecidas pela Defensoria Pública da República da Costa Rica durante o processamento deste Parecer Consultivo, a "Lei Orgânica do Supremo Tribunal Eleitoral e do Registro Civil prevê, no artigo 65, a possibilidade de modificação em sede administrativa dos assentamentos do registro. Neste caso, e a partir da aplicação do artigo 45 do Regulamento do Registro do Estado Civil, na prática administrativa se considera a modificação nos assentamentos do registro, e especialmente do nome pela via de petição escrita, somente na sede administrativa no caso de erros de ortografia ou na grafia. Em casos de modificação total deste, as pessoas são obrigadas a recorrer às disposições do artigo 54 do Código Civil".

166. Com relação ao exposto acima, a Defensoria acrescentou que "atualmente a aplicação da petição por escrito como meio administrativo para a modificação dos assentamentos das inscrições no registro, incluindo nome e sexo, não apresenta limitações legais e as normas que a regulam não diferenciam os registros que podem ser modificados por meio deste procedimento. No entanto, como foi afirmado repetidamente, a recusa da sua aplicação deve-se à interpretação das regras pelo Supremo Tribunal Eleitoral e à prática administrativa daí decorrente [...]."

167. Sobre este ponto, deve-se assinalar que não cabe a este Tribunal determinar a correta aplicação ou não das normas nacionais à luz das disposições do direito interno, nem tampouco indicar qual é o órgão competente para conhecer sobre determinada matéria à luz da normatividade da Costa Rica. Com relação a esta pergunta, unicamente cabe a esta Corte interpretar os direitos contidos na Convenção e determinar se as normas de direito interno

336 Emitido pela lei nº 30, de 19 de abril de 1885. Sua vigência começou em 1º de janeiro de 1888, em virtude da Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887.

referidas -neste caso, o artigo 54 do Código Civil- se ajustam às disposições da Convenção Americana.

168. No que se refere ao procedimento de mudança de nome ao que remete o artigo 54 do Código Civil, a Corte constata que: a) se refere unicamente à mudança de nome e não a outros elementos inerentes ao direito à identidade, como, por exemplo, a inscrição do sexo ou gênero nos registros e nos documentos de identidade; b) refere-se a um procedimento de tipo judicial; c) abre a possibilidade para que se apresentem oposições ao pedido de mudança de nome; d) é necessária a intervenção de um terceiro (o Ministério Público), e e) exige-se a apresentação de antecedentes de “boa conduta” e criminais.

169. Na seção anterior, verificou-se que um procedimento que tem por objetivo resolver um pedido de adequação dos registros e documentos de identidade à identidade de gênero do solicitante deve, entre outros requisitos a) estar focado à adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) a decisão que resolve o pedido deve estar embasada unicamente no consentimento livre e informado do requerente, sem que terceiras pessoas possam interferir arbitrariamente em seu direito personalíssimo à identidade de gênero; c) deve tender à gratuidade e ser resolvida prontamente; d) não deve requerer a apresentação de provas médicas ou psicológicas, antecedentes de vida privada ou criminal, e e) deve ser de preferencial um procedimento de natureza materialmente administrativa ou cartorial e não jurisdicional.

170. A Corte observa que os requisitos estabelecidos nos artigos 55 e 56 do Código Civil da Costa Rica não cumprem integralmente com os elementos mencionados, na medida em que introduzem a possibilidade de que se apresentem oposições de terceiros e do Ministério Público. O precedente implica, portanto, que a eventual decisão do juiz não seria unicamente de caráter declarativo. Além disso, o artigo 55 do Código Civil indica que o juiz deve ordenar a publicação de um edital no Diário Oficial da União, o qual implica que o procedimento não seja reservado. Finalmente, o artigo 56 do Código Civil da Costa Rica requiere a apresentação de um informe de boa conduta anterior e falta de antecedentes criminais do solicitante, requisito que, segundo já indicado (*supra*, par. 168), resulta incompatível com os procedimentos de adequação dos dados de identidade à identidade de gênero autopercebida.

171. De acordo com o expressado, a Corte considera que a resposta à terceira pergunta formulada pelo Estado da Costa Rica é a seguinte:

O artigo 54 do Código Civil da Costa Rica, em sua redação atual, estaria de acordo com as disposições da Convenção Americana unicamente se o mesmo é interpretado, seja em sede judicial ou regulamentado administrativamente, no sentido de que o procedimento que esta norma estabelece possa garantir que as pessoas que desejem mudar seus dados de identidade para que sejam conformes à sua identidade de gênero autopercebida, seja um trâmite materialmente administrativo, que cumpra com os seguintes aspectos:

a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve ser baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e documentos de identidade não devem fazer menção que decorreram de alteração para se adequar à identidade de gênero; d) devem ser expeditos e devem, na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir as certificações de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos hormonais.

Em consequência, em virtude do controle de convencionalidade, o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado de acordo com os padrões previamente estabelecidos para que as pessoas que desejem adequar integralmente os registros e/ou os documentos de identidade à sua identidade de gênero autopercebida, possam gozar efetivamente desse direito humano reconhecido nos artigos 3º, 7º, 11.2, 13 e 18 da Convenção Americana.

O Estado da Costa Rica, com o propósito de garantir, da maneira mais efetiva, a proteção dos direitos humanos, poderá expedir um regramento mediante o qual incorpore os padrões antes mencionados do procedimento de natureza materialmente administrativa, que possa prover de forma paralela, em conformidade com o indicado nos parágrafos anteriores da presente opinião (*supra*, parágrafo 160).

VIII. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS VÍNCULOS DE CASAIS DO MESMO SEXO

172. A quarta e a quinta perguntas sobre as quais o Estado da Costa Rica solicita o parecer deste Tribunal, dizem respeito aos direitos patrimoniais derivados de “vínculos entre pessoas do mesmo sexo”. No presente capítulo, o Tribunal fará referência, primeiramente, aos padrões aplicáveis ao “vínculo” ao qual faz alusão a Costa Rica, para depois responder à segunda parte da pergunta, relativa aos mecanismos pelos quais o referido vínculo deve ser protegido de acordo com a Convenção Americana.

A. A proteção convencional do vínculo entre casais do mesmo sexo

173. De maneira preliminar, o Tribunal constata que a representação da Costa Rica, em seu pedido de Parecer Consultivo, não explicitou a qual vínculo entre pessoas do mesmo sexo se referia. Não obstante, a Corte observa que, na pergunta formulada, o Estado faz alusão ao artigo 11.2 da Convenção,³³⁷ o qual protege as pessoas, *inter alia*, de ingerências arbitrárias à vida privada e familiar.³³⁸ Em tal virtude, o Tribunal entende que as perguntas remetidas pelo Estado sobre os direitos patrimoniais que derivam de um vínculo resultante de relações afetivas entre casais do mesmo sexo, tal e como sucedeu no caso *Duque Vs. Colômbia*.³³⁹ Além disso, a Corte observa que, em termos gerais, os direitos produto de relações afetivas entre casais são geralmente tutelados e protegidos pela Convenção por meio do instituto da família e da vida familiar.

174. Em relação a esse tema, o Tribunal recorda, em primeiro lugar, que a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a família e a vida familiar de maneira complementar. É assim como esta Corte considerou que as possíveis violações a este bem jurídico tutelado devem ser analisadas não só como uma possível ingerência arbitrária contra a vida privada e familiar, conforme o artigo 11.2 da Convenção Americana, como também pelo impacto que isso possa ter em um núcleo familiar, à luz do artigo 17.1 do mesmo corpo legal.³⁴⁰ Nenhuma das normas citadas contém uma definição taxativa do que deve-se entender por “família”. A este respeito, a Corte indicou que, na Convenção Americana não se encontra

337 Art. 11.2 da Convenção Americana: “Ninguém pode estar sujeito a interferências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em sua casa ou em sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação..”

338 Cf. Caso *Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 161.

339 Cf. Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 138.

340 Cf. Caso *Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 175.

determinado um conceito fechado de família, nem muito menos se protege apenas um modelo em particular da mesma.³⁴¹

175. Em conformidade com o expressado, para responder às perguntas colocadas pelo Estado da Costa Rica, o Tribunal estima necessário determinar se as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo podem chegar a ser consideradas como “família” nos termos da Convenção, para assim estabelecer os alcances da proteção internacional aplicável. Para tanto, a Corte deve recorrer às regras gerais de interpretação dos tratados internacionais, e às regras especiais de interpretação da Convenção Americana aludidas no Capítulo V do presente parecer. Para isso, o Tribunal analisará o sentido corrente do termo (interpretação literal), seu contexto (interpretação sistemática), seu objeto e finalidade (interpretação teleológica), assim como a interpretação evolutiva de seu alcance. Além disso, de acordo com o disposto no artigo 32 da Convenção de Viena, se fará menção a meios complementares de interpretação, em especial aos trabalhos preparatórios do tratado.

176. Com a finalidade de estabelecer o sentido corrente da palavra “família”, a Corte estima necessário reconhecer a importância neurálgica desta como uma instituição social, a qual surge das necessidades e aspirações mais básicas do ser humano. Busca realizar anseios de segurança, conexão e refúgio que expressam a melhor natureza do gênero humano. Para a Corte, é indubitável que se trata de uma instituição que uniu comunidades, sociedades e povos inteiros.

177. Sem prejuízo de sua importância transcendental, a Corte também observa que a existência da família não foi excluída do desenvolvimento das sociedades. Sua conceituação variou e evoluiu conforme a mudança dos tempos. Por exemplo, até algumas décadas atrás, ainda se considerava legítimo distinguir entre filhos nascidos dentro ou fora de um matrimônio.³⁴² Da mesma forma, as sociedades contemporâneas se destacaram de noções estereotipadas sobre os papéis que os integrantes de uma família devem assumir, muito presentes nas sociedades da região ao momento da criação da Convenção. Às vezes, a evolução destas noções ocorreu muito antes que a legislação de um Estado se adaptasse as mesmas.³⁴³

341 Cf. *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 142 e 172. Nesse mesmo sentido, ver Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, Recomendação Geral nº 21 (13º Período de Sessões, 1994). Igualdade no casamento e nas relações familiares, par. 13; Comitê dos Direitos da Criança, Comentário Geral nº 7, 20 de setembro de 2006, Realização dos direitos da criança na primeira infância, CRC/C/GC/7/Rev.1, pars. 15 e 19; Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 19 (39º Período de Sessões, 1990). A família (art. 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), par. 2, e Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 16 (32º Período de Sessões, 1988). Direito à intimidade (art. 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), par. 5.

342 Cf. TEDH. *Caso Marckx Vs. Bélgica*, nº 6833/74. Sentença de 13 de junho de 1979, par. 14.

343 Por exemplo, na Guatemala, em 1998 regras ainda vigentes do Código Civil, que eram, que uma mulher casada só poderia exercer uma profissão ou ter um trabalho quando não danificar “seus deveres mãe e dona de casa”. Guatemala, Código Civil, Decreto-Lei nº 106 de 14 de setembro 1963, arts. 113 e 114. Além disso, o art. 109 do Código Civil conferiu a representação conjugal ao marido e o art. 131 autorizou o marido para administrar o patrimônio conjugal. Além disso, o art. 110 referia-se às responsabilidades dentro do casamento, conferindo à esposa “o direito e a obrigação” especial de cuidar dos filhos menores e do lar. Estas disposições foram revogadas ou alteradas pelos Decretos nº 80/98 do Congresso de 23 de dezembro de 1998, e 27-99 do Congresso da República de 30 de agosto de 1999. Da mesma forma, na Nicarágua, o art. 151 do Código Civil, estabelecia que “[o] marido é o representante da família, e as mulheres se ele falhar” também o art. 152 afirma que “[o] marido é forçado a viver com sua mulher e ela a viver com o marido e seguiu-o onde quer que ele mude sua residência.” Estas regras foram revogadas pelos arts. 79 a 82 e 671 do Código da Família, Lei 870 de 26 de agosto de 2014. Por sua vez, o Código Civil Paraguaio Lei nº 1183/85, 18 dez 1985 determinava no art. 158 que “[s]erá necessário o acordo de ambos os cônjuges para a mulher fazer válidos os seguintes atos: a) exercício da profissão, indústria ou comércio por conta própria ou realizar trabalho fora de casa; b) fornecer seus serviços em aluguel; c) criar parcerias coletivas, de capital e indústria, ou sociedades limitadas, simples ou por ações; d) aceitar doações; e) renunciar ao título gratuito para atos entre vivos, dos bens que ela administra. Em todos os casos em que o acordo marido for necessário, se este último se recusa ou é incapaz de fornecê-lo, podem as mulheres requerer ao juiz a devida autorização, que será concedida se o pedido satisfaz as necessidades ou interesses do lar”, adicionalmente o art. 195 estabeleceu que “[o] marido é o administrador dos bens da comunidade, com as exceções previstas neste Capítulo.” As disposições anteriores foram revogadas pela lei 1/92 de 25 de junho de 1992, art. 98.

178. Junto ao exposto, a Corte observa que na atualidade existem diversas formas nas quais se materializam os vínculos familiares que não se limitam a relações fundadas no matrimônio.³⁴⁴ Neste sentido, este Tribunal considerou que:

"[...] [A] definição de família não deve restringir-se pela noção tradicional de um casal e seus filhos, pois outros parentes, como tios, primos e avós, também podem ser titulares do direito à vida familiar, para enumerar apenas alguns membros possíveis da família extensa, desde que tenham laços pessoais estreitos. Além disso, em muitas famílias, a(s) pessoa(s) responsável(is) pela atenção, cuidado e desenvolvimento de uma criança de maneira legal ou habitual não são os pais biológicos. Mais ainda, no contexto migratório, os "laços familiares" podem ter sido constituídos entre pessoas que não necessariamente sejam juridicamente parentes, especialmente quando, no que diz respeito a crianças, eles não contaram ou conviveram com seus pais em tais processos. É por isso que o Estado tem a obrigação de determinar em cada caso a constituição do núcleo familiar da criança [...]."³⁴⁵

179. Para o Tribunal, não existe dúvida de que, por exemplo, uma família monoparental deve ser protegida da mesma maneira que dois avós que assumem o papel de pais em relação a um neto. No mesmo sentido, indiscutivelmente, a adoção é uma instituição social que permite que, em determinadas circunstâncias, duas ou mais pessoas que não se conhecem se convertam em família. Da mesma forma, em concordância com o expresso no Capítulo VII deste parecer, uma família também pode ser composta por pessoas com diversas identidades de gênero e/ou orientação sexual. Todas essas modalidades necessitam de proteção da sociedade e do Estado, pois como foi mencionado (*supra*, par. 174), a Convenção não protege um modelo único ou determinado de família.

180. Sem prejuízo do acima descrito, o Tribunal Europeu indicou que existem algumas circunstâncias que podem ser relevantes para identificar a existência de um vínculo familiar, tais como: a convivência, a duração da relação afetiva e se existe evidência de que as pessoas demonstraram seu compromisso com a relação.³⁴⁶ Apesar disso, o Sistema das Nações Unidas observou que "o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado a outro, e ainda entre regiões dentro de um mesmo Estado, de modo que não é possível dar uma definição uniforme do conceito."³⁴⁷

181. Dada a impossibilidade de identificar um sentido corrente à palavra "família", o Tribunal observa que o contexto *imediato*³⁴⁸ dos artigos 11.2 e 17.1 tampouco oferece uma resposta satisfatória. Por um lado, é claro que os numerais 2, 3, 4 e 5 do artigo 17 se referem

344 Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, pars. 69 e 70; Caso *Atala Rizzo e Meninas Vs. Chile*, par. 142, e TEDH, Caso *Elsholz Vs. Alemanha*, nº 25735/94, Sentença de 13 de julho de 2000, par. 43, Caso *Keegan Vs. Ireland*, nº 16969/90, Sentença de 26 de maio de 1994, par. 44 e *Eur. Court H.R., Caso Kroon e outros Vs. Holanda*, nº 18535/91, Sentença de 27 de outubro de 1994, par. 30. A esse respeito, a Corte indicou que "o conceito de vida familiar não se limita apenas ao matrimônio e deve englobar outros laços familiares de fato quando as partes têm uma vida em comum fora do casamento." Caso de *Atala Rizzo e Meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 142.

345 Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, par. 272.

346 Cf. *Mutatis mutandi*, TEDH, Caso *X, Y And Z Vs. Reino Unido*, nº 21830/93, Sentença de 22 de abril de 1997, par. 36 e Caso *Şerife Yiğit Vs. Turquia*, n.º 3976/05, Sentença de 2 de novembro de 2010, par. 96.

347 Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 19 (39º Período de Sessões, 1990). A família (art. 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), par. 2. Da mesma forma, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral n.º 21 (13º Período de Sessões, 1994). Igualdade no casamento e nas relações familiares, par. 13; Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7, 20 de setembro de 2006, Realização dos direitos da criança na primeira infância, CRC/C/GC/7/Rev.1, pars. 15 e 19, e Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral n.º 16 (32º Período de Sessões, 1988). Direito à intimidade (art. 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), par. 5.

348 Cf. Organização Mundial do Comércio. Proibição de Importação de Certos Camarões e Produtos de Camarão (*Estados Unidos Vs. Índia, Malásia, Paquistão, Tailândia*). Relatório do Órgão de Apelação, WT/DS58/AB/R, 12 de outubro de 1998, par. 116.

exclusivamente a uma modalidade de vínculo familiar, mas, como foi constatado, a proteção aos vínculos familiares não se limita a relações fundadas no matrimônio. Por outro lado, os numerais 1 e 3 do artigo 11 de igual forma, nos oferecem indícios adicionais para estabelecer os alcances da palavra examinada.

182. Nesse sentido, com respeito ao artigo 17.2 da Convenção, a Corte considera que, embora seja verdade que reconhece de maneira literal o “direito do homem e da mulher a contrair matrimônio e fundar uma família”, essa formulação não estaria propondo uma definição restritiva de como deve entender-se o matrimônio ou como deve fundar-se uma família. Para esta Corte, o artigo 17.2 unicamente estaria estabelecendo de forma expressa a proteção convencional de uma modalidade particular do matrimônio. A juízo do Tribunal, esta formulação tampouco implica necessariamente que essa seja a única forma de família protegida pela Convenção Americana.

183. Como foi mencionado no Capítulo V, do presente parecer, o contexto de um tratado compreende também, *inter alia*, o sistema jurídico ao qual pertencem as normas a serem interpretadas.³⁴⁹ A este respeito, o Tribunal considerou que, ao dar interpretação a um tratado, não somente são tomados em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este,³⁵⁰ mas também o sistema dentro do qual se inscreve,³⁵¹ ou seja, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.³⁵²

184. É por isso que a Corte considerou necessário que além de ter em conta todas as disposições que integram a Convenção Americana, é necessário verificar todos os acordos e instrumentos formalmente relacionados a esta, por quanto permitem verificar se a interpretação dada a uma norma ou termo concreto, é coerente com o sentido das demais disposições.³⁵³ Neste sentido, a Corte adverte que os artigos 5º e 6º³⁵⁴ da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 15³⁵⁵ do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, de 17 de novembro de 1988, e o artigo XVII³⁵⁶ da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 15 de junho de 2016, contêm disposições análogas ao artigo 17 da Convenção Americana.

349 Cf. Caso *González e outros (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, par. 43; Caso *ArtaviaMurillo e outros (Fecundação In Vitro) Vs. Costa Rica*, par. 191, e Parecer Consultivo OC-22/16, par. 44.

350 O art. 31.2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que: “2. Para fins de interpretação de um tratado, o contexto incluirá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) [q]ualquer acordo que se refira ao tratado e tenha sido acertado/concertado entre todas as partes na ocasião da celebração do tratado; b) [q]ualquer instrumento formulado por uma ou mais partes por ocasião da celebração do tratado e aceito pelos demais como instrumento referente ao tratado..”

351 O art. 31.3.c da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que: “3. Juntamente com o contexto, deve-se levar em conta o seguinte: [...] c) [t]oda norma pertinente de direito internacional aplicável nas relações entre as partes..”

352 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, par. 113 e Caso *ArtaviaMurillo e outros (Fecundação In Vitro) Vs. Costa Rica*, par. 191.

353 Cf. Parecer Consultivo OC-22/99, par. 45.

354 Art. 5º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Toda pessoa tem direito à proteção da Lei contra os ataques abusivos à sua honra, sua reputação e sua vida privada e familiar” e o art. 6º estabelece que: “Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, elemento fundamental da sociedade e receber proteção para ela..”

355 Art. 15 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Direito à Constituição e Proteção da Família. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deve assegurar a melhoria de sua situação moral e material. 2. Toda pessoa tem direito de constituir uma família, o qual será exercido em conformidade com as disposições da legislação nacional correspondente [...]..”

356 Art. XVII da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas: “Família Indígena: 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade. Os povos indígenas têm o direito de preservar, manter e promover seus próprios sistemas familiares. Os Estados reconhecerão, respeitarão e protegerão as diferentes formas indígenas de família, particularmente a família extensa, bem como suas formas de casamento, filiação, descendência e nome de família. Em todos os casos, equidade de gênero e geracional serão reconhecidos e respeitados [...]..”

185. Nenhum dos textos contém uma definição da palavra “família” ou algum indício dela. Pelo contrário, a formulação das disposições citadas é mais ampla. Assim, a Declaração Americana e o Protocolo de San Salvador se referem ao direito de “*toda persona*” a constituir uma família. Nenhum desses instrumentos faz alusão ao sexo, gênero ou orientação sexual das pessoas, nem faz menção específica a uma modalidade de família em particular. Por sua vez, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas é ainda mais ampla, pois se refere a “sistemas de família” próprios dos povos indígenas.

186. No entanto, a Corte constata que, durante os trabalhos preparatórios à adoção da Convenção, não houve discussão alguma que versasse sobre se devia considerar os casais do mesmo sexo como uma forma de família. Isto, sem dúvida, aconteceu em atenção ao momento histórico em que esta adoção ocorreu. No entanto, poderiam haver considerações similares a respeito de outras modalidades familiares,³⁵⁷ incluindo aquelas nas quais seus integrantes não assumem papéis baseados em estereótipos de gênero.³⁵⁸

187. A juízo do Tribunal, tais circunstâncias fazem com que a afirmação sustentada em reiteradas ocasiões por esta Corte³⁵⁹ e seu par Europeu³⁶⁰ adquira especial força e vigência: os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições da vida atuais.³⁶¹ Deste modo, a interpretação evolutiva conflui com a observância do objeto e finalidade da Convenção Americana. Como previamente estabelecido (*supra*, par. 58), a interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação contidas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

188. A este respeito, a Corte Internacional de Justiça assinalou que, em determinados tratados internacionais, a intenção dos Estados Partes é precisamente utilizar uma linguagem cujo significado não seja fixo, mas que seja capaz de evoluir para permitir o desenvolvimento no Direito Internacional. Em tais circunstâncias, justamente para respeitar a intenção inicial dos Estados, é necessário realizar uma interpretação evolutiva. Tudo isso se encontra fundado na premissa que, quando os Estados utilizaram termos genéricos em um tratado, inevitavelmente deveriam ter sido conscientes que o significado destes mudaria com o tempo. Nesses casos, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu que, como regra geral, se deve presumir que a intenção dos Estados contratantes é que os referidos termos genéricos possuem e possuirão um significado que evoluirá.³⁶²

357 Por exemplo, nos trabalhos preparatórios da Convenção Americana, a Corte observa que as delegações dos Estados do Chile, Argentina, Estados Unidos, Guatemala e Trinidad e Tobago apresentaram observações sobre a inclusão da cláusula que foi finalmente adotada no art. 17.5. da Convenção: “A lei deve reconhecer direitos iguais tanto para os filhos nascidos fora do casamento como para os nascidos dentro dele.” Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Atas e Documentos. OEA/ Série K/XVI/1.2, p. 227 e 228. Ver também: Observações do Governo do Chile sobre o Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, Doc. 7, 26 de setembro de 1969, par. 9. Em suas observações, estes Estados levantaram a necessidade de estabelecer exceções ao art. 17.5, especificamente para questões de sucessão. As mesmas não foram levadas em conta no texto final.

358 Consta no trabalho preparatório que a delegação da República Dominicana assinalou que “[o] novo conceito de ‘adequada equivalência de responsabilidades’ [entre cônjuges] constitu[ía] uma iniciativa interessante.” Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Atas e Documentos. OEA/ Série K/XVI/1.2., Observações e Comentários sobre o Projeto de Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, p. 63.

359 Cf. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999, par. 114 e Caso *Artavia Murillo e outros* (“*Fecundação in vitro*”) Vs. *Costa Rica*, par. 245.

360 Cf. TEDH. Caso *Tyrer Vs. Reino Unido*, nº 5856/72, Sentença de 25 de abril de 1978, par. 31.

361 Cf. Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, par. 31.

362 Cf. Corte Internacional de Justiça, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica Vs. Nicarágua)*, Sentença de 13 de julho de 2009, p. 213, pars.64 e 66. A Corte observou “[...] there are situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used — or some of them — a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect

189. Com efeito, uma interpretação restritiva do conceito de "família", que exclua da proteção interamericana o vínculo afetivo entre casais do mesmo sexo, frustraria o objeto e a finalidade da Convenção. A Corte recorda que o objeto e finalidade da Convenção Americana são "a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos",³⁶³ sem distinção alguma.

190. O vínculo afetivo que a Convenção protege é impossível de quantificar ou codificar, razão pela qual, desde sua jurisprudência mais antiga, esta Corte entendeu o conceito de família de maneira flexível e ampla.³⁶⁴ A riqueza e diversidade da região se viram refletidas nos casos submetidos à competência contenciosa da Corte, o que explica as diversas configurações familiares que podem ser protegidas, incluindo as famílias poligâmicas.³⁶⁵

191. Considerando o exposto, esta Corte não encontra motivos para desconhecer o vínculo familiar que casais do mesmo sexo podem estabelecer por meio de relações afetivas com ânimo de permanência, que buscam empreender um projeto de vida conjunto, tipicamente caracterizado por cooperação e apoio mútuo. A juízo deste Tribunal, não é seu papel distinguir a valia que tem um vínculo familiar a respeito de outro. Não obstante, esta Corte estima que é obrigação dos Estados reconhecer estes vínculos familiares e protegê-los de acordo com a Convenção.

192. Por estas razões, a Corte concorda com seu par Europeu quanto a que seria uma distinção artificial afirmar que um casal do mesmo sexo não pode gozar de um vínculo familiar como poderia fazer um casal heterossexual.³⁶⁶ Da mesma forma, como já se indicou, uma família também pode estar conformada por pessoas com diversas identidades de gênero e/ou orientação sexual (*supra*, par. 179). O Tribunal estima importante destacar que com isso não está depreciando outras modalidades de família, nem tampouco se está desconhecendo a importância dessa instituição como elemento fundamental da sociedade; pelo contrário, a Corte está reconhecendo igual dignidade ao vínculo afetivo de um casal conformado por duas pessoas que são parte de uma minoria historicamente oprimida e discriminada.

193. Aqueles que redigiram e adotaram a Convenção Americana não presumiam conhecer o alcance absoluto dos direitos e liberdades fundamentais nela reconhecidos, motivo pelo qual a Convenção confere aos Estados e à Corte a tarefa de descobrir e proteger os referidos alcances de acordo com as mudanças dos tempos. Assim, a Corte considera que não está se afastando da intenção inicial dos Estados que pactuaram a Convenção; pelo contrário, ao reconhecer este vínculo familiar, o Tribunal se apegua a essa intenção original.

194. No entanto, a Corte estima que a proteção desta modalidade familiar tem duas vertentes. A primeira, surge do artigo 1.1 da Convenção, que é uma norma de caráter geral,

the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied. [...] It is founded on the idea that, where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is "of continuing duration", the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning..

363 Parecer Consultivo OC-2/82, par. 29; Parecer Consultivo OC-21/14, par. 53 e Parecer Consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016, par. 42.

364 Cf. Caso das "Crianças de Rua" (*Villagrán Morales e outros*) Vs. Guatemala, par. 68; Caso do "Panel Blanca" (*Paniagua Morales e outros*) Vs. Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C nº 76, par. 86, e Caso *Loayza Tamayo Vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C nº 42, par. 92. Mais recentemente, Caso *Fornerón e Filha Vs. Argentina*, par. 98.

365 Cf. Caso de *Aloeboetoe e outros*, Vs. Suriname. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C nº 15, pars. 62 e ss.

366 Cf. TEDH, Caso *Schalk e Kopf Vs. Áustria*, nº 30.141/04, Sentença de 24 de junho de 2010, par. 94, e Caso *Vallianatos e outros Vs. Grécia*, 29.381/09 e 32.684/09, Sentença de 07 de novembro de 2013, par. 73.

cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado (*supra*, par. 63). Da mesma forma, esta proteção se estende a todos os instrumentos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos³⁶⁷ e, em geral, a qualquer tratado internacional em matéria de direitos humanos que contenha alguma cláusula de proteção à família.³⁶⁸

195. A segunda vertente da proteção a este tipo de modalidade familiar remete ao direito interno dos Estados em virtude do artigo 24 da Convenção. Vale dizer, a “igual proteção da lei” com respeito a todo o ordenamento jurídico interno de um Estado e a sua aplicação (*supra*, par. 64).³⁶⁹

196. A este respeito, a Corte já assinalou anteriormente que os Princípios de *Yogyakarta* sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e a identidade de gênero, estabelecem no Princípio nº 13, que todas as pessoas têm direito à seguridade social e a outras medidas de proteção social, sem discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero. Portanto, os Estados deverão adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra índole que sejam necessárias a fim de assegurar o acesso, em igualdade de condições e sem discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero, à seguridade social e a outras medidas de proteção social, incluindo benefícios trabalhistas, licença por maternidade ou paternidade, benefícios por desemprego, seguro, cuidados ou benefícios de saúde (inclusive para modificações do corpo relacionadas à identidade de gênero), outros seguros sociais, benefícios familiares, benefícios funerários, pensões e benefícios relativos à perda de apoio para cônjuges ou parceiros, como resultado de doença ou morte.³⁷⁰

197. Da mesma forma, a Corte observou que existe uma lista em expansão de direitos, benefícios e responsabilidades dos quais os casais do mesmo sexo poderiam ser titulares. Estes aspectos incluem - entre outros - impostos, heranças e direitos de propriedade, regras de sucessão sem testamento, privilégio do cônjuge no direito processual probatório, autoridade para tomar decisões médicas, os direitos e benefícios dos sobreviventes, certidões de nascimento e morte, normas de ética profissional, restrições financeiras em temas eleitorais, benefícios de compensação trabalhista, seguro de saúde e custódia dos filhos.³⁷¹ Tudo isso, a juízo do Tribunal, deve ser assegurado sem discriminação alguma às famílias conformadas por casais do mesmo sexo.

198. Levando em conta o anteriormente exposto, a Corte considera que o alcance da proteção do vínculo familiar de um casal de pessoas do mesmo sexo transcende as questões relativas unicamente aos direitos patrimoniais. Como foi constatado por este Tribunal, as

367 Por exemplo, o art. XI da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas exige que os Estados estabeleçam e mantenham registros oficiais atualizados de seus detidos, que devem estar disponíveis aos membros da família. Além disso, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos conta com um amplo catálogo de dispositivos que protegem não apenas os idosos, mas também seus familiares.

368 Por exemplo, o art. 5º da Convenção sobre os Direitos da Criança declara que: “Os Estados Partes deverão respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais ou, quando apropriado, dos membros da família ampliada ou da comunidade. de acordo com os costumes locais, dos tutores ou outras pessoas legalmente responsáveis pela criança e ministrar, de acordo com a evolução de suas faculdades, direção e orientação apropriada para que a criança exerça os direitos reconhecidos na presente Convenção.”

369 Cf. Caso *Yatama Vs. Nicarágua*, par. 186 e Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 94.

370 Cf. Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 110. Também, Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Princípios de *Yogyakarta*, março de 2007, Princípio 13. O direito à Previdência e outras medidas de proteção.

371 Cf. Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 118. Além disso, ver Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, *Obergefell et al. Vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. N.º. 14-556*. Argued em 28 de abril de 2015 a 26 de junho de 2015.

implicações do reconhecimento deste vínculo familiar permeiam outros direitos, como os direitos civis e políticos, econômicos ou sociais, assim como outros internacionalmente reconhecidos. Da mesma forma, a proteção se estende àqueles direitos e obrigações estabelecidos pelas legislações nacionais de cada Estado, que surgem dos vínculos familiares de casais heterossexuais.

199. Em virtude do que foi descrito acima, em resposta à quarta pergunta realizada pelo Estado da Costa Rica, a qual se refere à proteção dos direitos patrimoniais que derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo, a Corte conclui que:

A Convenção Americana protege, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2) assim como o direito à proteção da família (artigo 17), o vínculo familiar que pode derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo. A Corte também estima que devam ser protegidos, sem discriminação alguma, com respeito aos casais entre pessoas heterossexuais, de acordo com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24), todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar protegido entre pessoas do mesmo sexo. Sem prejuízo do anterior, a obrigação internacional dos Estados transcende as questões vinculadas unicamente aos direitos patrimoniais e se projeta em todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, assim como aos direitos e obrigações reconhecidos no direito interno de cada Estado que surgem dos vínculos familiares de casais heterossexuais (*supra*, parágrafo 198).

B. Os mecanismos pelos quais o Estado poderia proteger as famílias diversas

200. A fim de responder à quinta pergunta apresentada pelo Estado da Costa Rica, o Tribunal considera pertinente examinar qual foi a prática internacional relevante para assegurar os direitos derivados do vínculo familiar entre casais do mesmo sexo. Assim, nesta seção, a Corte fará referência a algumas das medidas de ordem legislativa, judicial e administrativa que foram empreendidas para tal efeito.

201. Esta Corte constatou no caso *Duque Vs. Colômbia* que diversos Estados da região realizaram ações legislativas, administrativas e judiciais para assegurar os direitos dos casais do mesmo sexo, por meio do reconhecimento tanto da união civil ou união de fato como o matrimônio igualitário.³⁷²

202. Além disso, o Tribunal sustentou reiteradamente que o artigo 1.1 da Convenção tem duas vertentes. Por um lado, se encontra a obrigação de respeito (negativa), que implica que os Estados devem se abster de cometer atos que violem os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Convenção;³⁷³ por outro, se encontram as obrigações de garantia (positivas) dos Estados. Essas obrigações implicam o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.³⁷⁴ Essas obrigações se configuram e devem se manifestar de diferentes formas, dependendo do direito do qual se trate. É evidente, por exemplo, que para assegurar a igualdade e não discriminação *de jure* e *de facto*, não se requer

372 Cf. Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, pars. 113 a 119.

373 Cf. Caso *das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 139 e Caso *Valência Hinojosa e outro Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2016. Série C nº 327, par. 130.

374 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*, par. 189 e Caso *I.V. Vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 207.

dos mesmos atos por parte do Estado, para assegurar o exercício da liberdade de expressão. Somado a isso, se encontra a obrigação geral contida no artigo 2º que requiere aos Estados adequar seu direito para fazer efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.

203. No marco do sistema das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Humanos considerou que é dever dos Estados assegurar que a legislação não resulte discriminatória contra as formas não tradicionais de união³⁷⁵ e indicou, por exemplo, que as diferenças de tratamento na concessão de benefícios por aposentadoria a um casal do mesmo sexo constituem uma violação do direito a estar livre de discriminação.³⁷⁶ Além disso, tanto o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,³⁷⁷ quanto o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres³⁷⁸ exortaram os Estados a possibilitar o reconhecimento legal dos casais do mesmo sexo. Neste sentido, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos informou que para o ano de 2015, 34 Estados ofereciam aos casais do mesmo sexo a possibilidade de contrair matrimônio ou de estabelecerem uma união civil, com vários dos benefícios e direitos do matrimônio.³⁷⁹

204. Por outro lado, esta Corte observa que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou no caso *Karner Vs. Áustria*, que "o objetivo de proteger a família no sentido tradicional é bem mais abstrato, e uma ampla variedade de medidas concretas podem ser utilizadas para implementá-lo"³⁸⁰ Assim, o Tribunal Europeu reconheceu o direito do convivente sobrevivente de um casal do mesmo sexo, para não ser desalojado da moradia, na qualidade de sucessor na posse do imóvel, qualidade que a lei austríaca conferia à pessoa que goza do *status* de "companheiro/a permanente" ("*life companion*"). O Tribunal Europeu observou que a interpretação realizada pela Suprema Corte da Áustria da lei de arrendamento interno contradizia o estipulado no artigo 14 (proibição de discriminação) da Convenção Europeia em relação ao artigo 8º (proteção da vida familiar) do referido instrumento. O Tribunal Europeu reiterou esse raciocínio jurídico no caso *Kozak Vs. Poland*.³⁸¹

205. No mesmo sentido, a jurisprudência Europeia estabeleceu que, de acordo com os artigos 14 e 8º da Convenção Europeia, não são admissíveis distinções baseadas na orientação sexual dos casais para permitir-lhes o acesso a seguro de saúde dos cônjuges não segurados.³⁸² No caso de *Vallianatos e Outros Vs. Grécia* de 2013, a Grande Câmara encontrou que o Estado havia violado esses artigos, posto que a legislação que permitia registrar formalmente uma união civil, somente estava prevista para casais heterossexuais.³⁸³ Em uma

375 Cf. Nações Unidas. Comitê de Direitos Humanos, Observações finais do Comitê de Direitos Humanos. Irlanda, 30 de julho de 2008, CCPR/C/IRL/CO/3, par. 8.

376 Cf. Nações Unidas. Comitê de Direitos Humanos, *Young Vs. Austrália*, 18 de setembro de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000, par. 10.4 e *X Vs. Colômbia*, CCPR/C/89/D/1361/2005, par. 9.

377 Cf. Nações Unidas. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observações finais sobre os relatórios periódicos quarto e quinto, combinados, da Bulgária, 11 de dezembro de 2012, E/C.12/BGR/CO/4-5, par. 17 e exame dos informes submetidos pelos Estados Partes sob os arts. 16 e 17 do Pacto, Eslováquia, 08 de junho de 2012, E/C.12/SVK/CO/2, par. 10.

378 Cf. Nações Unidas. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, Observações finais sobre os informes periódicos segundo e terceiro combinados da Sérvia, 30 de julho de 2013, CEDAW/C/SRB/CO/2-3, par. 39.d.

379 Cf. Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 04 de maio de 2015, A/HRC/29/23, par. 67.

380 TEDH, caso *Karner Vs. Áustria*, nº 40.016/98, Sentença de 24 de julho de 2003, par. 41 ("*The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people*").

381 Cf. TEDH. *Kozak Vs. Poland*, nº 13.102/02, Sentença de 2 de março de 2010, par. 99.

382 Cf. TEDH. Caso *P.B. e J.S. Vs. Áustria*, nº 18.984/02, Sentença de 22 de julho de 2010, pars. 40 a 44.

decisão posterior do ano 2015, no caso *Oliari e Outros Vs. Itália*, o Tribunal Europeu estabeleceu novamente uma violação ao artigo 8º da Convenção, uma vez que a legislação italiana não permitia a casais do mesmo sexo aceder a nenhum tipo de união civil.³⁸⁴

206. No caso da Cidade do México, está permitida a “sociedade de convivência” dos casais do mesmo sexo, desde 2006³⁸⁵ e o matrimônio, desde 2009.³⁸⁶ A nível Federal, a Suprema Corte de Justiça da Nação declarou em 2015, que: “A lei de qualquer entidade federativa que, por um lado, considere que a finalidade d[o] [matrimônio] é a procriação ou que o defina como aquele que é celebrado entre um homem e uma mulher, é inconstitucional”. A Suprema Corte assinalou que pretender vincular os requisitos do matrimônio às preferências sexuais de quem possa ascende à instituição matrimonial ou à procriação é discriminatório, pois exclui injustificadamente o acesso a esta instituição a casais homossexuais que estão situados em condições similares aos casais heterossexuais. A distinção foi considerada discriminatória porque as preferências sexuais não constituem um aspecto relevante para fazer a distinção em relação com o fim constitucionalmente imperioso. Como a finalidade do matrimônio não é a procriação, não existe razão que justifique que a união matrimonial seja heterossexual, nem que se enuncie “entre só um homem e só uma mulher.” A Suprema Corte estimou que esta enunciação resulta discriminatória em sua mera expressão e “recordou que nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, tanto por parte de autoridades estatais quanto por particulares, podem diminuir ou restringir os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual.”³⁸⁷

207. No Uruguai, desde o ano de 2007, existe uma Lei sobre a união concubinária que se aplica aos casais do mesmo sexo que inclui como beneficiários da pensão de sobrevivência às pessoas que mantiveram com o falecido uma convivência ininterrupta em união concubinária de caráter exclusivo, singular, estável e permanente, qualquer que seja seu sexo, identidade, orientação ou opção sexual.³⁸⁸ Posteriormente, desde 2013, o Uruguai adotou o matrimônio dos casais do mesmo sexo.³⁸⁹

208. No caso da Argentina, a cidade de Buenos Aires autorizou a união civil dos casais do mesmo sexo desde o ano 2002.³⁹⁰ No âmbito nacional, o matrimônio de casais do mesmo sexo é legal desde o ano 2010.³⁹¹ A lei estabelece que “o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos, com independência de que os contraentes sejam do mesmo sexo ou de diferente sexo.”³⁹²

383 Cf. TEDH. Caso *Vallianatos e outros Vs. Grécia*, nº 29.381/09 e 32684/09, sentença de 7 de novembro de 2013, pars. 90 a 92.

384 Cf. TEDH. Caso *Oliari e Outros Vs. Itália*, nº 18.766/11 e 36.030/11, Sentença de 21 de julho de 2015, par. 185.

385 Cf. México. Cidade do México, Assembleia Legislativa do Distrito Federal, Lei sobre a sociedade de convivência do Distrito Federal, 16 de novembro de 2006.

386 Cf. México. Cidade do México, Código Civil do Distrito Federal, pars. 2 e 146 e ss.

387 México. Supremo Tribunal de Justiça da Nação, Primeira Seção, 19 de junho de 2015, 1a./J.43/2015.

388 Cf. Uruguai. Lei nº 18.246, “União Concubinária”, 27 de dezembro de 2007, art. 14. Aditar ao art. 25 da Lei nº 16.713, de 3 de setembro de 1995, o seguinte literal: As concubinas e concubinos, entendido como tal por pessoas que, até o momento da configuração causal, mantiveram com o falecido uma coexistência ininterrupta de pelo menos cinco anos em uma união *concubinária* de caráter exclusivo, singular, estável e permanente, qualquer que fosse seu sexo, identidade, orientação ou opção sexual e que não é atingida pelos impedimentos dirimentes estabelecidos nos incisos I, II, IV e V do art. 91 do Código Civil .”

389 Cf. Uruguai, Lei nº 19.075, aprovada pelo Parlamento em 10 de abril de 2013 e promulgada pelo Poder Executivo em 03 de maio de 2013.

390 Cf. Argentina. Cidade de Buenos Aires, Lei nº 1004, de 12 de dezembro de 2002.

391 Cf. Argentina. Lei nº 26.618: “Casamento Civil”, promulgada em 15 de julho de 2010, sancionada em 21 de julho de 2010.

392 Argentina. Lei nº 26.618, art. 2º, que substitui o art. 172 do Código Civil.

209. No Brasil, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal garantiu aos casais do mesmo sexo os mesmos direitos que aos casais heterossexuais.³⁹³ Da mesma forma, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça declarou que não é possível negar o matrimônio ou uniões de fato de casais do mesmo sexo com base no princípio da não discriminação.³⁹⁴

210. Da mesma forma, no Chile, a partir de abril de 2015, entrou em vigência a lei que cria o acordo de união civil que beneficia a casais do mesmo sexo, que no caso de subscrever tal acordo os casais passam a estar relacionados por um parentesco de afinidade. Essa união de convivência civil gera efeitos patrimoniais e não patrimoniais (artigos 14 a 12).³⁹⁵

211. Do mesmo modo, no Equador, a união de fato de casais do mesmo sexo foi reconhecida em 2015 por meio de uma reforma do código civil.³⁹⁶ Desde 2014, uma resolução da Direção Geral de Registro Civil, identificação e expedição de cédulas de identidade ou de cidadania permitiu a inscrição no registro civil de uma união de fato.³⁹⁷

212. No caso da Colômbia, a Corte Constitucional assinalou na Sentença C-577-11, que “os casais do mesmo sexo poderão comparecer perante um tabelião ou juiz competente para formalizar e solenizar seu vínculo contratual.”³⁹⁸ Em 7 de abril de 2016, a Corte Constitucional reconheceu o matrimônio entre casais do mesmo sexo. Nesta ocasião, a Corte indicou que não havia motivo constitucionalmente aceitável que justificasse negar ao companheiro/a do mesmo sexo que sobrevive ao falecido o direito de cobrar a herança da pessoa com quem formou uma família, menos ainda se, com o propósito protetor que inspira a regulação superior da família, este direito já foi reconhecido ao companheiro ou companheira permanente que sobrevive tratando-se da união de fato formada por heterossexuais, também reconhecida como família e, por esse aspecto, equiparável à união de fato entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, a Corte enfatizou que a família formada por pessoas do mesmo sexo é, como as demais, “a instituição básica e núcleo fundamental da sociedade”, de modo que “merece a proteção da sociedade e do Estado.”³⁹⁹

213. No Canadá, desde 20 de julho de 2005, se legalizou o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo a nível federal.⁴⁰⁰ No entanto, esta disposição já havia sido adotada em vários Estados Canadenses com anterioridade a esta data.⁴⁰¹ Por outro lado, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos reconheceu que o direito de casar-se assistia também aos casais do mesmo sexo.⁴⁰²

393 Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, de 05 de maio de 2011.

394 Cf. Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.

395 Cf. Chile. Lei nº 20.830: Sobre o acordo da União Civil e conviventes civis, promulgada em 13 de abril de 2015 e publicada em 21 de abril de 2015.

396 Cf. Lei Reformatória do Código Civil, 19 de junho de 2015.

397 Cf. Equador. Direção do Registro Civil. Resolução nº 0174.

398 Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-577-1.

399 Corte Constitucional da Colômbia, Sentenças C238-12 e SU-214/16.

400 Cf. Canadá. *Canadá Civil Marriage Act (full title: "An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes")*, 20 de julho de 2005.

401 Cf. Ontário. Tribunal de Apelações. *Halpern Vs. Canadá*, 10 de junho de 2003; Colúmbia Britânica. Tribunal de Apelações. *Barbeau Vs. British Columbia*, 8 de julho de 2003; Quebec. Tribunal de Apelações. *Catholic Civil Rights League Vs. Hendricks*, 19 de março de 2004; Yukon. Supremo Tribunal do Território de Yukon. *Dunbar & Edge Vs. Yukon*, 14 de julho de 2004; Manitoba. Tribunal do Banco da Rainha. *Vogel et al. Vs. Attorney General of Canada*, 16 de setembro de 2004; Supremo Tribunal da Nova Scotia. *Boutilier Vs. Nova Scotia*, 24 de setembro de 2004; Saskatchewan Tribunal do Banco da Rainha (Divisão do Direito de Família). *N.W. Vs. Canadá*, 5 de novembro de 2004; Newfoundland and Labrador. Supremo Tribunal. *Pottle et al. Vs. Attorney General of Canada et al*, 21 de dezembro de 2004; New Brunswick. Tribunal do Banco da Rainha. *Harrison Vs. Canadá*, 23 de junho de 2005.

402 Cf. Estados Unidos da América. Supremo Tribunal de Justiça, *Caso de Obergefell et al. Vs Hodges*, Diretor, Ohio Department of Health, et al, nº 14-556. *Argued April 28, 2015 - 26 de junho de 2015.*

214. Existem também, outros mecanismos de proteção dos direitos que derivam do vínculo familiar entre casais do mesmo sexo, que não criam figuras jurídicas em particular, mas que se referem a direitos ou instituições jurídicas que operam em campos específicos. Assim, por exemplo, a Corte observa que alguns Estados empreenderam ações que buscam proteger o direito à saúde, à seguridade social em pensões, a extensão de obrigação de alimentos entre os membros do casal e aos direitos hereditários, entre outros. Tal é o caso da Costa Rica, que por meio de atos administrativos deu acesso a benefícios do seguro social a casais do mesmo sexo.⁴⁰³ Da mesma forma, deu acesso ao regime de "Invalidez, Velhice e Morte da Caixa Costarricense de Seguro Social (CCSS na sigla em espanhol)", que permite que tenham acesso a benefícios de pensão por falecimento de uma das pessoas que integram o casal.⁴⁰⁴

215. A Colômbia, por meio de sucessivas sentenças da Corte Constitucional, ampliou o reconhecimento de uma série de direitos derivados de vínculos familiares a casais do mesmo sexo, com base no reconhecimento ao direito à identidade, à dignidade humana e à não-discriminação.⁴⁰⁵ Assim, em matéria de saúde, se ampliou a cobertura familiar do Plano Obrigatório de Saúde a casais do mesmo sexo,⁴⁰⁶ se reconheceu o direito à pensão por morte para casais do mesmo sexo⁴⁰⁷ e, se reconheceram, por sua vez, os direitos sucessórios das pessoas que vivem em união marital de fato.⁴⁰⁸

216. Na Argentina, desde o ano de 2008, o Tribunal de Justiça da Nação havia reconhecido o direito à pensão aos conviventes do mesmo sexo.⁴⁰⁹ Em 2011, a Corte Suprema de Justiça da Nação reconheceu o direito ao pagamento retroativo da pensão por morte a casais do mesmo sexo após a morte do seu parceiro⁴¹⁰. No Brasil, por sua vez, em 10 de dezembro de 2010, se reconheceu por um Decreto Executivo o direito dos casais do mesmo sexo a receber pensão por morte de um dos cônjuges.⁴¹¹

217. Em conformidade com o anterior, a Corte observa que existem medidas administrativas, judiciais e legislativas de diversas índoles que podem ser adotadas pelos Estados para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo. Como já mencionado, os artigos 11.2 e 17 da Convenção não protegem um modelo em particular de família, e nenhuma destas disposições pode ser interpretada de maneira tal que se exclua um grupo de pessoas dos direitos ali reconhecidos.

218. Com efeito, se um Estado decide que, para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo, não é necessária a criação de novas entidades jurídicas e, portanto, opta por estender as instituições existentes a casais do mesmo sexo – incluindo o matrimônio –, de acordo com o princípio *pro persona* contido no artigo 29 da Convenção, tal reconhecimento implicaria que estas figuras estendidas estariam também protegidas pelos artigos 11.2 e 17 da Convenção. O

403 Cf. Costa Rica. Caixa Costa-riquenha de Seguro Social (CCSS), Conselho Diretor, Acordo nº 47.069 de 22 de maio de 2014. Ver também, Decreto Executivo nº 38.999, de 15 de maio de 2015.

404 Cf. Costa Rica. Caixa Costarricense de Seguro Social (CCSS na sigla em espanhol), Conselho Diretor, Acordo nº 59.994, de 30 de junho de 2016.

405 Cf. Corte Constitucional, Sentença C-075 de 2007.

406 Cf. Corte Constitucional, Sentença C-811 de 2007.

407 Cf. Corte Constitucional, Sentença C-336 de 2008.

408 Cf. Corte Constitucional, Sentença C-283 de 2011.

409 Cf. Argentina. Administração Nacional de Seguridade Social (ANSeS), Resolução nº 671/2008, da ANSeS sobre pensão para viúvos/as de casais do mesmo sexo, 19 de agosto de 2008.

410 Cf. Argentina. Corte Suprema de Justiça da Nação, "P. A. c/ANSeS s/pensões", 28 de junho de 2011.

411 Cf. Brasil. Superintendência Nacional de Previdência Complementar, Portaria nº 941, de 9 de dezembro de 2010.

Tribunal considera que este seria o meio mais simples e eficaz para assegurar os direitos derivados do vínculo entre casais do mesmo sexo.

219. Por outro lado, a Corte reitera sua jurisprudência constante de que a suposta falta de consenso no interior de alguns países em relação ao pleno respeito pelos direitos das minorias sexuais não pode ser considerada como um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias sofreram (*supra*, par. 83).⁴¹²

220. Estabelecer um tratamento diferente entre os casais heterossexuais e aqueles do mesmo sexo na forma em que possam fundar uma família - seja por uma união marital de fato ou um matrimônio civil - não logra superar um *teste estrito* de igualdade (*supra*, par. 81), pois a juízo do Tribunal, não existe finalidade que seja convencionalmente aceitável para que essa distinção seja considerada necessária ou proporcional.

221. A Corte adverte que, para negar o direito de ascender à instituição do matrimônio, tipicamente se esgrime como argumento, que sua finalidade é a procriação e que tais uniões não cumpririam com tal fim. Neste sentido, a Corte estima que esta afirmação é incompatível com o propósito do artigo 17 da Convenção, a saber, a proteção da família como realidade social.⁴¹³ Da mesma forma, a Corte considera que a procriação não é uma característica que define as relações conjugais, posto que afirmar o contrário seria degradante para os casais - casados ou não - que, por qualquer motivo, carecem de capacidade *generandi* ou de interesse em procriar.

222. Por outro lado, o significado da palavra "matrimônio", assim como "família", tem variado conforme o passar dos tempos (*supra*, par. 177). Embora a etimologia seja sempre ilustrativa, ninguém pretende uma imposição semântica da etimologia, pois do contrário se deveria igualmente excluir da linguagem outra numerosa quantidade de vocábulos cuja semântica se separa de sua etimologia.

223. Somado ao anterior, a evolução do matrimônio da conta que sua atual configuração responde à existência de complexas interações entre aspectos de caráter cultural, religioso, sociológico, econômico, ideológico e linguístico.⁴¹⁴ Neste sentido, a Corte observa que, às vezes, a oposição ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo está embasada em convicções religiosas ou filosóficas. O Tribunal reconhece o importante papel que desempenham estas convicções na vida e na dignidade das pessoas que a professam; no entanto, estas não podem ser utilizadas como parâmetro de convencionalidade, posto que a Corte estaria impedida de utilizá-los como um guia interpretativo para determinar os direitos dos seres humanos. Em tal sentido, o Tribunal considera que tais convicções não podem condicionar o que a Convenção estabelece em relação à discriminação baseada na orientação sexual. É assim que, como em sociedades democráticas deve existir coexistência mutuamente pacífica entre o secular e o religioso; portanto, o papel dos Estados e desta Corte é reconhecer a esfera na qual cada um destes habita, e em nenhum caso forçar um na esfera do outro.⁴¹⁵

412 Cf. Caso *Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 92, Caso *Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, par. 123 e Caso *Flor de Freire Vs. Equador*, par. 12

413 Ver a este respeito, Suprema Corte de Justiça do México, Primeira Sessão, 19 de junho de 2015, 1a./J.43/2015.

414 Ver a este respeito, Supremo Tribunal da Colômbia, Sentença SU-214/16.

415 Ver a este respeito, Corte Constitucional da África do Sul. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC), Sentença de 1º de dezembro de 2005.

224. Criar uma instituição que produza os mesmos efeitos e habilite os mesmos direitos que o matrimônio, mas que não leve esse nome, à consideração do Tribunal, não tem nenhum sentido, exceto apontar socialmente para casais do mesmo sexo com uma denominação que indique uma diferença estigmatizante, ou pelo menos, como um sinal de subestimação. Assim, existiria o matrimônio para quem, de acordo com o estereótipo da heteronormatividade, fossem considerados “normais”, enquanto outra instituição de idêntico efeito, mas com outro nome, se indicaria para aqueles que fossem considerados “anormais”, segundo o mencionado estereótipo. Com estas considerações, para a Corte, não é admissível a existência de duas classes de uniões solenes para consolidar juridicamente a comunidade de convivência heterossexual e homossexual, já que se configuraria uma distinção com base na orientação sexual das pessoas, o que seria discriminatório, e, portanto, incompatível com a Convenção Americana.

225. Por outro lado, como já foi apontado, o Tribunal entende que do princípio da dignidade humana deriva a plena autonomia do indivíduo para escolher com quem quer manter um vínculo permanente e marital, seja natural (união de fato), ou solene (matrimônio). Esta escolha, livre e autônoma, forma parte da dignidade de cada pessoa e é intrínseca aos aspectos mais íntimos e relevantes de sua identidade e projeto de vida (artigos 7.1 e 11.2). Além disso, a Corte considera que, desde que exista uma vontade de se relacionar de maneira permanente e formar uma família, existe um vínculo que merece igualdade de direitos e proteção independentemente da orientação sexual de seus contraentes (artigos 11.2 e 17).⁴¹⁶ Ao afirmar isso, o Tribunal não está diminuindo o valor da instituição do matrimônio, mas, pelo contrário, o considera necessário reconhecer igual dignidade a pessoas que pertencem a um grupo humano que foi historicamente oprimido e discriminado (*supra*, par. 33).

226. Não obstante o exposto, esta Corte não pode ignorar que é possível que alguns Estados devem superar dificuldades institucionais para adequar sua legislação interna e estender o direito de acesso à instituição matrimonial às pessoas do mesmo sexo, em especial quando mediam formas rígidas de reforma legislativa, suscetíveis de impor um trâmite não isento de dificuldades políticas e passos que requerem certo tempo. Dado que estas reformas são o resultado de uma evolução jurídica, judicial ou legislativa que abarca outras zonas geográficas do continente e se recolhe como uma interpretação progressiva da Convenção, se insta a estes Estados a que impulem realmente e de boa-fé as reformas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para adequar seus ordenamentos, interpretações e práticas internas.

227. Em qualquer caso, os Estados que ainda não garantem às pessoas do mesmo sexo seu direito de acesso ao matrimônio, estão igualmente obrigados a não violar as normas que proíbem a discriminação dessas pessoas, devendo, portanto, garantir-lhes os mesmos direitos derivados do matrimônio, no entendimento de que sempre se trata de uma situação transitória.

228. Tendo em vista o exposto, em resposta à quinta pergunta do Estado da Costa Rica, sobre se é necessária a existência de uma figura jurídica que regule os vínculos entre pessoas do mesmo sexo, para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que derivam desta relação, a resposta da Corte é que:

Os Estados devem garantir o acesso a todas as figuras já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo, sem discriminação com respeito às que estão constituídas por casais heterossexuais. Para isso, poderia ser necessário que os Estados

416 Ver a este respeito, Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia SU-214/16.

modifiquem as figuras existentes por meio de medidas legislativas, judiciais ou administrativas, para ampliá-las aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo. Os Estados que tiverem dificuldades institucionais para adequar as figuras existentes, transitoriamente, e enquanto promovem estas reformas de boa-fé, têm da mesma maneira o dever de garantir aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, igualdade e paridade de direitos em relação àquelas de sexos diferentes, sem discriminação alguma.

IX. PARECER

229. Pelas razões expostas, na interpretação dos artigos 1.1, 2º, 11, 17, 18 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

A CORTE,

DECIDE,

por unanimidade, que:

1. É competente para emitir o presente Parecer Consultivo, nos termos estabelecidos nos parágrafos 13 a 29.

EXPRESSA O PARECER

por unanimidade, que:

2. A mudança de nome e, em geral, a adequação dos registros públicos e dos documentos de identidade para que estes sejam conforme a identidade de gênero autopercebida constitui um direito protegido pelos artigos 3º, 7.1, 11.2 e 18 da Convenção Americana, em relação com o 1.1 e 24 do mesmo instrumento, pelo que os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins, nos termos estabelecidos nos pars. 85 a 116.

por unanimidade, que:

3. Os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação do gênero ou, se este for o caso, às menções do sexo, em mudar seu nome, adequar sua imagem nos registros e/ou nos documentos de identidade, em conformidade com a sua identidade de gênero autopercebida, possam recorrer a um procedimento ou um trâmite: a) enfocado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) baseado unicamente no consentimento livre e informado do requerente, sem exigir requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outras que possam ser irrazoáveis ou patológicas; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e nos documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser gratuito, e e) não deve exigir a acreditação de operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a estes elementos é o procedimento ou trâmite materialmente administrativo ou cartorial. Os Estados podem fornecer, ao mesmo tempo, um canal administrativo que permita a eleição da pessoa, nos termos estabelecidos nos pars. 117 a 161.

por unanimidade, que:

4. O artigo 54 do Código Civil da Costa Rica, em sua redação atual, somente é compatível com as disposições da Convenção Americana se for interpretado, seja em sede judicial ou regulamentado administrativamente, no sentido de que o procedimento que esta norma estabelece possa garantir que as pessoas que desejam mudar seus dados de identidade para que sejam conformes à sua identidade de gênero autopercebida, seja um trâmite materialmente administrativo que cumpra com os seguintes aspectos: a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e documentos de identidade não devem refletir as mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) devem ser rápidos e, na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir a acreditação de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos hormonais. Consequentemente, em virtude do controle de convencionalidade, o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado em conformidade com os parâmetros previamente estabelecidos para que as pessoas que desejem adequar integralmente os registros e/ou documentos de identidade à sua identidade de gênero autopercebida possam gozar efetivamente deste direito humano reconhecido nos artigos 3º, 7º, 11.2, 13 e 18 da Convenção Americana, nos termos estabelecidos nos pars. 162 a 171.

por unanimidade, que:

5. O Estado da Costa Rica, com o propósito de garantir de forma mais efetiva a proteção dos direitos humanos, poderá expedir um regramento mediante o qual incorpore os padrões antes mencionados ao procedimento de natureza materialmente administrativa, que possa providenciar em paralelo, em conformidade com o assinalado nos parágrafos anteriores do presente parecer, nos termos estabelecidos nos pars. 162 a 171.

por unanimidade, que:

6. A Convenção Americana, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2), assim como o direito à proteção da família (artigo 17), protege o vínculo familiar que possa derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo, nos termos estabelecidos nos pars. 173 a 199.

por unanimidade, que:

7. O Estado deve reconhecer e garantir todos os direitos que se derivam de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo, em conformidade com as disposições dos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana e nos termos estabelecidos nos pars. 200 a 218.

por seis votos a favor e um contra, que:

8. De acordo com os artigos 1.1, 2º, 11.2, 17 e 24 da Convenção, é necessário que os Estados garantam o acesso a todas as figuras já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, incluindo o direito ao matrimônio, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo, sem discriminação com respeito às que estão constituídas por casais heterossexuais, nos termos estabelecidos nos pars. 200 a 228.

O Juiz Humberto Antonio Sierra Porto fez conhecer à Corte seu voto individual concorrente e o Juiz Eduardo Vio Grossi, seu voto individual parcialmente divergente, os quais acompanham este Parecer Consultivo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. Solicitado pela República da Costa Rica.

Roberto F. Caldas
Presidente

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Elizabeth Odio Benito

Eugenio Raúl Zaffaroni

L. Patricio Pazmiño Freire

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Roberto F. Caldas
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO INDIVIDUAL DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,
PARECER CONSULTIVO OC-24/17
DE 24 DE NOVEMBRO DE 2017,
SOLICITADO PELA REPÚBLICA DA COSTA RICA
IDENTIDADE DE GÊNERO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO A CASAIS DO MESMO
SEXO.**

**OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM RELAÇÃO À MUDANÇA DE NOME, À IDENTIDADE DE GÊNERO E AOS
DIREITOS DERIVADOS DE UM VÍNCULO ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO (INTERPRETAÇÃO E
ALCANCE DOS ARTIGOS 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1º DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS)**

INTRODUÇÃO.

1. Este voto individual é emitido⁴¹⁷ para o Parecer Consultivo indicado no título,⁴¹⁸ a fim de expressar tanto as razões pelas quais se concorda com 7 de suas Decisões, nos termos indicados a seguir, quanto as razões pelas quais se discorda do exposto na 8ª Decisão.⁴¹⁹ As mesmas procuram facilitar o entendimento tanto das respostas que são fornecidas às “perguntas específicas”⁴²⁰ levantadas pela Costa Rica⁴²¹ em sua solicitação nos autos, quanto da dissidência que surge em relação à citada 8ª Decisão. Além disso, se aproveita esta oportunidade para indicar os motivos pelos quais se coincide na alusão que na OC 24 se faz ao controle de convencionalidade.

417 Art. 66.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juizes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual..”

418 Doravante, a OC 24. Também, a seguir, cada vez que um par. for indicado nas notas de rodapé, a abreviatura “Par.” poderá ser usada, e será entendido que corresponde à OC 24.

419 “De acordo com os arts. 1.1, 2º, 11.2, 17 e 24 da Convenção, é necessário que os Estados garantam o acesso a todos os sistemas legais internos existentes, incluindo o direito ao casamento, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo, sem discriminação com relação àquelas constituídos por casais heterossexuais, nos termos estabelecidos nos pars. 200 a 228 desta Parecer Consultivo.”

420 Art. 72.1.b, do mesmo Regulamento: “A solicitação de parecer consultivo formulada conforme o art. 64.2 da Convenção deverá indicar: ...b. as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter a opinião da Corte;

421 Doravante denominado, o Estado.

2. Obviamente, antes de proceder ao voto, é essencial reiterar o que já foi expressado em outras oportunidades, ressaltando-se que esta opinião foi formulada, por um lado, com pleno e absoluto respeito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴²² e seus membros e, pelo outro, como demonstração evidente do diálogo e da diversidade de opiniões existentes no seu interior. Tudo isso, conseqüentemente, tendo em vista uma melhor compreensão de sua função e do desenvolvimento de sua jurisprudência e dos direitos humanos.⁴²³

I. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS.

A. OBSERVAÇÕES GERAIS.

3. Como primeira observação preliminar, deve-se reiterar que a Corte foi convencionalmente estabelecida como uma instância autônoma, o que exige que seja estrita no exercício de sua competência. Neste sentido, ela deve proceder de acordo, entre outras considerações, com o princípio do direito público de que unicamente pode fazer o que a norma lhe permite.

4. Parece também necessário recordar que a Corte exerce suas competências, contenciosas,⁴²⁴ consultivas ou não contenciosas,⁴²⁵ em conformidade com o Direito Internacional Público e, em particular, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, expresso na Convenção. Não o faz, pois, de acordo com o Direito Nacional dos Estados Americanos. No exercício das referidas competências, acima mencionadas, este último é considerado como um mero fato do qual se podem desprender conseqüências jurídicas para o respectivo Estado, seja como um ato que forma ou dá conta de um costume internacional ou de um princípio geral de direito, vale dizer, de uma das diversas fontes autônomas do Direito Internacional que, junto com os tratados,⁴²⁶ o cria.

5. Assim, cabe destacar que os assuntos a respeito dos quais a Corte exerce suas competências, também podem incluir aspectos que integram a jurisdição interna, doméstica ou

422 Doravante denominada, a Corte

423Voto parcialmente dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

424 Art. 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "A Corte tem competência para conhecer de 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."

425 Art. 64: "1. Os Estados Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais."

426 Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: "A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

exclusiva do Estado, também conhecida como domínio reservado e, em outras latitudes, como margem de apreciação dos Estados. A jurisdição se encontra contemplada na Carta das Nações Unidas,⁴²⁷ na Carta da Organização dos Estados Americanos⁴²⁸ e, embora de maneira mais indireta, também na Convenção.⁴²⁹

6. A jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado implica, por uma parte, que o Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não abarca todas as atividades dos sujeitos de direito internacional e, particularmente, dos Estados,⁴³⁰ e, por outra parte, nas que não regula, ou os aspectos que não incluem ações ou omissões do Estado, o respectivo Estado goza de competência e autonomia para fazê-lo.⁴³¹ Segue-se que, no referido exercício, a Corte deve considerar esta instituição jurídica como ainda real na estrutura jurídica internacional, embora não com a mesma amplitude e intensidade que no passado.

7. Da mesma forma, é necessário reiterar que a Corte não tem o direito, no exercício de suas competências, de modificar a Convenção, razão pela qual sua jurisdição consultiva ou não-contenciosa não deve transformar-se no exercício de função normativa que, em geral, está expressamente conferida aos Estados⁴³² e, no caso da Convenção, aos seus Estados Partes.⁴³³

427 Art. 2.7: "Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII."

428 Art. 1º. Inciso 2: "A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades além daquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros."

429 Preâmbulo, 2º par.: "Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos."

430 "A questão de saber se um determinado assunto corresponde ou não à jurisdição exclusiva do Estado é uma questão essencialmente relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais. No atual estado de desenvolvimento do direito internacional, a Corte é da opinião que assuntos relativos à nacionalidade pertencem, em princípio, a esse domínio reservado." Corte Permanente de Justiça Internacional, Parecer Consultivo sobre certos decretos de nacionalidade emitidos na zona francesa da Tunísia e Marrocos, Série B nº 4 Pág. 24.

431 *Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, art.1º: "A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention."

432 Art. 39 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "Regra geral relativa à revisão dos tratados Um tratado pode ser revisto por acordo entre as Partes. Aplicam-se a tal acordo as normas enunciadas na parte II, salvo disposição do tratado em contrário.

Art. 40 da mesma Convenção: "Revisão dos tratados multilaterais 1 - Salvo disposição do tratado em contrário, a revisão dos tratados multilaterais rege-se pelos números seguintes.

2 - Toda a proposta de revisão de um tratado multilateral quanto às relações entre todas as Partes deve ser notificada a todos os Estados Contratantes e cada um deles tem o direito de participar:

a) Na decisão sobre o seguimento a dar à proposta;
b) Na negociação e na conclusão de qualquer acordo que tenha por objeto rever o tratado.

3 - Todo o Estado que possa vir a ser Parte no tratado pode igualmente vir a ser Parte no tratado revisto.

4 - O acordo que revê o tratado não vincula os Estados que são já Partes no tratado e que não se tornem Partes nesse acordo; relativamente a esses Estados é aplicável a alínea b) do nº 4 do art. 30.

5 - Todo o Estado que se torne Parte num tratado, após a entrada em vigor do acordo que o revê, se não tiver manifestado intenção diferente, é considerado como:

a) Parte no tratado revisto;
b) Parte no tratado não revisto, relativamente às Partes no tratado que não estejam vinculadas pelo acordo que o revê.

433 Art. 31: "Reconhecimento de outros Direitos: Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos arts. 76 e 77.

8. Para tanto, convém chamar a atenção para o fato de que, se a Corte assumisse, tácita ou expressamente, a função normativa interamericana sob a proteção do exercício de sua função de interpretar a Convenção, poderia afetar seriamente o direito dos Estados de formular uma reserva da norma convencional interpretada.

9. Da mesma forma, é preciso ter em conta que a função de interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance de uma disposição que admite duas ou mais possibilidades de aplicação e, portanto, indicando a que é apropriada. A esta situação, precisamente, que as regras de interpretação estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados se dirigem, ou seja, determinar a vontade dos Estados Partes, empregando de maneira harmônica e simultânea o princípio da boa-fé, sua finalidade, seu contexto, objeto e propósito perseguidos. Nenhum destes critérios ou métodos de interpretação pode ser omitido ou privilegiado. O resultado dessa operação não consiste, portanto, em expressar o que se deseja que a regra disponha, mas o que efetiva e objetivamente estabelece.

10. Da mesma forma, este documento se baseia na convicção, por um lado, de que o que corresponde à Corte no exercício de sua competência consultiva ou não contenciosa é unicamente⁴³⁴ "interpretar" a Convenção ou outros tratados sobre direitos humanos, seja para determinar a "compatibilidade" de uma lei interna com tais instrumentos⁴³⁵ e, por outro, que, em consequência e por essência, o Parecer Consultivo não é vinculante para os Estados Partes da Convenção ou para os demais membros da Organização dos Estados Americanos,⁴³⁶ por isso, não é procedente que ordene a adoção de alguma conduta.

11. Assim, nos autos trata-se, portanto, do exercício de uma competência distinta da contenciosa, na qual a Corte é responsável por "aplicar e interpretar"⁴³⁷ a Convenção, resolvendo uma controvérsia, sendo a decisão obrigatória para os Estados Partes da Convenção da causa em questão.⁴³⁸ Pelo contrário, com o Parecer Consultivo, não se decide "que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção" nem, portanto, se dispõe "que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade que foi violado" nem que, "fosse procedente, que se reparem as consequências da medida ou situação que configurou a violação destes direitos e o pagamento de uma indenização justa à parte lesada."⁴³⁹

Art. 76: "1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda à esta Convenção.

2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Art. 77: "1. De acordo com a faculdade estabelecida no art. 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembleia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades.

2. Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo."

434 Á Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada, a Comissão, corresponde, segundo o art. 41: "a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos."

435 Nota nº 9. A seguir, cada vez que "Nota" é indicado, deve ser entendido que se refere à nota de rodapé correspondente.

436 Doravante denominada OEA.

437 Nota nº 8.

438 Art. 68: "1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.."

2. 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.

439 Art. 63.1.: "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 liberdades violadas. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação

12. No Parecer Consultivo, pelo contrário, se responde a uma pergunta “sobre a interpretação da Convenção ou outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos” ou se dá um parecer “sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas” e os assinalados instrumentos internacionais. A competência não contenciosa ou consultiva da Corte não consiste, então, em ordenar ou dispor, mas em convencer. Sua condição não vinculante é a principal diferença com a competência contenciosa e é o que fundamentalmente a caracteriza.

13. Definitivamente, os Pareceres Consultivos são concebidos na Convenção como pronunciamentos que permitem advertir os Estados do risco que assumem, chegado o caso, de que sejam reclamados e se declare sua responsabilidade se seu proceder não estiver ajustado à Convenção.⁴⁴⁰

desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”

440 Voto individual do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Trabajadores Destituídos de Petroperu e Outros Vs. Peru*. Sentença de 23 de novembro de 2017, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

É precisamente o que se afirma na OC 24, reiterando o sustentado em outras ocasiões⁴⁴¹, em termos do controle de convencionalidade realizado através de um Parecer Consultivo, isto é, que:

“a partir da norma convencional interpretada através da emissão de um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados membros da OEA, incluindo os que não são Parte da Convenção, mas que se obrigaram a respeitar os direitos humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.I) e da Carta Democrática Interamericana (artigos 3º, 7º, 8º e 9º), contam com uma fonte que, de acordo com sua própria natureza, também contribui, e especialmente de maneira preventiva, para alcançar o eficaz respeito e garantia dos direitos humanos e, em particular, constitui uma guia a ser utilizada para resolver questões relacionadas ao respeito e garantia dos direitos humanos no marco de proteção a pessoas LGBTI e, assim, evitar possíveis violações de direitos humanos.”⁴⁴²

14. Nessa ordem de ideias, afirma-se implicitamente que tal controle repousa, mais que em resoluções ou decisões vinculantes ou obrigatórias da Corte, na sabedoria, imparcialidade e justiça que devem emanar de seus pronunciamentos.

15. Isso importa, em consequência, que os pareceres consultivos que versam sobre a interpretação da Convenção ou outros tratados, não devem, por natureza, referir-se a um caso particular, mas a situações que dizem respeito à maioria ou a todos os Estados membros da OEA, razão pela qual, por sua própria natureza, são formuladas em termos gerais e ainda abstratos.

16. A partir daí infere-se que um Parecer Consultivo pode ser aprovado, mesmo que não o seja em todos os exatos e precisos termos que ele empregue, ou por todos os fundamentos que expresse sobre cada assunto que aborde.

B. OBSERVAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A OC 24.

17. No que se refere especificamente à OC 24, seria necessário indicar, prontamente, que o objeto da consulta era “o reconhecimento da mudança de nome a partir da identidade de gênero” e “dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo”. Com efeito, isso deriva tanto das “perguntas específicas”⁴⁴³ formuladas de acordo com o

441Par. 31 OC-21.

442 Voto parcialmente dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Trabajadores Demitidos de la Petroperu, del Ministerio de Educación, del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Empresa Nacional de Puertos Vs. Perú*. Sentença de 23 de novembro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

443 “1. Levando em conta que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos arts. 1 e 24 da CADH, além daquelas estabelecidas nos pars. 11.2 e 18 da Convenção, esta proteção e a CADH contemplam que o Estado deva reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um?”;

2. Se a resposta à pergunta acima for afirmativa, poderia ser considerado contrário à CADH que a pessoa interessada em mudar o seu primeiro nome só possa acudir a um processo judicial sem que exista um procedimento para isso em via administrativa?”;

3. Pode-se entender que o art. 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado, de acordo com a CADH, no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome com base em sua identidade de gênero não são obrigadas a submeter-se ao processo jurisdicional ali contemplado, mas que o Estado deve proporcionar-lhes um procedimento administrativo gratuito, rápido e acessível para o exercício desse direito humano?”

4. Levando em conta que a não discriminação por orientação sexual é uma categoria protegida pelos arts. 1º e 24 da CADH, além do estabelecido no par. 11.2 da Convenção, contempla essa proteção e a CADH que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?”

estabelecido no artigo 70.1 do Regulamento⁴⁴⁴ *supra*, bem como a finalidade do pronunciamento que se requiere da Corte.⁴⁴⁵

18. Em segundo lugar, deve também notar-se que, tanto no pedido de parecer como na OC 24, se alude ao direito à não discriminação ou à obrigação convencional de não discriminação. No primeiro, no que se refere à identidade de gênero das pessoas e no segundo, em relação às pessoas LGBTI. E isso é feito invocando as disposições do artigo 1.1 da Convenção.⁴⁴⁶

19. Infere-se da norma acima mencionada, que a obrigação que estabelece diz respeito a todos os "direitos e liberdades reconhecidos na" Convenção. Segue-se também que a obrigação acima mencionada é com relação a "toda pessoa (que) esteja sujeita à" jurisdição do Estado em questão, isto é, de acordo com o artigo 1.2, é em relação a "todo ser humano" que esteja sob o controle efetivo do Estado, por qualquer motivo. Também resulta da disposição transcrita que a obrigação assinalada não pode ser restringida, qualquer que seja a "condição social", categoria ou situação especial em que uma pessoa possa estar.⁴⁴⁷

20. Em última análise, portanto, as disposições do artigo 1.1 da Convenção aplicam-se a todas as pessoas, entre as quais, sem dúvida, indiscutivelmente, se devem entender compreendidas as pessoas LGBTI.

21. Pois bem, para uma cabal compreensão do que está contemplado no artigo acima mencionado, parece necessário especificar, tanto quanto possível, o conceito de discriminação.

22. A Corte endossou⁴⁴⁸ o conceito de discriminação fornecido pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. De acordo com tal conceito, uma distinção, exclusão, restrição, preferência ou diferença de tratamento que se estabeleça será discriminação, desde que tenha "como objeto ou como consequência a anulação ou impedimento do reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas". Portanto, se não tiver este objeto ou resultado, não constituiria discriminação e, portanto, seria permitida.

23. Por outro lado, vale ressaltar que o conceito de discriminação acima mencionado corresponde ao que no Dicionário da Real Academia Espanhola é entendido por ele, ou seja, "selecionar excluindo" e "dar tratamento desigual a uma pessoa ou coletividade por motivos raciais, religiosos, políticos, sexuais etc."⁴⁴⁹ É, em última análise, portanto, a desigualdade de tratamento pelas razões indicadas que caracterizam a discriminação.

444 "Os pedidos de Parecer Consultivo previstos no art. 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as questões específicas sobre as quais se solicita a opinião/o parecer da Corte." Nota *supra* nº 3.

445 Par. 1º: "... (o) Estado apresentou o pedido de parecer consultivo para que o Tribunal se pronuncie sobre:

a. [A] proteção oferecida pelos arts. 11.2, 18 e 24 em relação ao art. 1 da CADH para o reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um."

b. [A] compatibilidade da prática que consiste em aplicar o Art. 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejem optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção.

c. [A] proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24 em relação ao artigo 1º da CADH para o reconhecimento de direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo."

446 "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."

447 Dicionário da Língua Espanhola, *Real Academia Española*, 23º. Edição online. "2.f. Condição social de algumas pessoas em relação a outras pessoas."

448 "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em certos motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição social, e cuja finalidade ou resultado é anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.." Par. 62.

449 23º Edição online.

24. A partir daí, portanto, esta discriminação só é concebida se pessoas que estão na mesma ou igual condição ou situação jurídica são tratadas diferentemente, afetando assim o exercício ou gozo de seus direitos humanos. Nesta ordem de ideias, se poderia dizer, por exemplo, que se fosse dado a crianças ou mulheres um tratamento diferente do que se dá a outras crianças⁴⁵⁰ ou mulheres,⁴⁵¹ afetando o reconhecimento ou o gozo de seus direitos humanos, haveria discriminação.

25. O exposto implica, conseqüentemente, que pode haver diferenças na situação das pessoas, o que teria repercussões em relação aos direitos humanos. Para este efeito, a Corte afirmou:

“que nem todo tratamento jurídico diferenciado é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si só, da dignidade humana”,⁴⁵² assim “não se pode afirmar que haja discriminação em qualquer diferença de tratamento do Estado frente ao indivíduo, desde que esta distinção se baseie em fatos substancialmente diferentes e que expressem de maneira proporcionada uma conexão bem fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma, os quais não podem ser separados da justiça ou da razão, ou seja, não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que, de algum modo, repugnem a essencial unidade e dignidade da natureza humana.”⁴⁵³

26. Pois bem, a questão levantada nos autos está relacionada com a permissão dada pela Convenção para que se faça uma diferença ou distinção de trato ou de tratamento do Estado com relação a pessoas quanto à “mudança de nome ..., de acordo com a identidade de gênero de cada uma” ou “com base em sua identidade de gênero” e o reconhecimento de “todos os direitos patrimoniais que derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo”.

27. A este respeito, parece útil ressaltar que a consulta em questão, não exige um pronunciamento sobre o conceito e o alcance da identidade de gênero como categoria protegida pela Convenção, ou seja, não se requer uma interpretação quanto à identidade de gênero de acordo com as disposições convencionais. Ao contrário, o Estado afirma que “a identidade de gênero já foi reconhecida pela Corte como categoria de discriminação protegida pela Convenção”,⁴⁵⁴ o que é ratificado pela OC 24.⁴⁵⁵

28. Em outras palavras, de acordo com o mencionado pedido, deve-se entender que o reconhecimento da identidade de gênero como categoria protegida pela Convenção já ocorreu, o que é, portanto, um fato, que se dá por suposto sobre a base do que se requereu à OC 24 e, portanto, não sujeito a discussão. É por essa razão que não era, pois, indispensável que a OC 24 se referisse à identidade de gênero nos termos que faz,⁴⁵⁶ especialmente quando ela não mudou seu parecer previamente expresso.⁴⁵⁷

29. Apesar disso, deve-se notar que, no momento do reconhecimento acima mencionado, nenhum tratado ou instrumento legal vinculante foi citado para os Estados membros da OEA que incluísse o termo identidade de gênero e que, na OC 24, mencionam, a este respeito, à Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, de 2015, que

450 Art. 19: Direitos da Criança. “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

451 Art. 4.5: “Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.”

452 OC-4/84, citado par. 56.

453 *Idem*, par. 57.

454 Par. 2.

455 Par. 78.

456 Parte VI, O direito à Igualdade e à não discriminação de pessoas LGTBI, B. Sobre orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero, como categorias protegidas pelo Art. 1.1. da Convenção, pars. 68 a 80.

457 *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239, pars. 83 a 93.

em 11 de janeiro de 2017 entrou em vigor somente para os oito Estados Americanos que a ratificaram e a Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, de 2013, que, no entanto, ainda não foi ratificado por nenhum Estado Americano.

30. No entanto, sem prejuízo do acima exposto, é necessário salientar que a “condição social” referida no artigo 1.1. da Convenção, incluindo a identidade de gênero, é uma questão de fato, isto é, que se deve considerar de acordo como ela existe na realidade, assim como acontece, por exemplo, com “raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas, origem nacional ou social, posição ou nascimento.” As normas podem regular ou regulam estes aspectos da vida das pessoas, mas não os criam.

31. Levando em conta todo o anteriormente assinalado e considerando as disposições de seu regramento nesta matéria,⁴⁵⁸ o presente voto dá conta, em definitivo, de como entende as respostas proporcionadas na OC 24 às “perguntas específicas” formuladas e que a Corte não alterou.⁴⁵⁹

II. AS CONSULTAS FORMULADAS.

32. O pedido apresentado nos autos compreendeu cinco “perguntas específicas”.

A. MUDANÇA DE NOME.

33. A primeira “pergunta específica” foi levantada nos seguintes termos:

“Levando em conta que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido nos artigos 11.2⁴⁶⁰ e 18 da Convenção, esta proteção e a CADH contemplam a obrigação do Estado reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?”

34. Esta “pergunta específica” foi levantada para que o Tribunal se pronuncie sobre:

“[A] proteção prevista nos artigos 11.2, 18 e 24⁴⁶¹ em relação ao artigo 1º da CADH ao reconhecimento da mudança de nome de pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma.”

35. O pedido em questão é restrito, então e principalmente, à mudança de nome, um dos elementos que compõem a identidade das pessoas. Consequentemente, a pergunta em questão é concernente, fundamentalmente, à interpretação das disposições do artigo 18 da Convenção⁴⁶².

36. Pois bem, a referida pergunta pode ser respondida no sentido de que, dado o que dispõe o artigo acima mencionado, o modo de garantir o direito ao nome deve ser regulamentado por lei, ou seja, a própria norma convencional remete tal questão ao âmbito da

458 Art. 70 do Regulamento da Corte: “As solicitações de parecer consultivo previstas no art. 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte.”

459 Par. 29.

460 “Proteção da Honra e da Dignidade...2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

461 “Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.”

462 “Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.”

jurisdição interna ou exclusiva do Estado. Certamente, em tal caso, a lei deve respeitar o disposto nos artigos 1.1 e 24 da Convenção e a eventual restrição que contemple deve ser necessária para atingir os fins convencionais e acorde ao princípio da proporcionalidade.

37. Sendo assim, obviamente, tal regulamentação deve contemplar a possibilidade de que o titular do direito ao nome decida mudá-lo. Deve-se considerar, a este respeito, que, em geral, o nome é imposto no nascimento, de modo que, em rigor, o titular do direito ao nome não o exerce naquele momento.

38. O direito de mudar de nome emerge, então, uma vez que se tenha. Consequentemente, o exercício do mesmo também se enquadra na esfera da jurisdição doméstica, interna ou exclusiva do Estado, como de fato ocorre em todos os Estados Partes da Convenção.

39. Assim, o assunto diz respeito, em geral, e melhor, ao controle de convencionalidade que a Corte deve realizar em cada caso contencioso submetido a ela, com respeito às condições que o correspondente Estado Parte da Convenção estabeleceu ou estabeleça, para que a mudança de nome ocorra ou, como expressa a OC 24, quanto aos "procedimentos adequados"⁴⁶³ para a realização da mudança.

40. Neste sentido, tal controle deverá versar, por agora, sobre a viabilidade de que tais condições efetivamente possibilitem o exercício do direito de mudar de nome e não o sujeitem a uma decisão da autoridade que pudesse chegar a ser discriminatória⁴⁶⁴ em relação aos direitos ao nome, à integridade pessoal, à proteção da honra e da dignidade e à igualdade perante a lei.

41. As condições aludidas devem ter, por fim, garantir que o exercício do referido direito seja efetivo e, certamente, não devem implicar em violação de direitos de terceiros, incluindo os da sociedade como um todo e do Princípio da segurança jurídica. Em suma, estas condições devem garantir que a decisão adotada pelo Estado, em resposta a uma solicitação de mudança de nome, não seja arbitrária.

42. Daí se infere, portanto, que a razão pela qual uma pessoa solicita uma mudança de nome não deve ser, em geral, um elemento a considerar para permitir isso. Ao Estado não lhe seria permitido pronunciar-se sobre o particular. Só deveria se certificar de que a mudança de nome solicitada não afete, reitera-se, os direitos de terceiros. Definitivamente, o Estado correspondente não poderia recusar-se à mudança de nome em razão do motivo, seja ele qual for, que o solicitante invoque para requerê-lo. Inclusive, não se deveria exigir que se expresse motivo para isso.

43. Em resumo, se o Estado recusasse a solicitação de mudança de nome, incorreria, salvo que o fizesse fundadamente em razão da afetação de direitos de terceiros, em um ato discriminatório, vulnerando os direitos de ter um nome próprio, à integridade pessoal, à proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada e à igual proteção legal.

44. O exposto acima inclui também, sem dúvida, pedidos de mudança de nome motivados pela identidade de gênero. É, pois, nesse sentido, que o subscrito entende que a OC 24

463 Par. 116.

464 Seria o caso, por exemplo, se a mudança de nome estivesse sujeita a ser ridícula, risível e moral e materialmente menosprezasse o solicitante, ou se for condicionada a concordar com o sexo da pessoa, obviando o fato de que há nomes que não correspondem claramente a ele ou são neutros e ainda inventados pelos solicitantes.

responde à primeira pergunta formulada nos autos, com relação à mudança de nome, assinalando que é um direito protegido pelo artigo 18 da Convenção.⁴⁶⁵

45. Certamente, se partilha o entendimento de que o pedido formulado é procedente, qualquer que seja a razão para a mudança de nome: “razões de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”, incluindo, então, a identidade de gênero.

46. Pois bem, deve-se ressaltar que o referido pronunciamento inclui assuntos não levantados na consulta dos autos, como os referentes ao registro de todos os dados relativos à identidade das pessoas ou à sua incorporação no documento que a comprova, que podem compreender, além dos nomes e dos sobrenomes do titular, a data e local de nascimento, a nacionalidade e a profissão da pessoa, todos com a foto e a impressão digital correspondentes, é igualmente certo que estas questões também integram a jurisdição doméstica ou exclusiva do Estado, de modo que, da mesma forma, seria apenas no exercício do controle de convencionalidade em um caso contencioso que lhe seja submetido sobre o particular, que a Corte poderia decidir sobre estes aspectos do mesmo, vale dizer, de como o Estado denunciado exerceu ou exerce esta jurisdição em relação a estes aspectos.

47. É, portanto, em respeito ao raciocínio exposto anteriormente que se concorre para aprovar a 2º Decisão⁴⁶⁶ da OC 24.

B. PROCEDIMENTO.

48. A segunda “pergunta específica” formulada no pedido de parecer dos autos e identificada com o nº 2, é do seguinte teor:

“Se a resposta à consulta anterior for positiva, pode-se considerar contrário à CADH que a pessoa interessada em modificar seu nome somente possa assim proceder mediante processo jurisdicional e não através de um procedimento administrativo?”

49. Obviamente, esta questão tem o mesmo propósito que a anterior, ou seja, que a Corte se pronuncie sobre:

[A] proteção oferecida pelos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1º da CADH para o reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma;

50. Quanto à referida questão, deve-se chamar à atenção para o fato de que a OC 24 alude expressamente, entre suas considerações, à jurisdição interna, doméstica ou exclusiva dos

⁴⁶⁵ “A mudança de nome, a adequação da imagem, assim como a retificação à menção do sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, é um direito protegido pelo art. 18 (direito ao nome), mas também pelos arts. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade) e 11.2 (direito à vida privada), todos da Convenção Americana. Consequentemente, em conformidade com a obrigação de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (arts. 1.1 e 24 da Convenção), e com o dever de adotar as disposições de direito interno (art. 2º da Convenção), os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para esse fim.” Par. 116.

⁴⁶⁶ “A mudança de nome e, em geral, a adequação dos registros públicos e documentos de identidade para que estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, constitui um direito protegido pelos arts. 3º, 7.1, 11.2 e 18 da Convenção Americana, em relação aos arts. 1.1 e 24 do mesmo instrumento, pelos quais os Estados são obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos apropriados para tais fins, nos termos estabelecidos nos pars. 85 a 116 deste Parecer Consultivo.”

Estados.⁴⁶⁷ E também o faz quando responde à “pergunta específica”⁴⁶⁸ formulada, embora, após referir-se aos requisitos que devem ser cumpridos para o procedimento por via jurisdicional, conclui inclinando-se para a via administrativa.⁴⁶⁹

51. Exposto o anterior, é necessário ressaltar que o que é relevante neste assunto não é o procedimento que, no exercício da jurisdição interna, doméstica ou exclusiva, o Estado preveja ou estabeleça para a mudança de nome, mas que nesse procedimento seja respeitado o disposto nos artigos 8.1⁴⁷⁰ e 25.1,⁴⁷¹ ambos da Convenção.

52. Da mesma forma, o limite da referida jurisdição doméstica, interna ou exclusiva, neste caso, está dado, em primeiro lugar, pelas disposições do já decidido na Convenção em seu artigo 1.1, ou seja, os procedimentos apropriados para a mudança não devem, por motivo algum, discriminar.

53. Em segundo lugar, esse limite também está constituído pelo prescrito na Convenção em seus artigos 3º, referindo-se ao fato de que “*toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica*”; 5.1 a respeito de que “*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*”; 11.1 quanto a “*toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*”, a que “*ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação*” e a que “*toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas*”; e 24 no sentido de que “*todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei*”.

54. Assim, então, e considerando que a Corte entendeu que o que está prescrito no artigo 8.1 da Convenção também é aplicável às decisões adotadas pelas autoridades não judiciais,⁴⁷² o que é significativo nesta matéria não é tanto se a legislação nacional para mudar o nome é administrativa ou judicial, mas permitir que a decisão que resulte na mudança seja emitida por alguém competente, dentro de um prazo razoável e, em qualquer caso, se disponha de uma instância judicial para recorrer contra a resolução acima mencionada.

55. É por estas razões, portanto, que se concorre para aprovar a 3º Decisão⁴⁷³ da OC 24.

467 “Os Estados têm, em princípio, a possibilidade de determinar, de acordo com a sua realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir os requisitos de um procedimento de retificação do nome e, se aplicável, a referência ao sexo e imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes.” Par. 159.

468 “[O]s Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de acordo com as características próprias de cada contexto e sua legislação interna, os trâmites ou procedimentos para mudança do nome, adaptação à imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e documentos de identidade para que eles sejam consistentes com a identidade de gênero autopercebida, independentemente da natureza jurisdicional ou materialmente administrativa” Par. 160.

469 “Como a Corte observa que os procedimentos de natureza materialmente administrativa ou notarial são os que melhor atendem e se adaptam a essas exigências, os Estados podem fornecer paralelamente um canal administrativo, que permita eleger a pessoa.” Par. 160.

470 “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

471 “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.”

472 Caso *Claude Reyes e Outros Vs. Chile*, Sentença de 19 de setembro de 2006, Série C nº 151, Pars. 118 e 119.

473 “Os Estados devem garantir que as pessoas interessadas em retificar a anotação do gênero ou em seu caso, as menções do sexo, na mudança de nome, adaptando sua imagem nos registros e/ou nos documentos de identidade de acordo com sua identidade de gênero autopercebida, possam acudir a um procedimento ou trâmite: a) focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que exijam requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que

C. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

56. A terceira “pergunta específica” incluída no pedido de Parecer Consultivo, identificado com o nº 3, foi assim formulada:

“Poderia se entender que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado de acordo com a CADH no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome de nascimento a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo jurisdicional ali contemplado, mas sim que o Estado deve prover-lhes um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?”

57. O objetivo desta pergunta é que a Corte se pronuncie sobre:

“[A] compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejem optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção.”

58. A forma como a pergunta foi formulada e a finalidade perseguida por ela, podem gerar confusão. Efetivamente, não se percebe a devida correspondência entre a “pergunta específica” e a finalidade indicada pelo Estado para formulá-la. E parece que o que foi pedido à Corte foi um pronunciamento sobre a hierarquia da Convenção na ordem interna do Estado. Segundo o teor da “pergunta específica” formulada, no sentido de que “as pessoas que desejam mudar seu nome com base em sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo jurisdicional nele contemplado”, poder-se-ia entender no sentido de que o que se pretendia era que a Corte declarasse que, embora a referida disposição da legislação interna do Estado esteja em pleno vigor, sua aplicação não seria obrigatória em razão das disposições da Convenção.

59. No entanto, a pergunta acima aludida parece não considerar que, embora possa ser certo que, em virtude das disposições da Constituição do Estado, os tratados têm um valor superior à lei⁴⁷⁴ e que, de acordo com sua jurisprudência, esta “terá -em princípio - o mesmo valor da norma interpretada”,⁴⁷⁵ não é menos certo que isso não é apenas vinculante para o Estado, mas também, não compete à Corte decidir sobre este assunto.

60. Porém, também pode ser entendido que o que é solicitado na “pergunta específica” é uma declaração sobre “a compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63 de 28 Setembro de 1887, às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome com base em sua identidade de gênero.” Em suas considerações, a OC 24 assume parcialmente esta possibilidade.⁴⁷⁶

possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e documentos de identidade não devem refletir as mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) devem ser rápidos e, na medida do possível, gratuitos; e) não deve exigir atestados de operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adequa a esses elementos é o procedimento ou trâmite materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem fornecer uma via administrativa ao mesmo tempo, que possibilite a escolha da pessoa, nos termos estabelecidos nos pars. 117 a 161 deste Parecer Consultivo.”

474 Art. 7. “Os tratados públicos, os convênios internacionais e as concordatas devidamente aprovados pela Assembleia Legislativa terão autoridade superior às leis a partir de sua promulgação ou a partir do dia designado.”

475 Sentença 0421/S-90, da Seção Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça do Estado.

476 “corresponde unicamente a esta Corte interpretar os direitos contidos na Convenção e determinar se as regras do direito interno referidas, neste caso, o art. 54 do Código Civil, estão em conformidade com as disposições da Convenção Americana”. Par. 167. Acrescenta que “o art. 54 do Código Civil da Costa Rica, em sua forma atual, estaria de acordo com as disposições da Convenção Americana, somente se for interpretado, seja de maneira judicial ou administrativamente regulada, no sentido em que o procedimento que esta regra estabelece possa garantir que as pessoas que desejem alterar seus dados de identidade para se adequarem à sua identidade de gênero autopercebida, seja um trâmite materialmente administrativo que atenda aos ... aspectos” que indica e que “(o) Estado da Costa Rica, com o propósito de garantir mais efetivamente a proteção dos direitos humanos, poderá expedir um regulamento mediante o qual incorpore as normas acima mencionadas ao procedimento de natureza materialmente administrativa, que poderá proporcionar de maneira paralela. Em conformidade com o disposto nos pars. anteriores deste parecer (*supra*, par. 160). Par. 171.

61. Em síntese dos termos utilizados pela OC 24, infere-se, em primeiro lugar, que o artigo 54 *supra*, interpretado no sentido e alcance que indica, é compatível com a Convenção; segundo, que, dado que o controle de convencionalidade exercido está no âmbito de um Parecer Consultivo, tem o caráter preventivo e não vinculativo para os Estados, como seria se fosse emitido em relação a um caso contencioso; terceiro, que o Estado poderia, no exercício de sua jurisdição interna, doméstica ou exclusiva, ditar um regramento pelo qual incorpore um procedimento de natureza materialmente administrativa, para permitir o direito à mudança de nome em razão da identidade de gênero e que deve ser entendido, além disso, para qualquer outro motivo.

62. É em respeito ao anteriormente exposto, que se concorre em aprovar as 4^o⁴⁷⁷ e 5^o⁴⁷⁸ Decisões da OC 24.

D. DIREITOS PATRIMONIAIS.

63. A quarta pergunta submetida à Corte é a seguinte:

“Levando em conta que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido no art. 11.2 da Convenção, essa proteção contempla a obrigação de o Estado reconhecer todos os direitos patrimoniais que derivem de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?”

64. A finalidade desta solicitação é obter um pronunciamento da Corte sobre:

“a proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24 em relação ao artigo 1º da CADH ao reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo.”

65. Em relação à pergunta indicada, identificada na consulta com o nº 4, e seu propósito, deve-se ressaltar que ela se refere apenas aos direitos de ordem patrimonial derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo. É limitada à situação de pessoas do mesmo sexo, não se referindo à identidade de gênero e inclui apenas os direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre estas pessoas.

66. Da mesma forma, é imperioso lembrar que o Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não contempla, em seu estado atual de desenvolvimento, direitos especiais às uniões entre casais do mesmo sexo. Não existe um tratado vinculante para os Estados membros da OEA que regule a situação destes casais. A Convenção não o faz. Também não existe regra consuetudinária ou um princípio geral de direito que o faça. Por sua parte, as legislações da maioria destes Estados não a aborda. Tudo isso se infere da própria OC

477 “O art. 54 do Código Civil da Costa Rica, em sua redação atual, somente é compatível com as disposições da Convenção Americana se for interpretado, seja em sede judicial ou regulamentado administrativamente, no sentido de que o procedimento que essa norma estabelece possa garantir que as pessoas que desejam alterar seus dados de identidade para se adequarem à sua identidade de gênero autopercebida, seja um trâmite materialmente administrativo que cumpra com os seguintes aspectos: a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e documentos de identidade não devem refletir as mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) devem ser rápidos e, na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir acreditação de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos hormonais. Consequentemente, em virtude do controle de convencionalidade, o art. 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado em conformidade com os parâmetros previamente estabelecidos para que as pessoas que desejem adequar integralmente os registros e/ou documentos de identidade à sua identidade de gênero autopercebida possam gozar efetivamente desse direito humano reconhecido nos arts. 3º, 7º, 11.2, 13 e 18 da Convenção Americana, nos termos estabelecidos nos pars. 162 a 171 deste Parecer Consultivo.”

478 “O Estado da Costa Rica, com o objetivo de garantir de forma mais efetiva a proteção dos direitos humanos, pode emitir um regulamento mediante o qual incorpore os parâmetros antes mencionados ao procedimento de natureza materialmente administrativa, que possa providenciar em paralelo, em conformidade com o assinalado nos pars. anteriores desta opinião nos termos estabelecidos nos pars. 162 a 171 deste Parecer Consultivo.”

24.⁴⁷⁹ Dos 34 Estados Membros da OEA, pode-se dizer que apenas oito deles regulam as uniões de convivência, uniões civis ou uniões de fato.

67. Em suma, não se dispõe de uma fonte autônoma do Direito Internacional, isto é, de um tratado, costume ou princípio geral de direito, que, no âmbito jurídico americano, guie a união de pessoas do mesmo sexo, criando a instituição e estabelecendo os direitos correspondentes. Existem apenas atos jurídicos unilaterais de alguns Estados Membros da OEA,⁴⁸⁰ que, logicamente, são vinculantes apenas para os próprios Estados que os emitem, especialmente porque correspondem à minoria e, portanto, não chegam a ser estimados como prova de um costume internacional ou deles pode ser deduzido um princípio geral do direito.

68. Quanto às resoluções de organizações internacionais relativas às uniões de pessoas do mesmo sexo, elas não são declarativas de direito, ou seja, não interpretam uma norma convencional ou consuetudinária ou princípio geral de direito vigente para os Estados membros da OEA.⁴⁸¹ Não constituem, portanto, uma fonte auxiliar do Direito Internacional, mas expressam uma aspiração, certamente, que poderia ser considerada muito legítima, da maioria dos Estados Membros da organização internacional em questão, de modo que seja o Direito Internacional ou o Direito Nacional de cada um deles que contemple e regule a situação em comento.

69. Quanto à jurisprudência, apenas se dispõe da sentença proferida no caso *Atala*.⁴⁸² Deve-se advertir, neste sentido que, como fonte auxiliar do Direito Internacional, a jurisprudência não é vinculante quando expressa em pareceres consultivos, mas se torna obrigatória na eventualidade de decisão em um caso contencioso, porém somente para o Estado parte dele.

70. Desse modo, a situação das uniões entre pessoas do mesmo sexo é uma questão que também permanece dentro da esfera da jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado.⁴⁸³

71. O precedente importa, em primeiro lugar, que os Estados, no exercício de sua jurisdição interna, doméstica ou exclusiva, possam regular unilateralmente esta situação. O Direito Internacional não os impede. Em segundo lugar, isso significa que os Estados podem não fazê-lo, ou seja, de acordo com o desenvolvimento atual do Direito Internacional não se incorre em ilícito internacional esta hipótese. Em terceiro lugar, isso significa que o controle de convencionalidade que a Corte venha eventualmente a realizar, dos atos dos Estados relacionados ao assunto em questão, seja de modo preventivo, por meio de um Parecer Consultivo, seja de modo vinculante, em virtude de uma sentença exarada em um caso contencioso, procederá somente com respeito ao vínculo entre pessoas do mesmo sexo, com a finalidade de determinar se tal regulação afeta negativamente os direitos humanos. De outra perspectiva, isso significa que não se pode impor aos Estados, nem por via jurisprudencial,

479 Pars. 206 a 213.

480 O ato jurídico unilateral é a manifestação da vontade de um único Estado, não subordinado a outro ato jurídico e realizado com a intenção de produzir efeitos jurídicos a seu respeito e, possivelmente, de terceiros. Esta fonte autônoma do Direito Internacional não está contemplada no art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

481 As resoluções das organizações internacionais podem ser de quatro tipos. Primeiro, aquelas em que, em virtude do tratado que regulamenta a organização correspondente, são obrigatórias para os Estados membros desta. Por exemplo, as resoluções do Conselho da ONU ditadas ao amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, "Ameaças à paz, violação da paz ou atos de agressão." Este tipo de resolução não é uma fonte autônoma do Direito Internacional, uma vez que sua obrigatoriedade deriva do tratado que regulamenta a respectiva organização. É esse tratado, então, a fonte autônoma. Segundo, resoluções de organizações internacionais são aquelas emitidas para regular o funcionamento da organização que as emite. Por exemplo, resoluções sobre o orçamento da organização. Obviamente, estas são obrigatórias nesse âmbito. O terceiro tipo de resoluções de organizações internacionais são aquelas emitidas com vistas a interpretar efetivamente uma regra de direito, seja convencional, consuetudinária ou princípio geral de direito. São conhecidas como "resoluções de organizações internacionais declarativas de direito" e são uma fonte auxiliar do Direito Internacional na medida em que determinam um direito já estabelecido por uma fonte autônoma. Por conseguinte, estes tipos de resoluções não são obrigatórias para os Estados Membros. E o quarto tipo de resoluções de organizações internacionais são aquelas que simplesmente expressam aspirações para modificar o Direito Internacional no sentido que expressam. Obviamente, estas, que são as mais numerosas, não são obrigatórias para os Estados membros da Organização correspondente.

482 *Supra*, nº 41.

483 Voto parcialmente dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Duque Vs. Colômbia*, Sentença de 26 de fevereiro de 2015, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

nem em um Parecer Consultivo. Assim, o reconhecimento e a regulação de uniões entre pessoas do mesmo sexo não são vinculantes nem para o Estado que formula a consulta, nem para os demais Estados,

72. É por esta razão que este texto não é um pronunciamento sobre a procedência, ou não, dos vínculos entre casais do mesmo sexo. Considerando a função da Corte, que é declarar o Direito Internacional aplicável, em particular, a Convenção, tal qual ela se expressa e não de acordo com o que ela deseja assinalar. Este documento limita-se a ressaltar que os vínculos mencionados não estão previstos no Direito Internacional ou na Convenção, de modo que a decisão a este respeito corresponde a cada Estado.

73. Por outro lado, este voto considera que a Convenção aborda a família independentemente do vínculo entre as pessoas em torno das quais é formada. Efetivamente, enquanto o artigo 17, intitulado "Proteção da Família" em seu par. 1º, se refere à família,⁴⁸⁴ o par. 2º reconhece o direito a contrair matrimônio e a fundar uma família.⁴⁸⁵ Por sua vez, o artigo 19⁴⁸⁶ alude à família e não ao matrimônio.

74. Consequentemente, neste documento entende-se que a pergunta nos autos não é, portanto, se a união de duas pessoas do mesmo sexo constitui uma família ou não, mas apenas se o Estado deve reconhecer os direitos patrimoniais derivados da referida união.

75. Em definitivo e no entendimento de que elas se sustentam nas razões evocadas precedentemente, se concorre com a aprovação das 6ª⁴⁸⁷ e 7ª⁴⁸⁸ Decisões da OC 24.

E. FIGURA JURÍDICA.

76. A quinta e última "pergunta específica", identificada com o número 5, foi levantada nos seguintes termos:

"Se a resposta anterior for afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regule os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que derivam desta relação?"

77. E, por certo, com a mesma finalidade da pergunta anterior, ou seja, obter uma decisão do pronunciamento da Corte sobre:

"A proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24 em relação ao artigo 1º da CADH ao reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo."

78. Como comentários relativos ao assunto, cabe indicar, primeiramente que, como foi feito em relação à anterior, esta pergunta se refere exclusivamente aos vínculos entre pessoas do mesmo sexo, sem aludir à identidade de gênero; que ela se limita aos direitos patrimoniais que derivam dessa relação; que a finalidade ou objetivo da figura jurídica em comento é "para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam da" relação ou vínculo

⁴⁸⁴ "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado."

⁴⁸⁵ "É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção."

⁴⁸⁶ "Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado."

⁴⁸⁷ "A Convenção Americana, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar (art. 11.2), bem como o direito à proteção da família (art. 17), protege o vínculo familiar que pode derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo nos termos estabelecidos nos pars. 173 a 199 desta Parecer Consultivo."

⁴⁸⁸ "O Estado deve reconhecer e garantir todos os direitos derivados de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo, em conformidade com o disposto nos arts. 11.2 e 17.1 da Convenção Americana, e nos termos estabelecidos nos pars. 200 a 218 desta Parecer Consultivo."

entre pessoas do mesmo sexo; e que na pergunta não se indica qual seria a figura jurídica a que se refere ou a que aspira.

79. Em segundo lugar, é de ressaltar que a OC 24 se refere, em sua análise e resposta à “pergunta específica” formulada, ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁸⁹ De fato, tanto na resposta fornecida pela OC 24⁴⁹⁰ como na sua 8ª Decisão,⁴⁹¹

489 Pars. 218 a 227.

490 “Os Estados devem garantir o acesso a todas as figuras já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias conformadas por casais do mesmo sexo, sem discriminação com respeito às que estão constituídas por casais heterossexuais. Para isso, poderá ser necessário que os Estados modifiquem figuras existentes através de medidas legislativas, judiciais ou administrativas, para ampliá-las aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo. Os Estados que tinham dificuldades institucionais para adequar as figuras existentes, transitoriamente, e enquanto promovem essas reformas de boa-fé, têm da mesma maneira o dever de garantir aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, igualdade e paridade de direitos a respeito das de sexo distinto, sem discriminação alguma.” Par. 228

491 *Supra*, Nota nº 3.

inclui o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como, talvez, a figura jurídica mais relevante para reconhecer os direitos patrimoniais que derivam do vínculo entre estas pessoas.

80. Sendo assim, o assunto em questão diz respeito, basicamente, à interpretação do artigo 17.2 da Convenção.⁴⁹²

81. Pois bem, a resposta dada pela OC 24 implica, por um lado, que a Convenção, quando se refere ao matrimônio, compreende que é realizado entre pessoas do mesmo sexo e, por outro lado, se isso não estiver previsto nas legislações nacionais dos Estados Partes da Convenção, deve, consequentemente, ser nelas estabelecida. Porém, além disso, essa resposta incorre em uma ambiguidade.

82. No que diz respeito ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, na condição de vínculo jurídico internacional, a OC 24 parece assumir que a única instituição que serve "para o Estado reconhecer todos os direitos patrimoniais que derivam dessa relação" é o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que, obviamente, não é assim. Como foi expresso anteriormente, existe também a possibilidade de uniões civis ou formas análogas.

83. Além disso, é preciso salientar que, no marco da Convenção, a situação do matrimônio é diferente daquela da união civil ou outra figura análoga. E isto em atenção a que, enquanto aquele é contemplado na Convenção, a última não é. Também deve ser enfatizado que, enquanto tudo o que é atinente à união civil ou outra figura análoga está, consequentemente, no âmbito da jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado, no que diz respeito ao matrimônio, apenas corresponde àquela esfera o que se refere "à idade e as condições exigidas para (contrair-lo e fundar uma família) pelas leis internas", mas "na medida em que não afetem o princípio de não discriminação estabelecido nesta Convenção", que seria determinado no exercício de controle de convencionalidade praticado na ocasião do conhecimento e resolução de um caso contencioso.

84. Após a afirmação que precede, é necessário chamar a atenção para o fato de que a OC 24 prescinde da aplicação do artigo 31⁴⁹³ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, normas com as quais os Estados devem interpretar a estes últimos e, portanto, também a Convenção.

85. Efetivamente, parece que a OC 24 não considera que, de "boa-fé", os Estados concordaram em assinar a Convenção, ou seja, que naquele momento, 1969, realmente queriam fazê-lo e que, além disso, o fizeram de acordo com o "sentido comum" que foram atribuídos aos seus termos, que era, segundo o Dicionário da Real Academia Espanhola em sua 20ª edição, de 1984, em vigor até 1992, "matrimônio: união de homem e mulher, acordada mediante certos ritos ou formalidades legais."⁴⁹⁴

86. Tampouco resulta evidente que a OC 24 considerou o "contexto" dos termos da Convenção. Assim, por exemplo, não ponderou o fato de que enquanto em praticamente todas

492 "É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção."

493 "Regra Geral de Interpretação. I. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática ulterior seguida na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes acerca da sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes."

494 Posteriormente, a frase seguinte é adicionada: "Em determinadas legislações, união de duas pessoas do mesmo sexo, acordadas mediante de certos ritos ou formalidades legais, para estabelecer e manter uma comunidade de vida e interesses."

as suas disposições em que reconhece os direitos humanos, se referem aos sujeitos como "toda pessoa",⁴⁹⁵ no artigo 17.2 o faz ao "direito ao matrimônio do homem e da mulher."

87. Por outra parte, a OC 24 não menciona o "preâmbulo" ou "anexos" da Convenção. Também não menciona qualquer "acordo que se refira ao tratado e tenha sido concertado entre todas as partes na ocasião da celebração do tratado" ou de um "instrumento formulado por uma ou mais partes por ocasião da celebração do tratado e aceito pelas demais como instrumento referente ao tratado."

88. Uma situação semelhante ocorre com o que deve ser levado em consideração junto ao contexto, isto é, com "qualquer acordo ulterior entre as partes a respeito da interpretação do tratado ou da aplicação de suas disposições" ou "toda prática ulterior na aplicação do tratado pelo qual conste o acordo" das partes acerca da interpretação do tratado" ou, finalmente, "toda norma pertinente do direito internacional aplicável nas relações entre as partes".

89. E não se poderia fazer tais menções porque simplesmente não existe preâmbulo anexo ou acordos em relação à matéria. Nem na atualidade existe um tratado ou outro instrumento vinculante entre Estados Americanos que contemple o matrimônio entre pessoas de sexo diferente. Existem apenas algumas legislações, poucas, que o contemplam. A própria OC 24 reconhece que apenas 6 dos 23 Estados Partes da Convenção e 8 dos 34 Estados membros da OEA que incluem o matrimônio entre pessoas de mesmo sexo em suas legislações.⁴⁹⁶ Em âmbito

495 Arts. 3º (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (Direito à vida), 5º (Direito à integridade pessoal), 7º (Direito à liberdade pessoal), 8º (Garantias judiciais), 10 (Direito à indenização), 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 13 (Liberdade de pensamento e de expressão), 14 (Direito de retificação ou resposta).), 16 (Liberdade de associação, que emprega o plural), 18 (Direito ao nome), 20 (Direito à nacionalidade), 21 (Direito à propriedade privada), 22 (Direito de circulação e de residência), 24 (Igualdade perante a lei, que também emprega o plural) e 25 (Proteção judicial). O art. 19 (Direitos da criança) refere-se a "toda" criança"; art. 23, (Direitos políticos) refere-se a "todos os cidadãos." Art. 6º (Proibição da escravidão e da servidão) e 9º (Princípio da legalidade e da retroatividade) usam o termo "ninguém." Esta expressão também é utilizada, após a "todas as pessoas" nos arts. 5º, 7º, 12, 20 e 22.

496Pars. 206 a 213.

universal, em torno de 24 dos 193 membros da Organização das Nações Unidas o fazem em suas legislações. E, ademais, em datas recentes.

90. Quanto à alusão que o artigo 31.3.c da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, faz a “quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”, deve ser considerado, em maior medida, por um lado, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, não se refere ao matrimônio e, por outro, que tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴⁹⁷ como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966,⁴⁹⁸ referem-se, no que diz respeito ao matrimônio, a “homem” e “mulher.”

91. Além disso, é necessário reiterar o já afirmado sobre as resoluções das organizações internacionais que são invocadas na OC 24 como antecedentes suficientes para sustentar seu parecer a respeito de casais do mesmo sexo, não são declarativas de direito, ou seja, não interpretam uma norma convencional ou consuetudinária ou princípio geral de direito vigente para os Estados acima mencionados. Não constituem, por conseguinte, uma fonte auxiliar do Direito Internacional, mas expressam uma aspiração, aliás, que poderia ser considerada muito legítima, da maioria dos Estados Membros da organização internacional de que se trate, de modo a que seja o Direito Internacional ou o Direito Nacional de cada um deles o que contemple e regule a situação a que se referem.⁴⁹⁹

92. Em outras palavras, as Resoluções de certos organismos e organizações internacionais citados na OC 24, a fim de demonstrar a prática em matéria de reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo,⁵⁰⁰ também não podem ser aplicadas aos Estados membros da OEA.

93. Da mesma forma, a OC 24 parece apoiar a natureza obrigatória do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo na interpretação evolutiva,⁵⁰¹ mas em seu aspecto sociológico e não jurídico. Como se observou em outra ocasião, “a interpretação evolutiva da Convenção ou a consideração de que ela é um direito vivo, não consiste em que a interprete com o fim de fazer legítimo, quase automaticamente, o que a realidade social expresse no momento da interpretação, pois em tal evento a realidade seria o intérprete e até exerceria a função normativa”. E foi acrescentado que “(o) que, pelo contrário, significa a interpretação evolutiva da Convenção é entender suas

497Art. 16: “Os homens e mulheres, a partir da idade núbil, têm o direito, sem restrição por motivo de raça, nacionalidade ou religião a se casar e fundar uma família, e desfrutarão de iguais direitos quanto ao casamento, durante o casamento e no Caso de dissolução do casamento.”

498 Art. 23.2: “Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.”

499*Supra*, Pars. 66 a 69.

500Pars. 203 a 205.

501 Par. 187.

disposições na perspectiva de determinar como juridicamente elas prescrevem que se devem abordar esses novos assuntos ou problemas.”⁵⁰²

94. Com maior razão, seria adequado acrescentar que, enquanto as disposições do artigo 1.1 da Convenção seriam a norma geral em matéria de discriminação, as disposições do artigo 17.2 da mesma seriam lei especial, de modo que seria aplicado o princípio *lex specialis derogat legi generali*, em especial, considerando que é o próprio recém-mencionado artigo que alude à não-discriminação, do qual se depreende que tal norma considera o matrimônio como ele o contempla, isto é, como a união entre um homem e uma mulher, não é discriminatório.

95. Ao que precede, se poderia acrescentar, também de maneira complementar, que a interpretação evolutiva só seria adequada naquelas situações em que os termos utilizados na Convenção pudessem ser entendidos em relação aos direitos nela incluídos, tácita ou expressamente, mas não de direitos não previstos ou deliberadamente excluídos da mesma. Nem a interpretação evolutiva poderia ir na direção oposta aos termos explícitos e claros da Convenção. Tenha-se presente, a este respeito, que o artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, prevê quatro regras de interpretação, a saber: a boa-fé, o sentido comum dos termos, o contexto dos termos e o objeto e fim do tratado, regras que devem ser usadas harmoniosamente, sem privilegiar ou desmerecer nenhuma.

96. Diante do exposto não se pode partilhar a afirmação da OC 24 no sentido de que “o artigo 17.2 unicamente estaria estabelecendo, de forma expressa, a proteção convencional de uma modalidade particular de matrimônio”,⁵⁰³ já que o artigo 17.2 da Convenção refere-se expressamente, e apenas, somente àquela existente na época, e ainda majoritária, isto é, à união entre um homem e uma mulher.

97. Também não é possível concordar com o que foi declarado na OC 24 “que, quando os Estados utilizaram termos genéricos em um tratado, deveriam estar conscientes que o significado destes mudaria com o tempo”⁵⁰⁴ por causa da adoção desta posição na interpretação da Convenção, se correria sério risco de afetar o princípio da segurança jurídica. Além disso, o que interessa não é se os termos do tratado mudam ao longo do tempo, mas quando e como isso ocorre e, em especial, se isto foi acolhido por um ou mais instrumentos jurídicos vinculantes para os Estados envolvidos.

98. Na qualidade de observação adicional, seria oportuno acrescentar que, com a frase recém-transcrita, a OC 24 censura os Estados Partes da Convenção por não terem cumprido a obrigação de prever a mudança de significado do termo, na circunstância de que, de modo algum, isso constitui uma obrigação atribuível a eles, particularmente se considerarmos também a possibilidade de que, talvez, não desejassem quaisquer mudanças.

⁵⁰²Voto parcialmente dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Duque Vs. Colombia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2015, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

⁵⁰³Par. 182.

⁵⁰⁴Par. 188

99. Face a todo o exposto, procede acrescentar que o que é estabelecido pela OC 24 é contraditório ao afirmar a existência simultânea das obrigações dos Estados, por um lado, de permitir o acesso de pessoas do mesmo sexo a todas as figuras existentes nos seus sistemas jurídicos internos para casais heterossexuais, incluindo o matrimônio e, por outro lado, a respeito daqueles que tentam de boa-fé garantir os direitos patrimoniais de casais do mesmo sexo, de assegurar-lhes, de qualquer forma, direitos iguais aos dos casais heterossexuais. Em suma, não está claro se a OC 24 recorre às normas consuetudinárias aplicáveis para a determinação de um ato internacionalmente ilícito⁵⁰⁵ e para o cumprimento da obrigação de não repetição, no evento que tenha ocorrido.⁵⁰⁶

100. Tampouco se pode concordar com as afirmações da OC 24 quando diz que “a Corte observa que, às vezes, a oposição ao matrimônio de pessoas do mesmo sexo é baseada em convicções religiosas ou filosóficas” e que “está [...] impedida de utilizar [esses [parâmetros]] como um guia interpretativo para determinar os direitos dos seres humanos” e “que tais convicções não podem condicionar o que a Convenção estabelece em relação à discriminação baseada na orientação sexual.”⁵⁰⁷

101. E isso não pode ser partilhado, já que, a qualquer momento, ao presumir, sem dar uma explicação ou fundamento, que aqueles que se opõem ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo têm convicções religiosas ou filosóficas impróprias. Portanto, para a interpretação da Convenção, existe o risco de que mais alguém considere aquelas pessoas como contrárias aos direitos humanos e, suscetíveis de limitar-lhes seu discurso, ou seja, isto é, em definitivo, discriminá-las. Não é bom esquecer que a Corte é, e deve ser, o lugar onde todos podem levantar, com liberdade e sem receio, embora com respeito, os seus requerimentos de Justiça no que diz respeito aos direitos humanos.

102. Por outro lado, não se partilha desta afirmação, dado que ela não parece considerar que qualquer regra de direito é, especialmente em sociedades democráticas, o resultado do confronto ou consenso entre diferentes ideias, interesses ou posições, apoiada, por sua vez, em diferentes concepções religiosas, ideológicas, políticas, culturais e até econômicas. Em suma, as regras de direito refletem as relações existentes na sociedade em questão, nacional ou internacional, em um determinado momento.

103. Portanto, não é condenável que as pessoas expressem seus pontos de vistas políticos, ideológicos ou religiosos sobre as normas jurídicas. Com isso, eles não fazem nada além de exercitar Liberdade

505 Art. 2º dos Arts. sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, apresentados pela Comissão de Direito Internacional, anexados à Resolução A/RES/56/83: “Elementos de um ato internacionalmente ilícito do Estado. Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando a conduta, consistindo em uma ação ou omissão: a) é atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional; e b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado”.

506 Art. 30 do mesmo texto: “O Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de: a) cessar aquele ato, se ele continua; b) oferecer segurança e garantias apropriadas de não-repetição, se as circunstâncias o exigirem.”

507 Par. 223.

de Consciência e de Religião⁵⁰⁸ e a Liberdade de Pensamento e Expressão.⁵⁰⁹ Contudo, além disso, essas opiniões poderiam ser úteis para entender mais exatamente o significado e o alcance da disposição em questão, de sorte, que não seria apropriado que a Corte as rejeitasse *prima face*.

104. Não obstante o acima exposto, deve-se fazer presente que os argumentos esgrimidos pela OC 24 sobre a aceitação do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo pareceriam ser razões para impulsionar sua aceitação na ordem jurídica interna dos Estados, mais do que para sustentar que a citada aceitação foi acolhida pelo Direito Internacional.⁵¹⁰

105. No entanto, o artigo 17.2 da Convenção estabelece que o direito de casar e fundar uma família procede se os cônjuges pretendidos tiverem “a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção”.

106. Assim, o referido artigo remete ao âmbito da jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do respectivo Estado, também nesta matéria, a determinação das condições para contrair matrimônio e fundar uma família, acrescentando que não devem afetar o princípio de não discriminação. E com este último, não está dispondo que procede ao reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo prossegue, mas que as condições para contrair matrimônio, entendido como a união entre um homem e uma mulher, não devem ser discriminatórias, como seria, por exemplo, se o matrimônio entre tais pessoas for proibido por causa 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.”

107. Portanto, e em tal ordem de ideias, os Estados podem, por exemplo e de acordo com o artigo 17.2 mencionado acima, proibir o casamento entre menores de idade ou entre parentes próximos ou os casamentos poligâmicos.

108. O que acontece, então, é que o que faz a diferença ou distinção entre o matrimônio e outras instituições que poderiam existir entre os seres humanos é o próprio artigo 17.2 da Convenção. Felizmente, sendo aquele convencionalmente concebido, como anteriormente expresso, entre um homem e uma mulher, não se poderia estimar, à luz do Direito Internacional vigente, que haveria discriminação se não fosse permitido, no ordenamento jurídico interno dos Estados americanos, casamento entre pessoas do mesmo sexo.

109. Em última instância, conseqüentemente, da interpretação do artigo 17.2 da Convenção, feita de acordo com as regras de interpretação contidas na Convenção de Viena sobre o

508 Art. 12.1: “Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.”

509 Art. 13.1: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.”

510 Pars. 223 a 226.

Direito dos Tratados, não se pode inferir que o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo tenha sido reconhecido, nem mesmo tacitamente e, portanto, nem mesmo aplicando a interpretação evolutiva, pelo Direito Internacional ou pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pelo contrário, resulta desta interpretação que não há obrigação internacional de reconhecer ou consagrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, se isto não aconteceu, tampouco existe a obrigação de modificar as respectivas legislações nacionais para permiti-lo.

110. É, portanto, por todas as razões assinaladas que a 8ª Decisão⁵¹¹ da OC 24 não pode ser partilhada.

III. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

111. Tendo presente o que está expresso na Sentença sobre o Controle de Convencionalidade exercido no marco da competência consultiva ou não-contenciosa, busca-se neste texto inserir o que é afirmado naquilo que constitui a concepção geral do referido controle segundo a Corte, isto é, seja exercido sob o amparo de sua competência contenciosa, seja exercido em sua competência consultiva ou não-contenciosa. Em ambas as hipóteses, sua inclusão na jurisprudência tem por objetivo facilitar o oportuno e pleno respeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, também do Direito Internacional Geral.

A. ANTECEDENTES

a. Jurisprudência.

⁵¹¹*Supra*, Nota nº 3.

112. A Corte referiu-se muitas vezes ao controle de convencionalidade.⁵¹² E assim, têm sido gradualmente definidos os termos dessa instituição que emergiu sob sua proteção. No entanto, foi em uma Resolução relativa a supervisão do cumprimento de sentença em que se estendeu sobre o tema⁵¹³ e o fez nos seguintes termos:

"(F)oi cunhado na jurisprudência interamericana o conceito de "controle de convencionalidade", concebido como uma instituição que é usada para aplicar o Direito Internacional, neste caso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e especificamente a Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência deste Tribunal."⁵¹⁴

113. E acrescentou que:

"é possível observar duas manifestações diferentes desta obrigação dos Estados de exercer o controle de convencionalidade, dependendo se a Sentença foi ditada em um caso no qual o Estado foi parte ou não. O precedente se deve ao fato de que a norma convencional

512 Ver a este respeito, *Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154; *Caso Trabajadores Demitidos do Congreso (Aguado Alfaro e Outros) Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158; *Caso La Cantuta Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006, Série C, n.º 162; *Caso Boyce e Outros Vs. Barbados*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2007, Série C, n.º 169; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 de agosto de 2008, Série C, n.º 186; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2009, Série C, n.º 209; *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213; *Caso Comunidade Indígena XákmokKásek Vs. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de agosto de 2010, Série C, n.º 214; *Fernández Ortega e Outros Vs. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de agosto de 2010, Série C, n.º 215; *Caso Rosendo Cantú e Outra Vs. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2010, Série C, n.º 216; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º de setembro de 2010, Série C, n.º 217; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C, n.º 218; *Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, n.º 219; *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220; *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n.º 221; *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º de julho de 2011, Série C, n.º 227; *Caso Lopez Mendoza Vs. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º de setembro de 2011, Série C, n.º 233; *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C n.º 238; *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C, n.º 239; *Caso Furlan e Família Vs. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2012, Série C, n.º 246; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de setembro de 2012, Série C, n.º 250; *Caso Masacres de El Mozote e arredores Vs. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de outubro de 2012, Série C, n.º 252; *Gudiel Álvarez e Outros ("Diário Militar") Vs. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2012, Série C, n.º 253; *Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito e Reparações, Sentença de 30 de novembro de 2012, Série C, n.º 259; *Caso Mendoza e Outros Vs. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito e Reparações, Sentença de 14 de maio de 2013, Série C, n.º 260; *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2013, Série C, n.º 271; *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre Vs. México*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2013, Série C, n.º 273; *Caso J. Vs. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C, n.º 275; *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C, n.º 276; *Caso Norín Catrimán e Outros (Líderes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de maio de 2014, Série C, n.º 279; *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsas Vs. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C, n.º 282, e *Caso Rochac Hernández e Outros Vs. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C, n.º 285; *Caso Chinchilla Sandoval e Outros Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C n.º 312; *Caso Tenorio Roca e Outros Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C n.º 314; *Caso Andrade Salmon Vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de dezembro de 2016. Série C n.º 330, par. 93; Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou necessidade de proteção internacional Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21; Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema americano de direitos humanos (Interpretação e alcance do art. 1.2, em relação aos arts. 1.1, 8.º, 11, 2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como o art. 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador). Parecer Consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Série A n.º 22.

513 *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 de março de 2013.

514 *Idem*, Par. 65.

interpretada e aplicada adquire distinta vinculação dependendo se o Estado foi ou não parte material no processo internacional.”⁵¹⁵

b. Conceito.

114. Considerando o transcrito acima, o tema relacionado ao controle de convencionalidade certamente está inserido, então, na relação entre o Direito Interno ou Nacional e o Direito Internacional. Isto considerando, por um lado, que este último não regulamenta todas as matérias, inclusive, quanto a algumas, quando o faz, não é em sua totalidade. Por outro lado, ainda subsiste como um elemento central da estrutura jurídica internacional, embora não na mesma intensidade e amplitude de antigamente, a instituição denominada domínio reservado ou jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado⁵¹⁶ ou, como é conhecido em outras latitudes, margem de apreciação.⁵¹⁷ Esta realidade implica que uma questão deixa de ser desta jurisdição na medida em que é regida pelo Direito Internacional e é precisamente por esta razão que a relação referida tem uma resposta distinta, segundo se o assunto é resolvido internamente ou no âmbito internacional, em particular, no atinente a seus efeitos.

115. Assim, então, o controle de convencionalidade consiste, em última análise, na comparação de uma norma ou prática nacional com o disposto na Convenção, a fim de determinar a compatibilidade daquela com essa e, conseqüentemente, a preeminência de uma em respeito à outra, em caso de contradição entre ambas. Obviamente, a resposta dependerá de ser proporcionada por um órgão do Estado Parte da Convenção, de maneira prévia à intervenção da Corte ou se é esta que a emite posteriormente ou quando o Estado não realizou o controle mencionado.

B. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PRÉVIO REALIZADO PELO ESTADO.

a. Fundamento.

116. Como primeira observação, é necessário enfatizar que nenhuma norma internacional, seja convencional, consuetudinária ou princípio geral de direito, portanto, incluindo a Convenção, estabelece a supremacia, na esfera interna do Estado, do Direito Internacional sobre o correspondente Direito Nacional. Assim, é possível concluir que, referindo-se à preeminência, em nível nacional, do Direito Internacional sobre o Direito Interno do Estado, justamente por tratar-se de uma questão não regulada pelo Estado, estima-se que integre a esfera do domínio reservado ou da jurisdição nacional, doméstica ou exclusiva do Estado.

117. É nesta perspectiva que é necessário chamar a atenção para o fato de que, em conformidade com a supramencionada Resolução sobre o cumprimento da sentença, o controle de convencionalidade deve ser exercido pelas autoridades estatais, por um lado, “sujeitas ao império da lei e, portanto, ... obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico” e pelo outro, “no âmbito de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes.” Assim, então, a Corte lembra que tais autoridades “também estão sujeitas ao tratado”, isto é, estão sujeitas tanto ao Direito Interno quanto deste último.

118. É talvez o exposto o que explique, ao menos em parte, que, na prática, é com base nas disposições das respectivas Constituições dos Estados, que seus órgãos se pronunciam sobre a relação, em nível nacional, do Direito Internacional e o correspondente Direito Nacional. Ou

⁵¹⁵*Idem*, Par. 67.

⁵¹⁶*Supra*, Nota nº 14.

⁵¹⁷*Supra*, Nota nº 15.

seja, em suma, é a Constituição de cada Estado que resolve a questão das relações na esfera interna entre o Direito Internacional e o correspondente Direito Nacional.

119. E é precisamente isso que acontece nos vinte Estados Partes da Convenção que reconheceram a competência da Corte. De fato, algumas de suas Constituições, seguindo geralmente a doutrina monista sobre esta relação, outorgam aos tratados, constitucionalmente⁵¹⁸ e de acordo com a interpretação que dela fizeram seus máximos tribunais, um valor "legal",⁵¹⁹ isto é, o mesmo valor que as leis, seja "infraconstitucional" ou "supralegal",⁵²⁰ vale dizer, uma hierarquia superior à lei, mas inferior à Constituição, enquanto outras Constituições conferem às normas relativas a direitos humanos um valor "constitucional"⁵²¹ e até mesmo "supraconstitucional".⁵²²

120. Em suma, é no mérito que se entende que a Convenção está incorporada ao ordenamento jurídico interno do respectivo Estado Parte, que seu intérprete e executor estatal deve entendê-lo como membro deste último e, portanto, deve interpretá-lo e aplicá-lo em harmonia com o mesmo de acordo com a hierarquia atribuída pela respectiva Constituição. Nesta eventualidade, a fonte da obrigação de interpretar e aplicar a Convenção é essa e não a última ou qualquer outra fonte de Direito Internacional.

121. É, portanto, nesse entendimento, vale dizer, que a Convenção foi incorporada ao respectivo Direito Nacional, que seu intérprete interno deve determinar seu significado e alcance como um tratado, considerando, como será sinalizado posteriormente,⁵²³ princípio *pacta sunt servanda*, da inadmissibilidade de invocar o direito interno para deixar de cumprir o pactuado e, de forma conjunta e harmoniosa, as regras relativas à boa-fé, os termos do tratado, o seu contexto e o seu objeto e finalidade, sem privilegiar ou desmerecer qualquer desses elementos.

122. É ainda necessário destacar, para este efeito e como comentário adicional, que o controle de convencionalidade não seria aplicável apenas com relação à Convenção, mas também a todos os tratados em vigor no Estado em questão.

b. A jurisprudência.

123. Quanto ao controle de constitucionalidade que deve o Estado realizar de forma prévia ao que eventualmente realize a Corte, expressou que:

518 Doravante, as referências aos arts. são feitas por Estados em relação às suas respectivas constituições.

519 Barbados. Preâmbulo e art. 1º; Trinidad e Tobago, art. 2º.

520 Argentina, art. 75, inciso 22; Brasil, art. 5º, Equador, art.163; El Salvador, art.144; Guatemala, art.46; Haiti, art. 276.2; Honduras, art.18; Nicarágua, art.46.

521 Argentina, art.75, inciso 22; Bolívia, art. 13 IV e 14. III; Colômbia, art. 93; Chile, art. 5º, inciso II; México, art. 133; Panamá, art.17; Paraguai, art.142; Peru, Disposições Finais e quarto transitório; República Dominicana, art. 74.3; Uruguai, art.6; Venezuela, art.23 (denunciou a Convenção).

522 Bolívia, art. 257. I e II; Costa Rica, art. 7º.

523 *Infra*, pars. 139 e 140.

"nas situações e casos em que o Estado em questão não tenha participado do processo internacional em que foi estabelecida certa competência, pelo simples fato de ser Parte da Convenção Americana, todas as autoridades públicas e todos os seus órgãos, inclusive as instâncias democráticas, juízes e outros órgãos vinculados com a administração da justiça em todos os níveis, estão obrigados pelo tratado, pelo qual devem exercer, no âmbito de suas respectivas competências e as correspondentes regulações processuais, um controle de convencionalidade tanto na emissão e aplicação das normas, quanto à sua validade e compatibilidade com a Convenção, como na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, levando em consideração o próprio tratado e, conforme o caso, precedentes ou diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana."⁵²⁴

124. O que a jurisprudência da Corte afirma, então, é que, no caso de um Estado Parte da Convenção não ser, no entanto, parte de um caso submetido a ela, todos os seus órgãos devem realizar o controle de convencionalidade pertinente de qualquer maneira, "no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes".

125. Afinal, portanto, em nenhuma parte da jurisprudência da Corte, é expressamente mencionado, sem qualquer dúvida, que, em caso de discrepância, divergência ou contradição entre a Constituição ou qualquer regra do Estado em questão e a Convenção, "todos" os "órgãos" estatais, "incluindo seus juízes e outros órgãos vinculados com a administração da justiça em todos os níveis", devem fazer prevalecer a primeira sobre o que dispuser a segunda, nem se refere, conseqüentemente, à preeminência de uma sobre a outra nessa eventualidade. A Corte não fez um apelo, nesse caso hipotético, para desconsiderar a Constituição estatal.

126. Reitera-se que o que a Corte sustenta, ao contrário, por uma parte, "que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por conseguinte, são obrigadas a aplicar as disposições em vigor no sistema jurídico"⁵²⁵ e por outro lado, que, nesse contexto, devem "assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade, de modo que as decisões judiciais ou administrativas não tornem ilusório o cumprimento total ou parcial das obrigações internacionais",⁵²⁶ sem indicar, contudo, como devem atingir este objetivo.

127. Em suma, o que a Corte expressa é que a Convenção deve ser aplicada e interpretada como parte do direito interno do Estado correspondente e de seu órgão com competência para isso, mas não indica que o controle de convencionalidade deva ser feito contra do que disponha o ordenamento jurídico interno nem salienta que não lhe possa corresponder, em última instância, como ocorre com o controle de constitucionalidade, ao tribunal de mais alta hierarquia do Estado ou a um tribunal especializado, como são os tribunais constitucionais.

128. E o problema surge, precisamente, naquelas situações em que o pertinente órgão estatal faz prevalecer a norma interna, que pode ser incluído na própria Constituição do Estado, para além das disposições da Convenção, violando assim alguma obrigação internacional convencional. No caso de que o referido órgão estatal ampare sua atuação no texto constitucional, não exercerá efetivamente o controle de convencionalidade, mas sim o da constitucionalidade, cuja finalidade é garantir a supremacia da Constituição sobre todas as outras normas.

c. Comentários.

⁵²⁴Caso *Gelman Vs. Uruguai*. Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de março de 2013, par. 56.

⁵²⁵*Idem*, par. 66.

⁵²⁶*Idem*.

129. Como um primeiro comentário sobre o controle de convencionalidade realizado por um órgão do Estado, é factível supor que, no caso de que a Convenção contradiga o disposto na Constituição, de forma óbvia e definitiva, prevalecerá geralmente a segunda ou, em outras palavras, o controle de constitucionalidade sobre a convencionalidade, de acordo com o sistema hierárquico que caracteriza as sociedades nacionais e, portanto, seus sistemas jurídicos.

130. Pode-se também argumentar, como segunda observação, que, dado que o controle de convencionalidade pelos organismos do respectivo Estado não é regulado pelo Direito Internacional, mas que, inclusive, o deixa no âmbito do correspondente Direito Nacional, isto é, no domínio reservado ou na jurisdição interna, doméstica ou exclusiva daquele, a afirmação acima é válida inclusive em relação aos Estados que aceitaram unilateralmente a supremacia da Convenção em seu Direito Nacional ou o caráter vinculante da Convenção em relação à sua jurisprudência, mesmo aquela que emana de casos em que não tenham sido partes, uma vez que também poderiam lógica e unilateralmente, sempre amparados na sua jurisdição interna, doméstica ou exclusiva, modificar sua Constituição ou a norma interna em causa, despojando a Convenção da referida superioridade.

131. Como terceira reflexão, pode-se afirmar que o controle de convencionalidade pelos organismos do Estado é, portanto, de natureza preventiva, ou seja, é mais uma obrigação de comportamento, que é "garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam reduzidos pela aplicação de normas que sejam contrárias ao seu objeto e finalidade, de modo que as decisões judiciais ou administrativas não tornem ilusório o cumprimento total ou parcial de obrigações internacionais" e não de resultado, como seria se fosse exigido que, no caso de contradição entre a norma interna e a Convenção, o correspondente órgão estatal fizesse prevalecer, na ordem jurídica interna e a todo evento, o prescrito por este último.

132. O controle de convencionalidade realizado por um órgão estatal é, portanto, preventivo, uma vez que, se decretar a supremacia da Convenção sobre o estabelecido por alguma norma de seu Direito Interno, evitará, em geral, que se recorra perante a Corte por este motivo e se, ao contrário, resolver que a ordem jurídica nacional prevalece sobre o que está contemplado na Convenção, assumirá o risco de que a questão possa ser levada ao Sistema

Interamericano de Direitos Humanos e que, consequentemente, a Corte possa declarar a responsabilidade internacional do Estado.

133. O que é sustentado poderia levar a pensar que o controle de convencionalidade realizado no Estado correspondente, não seria, de fato, útil ou necessário. No entanto, deve-se indicar que esse mecanismo desempenhou e continuará a desempenhar um papel relevante e insubstituível, especialmente em relação à incorporação da Convenção ao Direito Interno. Também permitiu socializar entre os agentes estatais a ideia de que eles deveriam buscar a aplicação da Convenção como parte de seu próprio sistema jurídico, e isto em vista de não incorrer o Estado em responsabilidade internacional.

d. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELA CORTE.

a. Consideração preliminar.

134. Em relação a este assunto, o primeiro que deve ser lembrado é que no ordenamento jurídico internacional não existe hierarquia das fontes autônomas, isto é, nenhuma norma estabelece que um tratado prevalece sobre outro ou que o tratado prevalece diante do costume ou este sobre aquele ou um e outro sobre os princípios gerais do direito,⁵²⁷ como, ao contrário, acontece na ordem jurídica nacional, onde a Constituição está no alto da hierarquia, seguida por leis, sejam orgânicas, de *quórums* especiais ou ordinárias, decretos, resoluções, instruções e, finalmente, contratos. O que o Direito Internacional considera é uma preferência no uso de suas fontes autônomas e que algumas de suas normas, nem todas elas, são *jus cogens*,⁵²⁸ pelo qual sua modificação é mais exigente. Por sorte, então, no ordenamento jurídico internacional não existe um corpo normativo com valor semelhante ao da Constituição no ordenamento jurídico nacional.

135. A Convenção, consequentemente, também não tem uma hierarquia superior a outros tratados. Não existe, portanto, nenhuma norma internacional que estabeleça a supremacia, na esfera internacional, de um corpo normativo internacional sobre outros.

136. É por essa razão que, ao exercer o controle de convencionalidade, a Corte o faz, não para garantir, na esfera internacional, a supremacia daquela sobre outros tratados, mas, sempre nessa esfera, para fazer valer ou proclamar sua obrigatoriedade para os Estados Partes da Convenção.

⁵²⁷*Supra*, Nota nº 10.

⁵²⁸ Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza."

137. No entanto, a Corte pode realizar o controle de convencionalidade em duas situações. Uma é no exercício de sua competência consultiva ou não-contenciosa e a outra em sua competência contenciosa.

b. Normas aplicáveis.

138. Tendo em conta o anteriormente assinalado, pode-se sustentar que o controle de convencionalidade realizado pela Corte se baseia nas seguintes normas internacionais:

i. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

139. As regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que servem de base para o controle de convencionalidade exercida pela Corte são, principalmente, o artigo 26 que consagra o princípio *pacta sunt servanda*,⁵²⁹ a primeira frase do artigo 27, que estabelece a inadmissibilidade de se invocar o direito interno para deixar de cumprir o pactuado⁵³⁰ e o artigo 31.1, que estabelece, como regra fundamental, a interpretação dos tratados de acordo com a boa-fé, os termos do tratado, o contexto dos tratados e seu objetivo e finalidade.⁵³¹

140. Portanto, em conformidade à referida Convenção, que, aliás, codifica o direito consuetudinário e aplica-se aos tratados entre Estados,⁵³² ou seja, na esfera internacional, os tratados devem ser interpretados considerando que os Estados Partes os subscreveram e ratificaram livremente, comprometendo sua honra em seu cumprimento, embora possam eventualmente contradizer as disposições de seu direito interno. Da mesma forma, o prescrito pela referida Convenção de que a interpretação dos tratados deve ser feita empregando simultânea e harmoniosamente os quatro elementos contemplados, vale dizer, que a vontade dos contratantes se expressa na intenção de efetivamente celebrá-los, nos termos de uso corrente em que o fazem, a menos que outorguem a estes um sentido especial, com a concordância com o contexto dos mesmos e do seu objeto e finalidade. Nenhum destes elementos deve ser ignorado nem supervalorizado. Todos são igualmente necessários para uma interpretação correta do tratado de que se trate. Não se pode prescindir nem privilegiar a nenhum deles. Eles devem ser empregados harmoniosamente.

i. Artigos sobre Responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos elaborados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

529 "*Pacta sunt servanda*." Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

530 "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46."

531 *Supra*, Nota nº 77.

532 Art. 1º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "Alcance da Presente Convenção. A presente Convenção aplica-se aos tratados entre Estados."

141. O segundo grupo de normas que servem de suporte ao controle de convencionalidade que a Corte realiza, são as normas consuetudinárias relacionadas à responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos.⁵³³ Tais artigos estabelecem que todo ato ilícito acarreta a responsabilidade para o Estado correspondente,⁵³⁴ que a ilegalidade consiste em uma ação ou omissão atribuível a este último e que viola uma obrigação internacional de acordo com o direito internacional,⁵³⁵ independentemente do estabelecido por sua legislação interna⁵³⁶ e que a responsabilidade é contraída pelo Estado pelo comportamento de qualquer um dos seus órgãos.⁵³⁷

142. Estas normas, como as anteriores, também são aplicáveis no que diz respeito ao controle de convencionalidade de todo tratado e não unicamente da Convenção.

ii. Convenção Americana sobre Direito Humanos.

143. As normas específicas da Convenção que podem ser invocadas como apoio ao controle de convencionalidade realizado pela Corte, são aquelas que estabelecem que os Estados Partes da Convenção se comprometem a respeitar e fazer respeitar os direitos humanos⁵³⁸ e a que estabelece a obrigação deles de adotar as medidas necessárias para tornar efetivos tais direitos.⁵³⁹

144. Estas normas, então, configuram uma estrutura jurídica que permite à Corte proceder à distribuição da justiça no caso que lhe é submetido, com a certeza de que será resolvido pelo Estado correspondente, em razão de haver consentido livremente para isso.

c. Controle de convencionalidade e competência não contenciosa ou consultiva.

533 Projeto de Arts. sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, apresentado pela Comissão do Direito Internacional, Anexo à Resolução A/RES/56/83, de 12 de dezembro de 2001.

534 Art. 1º: "A responsabilidade do Estado por seus atos internacionalmente ilícitos. Todo ato internacionalmente ilícito de um Estado acarreta sua responsabilidade internacional."

535 Art. 2º: "Elementos de um ato internacionalmente ilícito do Estado. Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando a conduta, consistindo em uma ação ou omissão: a) é atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional; e b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado."

536 Art. 3º: "Caracterização de um ato de um Estado como internacionalmente ilícito. A caracterização de um ato de um Estado, como internacionalmente ilícito, é regida pelo Direito Internacional. Tal caracterização não é afetada pela caracterização do mesmo ato como lícito pelo direito interno."

537 Art. 4º: "Conduta dos órgãos de um Estado 1. Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de qualquer órgão do Estado que exerça função legislativa, executiva, judicial ou outra-qualquer que seja sua posição na organização do Estado-, e se pertence ao governo central ou unidade territorial do Estado. 2. Incluir-se-á como órgão toda pessoa ou entidade que tenha tal *status* de acordo com o direito interno do Estado."

538 *Supra*, Nota nº 30.

539 Art. 2º: "Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

i. Competência consultiva ou não contenciosa.

145. De acordo com o artigo 64 da Convenção,⁵⁴⁰ a Corte tem competência não contenciosa ou consultiva, em virtude da qual os Estados membros da Organização dos Estados Americanos poderão consultá-la, seja sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados seja em relação à compatibilidade entre suas respectivas leis e os instrumentos internacionais mencionados.

146. Observe-se, por um lado, que a faculdade de solicitar um Parecer Consultivo é reconhecida pela Convenção a todos os Estados membros da OEA e não apenas aos Estados Partes dela e, por outro lado, que o requisito correspondente pode se referir a ambos, tanto à interpretação da mesma ou de outros tratados sobre direitos humanos quanto as suas compatibilidades com as correspondentes leis internas de tais Estados.

147. Podem, também, solicitar um Parecer Consultivo da Corte, no que lhes compete, os principais organismos da OEA indicados no Capítulo X de sua Carta.⁵⁴¹

148. Em outras palavras, os pareceres consultivos da Corte atendem a requerimentos de mais Estados e órgãos internacionais e, em mais casos, do que o previsto para outras instâncias jurisdicionais internacionais.⁵⁴²

149. É em atenção ao exposto que se explica a relevância dos pareceres consultivos, não obstante, elas não sejam, como sua própria denominação indica, obrigatórias,⁵⁴³ o que constitui a

540 "1. Os Estados Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais".

541 Na atualidade, VII: "Art. 53: "A Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio:

- a) Da Assembleia Geral;
- b) Da Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores;
- c) Dos Conselhos;
- d) Da Comissão Jurídica Interamericana;
- e) Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos;
- f) Da Secretaria-Geral;
- g) Das Conferências Especializadas; e
- h) Dos Organismos Especializados.

Poderão ser criados, além dos previstos na Carta e de acordo com suas disposições, órgãos subsidiários, organismos e outras entidades que forem julgados necessários".

542 Exemplo, Art. 96 da Carta das Nações Unidas: "1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderão solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e organismos especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades."

543 A menos que o respectivo Estado lhe atribua unilateralmente a obrigatoriedade a este respeito, como se poderia inferir da decisão da sentença 0421-S-90 da Câmara Constitucional da Costa Rica, segundo a qual a jurisprudência da Corte "terá de início, o mesmo valor da norma interpretada."

principal diferença para com as sentenças. E não são vinculantes, não só porque, do contrário, não haveria diferença com estas últimas, mas porque, além disso, não há partes nelas, de onde se infere que seria totalmente injusto que uma resolução da Corte fosse obrigatória para aqueles que não compareceram perante ela nem foram demandados ou interpelados. Por outro lado, na hipótese de que se estimasse que os pareceres consultivos fossem obrigatórios para todos os Estados, não só o direito de defesa se veria muito seriamente afetado, como também os Estados que não são parte da Convenção seriam, dessa forma, submetidos à jurisdição da Corte, que está além do de tudo o que estabelece a própria Convenção.

150. Além disso, o que precede não implica que os pareceres consultivos da Corte não sejam particularmente relevantes. Com efeito, sua transcendência reside precisamente em que, com base em sua autoridade moral e intelectual, a Corte exerce, um controle de convencionalidade preventivo, isto é, indica aos Estados que reconheceram sua competência contenciosa que, se não ajustarem sua conduta à interpretação que ela faz da Convenção, arriscam que, submetido um caso ao seu conhecimento e resolução que tenha relação com tal proceder, declare a responsabilidade internacional do respectivo Estado. E para os outros Estados, fornece orientação para o pleno e cabal respeito aos direitos humanos que eles se comprometeram a respeitar, seja porque são partes da Convenção ou porque fazem parte de outros instrumentos jurídicos internacionais.

ii. Jurisprudência.

151. De sorte, então, como a Corte expressou,

“(a)o afirmar sua competência, o Tribunal recorda o amplo alcance de sua função consultiva, única no direito internacional contemporâneo, em virtude da qual, e a diferença do disposto para outros tribunais internacionais, se encontram legitimados para solicitar pareceres consultivos todos os organismos da OEA enumerados no Capítulo X da Carta e dos Estados Membros da OEA, mesmo que não sejam partes da Convenção. Outra característica da amplitude dessa função está relacionada ao objeto da consulta, que não se limita à Convenção Americana, mas, como já mencionado, alcança outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos e, além disso, é concedida a todos os Estados Membros da OEA a possibilidade de solicitar pareceres sobre a compatibilidade entre quaisquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”⁵⁴⁴

152. No entanto, no OC que motiva este voto concorrente, a Corte expressa que:

“...também considera necessário lembrar que, nos termos do direito internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esse tratado obriga a todos os seus órgãos, incluídos os poderes judiciário e legislativo, pelo que a violação por parte de um desses órgãos gera responsabilidade internacional para aquele. É por esta razão que considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o controle de convencionalidade correspondente para a proteção de todos os direitos humanos,

544 Par. 23 OC 21.

também sobre a base do que indica no exercício da sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual compartilha, inegavelmente, com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”. Por sua vez, com base na norma convencional interpretada mediante a emissão de um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, inclusive os que não são Parte da Convenção, mas que foram obrigados a respeitar aos direitos humanos, de acordo com a Carta da OEA (artigo 3.I) e a Carta Democrática Interamericana (artigos 3º, 7º, 8º e 9º), têm uma fonte que, de acordo com sua própria natureza, também contribui e especialmente de maneira preventiva, para alcançar o efetivo respeito e garantia dos direitos humanos e, em particular, constitui um guia a ser usado para resolver questões relacionadas ao respeito e garantia dos direitos humanos no âmbito da proteção ambiental e, assim, evitar possíveis vulnerações dos direitos humanos.”⁵⁴⁵

iii. Comentários.

153. Desse modo, a Corte especificou o alcance do controle de convencionalidade em uma situação que não havia sido prevista até agora, qual seja, no exercício de sua jurisdição consultiva ou não-contenciosa.

154. E, em particular, especificou que o efeito preventivo difere daquele do controle de convencionalidade realizado pelo Estado, uma vez que o realizado pela Corte, mediante um Parecer Consultivo, goza de um certo grau de certeza do qual o Estado carece. Obviamente, esta certeza não é total ou definitiva, dado que a jurisprudência pode variar, mas que, em qualquer caso, ela se baseia, como se observou, na autoridade da Corte, expressa na sabedoria, imparcialidade e justiça que devem emanar seus pronunciamentos. A função judicial consiste, nessa perspectiva, mais em ser convincente do que impositiva.

a. Controle de convencionalidade e competência contenciosa.

i. Normas aplicáveis.

155. Quanto ao controle de convencionalidade exercido no âmbito da competência contenciosa da Corte,⁵⁴⁶ as normas aplicáveis referem-se ao conteúdo da sentença proferida,⁵⁴⁷ que consagra o valor de coisa julgada da mesma,⁵⁴⁸ que declara sua

⁵⁴⁵Pars. 26 e 27 da OC.

⁵⁴⁶*Supra*, Nota nº 8.

⁵⁴⁷*Supra*, Nota nº 23

⁵⁴⁸ Art. 67: “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em Caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte a interpretará, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.”

obrigatoriedade para o Estado parte no caso em questão⁵⁴⁹ e, por último, a que contempla o que ocorre se não cumprir a sentença.⁵⁵⁰

ii. Competência contenciosa.

156. O controle de convencionalidade, nesta hipótese, ocorre nos casos em que, existindo discrepância entre as disposições da Convenção e as disposições da Constituição ou outra lei ou prática interna do Estado pertinente, o respectivo órgão estatal tem feito prevalecer, internamente, esta última sobre aquela primeira.

157. Nesta eventualidade, tal controle é realizado com base na natureza complementar e coadjuvante que a jurisdição interamericana exerce sobre a jurisdição nacional,⁵⁵¹ expressa em conformidade com o prévio esgotamento dos recursos internos⁵⁵² ou, em outras palavras, após o Estado correspondente ter tido a oportunidade de exercer seu próprio controle de convencionalidade.

iii. Jurisprudência.

158. Sem dúvida, é que, levando em conta as referidas normas, a Corte, na resolução do cumprimento da citada sentença, indicou que:

"quando existe uma sentença internacional proferida com caráter de sentença transitada em julgado com respeito a um Estado que tenha participado do caso submetido à jurisdição da Corte Interamericana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes e órgão vinculados à administração da justiça, também estão sujeitos ao tratado e à sentença deste Tribunal, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção e, conseqüentemente, das decisões da Corte Interamericana, não sejam prejudicados pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade ou por decisões judiciais ou administrativas que tornem ilusório o cumprimento total ou parcial da sentença. Isto é, neste caso, estamos na presença de uma sentença transitada em julgado internacional, razão pela qual o Estado é obrigado a cumprir e aplicar a sentença. Nesta situação, se encontra o Estado do Uruguai em relação à Sentença proferida no caso Gelman. Portanto, precisamente porque o controle de convencionalidade é uma instituição que serve como instrumento para aplicar o Direito Internacional, no caso em que exista uma sentença transitada em julgado, se trata simplesmente de aplicá-la para dar cumprimento em sua integridade e de boa-fé,

549 *Supra*, Nota nº 22.

550 Art. 65: "A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os Casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças."

551 2º par. do Preâmbulo: "Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos."

552 Art. 46.1º: "Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos."

conforme ordenado na Sentença proferida pela Corte no caso concreto, pelo que seria incongruente utilizar essa ferramenta como justificativa para deixar de cumpri-la, de acordo com o exposto anteriormente.”⁵⁵³

iv. Comentários.

159. Sobre este particular, deve-se, desde já, salientar que a Corte, nos casos em que considerou que qualquer norma ou ato do Estado de que se trate é violatório do que está prescrito na Convenção, não indicou que ela tem, na esfera nacional, preeminência sobre as disposições do ordenamento jurídico interamericano, mas sim determinou que o Estado deve “tornar sem efeito” o respectivo ato violatório da mesma⁵⁵⁴ ou deve assegurar-se que a norma interna “não siga a representar um obstáculo à continuação das investigações”⁵⁵⁵ ou que “deve modificar seu ordenamento jurídico interno”⁵⁵⁶ ou que deve garantir que a norma contrária à Convenção “não volte a representar um obstáculo à investigação dos fatos matéria dos autos e para a identificação dos fatos matéria dos autos e, se procede aplicação de sanção aos responsáveis pelos mesmos.”⁵⁵⁷

160. Mas, tendo sempre em consideração que o correspondente Estado deixe de incorrer em um ilícito internacional e cesse, consequentemente, sua responsabilidade internacional. Deixa, pois, no domínio reservado ou âmbito da jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado, a maneira ou forma, de dar cumprimento à obrigação de resultado determinada na pertinente sentença, consistente em que a norma nacional ou a ação do órgão estatal correspondente não impeça o cabal cumprimento do disposto pela Corte e, em consequência, pela Convenção, à qual, de resto, se reitera, o Estado Parte da Convenção se comprometeu livre e solenemente.

161. Portanto, e ao teor das considerações das normas e da evocada jurisprudência, a Corte realiza o controle de convencionalidade de acordo com o seu artigo 62.3 da Convenção, aplicando e interpretando esta conforme tratado,⁵⁵⁸ vale dizer, como um acordo entre os Estados pelo qual contrai obrigações exigíveis entre eles,⁵⁵⁹

553 Par. 68.

554 Ex.: Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsas Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C nº 282.

555 Ex.: Caso Membros da Aldeia de Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C nº 328.

556 Ex.: Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C nº 257.

557 Ex.: Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221.

558 Art. 2.1.a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;”

559 Art. 1º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Âmbito da Presente Convenção. A presente Convenção aplica-se aos tratados entre Estados.”

de modo a permitir que pessoas ou grupos de pessoas ou entidades não-governamentais⁵⁶⁰ possam dar origem ao procedimento que, em definitivo, conduza à intervenção dos órgãos internacionais que estabelece,⁵⁶¹ por assim demandá-lo algum Estado ou a Comissão.⁵⁶²

162. Por outro lado, como se depreende claramente das regras, tanto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quanto da Convenção, elas não tem por propósito de outorgar a esta, seja na ordem jurídica doméstica ou na internacional, uma determinada hierarquia, mas simplesmente estabelecer que as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Parte devem ser aplicadas e interpretadas no âmbito internacional, vale dizer, no marco das relações entre os seus Estados Partes e exigíveis neste âmbito, também por pessoas ou grupos de pessoas ou entidades não-governamentais e que, se a legislação nacional não garante os direitos reconhecidos pela Convenção, seus Estados Partes deverão adotar as medidas apropriadas para que isso aconteça.

163. Em razão do exposto, resulta, portanto, que a preeminência, na esfera internacional, do Direito Internacional e da Convenção sobre toda norma do Direito Interno é evidente e incontestável, precisamente por tratar-se, esta última, de um instrumento internacional, isto é, acordado entre Estados e obrigatório em suas relações recíprocas em assuntos que dizem respeito às relações entre o Estado e as pessoas sujeitas à sua jurisdição e que, conseqüentemente, deixaram de integrar a jurisdição interna, doméstica ou exclusiva ou da margem de apreciação daquela.

164. Ora, o controle de convencionalidade por parte da Corte procede, conforme já foi dito, no evento em que a Comissão considere que o decidido pelo Estado infringe a Convenção, seja porque não realizou o controle de convencionalidade ou porque, o tendo feito, fez prevalecer sua Constituição ou ordem jurídica interna sobre o que foi estipulado naquela. Em tal hipótese e de acordo com as disposições do artigo 63.1 da Convenção, a Corte assim deve assinalar na sentença, ordenando que se garanta o gozo do direito violado e que se reparem as conseqüências. Desta forma, a Convenção absorve o que estabelecem as normas consuetudinárias sobre a responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos.⁵⁶³

560 Art. 44 da Convenção: "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte."

561 Art. 33 da Convenção: "São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte."

562 Art. 61.1 da Convenção: "Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter Caso à decisão da Corte."

563 Art. 29: "Continuidade do dever de cumprir a obrigação. As conseqüências jurídicas de um ato internacionalmente ilícito de acordo com esta parte não afetam a continuidade do dever do Estado responsável de cumprir a obrigação violada."

Art. 30: "Cessação ou não-repetição. O Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de:

- a. cessar aquele ato, se ele continua;
- b. oferecer segurança e garantias apropriadas de não-repetição, se as circunstâncias o exigirem."

Art. 31: "Reparação. 1. O Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito.

2. O prejuízo compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado."

Art. 34: "Formas de reparação. A reparação integral do prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito deverá ser em forma de restituição, indenização e satisfação, individualmente ou em combinação, de acordo com as previsões deste Capítulo."

Art. 35: "Restituição. Um Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de restituir, ou seja, de reestabelecer a situação que existia antes que o ato ilícito fosse cometido, desde que seja na medida que a restituição:

- a. não seja materialmente impossível;
- b. não acarrete um ônus totalmente desproporcional com relação ao benefício que derivaria de restituição em vez dada indenização."

Art. 36: "Indenização. 1. O Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem obrigação de indenizar pelo dano causado por este, desde que tal dano não seja reparado pela restituição.

Cabe ressaltar que nas sentenças da Corte, normalmente se contemplam, além do restabelecimento do direito violado e da obrigação de não repetição, a maioria das formas de reparação previstas nas normas consuetudinárias na matéria, isto é, *restitutio in integrum*, a indenização e a satisfação. Em suma, a Corte, ao cumprir as disposições da norma convencional, torna, em última instância, efetiva a responsabilidade internacional do Estado Parte no caso que conhece.

165. Por outro lado, e de acordo com o artigo 68 da Convenção,⁵⁶⁴ a sentença proferida no exercício do controle de convencionalidade exercido pela Corte ante um caso contencioso que lhe tenha sido submetido, é obrigatório para o Estado Parte no caso em que se analisa e para esse caso. Não é para outros casos que sejam submetidos ao mesmo Estado, e, também não para os outros Estados Partes da Convenção que aceitaram sua jurisdição, mas que não participaram do caso em questão. Nenhuma norma internacional estipula que a sentença da Corte tenha efeitos vinculantes para além do Estado Parte do caso correspondente ou inclusive deste. A Convenção segue a mesma orientação que outros tribunais internacionais.⁵⁶⁵ Por conseguinte, a sua jurisprudência também não vincula os Estados que não são partes no caso que

2. A indenização deverá cobrir qualquer dano susceptível de mensuração financeira, incluindo lucros cessantes, na medida de sua comprovação."

Art. 37: "Satisfação. 1. O Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de dar satisfação pelo prejuízo causado por aquele ato desde que ele não possa ser reparado pela restituição ou indenização.

2. A satisfação pode consistir em um reconhecimento da violação, uma expressão de arrependimento, uma desculpa formal ou outra modalidade apropriada.

3. A satisfação não deverá ser desproporcional ao prejuízo e não pode ser humilhante para o Estado responsável."

Art. 38: "Juros. 1. Pagar-se-ão juros sobre alguma soma principal devida em virtude deste Capítulo, na medida necessária para assegurar a reparação integral. A taxa de juros e o modo de cálculo deverão ser fixados de maneira que se alcance este resultado.

2. Os juros são computados desde a data em que a soma principal deveria ter sido paga até que a obrigação seja completamente quitada."

⁵⁶⁴*Supra*, Nota nº 22.

⁵⁶⁵ Art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão."

Art. 46.1 da Convenção Européenne des Droit de l'Homme: "*Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.*"

Art. 46. e 3 du Statut de la Cour Africaine de Justice y des Droits de l'Homme: "*Force obligatoire et exécution des décisions. 1. La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige. ... 3. Les parties doivent se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige auquel elles sont parties, et en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour.*"

julga, tudo isso a menos que um Estado, unilateralmente, assim o estabeleça em seu Direito Interno,⁵⁶⁶ o qual vincularia somente o mesmo.

166. De igual modo, e em conformidade com o estabelecido no artigo 68.1 da Convenção, o Estado Parte indicado no respectivo julgado é o mesmo que deve cumprir a sentença correspondente, de modo que esta não possa ser executada em seu território sem seu consentimento ou participação. A Corte não foi concebida como um organismo supranacional, isto é, com a faculdade de emitir resoluções diretamente aplicáveis ou exigíveis em seus Estados Partes, sem a intervenção dos afetados por aquelas. Para isso, sempre se requer a participação deste último. E é assim em respeito ao fato de que nenhuma norma concede à Corte esta faculdade, mas, ao contrário, a Convenção também segue, neste particular, a regra geral aplicável aos tribunais internacionais,⁵⁶⁷

167. Finalmente, é importante ressaltar que, após a Assembleia Geral dos Estados Americanos ser informada pela Corte do não cumprimento da sentença pelo correspondente Estado Parte, o caso deixa de ser uma questão da esfera jurisdicional para se tornar uma questão política, onde os Estados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos devem as adotar medidas, certamente de natureza diplomática, que julguem apropriadas,⁵⁶⁸

168. É conveniente advertir, no entanto, que mesmo nesta possibilidade e dado que a Corte, de acordo com suas normas regulamentares, supervisione o cumprimento da sentença em questão⁵⁶⁹, pode ser que seu cumprimento retorne à esfera nacional ou continue nela.

169. Do afirmado anteriormente, conclui-se que o controle de convencionalidade realizado pela Corte no exercício de sua competência contenciosa se assemelha mais com a ideia de controle de constitucionalidade existente na ordem interna, na medida em que busca efetivamente, e se sustenta, na obrigatoriedade, na esfera internacional, da Convenção para seus Estados Partes que aceitaram a competência daquela. Ou seja, não tem o caráter de controle preventivo que caracteriza o controle de convencionalidade prévia realizado por algum órgão do Estado, ou que a Corte realiza no âmbito de sua competência consultiva ou não-contenciosa, posto que o que a Corte resolve de acordo com os artigos 67 e 68 da Convenção, ou seja, de acordo com sua competência contenciosa, definitiva e inapelável. O efeito do controle de convencionalidade realizado pela Corte é, na esfera internacional, de caráter vinculante.

566 Poderia ser o caso da Costa Rica, em que a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça afirmou em sua sentença 0421-S-90 que a jurisprudência da Corte Interamericana "terá, em princípio, o mesmo valor da norma interpretada."

567 Art. 46.1 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais ou Convenção Europeia de Direitos do Homem (modificada pelo Protocolo de Emenda nº 14, que entrou em vigor em 1º de junho de 2010) "Força vinculativa e execução das sentenças1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes."

568 Art. 46.2 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais ou Convenção Europeia de Direitos do Homem (modificada pelo Protocolo de Emenda nº 14, que entrou em vigor em 1º de junho de 2010) "2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução."

569 Art. 69 do Regulamento da Corte: "Supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal

1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios Estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes.

2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o Caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos.

3. Quando considere pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão.

4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes.

5. Estas disposições também se aplicam para Casos não submetidos pela Comissão."

170. Em definitivo, o cumprimento das sentenças da Corte e o sistema de responsabilidade internacional pelo seu descumprimento, estão inseridos na atual estrutura jurídica internacional, na qual aquelas carecem de força vinculante direta no interior dos Estados Partes da Convenção que reconheceram sua competência. Tampouco a Corte tem competência para executar ou fazer cumprir o que resolve. Assim, o descumprimento de suas resoluções pode vir a se tornar, em última instância, uma questão política ou diplomática, escapando, assim, da esfera propriamente judicial.

171. Sem dúvida, o controle de convencionalidade exercido sob o amparo da jurisdição contenciosa da Corte, é de utilidade para, como ela mesma assinalou, “aplicar o Direito Internacional, neste caso o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, especificamente, a Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência deste Tribunal.”⁵⁷⁰. Contudo, também é verdade que ainda não cumpre plenamente esse papel, dado que, das 203 sentenças de mérito que a Corte proferiu, se bem que 25 tenham sido arquivadas pelo total cumprimento da sentença, 168 se encontram sob o sistema de supervisão de sentenças por não terem sido integralmente cumpridas e outras 15 foram informadas à Assembleia Geral da OEA em aplicação do artigo 65 da Convenção.⁵⁷¹

CONCLUSÃO.

172. Anteriormente foram expostas duas matérias diferentes. Uma relativa ao “reconhecimento da mudança de nome para concordar com a identidade de gênero” e “dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo” e, a outra, quanto ao controle de convencionalidade. Ambas as questões têm, entretanto, entre outros aspectos, um elemento comum: o papel da Corte, suas potencialidades e suas limitações no que diz respeito ao desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, também do Direito Internacional Geral.

173. Efetivamente, em ambas as matérias, surge a questão de até onde pode avançar a jurisprudência da Corte em matérias não previstas na Convenção de maneira expressa e em relação às quais existe uma margem de dúvida, no sentido de que o faça de maneira tácita.

174. Quanto à primeira questão, neste voto concluiu-se que, caso se pretendesse o reconhecimento dos casais do mesmo sexo e, inclusive, o reconhecimento do matrimônio entre eles, seria necessário que os Estados Americanos o fizessem unilateralmente, como alguns, a minoria, o fizeram celebrando um tratado que o contemplasse.

175. Quanto ao controle de convencionalidade, pode-se afirmar que se se quisesse estabelecer a supranacionalidade da Convenção no âmbito nacional, vale dizer, se suas resoluções tivessem força obrigatória direta no interior dos Estados Partes da Convenção, inclusive sem a participação de seus órgãos e com preeminência ou supremacia sobre o que disponham suas respectivas Constituições e, dessa maneira, proporcionar uma resposta definitiva ao tema das relações entre o Direito Nacional dos Estados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, se exigiria, mais do que um ato jurisprudencial da Corte, uma expressa e inequívoca decisão nesta direção, de quem dispõe da faculdade de dar origem a uma fonte autônoma de Direito Internacional, como é o tratado, os costumes, os princípios gerais de direito e o ato jurídico unilateral.

176. A legitimidade e eficácia de transformações de tais magnitudes exigiriam uma fonte, não auxiliar como é a jurisprudência que, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte

⁵⁷⁰*Supra*, Nota nº 98.

⁵⁷¹Relatório Anual. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016.

Internacional de Justiça, unicamente “determina as regras de direito”, mas uma que sirva ou seja suficiente, por si só, de “decidir de acordo com o direito internacional” as pertinentes controvérsias, ou seja, como já expresse, de uma fonte autônoma de Direito Internacional.

177. Este condicionamento é mais evidente ainda quando se trata de Estados são obrigados a exercer efetivamente a democracia, como acontece com os Estados Americanos, de acordo com o disposto na Carta Democrática Interamericana, que interpreta o previsto na Carta da OEA e na Convenção⁵⁷². Não resultaria o mais apropriado, portanto, que, em assuntos de mudanças tão profundas como as aludidas, a função jurisdicional⁵⁷³ substituísse a normativa, expressamente designada pela Convenção a seus Estados Partes.⁵⁷⁴

572 “TENDO PRESENTE que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos contêm os valores e princípios de liberdade, igualdade e justiça social que são intrínsecos à democracia”; “REAFIRMANDO que a promoção e proteção dos direitos humanos é condição fundamental para a existência de uma sociedade democrática e reconhecendo a importância que tem o contínuo desenvolvimento e fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos para a consolidação da democracia”; e “LEVANDO EM CONTA o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a conveniência de precisar as disposições contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos e em instrumentos básicos concordantes, relativas à preservação e defesa das instituições democráticas, em conformidade com a prática estabelecida”, Pars. 8, 9 e 20, respectivamente, do Preâmbulo da Carta Democrática Interamericana (Aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001).

573^{Supra}, Nota nº 8.

574^{Supra}, Notas nº 16 e 17.

Eduardo Vio Grossi
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO CONCORRENTE DO
JUIZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,

**PARECER CONSULTIVO OC-24/17
DE 24 DE NOVEMBRO DE 2017,
SOLICITADO PELA REPÚBLICA DA COSTA RICA.**

**IDENTIDADE DE GÊNERO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO PARA CASAIS DO
MESMO SEXO.**

**OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM RELAÇÃO À MUDANÇA DE NOME, À IDENTIDADE DE GÊNERO E AOS
DIREITOS DERIVADOS DE UM VÍNCULO ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO (INTERPRETAÇÃO E
ALCANCE DOS ARTIGOS 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1º DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS)**

1. Com o costumeiro respeito pelas decisões da Corte, me permito formular a seguir este voto concorrente anexado ao Parecer Consultivo – 24/17 (doravante “OC-24”) com a intenção de apresentar de forma detalhada as razões pelas quais votei a favor dos pontos resolutivos 3 e 5 da decisão. Para levar a cabo a referida análise, a seguinte ordem será seguida: A. Introdução; B. A reserva legal na Convenção Americana; C. A reserva legal e as funções da lei perante os direitos humanos, e D. O caso costarriquenho.

A. INTRODUÇÃO

2. O presente propõe desenvolver um aspecto relacionado a um ponto concreto que, embora tenha sido bem abordado pelo Tribunal no texto da OC-24, não foi desenvolvido de forma mais completa e abrangente e é o que está relacionado com a fundamentação da competência do Executivo, para que, em certos casos, possa regular mediante regramentos de direitos humanos. Nesse sentido, o presente voto tem como principal hipótese demonstrar que o princípio da legalidade e a garantia da reserva da lei não podem ser utilizados para impedir o pleno exercício dos direitos humanos, uma vez que o referido princípio e sua garantia subsequente também ostentam limites.

3. Relativamente a este tema, o par. 161 da decisão estabelece que "pode ser [...] notado que a regulação do procedimento de mudança de nome, adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade para que possam ser conformes com a identidade de gênero autopercebida, não necessariamente devem ser regulados por lei, na medida em que

devem consistir apenas em um procedimento simples de verificação da manifestação da vontade do solicitante."⁵⁷⁵.

4. Por sua vez, o par. 171 da OC-24 determina, no que diz respeito ao procedimento costarriquenho para a mudança de dados de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida do solicitante, que "[o] Estado da Costa Rica, com o propósito de garantir, da maneira mais efetiva, a proteção dos direitos humanos, pode emitir um regramento mediante o qual incorpore os padrões acima mencionadas ao procedimento de natureza materialmente administrativa, que poderá prover de maneira paralela."⁵⁷⁶.

5. Este voto tem, então, a intenção de apresentar de forma detalhada as razões pelas quais votei a favor dos pontos resolutivos 3 e 5 da OC-24 e, em termos mais gerais, procura aprofundar no fundamento internacional mediante o qual a Corte IDH determinou a necessidade dos Estados introduzirem – por meio de um regramento e, em determinadas circunstâncias – formas alternativas de procedimentos de jurisdição voluntária relacionados a solicitações de mudanças de dados em registros e documentos oficiais por razões de identidade de gênero autopercebida. Nesse sentido, trata-se de descrever qual é, na minha opinião, a *ratio decidendi* da decisão que determina que o Poder Executivo, ou a Administração – conforme o caso – possa emitir, em certas hipóteses como a que corresponde a este caso, regramentos que sejam responsáveis por tornar efetiva a vigência dos direitos humanos.

B. A RESERVA LEGAL NA CONVENÇÃO AMERICANA

6. A meu juízo, o presente Parecer da Corte não se pronuncia de forma sistemática e com clareza sobre quais os casos em que uma "lei" em um sentido formal e material⁵⁷⁷ é necessária para que os Estados cumpram suas obrigações internacionais. O Parecer adotado pela Corte refere-se à possibilidade de que o procedimento de adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero nos respectivos registros, não seja necessariamente regulado por lei, e sim que possa ser feito por meio de um regramento ou de um decreto do Poder Executivo.

7. Durante a audiência pública celebrada em 16 e 17 de maio de 2017, a delegação da Defensoria dos Habitantes da Costa Rica referiu-se à problemática subjacente à postura de algumas instituições públicas que sustentam a necessidade de se aplicar a reserva legal para permitir o exercício de um direito como o da identidade de gênero. A este respeito, a entidade sinalizou que "na jurisprudência [...] e, na verdade no discurso, principalmente na Assembleia Legislativa, tende-se a reverter a ideia do princípio da reserva legal, isto é, cada vez mais vemos tanto uma Câmara Constitucional, como pronunciamentos dos legisladores no sentido de que é necessário expedir uma lei para permitir um exercício, não necessariamente para limitá-lo [...]. [P]ara a Defensoria dos Habitantes no marco normativo que atualmente tem o registro civil, não seria necessária uma reforma, mas simplesmente uma interpretação desta Corte, para permitir a aplicação direta do controle de

575 OC-24, par.161.

576 OC-24, par. 171.

577 Ver neste sentido a expressão "Leis" no art. 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86, de 9 de maio de 1986. Série A nº 6, pars. 26, 27, 32.

convencionalidade para interpretar que não existe nenhuma restrição ao direito à identidade que limite a possibilidade de mudar o nome por meio por via administrativa."⁵⁷⁸

8. Sobre a reserva legal, deve-se lembrar que esta é uma figura que historicamente surge com o propósito de distribuir a competência legislativa entre o congresso (Parlamento) e o executivo (Rei) em uma época em que o fundamento da legitimidade do Estado era produto da concordância entre o princípio democrático e o princípio monárquico. No entanto, atualmente, o valor normativo das Constituições deriva do princípio democrático (denominado soberania popular ou soberania nacional), e o fundamento da validade e da eficácia dos direitos no âmbito interno é encontrado na vontade popular.

9. Dentro dessa lógica de legitimidade democrática, os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos na Convenção Americana encontram no princípio democrático e nos valores próprios do Estado de Direito um de seus principais fundamentos. A este respeito, a Corte Interamericana indicou que "[o] conceito de direitos e liberdades e, portanto, de suas garantias, também é inseparável do sistema de valores e princípios que o inspira." Em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, cada um dos componentes se define, completa e adquire significado em função dos outros."⁵⁷⁹

10. Sem prejuízo do anterior, considero oportuno recordar que o Tribunal indicou que a mera existência de um regime democrático não garante, *per se*, o permanente respeito pelos direitos humanos.⁵⁸⁰ Nesse sentido, a Corte considerou que "[a] legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada por normas e obrigações internacionais para a proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático é determinada por suas características, tanto formais quanto substanciais."⁵⁸¹ É uma realidade histórica que os direitos, e em particular dos setores minoritários ou sujeitos a estereótipos discriminatórios enraizados na sociedade, podem ser objeto de abusos pelas maiorias parlamentares.

11. Por outro lado, o Tribunal se pronunciou sobre a reserva legal em questões relacionadas a direitos fundamentais na resolução para supervisionar o cumprimento do Caso *Artavia Murillo e outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Nessa decisão, a Corte Interamericana destacou que a necessidade de regulamentar a técnica de fertilização *in vitro* "não deveria representar um impedimento ao exercício dos direitos humanos à vida privada e familiar",⁵⁸² pois estes deveriam "ter uma eficácia jurídica

578 Cf. Audiência Pública de 16 de maio de 2017, intervenção da Defensoria dos Habitantes da Costa Rica.

579 *Habeas corpus* em suspensão de garantias (Arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87, de 30 de janeiro de 1987. Série A nº 8, par. 26.

580 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparos. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221, par. 239.

581 Cf. Caso *Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparos. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221, par. 239.

582 Caso *Artavia Murillo e Outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de fevereiro de 2016, Considerando 36.

Direta."⁵⁸³ Em resposta a esse raciocínio, somado ao fato de que a Corte não indicou especificamente que tipo de norma deveria ser emitida para dar cumprimento à Sentença,⁵⁸⁴ o Tribunal considerou que a técnica de fertilização *in vitro* "poderia ser realizada e controlada com a normativa, regulamentos técnicos, protocolos e normas sanitárias, médicas e quaisquer outras normativas aplicáveis."⁵⁸⁵ O acima exposto, foi estabelecido para evitar que o exercício dos direitos protegidos pela Sentença da Corte resultasse ilusório.⁵⁸⁶ O que precede é entendido "sem prejuízo de que o organismo legislativo emita qualquer regulamento posterior em apego aos padrões indicados na Sentença."⁵⁸⁷

12. Ora, é inegável que a Corte tem sido consistente ao requerer a reserva legal para certos atos do poder público, especificamente aqueles direcionados a limitar direitos fundamentais. Desde cedo em sua jurisprudência, esta Corte declarou que "[o princípio da legalidade], no espírito da Convenção deve ser entendido como aquele em que a criação das normas jurídicas de caráter geral deve ser feita de acordo com os procedimentos e pelos órgãos estabelecidos na Constituição de cada Estado Parte, e todas as autoridades públicas devem ajustar estritamente sua conduta ao mesmo. Em uma sociedade democrática o princípio da legalidade está inseparavelmente vinculado ao de legitimidade, em virtude de sistema internacional que está na base da própria Convenção em relação ao 'exercício efetivo da democracia representativa', que se traduz, *inter alia*, em (...) respeito pela participação das minorias e ordenação ao bem comum" [o sublinhado é nosso].⁵⁸⁸

13. Tendo em conta o que precede, considero que o artigo 2º da Convenção⁵⁸⁹ resulta especialmente relevante para determinar se é necessária a expedição de normas no sentido formal para respeitar e garantir os direitos reconhecidos na Convenção. Em relação à obrigação geral de adequar a normativa interna à Convenção, a Corte afirmou em várias ocasiões que "no direito das pessoas, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que tenha celebrado um acordo internacional deve introduzir no seu direito interno as modificações

583 Caso *Artavia Murillo e Outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de fevereiro de 2016, Considerando 36.

584 Cf. Caso *Artavia Murillo e Outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de fevereiro de 2016, Considerando 36.

585 Caso *Artavia Murillo e Outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de fevereiro de 2016, Considerando 36.

586 Cf. Caso *Artavia Murillo e Outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de fevereiro de 2016, Considerando 36.

587 Caso *Artavia Murillo e Outros ("Fertilização In Vitro") Vs. Costa Rica*. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de fevereiro de 2016, Considerando 36.

588 A expressão "Leis" no art. 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86, de 9 de maio de 1986. Série A nº 6, par. 32.

589 Art. 2º. "Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas."⁵⁹⁰ Na Convenção Americana, este princípio está incluído no artigo 2º, que estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da mesma, a fim de garantir os direitos nela reconhecidos, o que implica que as medidas do direito interno devem ser efetivas (princípio do *effet utile*).⁵⁹¹

14. Assim sendo, considero que o alcance do artigo 2º não pode ser interpretado como se esta norma implicasse que os direitos e liberdades fundamentais exigissem sempre um desenvolvimento legislativo ou uma "interpretação legislativa". Na minha opinião, seria um raciocínio *ad absurdum* entender que não pode se aplicar, respeitar, tornar efetivo qualquer direito humano ou fundamental se não houver desenvolvimento legislativo. Por essas razões, os tratados de direitos humanos são tipicamente considerados como tratados *self executing* ou auto executáveis. Por exemplo, seria irracional considerar que, sem leis que permitam a objeção de consciência em temas educacionais, o direito à liberdade de consciência não pode ser efetivado se não houver uma lei que estabeleça objeção de consciência em matéria educacional.

15. A reserva legal não é uma figura que pretende enervar a eficácia dos Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos, nem pode ser uma figura que suspenda sua vigência. Pelo contrário, a Convenção Americana exige uma leitura integral e, com base nisso, os Estados devem garantir o efeito útil da mesma.

16. Nesta ordem de ideias, é pertinente ter presente que desde a sentença histórica de *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, a Corte considerou que o dever de garantia implica o dever dos Estados Partes de "[...] organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de modo a assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos."⁵⁹²

17. Contudo, a doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida por este Tribunal, implica que não apenas a supressão ou a expedição de normas no direito interno garantem os direitos contidos na Convenção Americana, de acordo com a obrigação contida no artigo 2º desse instrumento. Também requer o desenvolvimento de práticas estatais condizentes à efetiva observância dos direitos e liberdades nela consagrados. Consequentemente, a existência de uma norma não garante, por si só, que sua aplicação seja adequada. É necessário que a aplicação das normas ou sua interpretação, como práticas jurisdicionais e manifestação da ordem pública estatal, sejam ajustadas ao mesmo objetivo perseguido pelo artigo 2º da Convenção.⁵⁹³

590 Caso *Garrido e Baigorria Vs. Argentina*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C nº 39, par. 68; e Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C nº 186, par. 179.

591 Cf. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C nº 209, par. 288.

592 Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C nº 4, par. 166.

593 Cf. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C nº 209, par. 338.

18. O que precede significa que a Convenção, e os direitos nela reconhecidos, têm eficácia jurídica direta, o que pressupõe ou implica que todos os operadores jurídicos tenham um mandato de aplicação direta, o qual não exige, como regra geral, *interpositivo legislatoris*, de interpretação legislativa.

19. Por estas razões, a meu juízo, é necessário ponderar as exigências da legalidade com o imperativo categórico de vigência e eficácia dos direitos humanos e com a eficácia direta dos tratados internacionais que os reconhecem e protegem. As únicas restrições ou limitações permitidas, como observado acima, são aquelas que requerem a intervenção da representação popular através do Poder Legislativo dos Estados. Isso, no entanto, não significa que as leis, no sentido formal ou material, sejam necessárias em todos os momentos para torná-los efetivos ou garantir seu respeito e garantia. Com efeito, seria um erro considerar que a regulamentação de um direito é comparável à restrição ou limitação do mesmo. A garantia de "reserva legal", como foi exposto, busca criar um sistema de pesos e contrapesos que exija maior legitimidade democrática ao restringir o exercício de um direito, mas não é viável exigir este mesmo padrão quando o objetivo é garantir um direito específico, ainda mais quando se tenta proteger pessoas que enfrentam múltiplas desigualdades.

C. A RESERVA LEGAL E AS FUNÇÕES DA LEI PERANTE OS DIREITOS HUMANOS

20. De acordo com o exposto no parágrafo anterior, embora tenha sido ressaltada a importância da garantia de reserva legal como salvaguarda e limite à restrição aos direitos contidos na Convenção por parte do Estado, também foi advertido que essa mesma reserva legal não pode ser estabelecida como um instituto que funcione como um obstáculo ao efetivo cumprimento dos direitos fundamentais ou que suspenda a plena vigência dos direitos humanos. Nem a reserva legal, nem o princípio da legalidade, nem a vontade das maiorias parlamentares podem ser um instrumento para tornar os direitos humanos inoperantes, estas figuras não podem enervar a eficácia dos direitos, não podem servir de fundamento para oprimir certos setores da sociedade.

21. Um argumento recorrente para compreender que a reserva legal é uma figura que exige sempre *interpositivo legislatoris* para a aplicação e gozo dos direitos humanos, consiste em entender que a reserva legal é o mecanismo para estabelecer o que é o núcleo essencial dos direitos humanos ou direitos fundamentais (segundo corresponda ao âmbito internacional ou nacional). Só podemos determinar o conteúdo intangível dos direitos humanos se o legislador o explicita em uma lei. Esta lógica de argumentação visa tornar a lei um requisito *sine qua non* para o gozo efetivo do direito. Este modo de entender a vigência dos direitos convencionais e eventualmente constitucionais fundamentais (desde que haja concordância, insisto) parte de entender que, sempre que se regula um direito, deve ser produzida uma lei "formal", ou seja, expedida pelo órgão legislativo, esta lógica de argumentação é equivocada, entre outras razões, porque o próprio conceito de núcleo ou conteúdo essencial impede que a lei a possa revogar ou modificar.⁵⁹⁴

594 A problemática de quando se deve entender que é necessário exigir reserva legal ou quais são os limites e objetivos desta figura, tem sido objeto de debates na jurisprudência constitucional colombiana a respeito do âmbito da lei estatutária para regulamentar os direitos fundamentais (art. 152 lit. a). O critério central tradicionalmente tratado pelo Tribunal Constitucional colombiano consiste em usar o conceito de "conteúdo essencial" como critério para determinar a necessidade de leis de desenvolvimento. Alguns aspectos dessa discussão podem ser vistos em meu esclarecimento de voto à Sentença do Tribunal Constitucional da Colômbia C-662 de 2009, sobre as objeções presidenciais ao Projeto de Lei Sandra Ceballos, que estabelece as ações para o cuidado integral do câncer na Colômbia.

22. O ponto de partida sobre a necessidade de usar a reserva legal é que, embora *prima facie* seja necessária, é uma exigência convencional, em determinadas situações, a *interpositivo legislatoris*, pode ser conveniente, mas não indispensável para o gozo efetivo dos direitos humanos contemplados na Convenção.

23. A distinção que opera entre esses dois cenários, nos quais o princípio de reserva legal seria ou não aplicável, pode ser avaliada e analisada por meio de uma abordagem do problema da reserva legal em matéria de direitos fundamentais na perspectiva das funções que cumpre a lei em face desses direitos.

24. Neste ponto, pode-se entender, em termos gerais, que as funções que a lei cumpre com relação aos direitos humanos fundamentais são essencialmente três: i) articular as mesmas dentro do sistema legal mediante sua ponderação e harmonização; ii) a função de configurar ou definir os direitos humanos e iii) atualizar o conteúdo dos direitos humanos.

25. Em relação à primeira das funções das leis, a saber, aquela que consiste em articular os direitos humanos do ordenamento jurídico mediante sua ponderação e harmonização, lembre-se que esses direitos efetivamente irradiam todo o sistema jurídico. Nesta medida, toda a normatividade está direta ou indiretamente relacionada a eles, seja estabelecendo limites, condições ou pressupostos para o seu exercício, seja definindo relações de precedência *prima facie* no caso de colisões entre direitos humanos ou destes com outros bens internacionalmente protegidos.

26. No entanto, quando o direito e seus conteúdos essenciais são claramente descritos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou, eventualmente, para o Direito Nacional (por exemplo, na Constituição), a possibilidade de que existam leis para ponderá-los ou harmonizá-los não é indispensável (embora seja sempre desejável). Nestes casos, pode ser suficiente, em casos concretos com a proteção jurídica prevista nos ordenamentos jurídicos internos. Por exemplo, o precedente poderia ser eficaz mediante uma tutela efetiva destes direitos, seja com mecanismos ordinários ou excepcionais, como o amparo ou o recurso de tutela. Considerando o exposto, as leis que ponderam podem não ser necessárias, apesar de sua importância e conveniência. A necessidade de ponderar e harmonizar os direitos que podem entrar em conflito não nega a vigência dos direitos que estão redigidos de forma clara. A exigência de ponderação é um conceito que não se opõe à vigência efetiva dos direitos convencionais.

27. De acordo com o exposto, infere-se, levando em conta o princípio *pro persona*, que as leis de ponderação não são requisitos *sine qua non* para a vigência ou proteção de diversos direitos humanos, como o direito à vida e à dignidade. Com efeito, o princípio *pro persona* contido no artigo 29 da Convenção Americana estabelece que nenhuma disposição da Convenção Americana pode ser interpretada no sentido de: "a) permitir que qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, supra o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que o previsto nela, e b) limitar

o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa ser reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção da qual um desses Estados seja parte [...]."⁵⁹⁵ Uma interpretação correta, *favor libertatis*, não entende que a reserva legal é um pré-requisito de vigência para o gozo efetivo do direito à vida, ou como neste caso, ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica.

28. Quanto à segunda função, a qual se relaciona com a de configurar ou definir os direitos humanos, entende-se que, geralmente, os enunciados normativos de direitos fundamentais contidos na Convenção e nas Constituições dos Estados têm um alto grau de abstração e generalidade, por isso corresponde aos intérpretes, especialmente aos legisladores, definir o alcance destes direitos e o seu âmbito de aplicação e de apontar seus contornos e limites internos. Portanto, de acordo com esta função, conforme a qual é necessário que existam leis de desenvolvimento exigidas quando o direito é "simplesmente enunciado", neste caso, o âmbito da reserva legal se torna pertinente quando existe uma formulação vaga ou ambígua do direito que não permite, com níveis aceitáveis de objetividade, a aplicação e/ou o respeito do direito em casos concretos. Consequentemente, no caso em que se pretenda esclarecer o conteúdo dos direitos humanos, a expedição de uma lei formal é necessária e a reserva legal funciona.

29. Quanto a este ponto, deve-se esclarecer que nem todas as disposições que definem o âmbito de condutas protegidas por um direito humano devem ser uma matéria de lei formal e material, pois isso significaria, por um lado, uma carga impossível de cumprir por parte do legislador de quem seria exigido configurar em abstrato todas as possíveis manifestações do direito fundamental regulado. Por outro lado, isso implicaria o risco de que os comportamentos que fazem parte do âmbito de proteção do direito e que não foram enunciados não pudessem ser protegidos por meio dos mecanismos internos de defesa dos direitos humanos.

30. A terceira função que a lei cumpre é atualizar o conteúdo dos direitos humanos. Com efeito, o sistema jurídico deve evoluir de acordo com a sociedade e não pode ignorar as mudanças que estão sendo realizadas, sob pena de se tornar ineficaz. Nessa ordem de ideias, em relação aos direitos humanos, a lei deve manter vigentes o alcance das garantias e liberdades reconhecidas pela Convenção e pelo direito interno. Assim, corresponde à lei regular novas formas de exercício dos direitos humanos, intimamente ligadas aos avanços e desenvolvimentos tecnológicos. Como a função de configuração, as leis que atualizam indicam significados, alcances, conteúdos que no momento em que o direito foi criado não estavam previstos ou simplesmente não existiam. Um exemplo disso é o alcance da liberdade de expressão e de *habeas data* que não eram imagináveis há 50 ou 100 anos. No entanto, não é possível pretender que a atualização do alcance das normas se dê exclusivamente sob a expedição de novas normas, porque o Legislativo não costuma ter a capacidade de responder tão prontamente às novas necessidades, razão pela qual, em muitos casos, essa evolução é realizada pelos órgãos competentes para interpretar os tratados de direitos humanos ou as Constituições dos Estados.

31. Em conclusão, a eficácia jurídica direta, o valor normativo dos direitos estabelecidos na Convenção Americana é compatível com a existência de reserva legal na medida em que isso seja necessário ou conveniente de acordo com as funções de configuração, harmonização de direitos ou atualização. No entanto, a vigência dos direitos convencionais e a obrigação de garantir o gozo efetivo destes direitos, permite que, na ausência de uma lei, os juízes possam decidir de uma forma que protejam as pessoas cujos direitos são violados. Além disso, nos casos em que as exigências de configuração, ponderação ou harmonização de direitos não sejam essenciais para determinar as obrigações decorrentes do direito convencional, além da proteção judicial, se pode, por meio de regramentos, proteger os direitos.

D. O CASO COSTARRIQUENHO

32. Quanto à situação concreta que se apresenta nas questões levantadas que foram colocadas pela Costa Rica no pedido de Parecer Consultivo a respeito da regulação do procedimento de adequação dos dados dos registros e documentos oficiais de acordo com a identidade de gênero autopercebida, observa-se que o direito ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica está contemplado na Convenção Americana.⁵⁹⁶ Por outro lado, a recente jurisprudência da Corte Interamericana foi clara ao estabelecer que o direito à

595 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 29.

identidade era um direito protegido pela Convenção Americana, apesar de não estar expressamente estabelecido nas disposições do tratado.⁵⁹⁷

33. Como consequência do exposto, no que se refere às hipóteses para o procedimento de mudança de nome por identidade de gênero, não há dúvidas sobre o direito que está em jogo ou sobre suas manifestações. Portanto, na hipótese que se coloca na OC-24, sobre a natureza jurídica desses procedimentos, sua regulamentação para tornar efetiva a identidade de gênero das pessoas não constitui uma lei de “desenvolvimento” no sentido de que a norma que os regula deva cumprir com as funções de atualização ou configuração. Da mesma forma, nem nos deparamos com uma hipótese que necessariamente implica uma função da norma de harmonização ou ponderação, pois os procedimentos relacionados ao reconhecimento da identidade de gênero não se referem nem devem referir-se a um tema litigioso, a um processo de conhecimento, à resolução de uma controvérsia ou à determinação de direitos.

34. Pelo contrário, como indicado neste Parecer Consultivo, é um procedimento que deve ser de natureza apenas declarativa e “não pode em caso algum tornar-se um espaço para escrutínio e validação externa da identificação sexual e de gênero da pessoa que solicita seu reconhecimento.”⁵⁹⁸ Com efeito, foi estabelecido que “uma decisão relacionada a uma solicitação de adequação ou retificação baseada na identidade de gênero não deveria poder atribuir direitos, apenas pode ser de natureza declarativa, uma vez que deve ser limitada a verificar se foram cumpridos os requisitos inerentes à manifestação da vontade do solicitante.”⁵⁹⁹

35. Portanto, a posição que se sustenta neste voto, e é a minha compreensão desta OC, defende que a natureza da norma que regula os procedimentos relacionados ao reconhecimento da identidade de gênero autopercebida corresponde àquelas que configuram ou definem os direitos humanos que se encontram claramente descritos na Convenção Americana (direito ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigos 18 e 3º da Convenção Americana) ou na jurisprudência da Corte Interamericana (direito à identidade). Sendo assim, tendo em conta que este tipo de regulação sobre a via para reconhecimento do direito à mudança de nome, não precisa necessariamente estar contido na lei, mas se contido na norma jurídica geral (*supra*, par. 27), este tipo de procedimento pode ser regulado por regramentos administrativos ou decretos emitidos pelo Poder Executivo dos Estados.⁶⁰⁰

E. CONCLUSÃO

36. Com base no exposto, estimo que ficaram melhor detalhadas as razões pelas quais concordei com a posição da Corte Interamericana nesta matéria. Este é um tema muito importante para o gozo efetivo dos direitos humanos, não só na Costa Rica, mas também em outros países da região onde uma interpretação restritiva da garantia de reserva legal tem impedido ou paralisado a regulamentação do mesmo. Como exemplo, em alguns Estados da

596 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Art. 18. Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

597 Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221, par. 122; *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C nº 242, par. 123, e *Caso Rochac Hernández e Outros Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C nº 285, par. 116. Adicionalmente, OC-24, par. 90: “[...] especificamente no que diz respeito ao direito à identidade, esta Corte indicou que pode ser conceitualizado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e que, neste sentido, inclui vários direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias do caso. O direito à identidade pode ser afetado por inúmeras situações ou contextos que podem ocorrer desde a infância até a idade adulta. Embora a Convenção Americana não se refira especificamente ao direito de identidade sob esse nome, no entanto, inclui outros direitos que o compõe. Desta forma, a Corte lembra que a Convenção Americana protege esses elementos como direitos em si mesmos, no entanto, nem todos esses direitos serão necessariamente envolvidos em todos os casos que estejam ligados ao direito à identidade. Além disso, o direito à identidade não pode ser reduzido, confundido ou subordinado a um ou outro dos direitos que inclui, nem à somatória dos mesmos. Certamente, o nome, por exemplo, faz parte do direito à identidade, mas não é seu único componente. Por outro lado, este Tribunal indicou que o direito à identidade está intimamente relacionado com a dignidade humana, com o direito à privacidade e com o princípio da autonomia da pessoa (arts. 7 e 11 da Convenção Americana).

598 OC-24, par. 158.

599 OC-24, par. 160.

600 Cf. OC-24, par. 161 e 171.

região, esse mesmo argumento tem sido usado para impedir a regulamentação de dois temas nos quais há uma necessidade urgente de esclarecer sua aplicação, como são o acesso ao aborto nas três causais permitidas ou o tipo de processos que devem ser adiantados para aplicar legalmente a eutanásia. Portanto, espero que o presente Voto contribua para que os Estados tenham em conta que a garantia de reserva legal não pode ser um obstáculo ao desenvolvimento de direitos, muito menos ao cumprimento das obrigações de direito internacional que adquiriram no momento da ratificação de tratados de direitos humanos como é a Convenção Americana.

Humberto A. Sierra Porto
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário