

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

**A eficácia da norma que  
ousou falar seu nome: os  
Princípios de Yogyakarta como  
potência densificadora do *Ius  
Constitutionale Commune* na  
América Latina**

**The efficiency of the rule  
that dared to say its name:  
the Principles of Yogyakarta  
as a densifying power of *Ius  
Constitutionale Commune* in Latin  
America**

Tiago Benício Trentini

Luiz Magno Bastos Jr

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

# Sumário

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

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

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

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

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

# A eficácia da norma que ousou falar seu nome: os Princípios de Yogyakarta como potência densificadora do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

## The efficiency of the rule that dared to say its name: the Principles of Yogyakarta as a densifying power of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America

Tiago Benício Trentini\*\*

Luiz Magno Bastos Jr\*\*\*

### Resumo

O artigo pretende defender que tais enunciados (os Princípios de Yogyakarta), por força discursiva de pronunciamentos vinculantes emanados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de sua introjção em processos nacionais de densificação dos direitos das pessoas LGBTI, passam a integrar esse insurgente ICCAL e, como tal, a gramática dos direitos humanos na América Latina, de forma que, definitivamente, já não possam mais ser ignorados pelas autoridades nacionais. A fim de pavimentar o caminho para a construção das premissas sinalizadas neste artigo, buscou-se conjugar um duplo esforço metodológico: o primeiro, de cunho acentuadamente dedutivo, por meio do qual se construíram as bases do fundamento ético-normativo adotado (pela conjugação da concepção identitária de Axel Honneth as bases do direito antidiscriminatório de Adilson Moreira); o segundo, de caráter predominantemente indutivo, por meio do qual buscou-se inferir das decisões da Corte Interamericana, das leis identitárias e decisões nacionais os fragmentos aptos a identificar a presença dos Princípios de Yogyakarta, conferindo-lhe força jurídica irradiante no contexto do IACCL. O potencial inovador do presente artigo consiste em revelar como é possível conferir eficácia normativa a Princípios que, originariamente, eram desprovidos de caráter vinculante. Sua legitimação material decorre da racionalidade dialógica que conferiu voz à percepção de grupos vulnerabilizados sobre sua própria condição existencial, conferindo potência à luta emancipatória de sujeitos coletivos por reconhecimento e por igual proteção do Estado.

**Palavras-chave:** *Ius Constitutionale Commune*; constitucionalismo transformador; Princípios de Yogyakarta; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; LGBTI.

\* Recebido em 31/05/2020  
Aprovado em 07/10/2020

\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Brasília - UnB (Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais); Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela PUC/PR; Especialista em Direito Homoafetivo e de Gênero pela UNISANTA; Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro pesquisador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI) nas áreas de direitos humanos, direito emergentes nas temáticas das diversidades sexuais e identitárias. Membro do grupo de pesquisa registrado junto ao CNPq – O Direito Achado na Rua (UnB). Advogado.  
E-mail: tiagobrentini@gmail.com.

\*\*\* Pós-doutor em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Canadá). Doutor e Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI). Membro fundador da ABRADep e da ACADE. Advogado publicista (direito eleitoral e administrativo). Sócio do escritório Menezes Niebhur.  
E-mail: lmagno@univali.br e lmagno@mnadvocacia.com.br.

## Abstract

This text aims to defend that the Yogyakarta Principles as discursive power of pronouncements from the Interamerican Humans Rights Court densifies LGBTI's people rights and composes an insurgent LAICC (Latin America Ius Constitutionale Commune). This way, the process of the human rights in Latin America can't be ignored by local authorities anymore. As a strategy to consolidate a way to built the premises we searched for a double effort: first, the deductive nature adopted as an ethical normative as the identity conception of Axel Honnet and the basis of the anti-discrimination rights; second, the inductive character used to educe the decisions from Interamerican Court, the identity laws and national decisions as fragments to recognize the presence of the Yogyakarta principles. This grants a radiant judicial power to the LAICC. The innovative potential of this article is to reveal the possibility of a normative efficiency vinculated to principles that were not originally provided as a binding character. Its material legitimation comes from a dialogic rationality that authorized the existential condition of vulnerable groups. Finally, it potentializes the emancipatory fight of collective subjects demanding for recognition and for equal protection from the Estate.

**Keywords:** Ius Constitutionale Commune; transformative constitutionalism; The Yogyakarta Principles; Interamerican System of Human Rights; LGBTI.

## 1 Introdução

O relevo social, político e cultural latino-americano exige especial atenção. De acordo com o estudo *Global Study on Homicide 2019*, realizado pela *United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC*<sup>1</sup>, a América é o lugar mais violento do mundo. Com um número de 17,2 assassinatos a cada 100 mil habitantes, a América lidera esses desastrosos números, enquanto na África este número é de 13, na Europa de 3, na Oceania de 2,8 e na Ásia de 2,3 assassinatos por 100 mil habitantes. O continente americano é a única região no globo em que esses números crescem desde o ano de 1990. Apesar de a América Latina e do Caribe terem alcançado a meta de reduzir pela metade a porcentagem de pessoas que vive com menos de 1,25 dólar por dia entre 1990 e 2015<sup>2</sup>, a região ainda ocupa a posição de mais desigual do mundo, onde cinco entre os dez países mais desiguais estão. Não por coincidência, é onde está a maioria dos países mais perigosos para se viver: El Salvador com 62,1, Venezuela com 56,8, Honduras com 41,7, Brasil com 30,5 homicídios a cada 100 mil habitantes.

Posicionar a sociedade, para que esteja em contato com outras expressões identitárias e sexuais, a não ser as hegemonicamente impostas, ganha ainda mais relevância nesse cenário. Por esse motivo, a interseção da violência contra a população LGBTI<sup>3</sup> é necessária. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/15-00878\\_odm\\_fichas\\_web\\_espanol-1.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/15-00878_odm_fichas_web_espanol-1.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>3</sup> LGBTI: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais. O acrônimo escolhido neste artigo está alinhado com a perspectiva de representatividade de todas as pessoas que possuem vivências sexuais e identitárias dissidentes em relação ao modelo binário cisheteronormativo hegemônico. Porém, é mister registrar o aumento do uso da sigla LGBTQIA+, que acreditamos ser o mais acertado dada a perspectiva mais representativa politicamente do movimento. LGBTQIA+ – sigla para Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, *Queers*, Intersexuais, Assexuais. O símbolo de positivo registra a perspectiva da representatividade de tantas quantas identidades existem e que o movimento continua aberto para novas lutas por reconhecimento. Para este texto, a sigla utilizada é a que o SIDH tem utilizado por meio de seus órgãos. Contudo, como a própria Corte afirma na OC 24/17 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 autoidentificam ou exibem identidades de gênero não binárias [...] esta sigla será utilizada de forma indistinta, sem que isso implique ignorar outras expressões de expressão de gênero, identidade de

Humanos, por meio de sua *Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex*, em um período de 15 meses — entre janeiro do ano de 2013 e março de 2014 — foram registrados 770 atos de violência contra a população LGBTI, incluindo 594 homicídios<sup>4</sup>. De acordo com a oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, as organizações da sociedade civil podem fornecer números mais fidedignos, pois algumas vítimas não se sentem seguras em demandarem suas questões<sup>5</sup>. Nesse entendimento, e de forma mais atualizada, a *Red Regional de Información sobre Violencias LGBTI en América Latina y el Caribe*, por meio de seu observatório *SinViolencia LGBTI*, na publicação *El Prejuicio no conoce Fronteras*<sup>6</sup> (relatório sobre homicídios de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexos entre os meses de janeiro de 2014 e junho de 2019) aponta que, nesse período de 5 anos, foram registrados, em nove países da América Latina e Caribe, mais de 1.300 pessoas LGBTIs assassinadas, no Brasil estimam outras 1.600 pessoas.

É nesse contexto latino americano, extremamente desafiador e diverso, de elevada desigualdade e violência, onde sociedades pós-coloniais lutam para consolidarem suas democracias e garantias aos direitos humanos frente a heranças de regimes autoritários ditatoriais, que os esforços do Sistema Interamericano de Direitos Humanos — dentro da perspectiva do reconhecimento dos direitos LGBTI — apresentam organicidade e potência densificadora em favor da proposta de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (*ICCAL*), que, por seu alcance transformador e estabilizador, angaria relevância para as vivências do Sul global<sup>7</sup>.

A abertura do sistema interamericano em absorver as características e especificidades das lutas por reconhecimento de direitos e por justiça, na região latino-americana, consolida sua organicidade, que é marcada

pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana [...] [que] gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social). De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*<sup>8</sup>.

gênero ou orientação sexual”. OC 24/17, par. 32.v. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_24_por.pdf).

<sup>4</sup> CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Violência contra pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>5</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*. A/HRC/41/45. p. 24. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/138/30/PDF/G1913830.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>6</sup> Observatório formado por 10 organizações defensoras dos direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexo, dentre elas a brasileira ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Com apoio da Diakonia e da Fundação FORD. Disponível em: [https://sinviolencia.lgbt/wp-content/uploads/2019/08/Informe\\_Prejuicios\\_compressed.pdf](https://sinviolencia.lgbt/wp-content/uploads/2019/08/Informe_Prejuicios_compressed.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>7</sup> O conceito de Sul Global é amplo e ainda discutido por vários nomes. Nos aproximamos da perspectiva que Boaventura de Sousa Santos apresenta na obra “Epistemologias do Sul”, da qual é organizador. O Sul Global revela-se como um espaço político de permanente disputa por forças progressistas e regressistas. “Designamos a diversidade epistemológica do mundo por epistemologias do Sul. O Sul é aqui concebido metaforicamente como um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Essa concepção do Sul sobrepõe-se, em parte, com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceção da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao do Norte Global (Europa e América do Norte)”. (SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.). “Uma epistemologia do Sul assenta em três orientações: aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995. p. 508.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios*. *Rev. Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>.

A perspectiva do *ICCAL*, talvez, exija um maior espaço argumentativo para seu melhor entendimento, porém, é preciso estabilizar, minimamente, esse conceito diante da necessidade que o presente texto impõe. Desde o ano de 2004, em que o Colóquio Iberoamericano foi estreado pelo Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público, uma das temáticas mais recorrentes e discutidas tem sido a da proposta de um constitucionalismo transformador na América Latina, que se traduz no esforço de superação de uma profunda exclusão social, utilizando-se de uma ferramenta condensada nas perspectivas dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito. Esse espaço tem proporcionado esforços dialéticos comparativos e internacionalistas, o que gera inovações para o campo, “*este enfoque jurídico holístico se conoce cada vez más como Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL)*”<sup>9</sup>.

Mas em que medida os dispositivos extraídos das respostas oferecidas na perspectiva do reconhecimento dos direitos LGBTI, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), são capazes de fundamentar uma eficácia normativa aos Princípios de Yogyakarta e, dessa forma, auxiliar a densificação da proposta de um *ICCAL*?

A emergência de um arcabouço normativo (mais), protetivo em matéria de reconhecimento da população LGBTI, é potencializada nesse cenário de dores e desigualdades acentuadas e pode revelar possibilidades transformadoras: a construção dialógica de um direito constitucional comum é um exemplo.

Nesse esforço, os Princípios de Yogyakarta<sup>10</sup> conferem um olhar atento e plural para as normas internacionais de direitos humanos que devem ser cumpridas por todos os Estados signatários do sistema. A possibilidade de conferência de uma eficácia normativa desses princípios pode ser analisada com base no prisma de quatro principais elementos: a) os reflexos da construção de um direito antidiscriminatório; b) o impacto do exercício de uma hermenêutica principiológica capaz de densificar os documentos de direitos humanos no âmbito internacional e c) pela ressonância de uma instrumentalização discursiva em documentos técnicos por parte dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A cooptação de elementos fundadores de uma eficácia normativa aos Princípios de Yogyakarta proporciona ressonâncias pavimentadoras de um *Ius Constitutionale Commune*, o que se revela como resposta de direção possível para garantias de conquistas.

Esses elementos estão presentes em produções normativas em âmbitos domésticos, nos moldes das leis identitárias da Argentina<sup>11</sup>, da Bolívia<sup>12</sup>, do Chile<sup>13</sup>, do Uruguai<sup>14</sup> e do PL Brasileiro<sup>15</sup>, em documentos (de caráter vinculante) apresentados no âmbito do Sistema ONU a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>16</sup>, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis<sup>17</sup> e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>18</sup>, do relatório A/HCR/19/41<sup>19</sup>, e nas respostas produzidas

php?script=sci\_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 apr. 2021.

<sup>9</sup> VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 138.

<sup>10</sup> Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26743-197860/normas-modifican>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/SantaCruz/pt-br/file/bolivia%20-%20ley%20807%20-%20ley%20de%20identidad%20de%20g%C3%A9nero%20-%202022%20mai%2016.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19684-2018>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>16</sup> Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/19/41>. Acesso em: 05 abr. 2021.

pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos como na Opinião Consultiva 24/17<sup>20</sup> e no caso *Duque vs Colômbia*<sup>21</sup>.

O presente texto busca fundamentar uma reflexão que possa irrigar propostas de não redução do alcance do fenômeno jurídico apenas às normas positivadas, legitimando as porosidades de um pensamento pluralista. O potencial inovador do presente artigo consiste em revelar como as raízes de uma possível eficácia normativa dos Princípios de Yogyakarta podem nutrir-se, diretamente, de uma racionalidade dialógica extraída de um imperativo ético, decorrente da perspectiva de um direito antidiscriminatório, que considera a percepção de grupos vulnerabilizados, legitimando a luta emancipatória de sujeitos coletivos pelo reconhecimento de direitos. Outros fatores de inovação são a utilização expressa de dispositivos contidos no documento dos Princípios de Yogyakarta, em respostas produzidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cristalização de diretrizes, contidas em documentos (ainda que não de forma expressa), no âmbito do Sistema Internacional dos Direitos Humanos, e as positavações dos princípios em âmbitos domésticos, um assunto ainda pouco enfrentado nas discussões acadêmicas na perspectiva do reconhecimento LGBTI.

O artigo procura, também, realçar, por meio de um caráter propositivo, a argumentação pavimentadora de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina e sua importância, que, assentado nos contextos de desigualdades sociais, políticas e culturais da região e pela busca contínua de uma cultura jurídica inflada por novos paradigmas jurídicos que se ancoram na prevalência da dignidade humana em um sistema multinível visa à consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. Por fim, o potencial crítico ancora-se no pensamento de um constitucionalismo transformador que angaria energia na gramática social e política que a luta por reconhecimento de direitos LGBTI proporciona.

## 2 Os Princípios de Yogyakarta: uma perspectiva plural sobre as normas internacionais de direitos humanos

A proposta originou-se no ano de 2005, quando a Alta Comissária para os Direitos Humanos, Louise Arbour, expressou sua preocupação em relação ao que ela chamou de “inconsistência na abordagem da lei e da prática” a respeito da temática: “*that although the principles of universality and non-discrimination apply to the grounds of sexual orientation and gender identity, there is a need for a more comprehensive articulation of these rights in international law*”. A intenção era de que o documento dos Princípios pudesse absorver uma função tripartite de promover um mapeamento das experiências de violações dos direitos humanos vividas por pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, de aplicação do direito internacional dos direitos humanos a tais condições da maneira mais articulada e precisa possível e, finalmente, definir, com algum detalhe, a natureza da obrigação dos Estados para a implementação efetiva de cada uma das obrigações de direitos humanos. Então, com o objetivo de promover essa compreensão mais consistente e coesa sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos nas questões que envolvessem a temática de orientações sexuais e identidades de gênero<sup>22</sup> e, dessa forma, procurar garantir os direitos humanos de todas as pessoas

<sup>20</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 24-17 de 24 de noviembre de 2017*. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>21</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>22</sup> Para este texto, foram adotados os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, expressos no documento dos Princípios de Yogyakarta, p. 7: “compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.

sem discriminação, reafirmando as obrigações dos Estados, é que uma comissão internacional, formada por 29 especialistas em direitos humanos (17 destes mulheres) de 25 países, oriundos de todos os continentes do globo, juntamente a uma coalizão de organizações não governamentais de direitos humanos, se reuniram em um Seminário Internacional na Universidade de Gadjah Mada, na cidade de Yogyakarta (por isso o nome do documento), na Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006 para finalizar e aprovar o texto<sup>23</sup>.

They included one former UN High Commissioner for Human Rights (Mary Robinson, also a former head of state), 13 current or former UN human rights special mechanism office holders or treaty body members, two serving judges of domestic courts and a number of academics and activists<sup>24</sup>.

Alguns arremates políticos, em relação ao sistema ONU, deram à proposta do documento de Yogyakarta ainda mais fundamento na argumentação de sua eficácia normativa. E, nesse sentido, dois deles possuem importância de registro. Primeiramente, no ano de 2001, alguns Estados-membros da Comissão dos Direitos Humanos fizeram oposição à inclusão de números e informações sobre assassinatos de membros de minorias sexuais, pela Relatora Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias em seu relatório, e forçaram a exclusão de dispositivos que possibilitariam a referência da temática na resolução que renovava seu mandato. A moção de censura ao Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, foi votada e vencida na sessão da Comissão do ano seguinte e, desde então, continua a ser autorizado uma preocupação com os casos LGBTI. Segundo, mesmo com a possibilidade de concessão de “status consultivo” a organizações não governamentais para permitir que participem de trabalhos no sistema ONU, prevista na Carta das Nações Unidas, sintomaticamente não havia nenhuma organização LGBTI credenciada. Essa prática discriminatória velada foi criticada pela Representante Especial do Secretário-Geral dos Defensores dos Direitos Humanos e pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Louise Arbour. Em dezembro de 2006, o Conselho Econômico e Social deu início aos primeiros credenciamentos dessas organizações<sup>25</sup>.

O escopo da proposta foi o desenvolvimento de um documento que acoplasse um conjunto de princípios jurídicos internacionais, sobre a temática da orientação sexual e identidade de gênero, à legislação internacional de direitos humanos já existente e admitida pelos Estados que são signatários. Dessa forma, adensando normas jurídicas internacionais vinculantes. Em outras palavras, a proposta do documento não foi de “criar” novos direitos, mas sim de construir uma declaração plural sobre o que o direito internacional dos direitos humanos diz sobre a temática LGBTI, tendo como base os princípios da igualdade e da não discriminação.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados<sup>26</sup>.

Por não se tratar de documento produzido pelos Estados, a natureza jurídica dos Princípios de Yogyakarta frequentemente é tensionada. A primeira tentativa de inserção do documento no sistema das Nações Unidas contou com sua apresentação no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, no ano de 2007<sup>27</sup>, sem aprovação. A segunda foi a apresentação do documento no Terceiro Comitê

<sup>23</sup> O’FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008.

<sup>24</sup> O’FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008. p. 233.

<sup>25</sup> SANDERS, Douglas. *International: the role of the Yogyakarta Principles*. aug. 2008. Disponível em: <https://outrightinternational.org/content/international-role-yogyakarta-principles>. Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>26</sup> PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. jul. 2007. p. 7. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>27</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

da Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 07 de novembro de 2007 em Nova York (em matéria social, cultural e humanitária), porém recebeu o apoio, apenas, de países ocidentais e latino-americanos, além de ONGs. De importante registro é o fato do documento dos Princípios de Yogyakarta terem sido traduzidos para as seis línguas oficiais da ONU, e de que, no Brasil, no mesmo ano, foram organizados quatro seminários de lançamento nas cidades de Porto Alegre, Nova Iguaçu, Rio de Janeiro e São Paulo<sup>28</sup>.

The Principles were celebrated as a crucial tool for sexual minorities, but without official sponsorship from sovereign states or a multilateral organization they were effectively nonbinding and did not technically affect international law. In light of these limitations, it was not immediately clear what impact—if any—the Principles would have on policymaking and the lives of sexual minorities<sup>29</sup>.

Trataremos, ainda nesse artigo, de forma um pouco mais aprofundada, como os Princípios podem ser investidos de uma eficácia normativa da qual, frente à atual recepção, exige grande esforço para afastá-los de propostas garantidoras de direitos da população LGBTI, “*after only two years, activists and policymakers in local, national, and international forums consistently invoke the Yogyakarta Principles as an authoritative document on the rights of sexual minorities worldwide*”<sup>30</sup>.

Na primeira versão do documento, foram adotados 29 princípios. Passados dez anos de sua publicação, entre os dias 18 e 20 de setembro de 2017, em Genebra, na Suíça, uma nova comissão de *experts*, também oriundos de todos os continentes, adicionou outros 9 princípios e 111 recomendações. Esse novo documento ficou conhecido como *The Yogyakarta Principles plus 10*<sup>31</sup>. O novo documento, sem dúvida, inaugurou uma nova era no que tange à temática das minorias sexuais em relação às produções normativas internacionais, trazendo propostas inovadoras, inclusive, para seus próprios dispositivos anteriores, a exemplo do alargamento da perspectiva do direito ao reconhecimento perante a lei presente no princípio 3 pelo princípio 31<sup>32</sup>.

The updated YP+10 issued in 2017 are more forward-looking and reflect novelties in international law rather than the accepted status quo. One novelty is Principle 31, which challenges the idea that gender is a static and binary legal category that states must record as part of personal status registrations, a view that was still taken for granted in the original Principles<sup>33</sup>.

As duas versões dos Princípios de Yogyakarta guardam, em suas propostas, perspectivas que — apesar de tratarem da mesma temática — possibilitam o registro do que podemos chamar de uma primeira e de uma segunda onda de reconhecimento. Se o impacto conceitual inovador do primeiro documento tensionou

<sup>28</sup> SANDERS, Douglas. *International: the role of the Yogyakarta Principles*. aug. 2008. Disponível em: <https://outrightinternational.org/content/international-role-yogyakarta-principles>. Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>29</sup> THORESON, Ryan Richard. Queering human rights: The Yogyakarta Principles and the norm that dare not speak its name. *Journal of Human Rights*, n. 8, p. 323-339, 2009. p. 323-324.

<sup>30</sup> THORESON, Ryan Richard. Queering human rights: The Yogyakarta Principles and the norm that dare not speak its name. *Journal of Human Rights*, n. 8, p. 323-339, 2009. p. 324.

<sup>31</sup> THE YOGYAKARTA principles plus 10: additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles. Geneva, nov. 2017. Disponível em: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5\\_yogyakartaWEB-2.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>32</sup> Princípio 3 – toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Princípio 31 – *everyone has the right to legal recognition without reference to, or requiring assignment or disclosure of, sex, gender, sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to obtain identity documents, including birth certificates, regardless of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to change gendered information in such documents while gendered information is included in them.*

<sup>33</sup> HOLZER, Lena. Smashing the Binary?: a new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10. *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, v. 1, n. 1, p. 98-133, 2020.

espaços decisórios, o segundo documento alargou ainda mais essas perspectivas: a norma que ousou em dizer seu nome<sup>34</sup>, agora ousa em escolher dizer (ou não) sua identidade. A análise da conexão entre os princípios 3 e 31 evidencia que a década que os separou trouxe uma prospecção de reconhecimento ainda mais abrangente. Em um primeiro momento, no cenário internacional, buscou-se o reconhecimento da existência dessas pessoas perante a lei e o direito de autodefinição quanto a sua orientação sexual e identidade de gênero (princípio 3), fundamentando-os na esfera da intimidade e nos constructos da dignidade e da liberdade, porém ainda a respeito de uma racionalidade binária (feminino *versus* masculino) que silenciou (talvez de forma estratégica) outras vivências identitárias dissidentes a esse modelo, a exemplo dos intersexuais e não binários, e ainda sem — de forma expressa — trazer a possibilidade de retificação da condição identitária nos registros públicos. Já em um segundo momento, o esforço foi de alargamento desse direito a um reconhecimento legal (princípio 31), possibilitando o alcance de outras condições e vivências, projetando, dessa forma, a garantia de direitos e a visibilidade dessas pessoas, baseadas no Princípio da Autodeterminação.

Ao tensionar os limites do princípio 3, cria-se uma possibilidade de perfectibilização do reconhecimento buscado na afirmação de que toda pessoa tem o direito a um reconhecimento legal sem referência ou exigência de marcadores identitários ou sexuais, o que abre caminho para a desconstrução desse modelo binário hegemônico excludente (por exemplo o gênero neutro ou a exclusão dos marcadores de gênero) e, de forma expressa, garante o direito de toda pessoa de retificar seus registros públicos utilizando mecanismos rápidos — de forma a compatibilizá-los com suas reais identidades e vivências — enquanto esses marcadores forem exigidos. Experiências ao redor do globo auxiliam a pavimentação dessa perspectiva, como a Declaração de Malta que traz “*in the future, as with race or religion, sex or gender should not be a category on birth certificates or identification documents for anybody*”<sup>35</sup>. Alguns Estados adotam respostas lastreadas no princípio 31, em uma perspectiva de exceções — enquanto o horizonte da abolição de marcadores sexuais e identitários (nos registros públicos) ainda se mostra desafiador. É o caso da Argentina, em 2018 (seis anos após promulgada sua lei identitária), um adulto recebeu a primeira certidão de nascimento sem gênero, fundamentada na lei de identidade Argentina 26.743/12<sup>36</sup>. Outro exemplo de possível exceção ao tradicional registro público foi possível na Alemanha, com a alteração da lei de *status* pessoal em 2018, pessoas *intersex* que obtiverem atestado médico sobre sua condição podem subtrair seus marcadores de gênero em seu registro civil, além da possibilidade de solicitarem o registro utilizando a categoria “divers” ou “diverso” (em uma tradução livre). Outras decisões alemãs já entenderam que a mesma lei possibilita que pessoas trans usufruam da mesma possibilidade<sup>37</sup>. Apesar de certa carga patologizante, são respostas que abrem caminhos para horizontes de reconhecimento mais alargados. Outros exemplos vêm de alguns membros da União Europeia que garantem à pessoa recém nascida, identificada como intersex, a possibilidade de registrar seus marcadores identitários em momento posterior, de acordo com a Agência para Direitos Fundamentais da União Europeia, alguns Estados não determinam esse lapso temporal, como Áustria e Países Baixos (o que novamente cria espaço para uma futura abolição de marcadores sexuais e identitários), outros países como a França fixam um período de até 3 anos após o nascimento<sup>38</sup>. Já em Malta, os genitores ou responsáveis legais podem postergar o registro do gênero do recém-nascido até que a pessoa complete 18 anos de idade<sup>39</sup>. Na América Latina, além da já citada Argentina, o Uruguai desponta como, talvez, o Estado possuidor da norma identitária (lei 19.684 de 2018) mais completa e moderna da região: “art.1 – [...] *Este derecho incluye el*

<sup>34</sup> Alusão ao epigrama de Oscar Wilde: “*the love that dare not speak its name*” e até então ao silêncio da garantia expressa do direito ao reconhecimento legal das pessoas LGBTI.

<sup>35</sup> MALTA Declaration: Third International Intersex Forum, 2013. Disponível em: <https://oieurope.org/malta-declaration/>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>36</sup> Disponível em: <https://www.politicallore.com/argentina-issued-first-gender-neutral-birth-certificate/18119>. Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>37</sup> Disponível em: [http://www.bverfg.de/e/rs20171010\\_1bvr201916en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html). Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>38</sup> Disponível em: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-focus-04-intersex\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf). Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>39</sup> Disponível em: <https://legislation.mt/cli/cap/540/eng/pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona”. Outras respostas estatais estão sendo dadas via judiciário em seus âmbitos domésticos, como recentemente no Brasil, a decisão da magistrada que reconheceu o direito de a pessoa declarar que seu gênero é neutro em seu registro público<sup>40</sup>.

Apesar das críticas de algumas alas dos movimentos feministas que entendem que a exclusão ou abolição de marcadores sexuais ou identitários nos registros civis poderiam ter um efeito negativo ao movimento político de reconhecimento das identidades femininas, “*the Principles attempt to make sex a defunct legal category (as) we are moving towards a society where sex does not exist, especially for women and girls, and to destroy the gains made in past decades by the feminist movement*”<sup>41</sup>, movimentos de revisão dessas necessidades pelo globo são importantes, como afirma a Agência da União Europeia para Direitos Fundamentais (FRA) “*Gender markers in identity documents and birth registries should be reviewed to better protect intersex people*”<sup>42</sup>.

Para uma melhor análise da profundidade do dispositivo contido no princípio 31, é possível valer-se das teorias *queer*<sup>43</sup> e, pontualmente, nesse caso, a proposta teórica da filósofa política Judith Butler parece encontrar confortável espaço. Butler posiciona a categoria gênero como potência desestabilizadora do conceito binário de “sexo” e, nesse esforço, desenvolve o conceito do que chama de performatividade, que introjeta no debate a ideia de que gênero em nossas sociedades modernas, na verdade, são performances absorvidas, desempenhos que apenas existem por força de modelos normalizados (e normatizados), implodindo a perspectiva estável e inata da binariedade<sup>44</sup>. Em direção do mesmo tensionamento, “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”<sup>45</sup>. Nesse sentido, a palavra gênero se insurge como uma potente categoria analítica que procura desestabilizar a imposição de um determinismo biológico sobre o que é ser “mulher” e “homem”.

Outra perspectiva guardada pela inovação que os Princípios de Yogyakarta trazem, em especial o princípio 31, é a da decolonialidade<sup>46</sup>. Entender o que Beauvoir propõe com o “tornar-se mulher” é tensionar um modelo binário imposto, trata-se de uma virada decolonial. A compreensão hegemônica a respeito do binarismo cisheteronormativo<sup>47</sup>, que cria hierarquias de gênero, foi impressa nas colônias pelas metrópoles. Por exemplo, nos povos originários da América Latina, as identidades de gênero e a diversidade sexual eram muito mais fluídas<sup>48</sup>, sendo ortopedicamente engessadas por meio dos processos de colonização. Daí a necessidade e importância de compreender o conceito de gênero como uma categoria analítica decolonial.

<sup>40</sup> Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nem-homem-nem-mulher-pessoa-obtem-direito-de-registrar-que-o-seu-genero-e-neutro?inheritRedirect=true>. Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>41</sup> HOLLOWAY, Geoff. *The Yogyakarta Principles & the Women's Human Rights Campaign*. 2020.

<sup>42</sup> Disponível em: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-focus-04-intersex\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf). Acesso em: 22 maio 2021.

<sup>43</sup> A expressão Teoria *Queer* surge na década de 90 do século XX, pela primeira vez, por meio do artigo “*Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities*”, publicado na revista “*diferences*” de autoria de Teresa de Lauretis. A expressão teve como referencial teórico os estudos de Foucault e Derrida, além de Judith Butler. Traz a perspectiva questionadora, transformadora e radicalizadora para uma minoria marginalizada por sociedades heteronormativas. Ser *queer* é tensionar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura.

<sup>44</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

<sup>45</sup> BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. v. 2.

<sup>46</sup> O termo decolonial refere-se à intenção de superar o momento colonial pelo momento pós-colonial, é de provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua. Por sua vez, a expressão “decolonial” não pode ser confundida com “descolonização”. Em termos históricos e temporais, essa última indica uma superação do colonialismo. (Catherine Walsh, 2009, p. 15-16). O termo foi cunhado pelo grupo Modernidade/Colonialidade nos anos 2000 e que pretende inserir a América Latina de uma forma mais radical e posicionada no debate pós-colonial.

<sup>47</sup> O Conceito que tensiona as normas sociais e políticas que buscam exercer poder suficiente para subalternizar outras vivências ou identidades de gênero. Nesse sentido dizer que uma sociedade é cisheteronormativa significa dizer que, nesta sociedade, o padrão social aceito de forma hegemônica é o padrão binário homem *versus* mulher, feminino *versus* masculino e que admite como inteligível apenas a heterossexualidade. Esta sociedade lançará mão de todas as formas de produção de poder para resguardar sua intenção de dominação.

<sup>48</sup> FERNANDES, Estevão Rafael. *Decolonizando sexualidades: enquadramentos coloniais e homossexualidade indígena no Brasil e nos Estados Unidos*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Performar um estudo decolonial passa por entender, diferente do que se convencionou chamar de pós-colonialismo, que tal forma de realizar estudos está ligada à história da América Latina. Isso significa que, nesse contexto, fala-se em continuidade das relações coloniais de poder — a colonialidade do poder — “através das categorias de gênero, raça e classe” e que não vivemos um momento pós experiência do colonialismo: a colonialidade é e continua a ser presente na relação entre os países, entre países e sujeitos, e entre os sujeitos, colonialidade que é “de poder, saber, ser, natureza e linguagem, sendo também constitutivas dessas”<sup>49</sup>.

A potência da palavra gênero, enquanto categoria analítica decolonial, desagua também no conceito de direitos humanos como um projeto de sociedade. Diz Herrera Flores:

creio, sinceramente, que chegou o momento de redefinir uma categoria tão importante para compreender os desafios com os quais se depara a humanidade em início do século XXI. Neste sentido, nós definimos os direitos humanos como ‘processos de luta pela dignidade’, ou seja, o conjunto de práticas sociais, institucionais, econômicas, políticas e culturais levadas a cabo pelos movimentos e grupos sociais em sua luta por um acesso igualitário e não hierarquizado a priori aos bens que fazem digna a vida que vivemos<sup>50</sup>.

Mesmo diante dos desafios e das críticas, é fato que o documento dos Princípios de Yogyakarta representa grande avanço no que tange à garantia dos direitos humanos da população LGBTI. Este pode com segurança ser descrito como “*the most authoritative statement of international human rights law obligations for States in promoting and protecting the rights of persons of diverse sexual orientations and gender identities*”<sup>51</sup>.

### 3 A inafastável contribuição dos Princípios de Yogyakarta: dispositivos catalizadores para uma eficácia normativa

Os Princípios de Yogyakarta são um lembrete oportuno de que a subalternização e a vulnerabilização dos corpos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais, *queers* e tantas outras vivências sexuais e identitárias viola o direito internacional dos direitos humanos, bem como os padrões comuns de humanidade que definem todos nós. Sua potência nasce de seu fundamento humano e de sua fluidez, que alcança vários espaços de produção normativa, e, em um movimento dialógico, sedimenta sua carga contributiva, o que torna sua carga plural, especializada e protetiva, inafastável — pois existe um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional de direitos humanos em favor destas pessoas. Esse processo dialógico pode ser analisado sob os efeitos de três perspectivas: a) da construção de um direito antidiscriminatório; b) do exercício de uma hermenêutica principiológica do oprimido e c) de uma produção normativa discursiva.

#### 3.1 O Direito antidiscriminatório e as leis identitárias

As leis identitárias, assim conhecidas por tratarem das questões das expressões e identidades de gênero, na América Latina, podem exemplificar como a proposta de um direito antidiscriminatório pode se calcificar em diplomas normativos. Ao identificarem essas omissões, essas normas propõem transformações inclusivas e plurais que se irradiam por todo o tecido social na produção de igualdades.

As decisões judiciais sobre a aplicação dessas normas a variadas situações de exclusão, a reflexão teórica

<sup>49</sup> LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista de Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-954, 2014. p. 940.

<sup>50</sup> FLORES, Joaquim Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Entrevista concedida a José Geraldo de Sousa Junior. *Constituição & Democracia: Observatório da Constituição e da Democracia*, Brasília, n. 23, jun. 2008.

<sup>51</sup> CARPENTER, Morgan. Intersex human rights, sexual orientation, gender identity, sex characteristics and the Yogyakarta Principles plus 10. *Culture Health & Sexuality*, jul. 2020.

sobre processos responsáveis pela subordinação, a elaboração de novas perspectivas de interpretação da igualdade e a criação de mecanismos institucionais e políticas públicas destinadas à proteção de minorias e grupos vulneráveis são elementos que formam um campo jurídico que tem sido chamado de Direito Antidiscriminatório<sup>52</sup>.

A construção de um direito antidiscriminatório deve atravessar a urgência da luta contra a discriminação negativa por orientações sexuais, identidades e expressões de gênero, sob pena de cair nas armadilhas das LGBTQIAfobias e, dessa forma, não cumprir com sua natureza que se amálgama em um dos elementos medulares de textos convencionais e constitucionais: a redução das desigualdades. Uma sociedade será tão democrática quanto forem os seus compromissos com a busca de garantias de proteções individuais, dos direitos sociais, das inclusões. Nesse esforço, o sistema jurídico assume importante protagonismo, pois é fato que a “luta pelo tratamento igualitário para os membros desse grupo não é um mero tipo de identitarismo [...]”. Ela é uma luta de expansão da democracia, um sistema político que pretende expandir os sentidos e as formas de proteção da igualdade”<sup>53</sup>.

Como já apresentado, os lugares de fala latino-americanos são marcados por profundas e variadas desigualdades, o que potencializa ainda mais a necessidade e a emergência de constructos antidiscriminatórios que podem se valer de “tratados internacionais, textos constitucionais [...] legislação especial [...] decisões de tribunais nacionais e internacionais<sup>54</sup>” como suas fontes.

Nesse esforço, os Princípios de Yogyakarta assumem grande importância ao desenharem um parâmetro que é estratégico na luta por reconhecimento do movimento LGTI: o de uma cidadania identitária. Este é um parâmetro medular para o exercício de uma produção normativa nas esferas legislativas e de aplicação nas esferas judiciais, de um direito antidiscriminatório, aperfeiçoando o funcionamento do sistema no contexto das diversidades. É o que se pode extrair do texto preambular do referido documento:

NOTANDO que a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência; RECONHECENDO que há um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional de direitos humanos como sendo aplicável à vida e à experiência de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas<sup>55</sup>.

Esses reflexos positivos podem ser facilmente percebidos quando analisados os exemplos de leis identitárias na região da América Latina. Em uma ordem progressiva de amplitude de dispositivos reconhecidos, podem-se extrair das leis da Bolívia, Chile, Argentina e Uruguai incidências principiológicas oriundas do documento de Yogyakarta.

<sup>52</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 50.

<sup>53</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 634.

<sup>54</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 63.

<sup>55</sup> Princípios de Yogyakarta, 2007, preâmbulo.

Artigos com incidência principiológica				
Dispositivo dos Princípios de Yogyakarta	Bolívia - Lei 807/16	Chile - Lei 21.120/18	Argentina - Lei 26.743/12	Uruguai - Lei 19.684/18
Art. 1 - DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	5	4	1	1 e 3
Art. 2 - DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO	5 e 6	4 e 5	12 e 13	2
Art. 3 - DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI	1	1 e 2	1 e 3	5, 6 e 9
Art. 6 - DIREITO À PRIVACIDADE	6	5	9	6
Art. 12 - DIREITO AO TRABALHO		23		12 e 13
Art. 13 - DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL E A OUTRAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO SOCIAL		23		2 e 7
Art. 15 - DIREITO À HABITAÇÃO ADEQUADA				22
Art. 16 - DIREITO À EDUCAÇÃO				15 e 16
Art. 17 - DIREITO AO PADRÃO MAIS ALTO ALCANÇÁVEL DE SAÚDE			11	19
Art. 18 - PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS MÉDICOS				20
Art. 26 - DIREITO DE PARTICIPAR DA VIDA CULTURAL				18
Art. 29 - RESPONSABILIZAÇÃO ("ACCOUNTABILITY")	4 e 12	25		7 e 10

Fonte: produção própria.

Uma análise mais aprofundada que alcance fundamentos mais subjetivos, inclusive, é necessária. O limite de espaço no presente texto não permite tal exercício, porém, mesmo não sendo o foco de esforço, é necessário, minimamente, demonstrar esse panorama para uma melhor visão da dinâmica dessa gramática. É possível perceber reflexos do documento de Yogyakarta na construção de alguns dispositivos nas leis identitárias existentes na região da América Latina. Outrossim é o convencimento de que diplomas mais recentes tendem a abarcar (de forma objetiva) mais dispositivos principiológicos (por exemplo nos casos do Chile e do Uruguai). A lei uruguaia parece estar mais conectada a uma proposta de reconhecimento pleno, e à frente da realidade latino-americana. Porém, apesar de a norma argentina conter, objetivamente, menos dispositivos em relação às normas bolivianas e chilenas, ela traz, em seu bojo, um conteúdo material mais moderno e avançado, como o uso de uma racionalidade não binária (que não traz a obrigatoriedade de marcadores conformados com os conceitos de masculino e feminino), de uma perspectiva não patologizante (que não exige nenhum documento médico ou psiquiátrico para a possibilidade de adequação dos registros públicos), de um procedimento mais acessível quanto à não exigência da interferência de advogados e na concessão do benefício da gratuidade para o procedimento.

Cabe às instituições jurídicas garantir que práticas sociais não operem como um instrumento para a reprodução de estereótipos que negam a humanidade de membros de minorias sexuais. O comprometimento com a eliminação de castas sociais é um dos propósitos centrais do princípio da igualdade, o que mostra a relevância a consideração desse princípio constitucional nessa matéria, requisito para a construção de uma cidadania igualitária em nossa sociedade<sup>56</sup>.

Outros exemplos que calcificam ressonâncias principiológicas do documento de Yogyakarta podem ser visualizados em importantes posicionamentos pela Suprema Corte brasileira nos julgamentos da ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26)<sup>57</sup> e do mandado de injunção (MI 4733)<sup>58</sup> que decidiu que, até que o país edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo (Lei 7.716/89)<sup>59</sup> já prevista no ordenamento doméstico brasileiro.

<sup>56</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 636.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

<sup>59</sup> BRASIL. *Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm). Acesso em: 29 maio 2021.

[...] **É preciso também não desconhecer**, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a **existência dos Princípios de Yogyakarta**, notadamente daqueles que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero. **Essa importante Carta de Princípios**, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, fez consignar as seguintes considerações: “INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. **A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso**[...].<sup>60</sup>

Nesse mesmo julgamento, **foram invocados os “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero”**, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”, que têm plena incidência no presente caso.<sup>61</sup>

A partir dessa decisão, ainda no âmbito internacional, o reconhecimento de que a orientação sexual é discriminação atentatória consta de uma série de decisões e precedentes internacionais, como, por exemplo, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que observou que **“os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção”** (E/C.12/GC/28, par. 32). No mesmo Comentário, o Comitê indica que os Princípios de Yogyakarta devem ser utilizados como fontes para as definições de “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Assim, no Princípio 2, **a Declaração de Yogyakarta dispõe que “a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”**.<sup>62</sup>

Outras decisões recentes, também no âmbito doméstico brasileiro, a exemplo da justiça do Estado do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Estado de Santa Catarina, garantiram à parte autora o direito de, no momento da retificação de nome e “sexo<sup>63</sup>”, em seus registros públicos, constasse um marcador identitário mais próximo de suas vivências identitárias. No caso de Santa Catarina, a justiça concedeu o direito à pessoa autora de utilizar o marcador “gênero neutro”<sup>64</sup>. No caso da cidade de São Paulo, foi garantido o uso do marcador “não binário” e, no caso do Rio de Janeiro, o uso de “sexo não especificado”<sup>65</sup>. Todas essas decisões, sob os fundamentos dos princípios do direito à autodeterminação, dignidade, igualdade, da privacidade, da não patologização, se justificam na busca de espelhar, minimamente, nos documentos públicos a realidade vivida pelas pessoas.

Exemplos de cristalizações de uma proposta de um direito antidiscriminatório que contribuem, em alto grau, com a cristalização de uma eficácia normativa, aqui defendida. Porém, para além dessa dimensão, é

<sup>60</sup> Trecho do voto do relator – Ministro Celso de Mello no julgamento da ADO 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. (grifo nosso).

<sup>61</sup> Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADO 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. (grifo nosso).

<sup>62</sup> Trecho do voto do Ministro Relator Edson Fachin no julgamento da MI 4733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. (grifo nosso).

<sup>63</sup> Existe muita confusão a respeito do que a lei de registros públicos brasileira (Lei 6.015/73) identifica como “sexo”. Em nenhum outro diploma normativo se faz distinção entre sexo e gênero, muito menos documentos que definam as categorias de marcadores para sexo a lei oferece, ficando à mercê da construção cultural e da práxis a obrigatoriedade registral binária entre as categorias de homem *versus* mulher, feminino *versus* masculino.

<sup>64</sup> Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nem-homem-nem-mulher-pessoa-obtem-direito-de-registrar-que-o-seu-genero-e-neutro?inheritRedirect=true>. Acesso em: 25 maio 2021.

<sup>65</sup> Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10690-Justica-autoriza-genero-nao-especificado-em-registro-civil>. Acesso em: 27 maio 2021.

inafastável a consolidação de um imperativo ético que nasce das perspectivas de lutas por uma sociedade que precisa entender que não basta mais não admitir qualquer nível de discriminação, é preciso ser antidiscriminatória e se afastar de mecanismos reprodutores de violências históricas, aproximando-se de produções de reconhecimento com resultados de autorespeito e de autoestima das pessoas e sujeitos coletivos, saturando a proposta dos Princípios de Yogyakarta com o objetivo atuando e produzindo integridade social e dignidade.

### 3.2 A hermenêutica do oprimido e a densificação das normas internacionais

É possível o exercício de uma hermenêutica capaz de densificar normas internacionais de direitos humanos? E na possibilidade, é admissível admitir perspectivas elaboradas apenas por membros que, na maioria das vezes, interpretam normas com base em experiências sociais hegemônicas e subalternizantes? Se, de fato as propostas dos princípios de igualdade, dignidade e não discriminação são um compromisso internacional a serem buscadas, a escuta polifônica e o olhar diverso para as minorias sexuais e identitárias espoliadas e vulnerabilizadas não podem ser desconsideradas.

un importante desarrollo que ha tenido impacto en el derecho internacional en materia de identidad y expresión de género se encuentra en los Principios de Yogyakarta<sup>17</sup>, emitidos en el año 2007 y actualizados mediante la aprobación de los Principios de Yogyakarta+10, en 2017 [...] Si bien estos principios **no constituyen un instrumento internacional de carácter vinculante, interpretan las obligaciones estatales ya consagradas en tratados internacionales de carácter vinculante**, a la luz del principio de no discriminación, cuando esta se basa en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o características sexuales. (Estos principios reflejan las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho internacional)<sup>66</sup>.

Em certa medida, os Princípios de Yogyakarta apresentam interpretações e aplicações especializadas acerca de normas internacionais de direitos humanos, um exercício hermenêutico que acopla o documento aos fundamentos de normas vinculantes. O documento oferece uma perspectiva protetiva, afirmando que a orientação sexual e a identidade de gênero<sup>67</sup> são essenciais para o cumprimento das promessas de igualdade, de não discriminação e de dignidade em prerrogativas de fruição de direitos por todas as pessoas.

O Princípio da Igualdade, de maneira geral, é o parâmetro central do constitucionalismo moderno e grande parte da doutrina posiciona-se na direção de um entendimento da igualdade como caráter procedimental também. Em outras palavras, “mais do que um princípio jurídico, a igualdade opera nessa perspectiva como um critério para a averiguação de normas que violam o requisito do tratamento igualitário entre pessoas”<sup>68</sup>, que teoricamente são iguais e merecem tratamento igualitário. Porém, como lembra Boaventura, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”<sup>69</sup>.

Uma hermenêutica principiológica que não leve em consideração os lugares de fala<sup>70</sup> de grupos vulne-

<sup>66</sup> CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>67</sup> Adotaremos, na perspectiva deste trabalho, os conceitos trazidos pelos Princípios de Yogyakarta, que compreendem “orientação sexual como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; e “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

<sup>68</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 280.

<sup>69</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

<sup>70</sup> O conceito de lugar de fala nasce da Teoria do Ponto de vista Feminino, porém são várias as autoras e estudiosas que compõem

rabilizados a quem, em última análise, os princípios estão endereçados pode cumprir com os compromissos normativos? A experiência social de minorias pode estar apartada de uma valoração normativa no processo de interpretação jurídica? A busca pela promessa convencional de emancipação de grupos precarizados<sup>71</sup> constitui um compromisso.

A proposta trazida por Adilson José Moreira, de uma “hermenêutica do oprimido”, oferece possibilidades contributivas nessa discussão quando revela a potência das análises interpretativas de normas, sob o olhar de participantes de grupos minoritários e vulnerabilizados.

Esses autores e essas autoras afirmam que perspectivas tradicionais da igualdade contribuem para a reprodução da opressão porque desconsideram a existência e as consequências das formas de marginalização que membros de grupos sociais minoritários sofrem. Essa crítica está associada ao fato de que essas perspectivas interpretativas são elaboradas e empregadas por membros dos grupos dominantes, motivos pelo qual muitos interpretam normas jurídicas a partir da experiência social que eles possuem. [...] Eles afirmam que a experiência social de grupos marginalizados deve ter um valor normativo no processo de interpretação jurídica<sup>72</sup>.

As porosidades que os Princípios de Yogyakarta apresentam são capazes de recepcionar “uma postura hermenêutica sensível às demandas de igualdade elaboradas por grupos oprimidos”, pois possuem aberturas capazes de incluir reflexões sobre movimentos interpretativos que considerem a historicidade dos processos de espoliação e vulnerabilização a que a população LGBTI é submetida. O que possibilita o alinhamento de uma dimensão política das normas internacionais de direitos humanos às lutas por reconhecimento dessa população e a consideração de “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, o que inclui a pluralidade das vivências identitárias e sexuais por meio de uma “hermenêutica do oprimido [que] está especialmente interessada em examinar os meios a partir dos quais normas e discursos jurídicos operam para promover a institucionalização de certas identidades como requisito para o acesso a direitos”<sup>73</sup>.

É imperativo o comprometimento com os contextos sociais, culturais e políticos em que grupos minoritários são inseridos e, nesse sentido, uma hermenêutica deve nutrir-se de perspectivas protetivas e emancipatórias, absorvendo critérios que transbordam a racionalidade procedimental (que é necessária) e acionam critérios substantivos, sob pena de não alcançarem os fatos das vivências e das dores reais.

Uma hermenêutica do oprimido não pode ignorar o fato de que o processo de interpretação jurídica tem também uma dimensão política. [...] A hermenêutica do oprimido parte do pressuposto de que o intérprete não fala de um lugar de plena neutralidade. [...] O intérprete fala de um lugar social atravessado por manifestações ideológicas e também por relações de poder, o que o faz perceber o funcionamento das relações sociais a partir de certa perspectiva. [...] A hermenêutica do oprimido está especialmente

---

esse conceito pensando lugar de fala a partir da psicanálise, analisando, por exemplo, obras de Michel Foucault, de estudos de Linda Alcoof e de Gayatri Spivak (em especial em seu emblemático artigo “Pode o subalterno falar?”). Djamilia Ribeiro adensa este conceito a partir dos pensamentos destas autoras e autores, mas, em especial, de nomes como de Patrícia Hill Collins e Grada Kilomba. Lugar de fala não se trata de experiências individuais, necessariamente, mas de pensar as condições sociais que permitem ou não que esses grupos acessem espaços de cidadania. É pensar como o lugar nas relações de poder ocupado por certos grupos limita a participação. Não poder acessar certos espaços sociais implica na não produção de epistemologias desses grupos e, conseqüentemente, na imposição do silêncio à estas pessoas. O conceito questiona as epistemologias dominantes e, nesse movimento, evidencia os saberes produzidos pelos grupos colonizados e subalternizados e, assim, desestabiliza a existência de um sistema de poder que invisibiliza e invalida vivências e saberes de grupos marginalizados. Essencialmente, refere-se à potência que uma pessoa possui para falar sobre a sua situação social enquanto pertencente a um grupo minoritário, ao lugar social de prática discursiva associada às experiências sociais específica e, em geral, relacionada a algum tipo de opressão ou espoliação. RIBEIRO, Djamilia. *O que é lugar de fala?*. Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2017. p. 54.

<sup>71</sup> O conceito de vidas precárias é desenvolvido no livro de Judith Butler que leva o mesmo nome, que inaugura um alargamento das discussões teóricas da autora, após a obra anterior *Bodies That Matter* (2020). O tensionamento central é: o que conta como uma vida? Questiona os processos de humanização e de desumanização que traçam linhas que definem quais vidas serão consideradas vivíveis e quais mortes não poderão ter seus prantos publicizados. Reflete sobre a insensibilidade ao sofrimento humano. BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

<sup>72</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 299.

<sup>73</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 310, inserção nossa.

interessada em examinar os meios a partir dos quais normas e discursos jurídicos operam para promover a institucionalização de certas identidades como requisito para o acesso a direitos<sup>74</sup>.

É importante e fundamental que se considerem pressupostos jurídicos capazes de pacificar a proposta de uma hermenêutica voltada aos esforços protetivos e alinhada com o constructo dos direitos humanos. Uma hermenêutica emancipadora encontra guarida jurídica nos princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação e da dignidade humana. O que contribui para a busca pela efetivação de um compromisso normativo do sistema internacional de direitos humanos, na luta por reconhecimentos e emancipações em vistas de sociedades mais igualitárias e plurais.

### 3.3 A produção discursiva do SIDH: os documentos técnicos

Os órgãos competentes para os assuntos relativos aos compromissos assumidos pelos Estados, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), e conseqüentemente, os revestidos de autoridade suficiente para o que nomearemos aqui de produção discursiva, são a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>75</sup>, considerados, também, os mais altos órgãos dentro do sistema. Para uma análise a respeito do alcance dos efeitos de uma produção discursiva por meio dos documentos técnicos forjados dentro do SIDH, fundamentais ao objetivo deste artigo, é mister que se estabilize, minimamente, a competência e as funções do órgão gerador, nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Preliminarmente, é importante mencionar que a Corte se compõe de sete juizes oriundos dos Estados membros, eleitos dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos<sup>76</sup>. A CIDH possui competência tanto consultiva quanto jurisdicional, isso significa dizer que ela é investida da faculdade para aplicar e de ser intérprete última das disposições contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>77</sup>, por tratar-se do mais alto órgão e por possuir essa dupla funcionalidade, “*tiene la facultad inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (Kompetenz-Kompetenz)*”<sup>78</sup>. Em outras palavras, ela possui poder para legislar sobre sua própria competência. Para a análise desse primeiro documento, importa registrar, também, que sua função consultiva permite interpretar qualquer dispositivo convencional e sua autoridade lhe outorga a legitimidade de emitir as conhecidas Opiniões Consultivas (OC), produzidas a partir de provocação realizadas pelos Estados membros<sup>79</sup>.

Ademais, é potente que se traga para o debate aqui pretendido a característica dinâmica dos tratados de direitos humanos que a Corte tem feito questão de introjetar em suas interpretações e aplicações.

[...] la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>80</sup>.

Com o objetivo de expor como os Princípios de Yogyakarta podem amparar efeitos discursivos produ-

<sup>74</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 309-310.

<sup>75</sup> Conforme art. 33 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

<sup>76</sup> Conforme art. 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

<sup>77</sup> Conforme art. 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

<sup>78</sup> Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, par. 15. Previsão no art. 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

<sup>79</sup> Conforme art. 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

<sup>80</sup> Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, par. 58. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 11 abr. 2021.

zidos pela CIDH, será apresentado um exemplo de cada uma das duas funções exercidas pela Corte: OC 24/17 (função consultiva) e o caso Duque *versus* Colômbia (função jurisdicional).

### 3.3.1 Opinião Consultiva (OC) n.º 24 de novembro de 2017<sup>81</sup>

Em maio de 2016, o Estado da Costa Rica, com fundamento no art. 64.1<sup>82</sup> da Convenção Americana (que permite aos Estados solicitarem à Corte opiniões consultivas não apenas a respeito da Convenção, mas também de qualquer outro tratado de direitos humanos no âmbito dos Estados americanos), apresentou uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação e o alcance dos artigos 11.2<sup>83</sup>, 18<sup>84</sup> e 24<sup>85</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação ao artigo 1<sup>86</sup> do próprio instrumento. O objetivo do Estado da Costa Rica com essa solicitação era que a Corte se pronunciasse a respeito de diversos questionamentos<sup>87</sup>, dos quais, em razão dos propósitos deste trabalho, destaca-se o primeiro deles, formulado nos seguintes termos:

tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?<sup>88</sup>

A intenção costarriquenha em consultar a Corte a respeito da possibilidade de retificação do nome de pessoas transexuais e seus reflexos abriu a possibilidade de uma definição importante dentro do universo de reconhecimento das pessoas LGBTI. Em outros termos, diante do questionamento, a Corte teve a oportunidade de desenvolver um entendimento a respeito do direito à orientação sexual e à identidade de gênero, percorrendo e fundamentando seu posicionamento em alguns dispositivos contidos na Convenção, além de

<sup>81</sup> Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 11 abr. 2021.

<sup>82</sup> Artigo 64 – 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. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>83</sup> Artigo 11. 2 – proteção da honra e da dignidade — 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. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>84</sup> Artigo 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 esses direitos, mediante nomes fictícios, se for necessário. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>85</sup> Artigo 24. Igualdade perante a lei – Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>86</sup> Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos – 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. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>87</sup> Os questionamentos apresentados pelo Estado da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram: 1. “*Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?*”; 2. “*En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?*”; 3. “*¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?*”; 4. “*Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?*”, y 5. “*En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?*”.

<sup>88</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Parecer Consultivo OC 24-17 de 24 de novembro de 2017, par.3.4. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

definir conceitos a serem utilizados no alcance do SIDH.

A secretaria da Corte recebeu observações escritas de nove Estados membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, de sete organismos estatais, de 47 associações internacionais, nacionais, instituições acadêmicas e de organizações não governamentais e, ainda, de 26 pessoas da sociedade civil. Nota-se a grande movimentação gerada pela interpelação e o alto nível de publicização da temática. Importa, também, registrar que os Princípios de Yogyakarta são mencionados vinte vezes durante todo o inteiro teor do documento da OC 24/17.

Liminarmente, na oportunidade da OC-24/17, dois pontos nevrálgicos para a discussão de temas sobre minorias sexuais e identitárias são instados e definidos pela Corte Interamericana, que como mais alto órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, por meio do exercício de uma hermenêutica principiológica, transplanta os conceitos de orientação sexual, de identidade e de expressão de gênero do documento de Yogyakarta, registrando em notas referenciais, de forma expressa, o que significa dizer que, de forma discursiva, a Corte introjeta os conceitos de Yogyakarta ao SIDH, sedimentando-os a partir deste momento<sup>89</sup>. Complementando o esforço discursivo de cristalização dos dispositivos principiológicos de Yogyakarta no SIDH, a Corte afirma, de forma expressa, que tais princípios representam obrigações por parte dos Estados.

Asimismo, es posible inferir que el derecho al reconocimiento de la identidad de género implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero. **En ese sentido, los principios de Yogyakarta plantean la obligación** a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”, así como para que “existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona — incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”<sup>90</sup>.

A Corte ainda afirma que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem aspectos fundamentais ao direito à autodeterminação, ao direito de liberdade e à dignidade, e que todo ser humano tem o direito de desfrutar de todos seus direitos independente de orientação sexual ou identidade de gênero e faz, de forma expressa, em nota referencial ao documento de Yogyakarta: “*mutatis mutandis, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, 2007. Principio 6*”<sup>91</sup>.

Con relación a la identidad de género y sexual, lo anterior implica que las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ello por cuanto la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Por tanto, existe una relación estrecha entre por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por otro, los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, notas 45/46/49/56/57. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>90</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 112, grifo nosso. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>91</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, nota 240. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>92</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 104. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

A Corte reitera, de modo discursivo, que os Princípios de Yogyakarta possuem aplicação no direito internacional com relação à orientação sexual ou identidade de gênero e fundamenta seu posicionamento no dispositivo contido no princípio 13<sup>93</sup> do documento de Yogyakarta.

Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente opinión consultiva tiene como objeto interpretar los derechos a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”<sup>138</sup>. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional sobre personas LGBTI al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional<sup>94</sup>.

Outro potente argumento que fundamenta o desenvolvimento de uma produção normativa discursiva por meio de documentos técnicos, a exemplo da OC 24/17, está amparado no art. 29 da Convenção Americana, o conhecido Princípio *pro Persona*, que veda qualquer interpretação aos dispositivos contidos em documentos com natureza protetiva e garantidora dos direitos humanos.

Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza<sup>95</sup>.

Por fim, é interessante registrar que ressonâncias dos Princípios de Yogyakarta são sentidos em produções judiciais em âmbitos domésticos, a exemplo do julgamento pela Corte Suprema do Estado brasileiro da ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26) e do mandado de injunção (MI 4733), que decidiu que, até que o país edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo já prevista no ordenamento doméstico brasileiro. Em seus votos, os ministros registram, de forma expressa, a contribuição fundamental para a decisão dos dispositivos de Yogyakarta. No MI 4733, o ministro relator Edson Fachin menciona desde o comentário geral do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, passando pela OC – 24/17, como também os Princípios de Yogyakarta no auxílio da fundamentação da tese, que sagrou vencedora, decisória quanto à homotransfobia no Brasil.

[...] ainda no âmbito internacional, o reconhecimento de que a orientação sexual é discriminação atentatória consta de uma série de decisões e precedentes internacionais, como, por exemplo, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que observou que “os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção” (E/C.12/GC/28, par. 32). No mesmo Comentário, o Comitê indica que os Princípios de Yogyakarta devem ser utilizados como fontes para as definições de “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Assim, no Princípio 2, a Declaração de Yogyakarta dispõe que “a discriminação

<sup>93</sup> Princípio 13 – “Direito à seguridade social e a outras medidas de proteção social”. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>94</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 59. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>95</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 57. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”. No âmbito regional, a Corte Interamericana de Derechos Humanos publicou a decisão na Opinião Consultiva OC-24/17, já referida nesta manifestação, na qual assentou, de forma bastante sensível, que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como única e distinta das demais. Afirmou, ainda, que “consolidar a individualidade da pessoa frente ao Estado e à sociedade implica possuir a legítima autoridade para definir a exteriorização de suas convicções mais íntimas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, para. 91, tradução livre)<sup>96</sup>.

Na apreciação das teses dos no julgamento da ADO 26, o ministro relator Celso de Mello fez menção expressa ao documento de Yogyakarta, frisando a importância daquele julgamento para a garantia dos direitos fundamentais para esta população tão precarizada.

É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inextinguíveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não devendo constituir motivo de discriminação ou abuso<sup>97</sup>.

### 3.3.2 Caso Duque Vs. Colômbia<sup>98</sup>

A Corte, em um esforço de contribuição protetiva aos direitos humanos na região interamericana, em exercício da aplicação da jurisdição convencional, tem utilizado os princípios de Yogyakarta em sua jurisprudência, ao exemplo do Caso Duque *vs.* Colômbia, sentenciado em fevereiro de 2016, em que a vítima Ángel Alberto Duque foi obstaculizada o direito de receber uma pensão em razão da morte de seu companheiro, por serem um casal homoafetivo, como assinala o informe de admissão da Comissão:

la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, la Comisión constató que el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH, y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.<sup>99</sup>

Em suas considerações, a Corte desenvolve sua decisão a partir do direito à igualdade e ao direito de não discriminação, fundamentando seu posicionamento diante do caso concreto nos Princípios de Yogyakarta, de forma especial em seu princípio de número 13. Em sua decisão, a Corte, utilizando como arcabouço argumentativo o documento de Yogyakarta, reafirma que todas as pessoas têm o direito à seguridade social e que esse direito é um dever do Estado que deve adotar medidas para que nenhuma construção discriminatória possa obstaculizar seu exercício.

<sup>96</sup> Trecho do voto do ministro Relator Edson Fachin no julgamento do MI 4733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>97</sup> Trecho do voto do ministro Relator Celso de Mello no julgamento da ADO 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>98</sup> Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 11 abr. 2021.

<sup>99</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

Por otra parte, **los Principios de Yogyakarta** sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, **establecen** en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.<sup>100</sup>.

Nesse sentido, parece inegável que, no exercício do mais alto órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em fundamentar suas considerações na resolução do caso, menciona, de forma expressa, a tecnologia protetiva contida no princípio 13 do documento de Yogyakarta. Assim, ratifica o conteúdo da norma principiológica prevista no documento (apesar de dois votos dissidentes criticarem o documento) e, dessa forma, desempenha uma função discursiva que posiciona como inafastável a importante contribuição do documento de Yogyakarta no que tange ao reconhecimento da população LGBTI, quando afirma que o documento “estabelece” pertinente e necessária matéria para sua posição diante do caso concreto.

## 4 IACCL como cristalização cultural de experiências compartilhadas

A ideia de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina é pensada com base na perspectiva de possibilidades dialógicas em se tratando de produções normativas e discursivas. As já mencionadas aberturas constitucionais, em relação a um direito internacional (aspecto positivo), e as perspectivas oriundas de produções decisórias vinculadoras (aspecto discursivo), encontram energia de potência transformadora na “proposta do comum”. Os “direitos constitucionais estatais e o direito internacional público encontram-se em uma relação de fortalecimento mútuo, conclamados a assegurar as garantias e promessas do assim chamado bloco de constitucionalidade”<sup>101</sup>.

A proposta do Iccal<sup>102</sup> está essencialmente comprometida com a busca de uma transformação social e política na América Latina, criando dispositivos corretivos de possíveis fissuras no estado de direito e densificadores dos direitos humanos. Nesse sentido, o sistema interamericano de direitos humanos e a participação da sociedade civil assumem importante função para a pavimentação de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano.

### 4.1 A Consolidação de um *corpus iuris*

Apesar de serem desprovidos de caráter vinculante objetivo internacional, é possível afirmar que os Principios de Yogyakarta possuem uma inafastável eficácia normativa, dada sua potente contribuição na interpretação e aplicação de normas principiológicas do Sistema Internacional de Direitos Humanos e a contínua incorporação de seus reflexos em vários espaços de produção normativa por vários órgãos pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

<sup>100</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>101</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 269, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20564/PDIxibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2021.

<sup>102</sup> *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

Como apresentado acima, o comprometimento com a defesa da construção de um direito antidiscriminatório, o esforço para que se desestabilize a hegemonia dos tradicionais lugares de fala por meio de uma hermenêutica do oprimido e a prática de incorporação do documento de Yogyakarta são elementos estruturantes de uma eficácia normativa.

Os princípios de Yogyakarta foram expressamente reconhecidos pela Corte (à exemplo dos documentos técnicos OC – 24/17 e caso Duque *versus* Colômbia), bem como têm sido reconhecidos em diferentes contextos normativos (à exemplo das leis identitárias, decisões judiciais em âmbitos domésticos) como parâmetro hermenêutico que permite compreender o alcance das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos sob a perspectiva das pessoas LGBTI.

Nesse sentido, a característica de uma eficácia normativa revela-se como importante tecnologia que em presta aos Princípios de Yogyakarta a possibilidade de se constituírem como vetor na busca pela consolidação de um bloco de convencionalidade, ao menos no que alcança os direitos e garantias LGBTI.

A construção de um bloco de convencionalidade encontra guarida e possibilidade dialógica nas tecnologias dos textos constitucionais latino-americanos. Exemplo desse tipo de dispositivo são as conhecidas cláusulas abertas “que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos”<sup>103</sup>. Dessa forma, em um processo multinível, facilitam um movimento de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, que, nesse esforço, contribuem para a consolidação de um *corpus iuris* latino-americano.

## 4.2 O processo legislativo como espaço de luta necessário

O conceito de reconhecimento incorpora robusta envergadura teórica na oferta de uma teoria da justiça, que, vinculada à metodologia da teoria crítica, pode oferecer uma melhor análise desses espaços de luta. A Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth<sup>104</sup> apresenta-se como um referencial teórico robusto no que pese a análise da complexa engrenagem da dinâmica social, procurando não apenas apontar uma resposta para a “gramática moral dos conflitos sociais”, mas também de oferecer uma proposta para a sociedade<sup>105</sup>. Para a Teoria do Reconhecimento em Honneth, existem três esferas onde níveis do reconhecimento são gerados: o amor, o direito e a solidariedade. A “luta pelo reconhecimento” nasce das motivações morais oriundas dos conflitos sociais que criam corpo no tensionamento diante das formas de reconhecimento descritas pelo autor, seja no âmbito privado (amor/amizade), nas relações normativas (direito) ou mesmo na esfera da solidariedade social. Para o presente artigo, nos deteremos às esferas do direito e da solidariedade.

A esfera de reconhecimento do direito é dinâmica e evolui (ou deveria) com o passar dos tempos. O sujeito passa a ter consciência do limite da gerência do Estado, de suas capacidades jurídicas e da posse de seus direitos como ser, o que alavanca o sentimento de autorrespeito, que é a consequência desejada desta esfera de reconhecimento. A última esfera geradora de reconhecimento trazida pelo autor é a da solidariedade, que procura espaço na aceitação recíproca entre as pessoas. Esse reconhecimento depende, diretamente, dos valores que essa sociedade legítima, o que sustentará a capacidade de aceitação de seus respectivos sujeitos. A perspectiva social evidencia a progressão (ou não) das formas de reconhecimento e, nesse sentido, contemporaneamente, o reconhecimento intersubjetivo de identidades ocupa espaço de destaque; a autoestima é o reflexo esperado dessa esfera.

O desrespeito, gerador das tensões sociais, segundo Axel Honneth, opera sua inteligência na ruptura das

<sup>103</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios*. *Rev. Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 04 apr. 2021.

<sup>104</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

<sup>105</sup> SCHINCARIOL, Rafael Luiz Feliciano da Costa. *Justiça de transição e reconhecimento: análise do caso brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

esferas de produção de reconhecimento e seus produtos: o direito *versus* o autorrespeito e a solidariedade *versus* a autoestima. O desrespeito interrompe a autorrelação entre eles. Onde há o desrespeito não existe reconhecimento. A luta pelo reconhecimento eclode no momento em que estas autorrelações são levadas à exaustão em suas plasticidades. A motivação moral para a busca desse reconhecimento nasce com o desrespeito praticado. Os exercícios de desrespeitos culminam nos surgimentos de tensões sociais, por meio das motivações morais causadas pelos diversos não reconhecimentos e, por isso, a luta pela tão desejada mudança social acontece.

Mecanismos reprodutores de desrespeitos podem ser extraídos do silêncio discriminatório de órgãos legislativos a exemplo do processo do projeto de lei identitária brasileira. O projeto de lei n.º 5002 de 2013<sup>106</sup>, apelidado como lei João W. Nery em referência ao primeiro homem trans a realizar cirurgia de readequação sexual no Brasil (ainda durante a ditadura militar e de forma clandestina) e que, de forma secreta, conseguiu retificar seus documentos. Na época, o resultado provocou a perda de vários direitos, inclusive o reconhecimento de seu diploma de psicólogo<sup>107</sup>. Desde o ano de 2013, esse projeto tramitava nas esferas legislativas do Estado, sem nunca ser votado. A última ação legislativa, registrada no sítio da Câmara dos Deputados, é a que arquiva o PL “nos termos do artigo 105<sup>108</sup> do Regimento Interno da Câmara dos Deputados” no dia 31/01/2019<sup>109</sup>. Este pode ser considerado um dos exemplos possíveis, que reafirma a tese de que estes são espaços de lutas necessárias e estratégicas em relação à temática das diversidades sexuais e identitárias.

Os movimentos sociais, principalmente os que se originaram no final do século passado, como o movimento LGBTI, retomaram a discussão a respeito do reconhecimento. Nesse esforço, espaços produtores de normatividades, a exemplo dos legislativos, angariam grande importância estratégica no desafio das garantias de densificações de direitos ao reconhecimento. A esfera do direito parece assumir grande responsabilidade nessa gramática, seja nas possibilidades legislativas, seja nas decisórias.

O reconhecimento legislativo em países latino-americanos, a exemplo das leis identitárias já apresentadas, oferecem importantes parâmetros a serem seguidos, como a introjção em seus textos de racionalidades não binárias (como na Argentina e no Uruguai que não definem marcadores sexuais ou de gênero) ou corrigidos como condições patologizantes, em que se exigem avaliações médicas ou psicológicas como condicionantes (Bolívia). É possível também aferir certo nível de progressão dessas normas entre o documento dos Princípios de Yogyakarta e sua versão adicional Princípios de Yogyakarta *plus* 10, à luz do reconhecimento perante a lei: os modelos dos casos boliviano e chileno se coadunam melhor com o princípio 3, enquanto o modelo argentino e, em especial o uruguaio, encontram perspectiva no princípio 31.

### 4.3 Remoção de institutos e instrumentos de reprodução de violência estrutural

Os Princípios de Yogyakarta se apresentam como matriz hermenêutica, que “exige” das autoridades nacionais e dos intérpretes que essa perspectiva seja incorporada a uma produção normativa geradora de um maior alcance dos direitos das pessoas LGBTI. Essa “exigência” se constitui em uma tríade: (a) porque representa a perspectiva das pessoas em condição de vulnerabilização (imperativo ético de um direito antidiscriminatório e do exercício de uma hermenêutica do oprimido); (b) porque a Corte Interamericana os reconhece como instrumento técnico a ser considerado na definição do alcance da proteção dos direitos das

<sup>106</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>107</sup> NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.

<sup>108</sup> Regimento Interno da Câmara dos Deputados – “art.105: Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em Tramitação”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>109</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 30 maio 2021.

pessoas LGBTI e (c) porque as diferentes leis identitárias, aprovadas e a prática judicial dos países latino-americanos, valem-se desses parâmetros para a compreensão desse sentido e alcance.

Os princípios pressupõem que as autoridades nacionais adotem não somente medidas voltadas à remoção de práticas discriminatórias e de proteção contra a violência, mas também a adoção de medidas ativas voltadas à remoção dos óbices legais e institucionais que impedem o exercício de um reconhecimento pleno, a exemplo de medidas que atualizem, da melhor forma possível, as tradicionais leis de registros públicos e, mais ainda, a adoção de ações positivas voltadas à inclusão e à visibilização dessas pessoas, como a criação de leis identitárias. Propostas de resistência e de reação frente a todo tipo de violência que a população LGBTI é submetida encontram fundamentos nas ressonâncias do documento de Yogyakarta e na consolidação de um *Ius Constitutionale Commune*, permitindo também o engajamento de diferentes atores sociais. Nesse sentido, alternativas que contribuem para o pensar de um “direito que nasce na rua<sup>110</sup>” e encontra potência emancipatória no olhar para as (e pelas) vivências e dores de pessoas que historicamente foram alijadas de suas condições de cidadania e autonomia são estratégicas. São exemplos dessas alternativas: a formação (em diversidades) de profissionais do direito, a composição plural de um sistema de justiça que se pretende democrático e de fácil acesso e um ensino jurídico crítico. Todos pautados em um grande projeto de educação em e para os direitos humanos.

Esse panorama se torna ainda mais urgente nos Estados que ainda se silenciam diante desse cenário, de forma discriminatória e perpetuadora de violências, por meio de espaços legislativos que se paralisam (até o momento vários Estados latino-americanos não possuem nenhuma lei identitária) diante da violência estrutural que acomete as pessoas LGBTI. Mais ainda quando se experimenta e se revisita um momento de fortalecimento do discurso conservador de eliminação “dos outros, do outro”<sup>111</sup>.

## 5 Considerações finais

A luta pelo reconhecimento de direitos da população LGBTI emerge como importante movimento catalizador para uma cultura normativa mais protetiva e emancipadora. Em um contexto de grandes violências e desigualdades, como o latino-americano, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se fortalece como relevante instrumento na busca de garantias e proteções dos direitos humanos nessa endêmica gramática sócio-política, em especial dessas minorias.

Os Princípios de Yogyakarta, de fato, despontam como uma poderosa ferramenta de maximização de possibilidades no avanço protetivo e no combate de retrocessos nos diferentes espaços de reconhecimento dos direitos de pessoas LGBTI. O exercício de sedimentação de uma inafastável eficácia normativa desses princípios (extraída de um imperativo ético decorrente da perspectiva de um direito antidiscriminatório, da utilização expressa de dispositivos contidos no documento de Yogyakarta em documentos técnicos produzidos pela Corte IDH, da cristalização de diretrizes contidas no documento, por meio de uma hermenêutica engajada, no âmbito do SIDH e das introjeções principiológicas em âmbitos domésticos) reafirma a função estratégica dos Princípios de Yogyakarta no auxílio da pavimentação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

<sup>110</sup> SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (coord). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 27.

<sup>111</sup> O “Outro” é uma categoria subalternizada e dominada. Para Simone de Beauvoir, em sua obra “O segundo sexo”, de 1949, a categoria de mulher é definida por meio de uma relação de submissão com a categoria do homem. A construção da categoria do “outro beauvoiriano” parte da análise da dialética do senhor e do escravo de Hegel. Para Beauvoir, no exercício interpretativo do conceito do “em si” sartreano, a mulher se constitui como categoria “do outro”, pois é vista como objeto. Se para Simone de Beauvoir, a mulher é o “Outro”, por não ter reciprocidade do olhar do homem, para Grada Kilomba em “Memórias da Plantação” (2019), a mulher negra é o “Outro do Outro”. RIBEIRO, Djamilia. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 37.

Na perspectiva de um constitucionalismo transformador, a contribuição de um ICCal<sup>112</sup> se constitui como central para a proteção de direitos de minorias sexuais e identitárias, que, ainda, estão sujeitos a flutuações políticas, principalmente nos âmbitos domésticos da região.

Esta é a potência transformadora e estabilizadora de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, justificado pelos contextos sociais, políticos e culturais da região, emerge como uma importante ferramenta na densificação de uma cultura normativa oxigenada por novos paradigmas jurídicos. Estes, ancorados na prevalência dos preceitos da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, consolidam, por meio de uma perspectiva multinível, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como potente sistema reparador de fissuras sociais e fortalecedor da democracia e do Estado de Direito.

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. v. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

CARPENTER, Morgan. Intersex human rights, sexual orientation, gender identity, sex characteristics and the Yogyakarta Principles plus 10. *Culture Health & Sexuality*, jul. 2020.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

FERNANDES, Estevão Rafael. *Decolonizando sexualidades: enquadramentos coloniais e homossexualidade indígena no Brasil e nos Estados Unidos*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

FLORES, Joaquim Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Entrevista concedida a José Geraldo de

<sup>112</sup> *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

- Sousa Junior. *Constituição & Democracia: Observatório da Constituição e da Democracia*, Brasília, n. 23, jun. 2008.
- FRA. The European Union Agency for Fundamental Rights. *The fundamental rights situation of intersex people*: FRA Focus. 2015.
- HOLLOWAY, Geoff. *The Yogyakarta Principles & the Women's Human Rights Campaign*. 2020.
- HOLZER, Lena. Smashing the Binary?: a new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10. *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, v. 1, n. 1, p. 98-133, 2020.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista de Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-954, 2014.
- MALTA Declaration: Third International Intersex Forum, 2013. Disponível em: <https://oiieurope.org/malta-declaration/>. Acesso em: 23 maio 2021.
- MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.
- O'FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Rev. Direito Praxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 04 apr. 2021.
- PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. jul. 2007. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.
- RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?*. Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2017.
- SANDERS, Douglas. *International: the role of the Yogyakarta Principles*. aug. 2008. Disponível em: <https://outrightinternational.org/content/international-role-yogyakarta-principles>. Acesso em: 22 maio 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- SCHINCARIOL, Rafael Luiz Feliciano da Costa. *Justiça de transição e reconhecimento: análise do caso brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (coord). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- THE YOGYAKARTA Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. Yogyakarta, nov. 2006. Disponível em: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles\\_en.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.

THE YOGYAKARTA principles plus 10: additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles. Geneva, nov. 2017. Disponível em: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5\\_yogyakartaWEB-2.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.

THORESON, Ryan Richard. Queering human rights: The Yogyakarta Principles and the norm that dare not speak its name. *Journal of Human Rights*, n. 8, p. 323-339, 2009.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Nineteenth session. nov. 2011.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 269, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20564/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2021.

VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

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