

A igualdade de ser diferente a partir da análise do OC-24/17

Comentário de Jurisprudência

Juliana Pilla¹

CORTE IDH. IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

(CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-24/17**. Serie A No. 24. Publicada em: 24 de novembro de 2017.).

1. Resumo do Caso

Trata-se de análise do Parecer Consultivo OC24/17 proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre sua interpretação quanto aos temas “identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e quais as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo” com base na Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, realizou-se uma análise dos argumentos utilizados e em consequência foram feitas sugestões argumentativas com objetivos de provocar o leitor a perceber novas perspectivas críticas para utilizar como argumentos.

2. Comentários à decisão

A presente resenha tem como objeto de análise o Parecer Consultivo OC 24/17, de 24 de novembro de 2017, publicado em janeiro de 2018,

¹ Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela Uniritter. Pós-graduada em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Unisantia – Universidade Santa Cecília. Pós-Graduada em benefícios e práticas previdenciárias pela Verbo Jurídico. Pós-graduada em Comunicação e Marketing pela Descomplica. Graduada em Direito pela Uniritter em 2015/2. Advogada.

solicitado pela República da Costa Rica e proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre sua interpretação quanto ao tema *“identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e quais as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo”* com base na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A solicitação de Parecer Consultivo apresentada pelo Estado da Costa Rica exigiu que a Corte respondesse a cinco questões relacionadas a dois temas vinculados aos direitos das pessoas LGBTI². O primeiro deles trata do *reconhecimento do direito à identidade de gênero e, em particular, sobre os procedimentos para processar pedidos de mudança de nome em razão da identidade de gênero*. O segundo tema refere-se aos *direitos patrimoniais dos casais formados por pessoas do mesmo sexo*.

Assim, a Costa Rica apresentou à Corte as seguintes perguntas específicas:

1. "Levando em consideração que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido nos artigos 11.2 e 18 da Convenção, esta proteção e a CADH contemplam a obrigação do Estado de reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?"
2. "Caso a resposta à consulta anterior for afirmativa, poderia considerar-se contrário à CADH que a pessoa interessada em modificar seu nome próprio possa ter acesso apenas a um processo judicial sem que exista um procedimento para tanto em via administrativa?"
3. "Poderia ser entendido que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado, de acordo com a CADH, no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome próprio a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo judicial ali contemplado, mas que o Estado deve prover a estas pessoas um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?"
4. "Tomando em consideração que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da CADH, além do estabelecido no artigo 11.2 6 da Convenção, essa proteção e a CADH implicam que o Estado deve reconhecer

² É a expressão que, na atualidade, identifica as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais. A inclusão da letra "T" decorre do movimento mundial de inclusão dos intersexuais na busca de respeito aos seus direitos (DIAS, 2017, p.54).

todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?”, e

5. “Caso a resposta anterior seja afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regulamente ³os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam desta relação?”

Tais questionamentos tiveram início porque as formas de discriminação contra pessoas LGBTI tem se manifestado cada vez mais em diferentes aspectos na esfera pública e privada, materializando-se, muitas vezes, em ações de extrema violência.

2.1. Discriminação e Preconceito

Conforme referido no OC 24/17, os mecanismos de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas e do Sistema Interamericano, registraram atos de violência com base em preconceitos cometidos em todas as regiões contra pessoas LGBTI, inclusive o ACNUDH (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos) observou que esse tipo de violência "pode ser física (assassinatos, espancamentos, sequestros, agressões sexuais) ou psicológica (ameaças, coação ou privação arbitrária da liberdade, incluindo confinamento psiquiátrico forçado).

Aqui, importante se faz diferenciar preconceito de discriminação, pois em que pese sejam utilizados como sinônimo estes conceitos não se confundem, pois, o preconceito é um juízo de irracional e desprovido de lógica que o fundamenta. Já a Discriminação, é o ato, é o tratamento diferenciado que se impõe a uma pessoa ao se exteriorizar o preconceito.

Assim, são inúmeros os tipos de atos de discriminação sofridos pelas pessoas LGBTI, que por consequência se fundamentam no preconceito, diante disso, vale referir que um dos tipos de preconceito bem comuns é o denominado o “preconceito por percepção”, ou seja, aquele preconceito que

está embasado em uma percepção que os outros tem de que determinada pessoa é homossexual, por exemplo, no entanto, a própria pessoa vítima do preconceito sequer se identifica daquela forma, ou com gênero diverso.

Ainda, analisando o tema fora do âmbito moral e emocional, pode-se verificar que as pessoas LGBTI sofrem mundialmente de “discriminação oficial”, sob a forma de leis e políticas estatais que tipificam criminalmente a homossexualidade, as proíbem de exercer determinados empregos e negam-lhes acesso a benefícios, como a discriminação extraoficial na forma de estigma social, exclusão e preconceito, inclusive no trabalho, no lar, na escola e nas instituições de saúde. E qual a razão desta discriminação oficial?

2.2. A heteronormatividade como fundamento da discriminação oficial

A vida em sociedade está embasada na heteronormatividade, ou seja, no padrão binário de feminino e masculino, o que significa que o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos e dito como anormal. Assim, o que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente.

Este conceito de normal e anormal decorre do antiquado conceito de família que as sociedades tomam como base, sendo a formação historicamente associada a casamento e filhos que decorrem sempre de uma relação heterossexual. No entanto, é esquecido que muito além da sexualidade está a afetividade que está na essência das relações de qualquer ser humano (MORICI, 1998, p. 169).

No que se refere ao direito de igualdade e não discriminação, a corte se manifesta no sentido de que a noção de igualdade é inerente a natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, sendo, então, incompatível toda situação que, por considerar superior um

determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, denegrir a sua imagem realizando qualquer tipo de ato discriminatório.

Além disso, a Corte reitera por diversas vezes que os Estados devem abster-se de realizar ações que de qualquer maneira possam criar situações discriminatórias, seja de fato ou de direito. Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos das Nações define a discriminação como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha como base motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição social e que tenham por objetivo anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, sendo então obrigação dos Estados garantir a todos, de forma igualitária o exercício dos seus direitos com igual proteção legal.

Evidente esta necessidade de proteção e atenção pois a rejeição, o ódio que se manifesta nas mais diversas formas de homofobia, por exemplo: *bullyng* nas escolas, *mobbing* nas relações de trabalho, agressões físicas e psíquicas e um assustador número de homicídios, sem contar nos suicídios decorrentes de toda essa exteriorização do preconceito. A discriminação contra homossexuais é uma inquestionável realidade social, universal e histórica decorrente da ideia de naturalização das relações heterossexuais.

Assim, refere a Corte que os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes na sociedade, implicando no dever especial de proteção que o Estado deve exercer em relação a ações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou anuência, criem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias.

A Corte ainda refere que não será considerada discriminatória toda e qualquer diferença de tratamento por si só, mas sim, aquela que se baseia

em critérios que não podem ser racionalmente apreciados como objetivos e razoáveis. Desta forma, os atos entendidos como discriminatórios não estão em um rol taxativo, mas sim exemplificativo, ficando em aberto a interpretação de cada caso.

No decorrer do parecer a Corte dispõe que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução social, a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Assim sendo, ao interpretar a expressão “qualquer outra condição social”, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos fundamentais.

Concorda-se que as uniões homoafetivas não são uma novidade, mas sua visibilidade sim e na prática isso exige que as leis dialoguem com as transformações sociais. A união de pessoas do mesmo sexo pautada em afeto, respeito e cumplicidade revela o surgimento de uma nova família não podendo o preconceito se sobrepôr a dignidade, à igualdade e ao direito à felicidade.

Como lembra Mott (2006), nas palavras de Goethe: “a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade”, o casamento homossexual é quase tão antigo quanto a própria humanidade, tanto que a primeira referência histórica ao homoerotismo se liga a um casal divino: os deuses Horus e Seth, que viviam como se casados fossem. Ainda, entre os hititas, há quase quatro mil anos, havia uma lei que autorizava o casamento entre dois homens. Portanto, as relações homossexuais não são novidade recente do Primeiro Mundo: trata-se de uma tradição antiquíssima, tão ancestral quanto a própria homossexualidade.

Sobre as diferenças de tratamento que resultam discriminatórias, verifica-se que o posicionamento da Corte é de que tratamento diferente deve ser uma medida necessária para alcançar um objetivo convencionalmente imperioso, ou seja, deve agir com total zelo, atenção e

análise crítica frente ao caso, sendo os meios escolhidos vistos como adequados, eficazes e necessários, isto é, que não possam ser substituídos por um meio alternativo menos danoso.

Desta forma, quando há qualquer discriminação, considera-se que os critérios de análise para determinar se houve violação do princípio da igualdade e da não discriminação em um caso concreto podem ter intensidades diferentes, de acordo com as razões pelas quais há uma diferença de tratamento. Pois, um direito que é reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém e, sob nenhuma circunstância, com base em sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero, por exemplo.

Verifica-se que proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa sempre como um fim e nunca como um meio, revelando-se nesse sentido contrário a dignidade da pessoa humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) a condição de coisa. Em momento algum pode-se ferir a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que nada mais é do que uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano.

Neste sentido, a Corte ao responder os questionamentos trazidos pela Costa Rica, se manifesta de maneira a garantir o livre desenvolvimento da pessoa, bem como, propõe garantir os direitos fundamentais do indivíduo, principalmente no que se refere a igualdade e a liberdade.

O conteúdo do parecer não pode ser visto como “rol taxativo”, ou como diretrizes rígidas, mas sim como instruções para os Estados agirem frente a determinadas situações. A forma de lidar com o novo deve ser aprendido por cada sociedade em cada momento histórico a partir de seu próprio substrato cultural, mas sem de maneira alguma denegrir o ser humano.

Quanto a possibilidade de mudança de nome de acordo com a identidade de gênero deve ser obrigação dos Estados reconhecer e facilitar

esta mudança de acordo com a identidade de gênero, não criando obstáculos como a obrigatoriedade de um processo judicial, por exemplo. Ninguém pode saber mais ou menos sobre a sua identidade de gênero quanto aquele que pleiteia a troca de nome, por exemplo. É dever do Estado garantir o bem-estar de seus cidadãos e neste “bem-estar” pode-se entender o direito de existir, de ser, de ir e vir, de ser livre e digno em sua essência.

Aportes relevantes da psicologia, a sociologia e da antropologia vem demonstrando que o sexo é, antes de tudo, uma noção cultural. Se é verdade que a biologia desempenha um papel importante na sua definição, também é verdade que outros fatores contribuem ou até prevalecem sobre o dado biológico.

A função da alteração em registro civil deve ser vista principalmente como uma segurança à vida em sociedade. Um registro civil que atribui, obrigatoriamente a uma pessoa um sexo/gênero com o qual ela não se identifica ou não ostenta em sociedade é um registro “falso”, que exige retificação.

É de fundamental importância que se entenda que o nome, tanto quanto o sexo, não devem ser vistos como um estado registral imutável ou como uma verdade superior ao seu titular, mas sim como um espaço essencial de realização da pessoa humana, de exercício do seu direito à identidade pessoal.

2.3 A dignidade humana só se alcança àquele que tem a liberdade de viver a sua verdade

Deve-se tutelar o direito de toda pessoa expressar a sua verdade pessoal, quem de fato é, em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se impute falsidade a verdade da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social. Assim, a tutela da

identidade pessoal deve ser vista como diretriz de políticas públicas e incentivos sociais, pois a plena realização da dignidade humana só alcança aquele que tem consciência da sua identidade.

Não se pode negar que a vida sexual do ser humano é parte relevante de sua existência, os relacionamentos sexuais e afetivos se demonstram essenciais para o desenvolvimento de todas as potencialidades da pessoa humana. A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade é função básica da família, não podendo o Estado intervir no desejo de constituição de família, tampouco em sua forma.

Atualmente, as configurações e estruturações familiares estão amparadas e baseadas no afeto. Deste modo, se a família não é algo protegido em si mesmo, mas mero instrumento de realização da felicidade pessoal, é evidente que a orientação sexual do casal, seja qual for, não poderá servir de obstáculo ao atendimento desta função, bem como jamais poderá servir como obstáculo para o exercício e garantia de direitos, como por exemplo, direitos patrimoniais.

As colaborações trazidas pela Corte reforçam a necessidade de uma proteção jurídica destas minorias, frente aos mais amplos ramos do direito, seja no direito civil com o reconhecimento das famílias, adoção por casais homossexuais, troca de sexo, nome e documentos civis, seja no direito previdenciário e do trabalho, por exemplo. Os Estados devem preocupar-se com as mudanças sociais e culturais, com a garantia do direito à igualdade e do direito as diferenças.

É inegável que o direito em si é uma construção humana para tratar de questões relativas à sua própria condição e a forma de relacionamento em sociedade, seja se protegendo frente ao estado, seja regulando as relações particulares. Neste sentido, os direitos da personalidade, ainda que vistos como “um direito relativamente novo” precisam ser reconhecidos pelo Estado, para então possuir força jurídica.

3. Considerações finais

O presente comentário ao Parecer Consultivo OC24/17 proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos visa trazer reflexões quanto a discussão sobre a identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo”. A mudança começa no debate. Quando a sociedade toma consciência da diversidade e ressignifica as crenças que tem sobre o que é ou não o jeito certo de ser e viver, construindo uma sociedade inclusiva e que abraça a diversidade.

Assim, diante dos posicionamentos da CADH no presente parecer, parece inconcebível que os Estados permaneçam retrógrados e inertes, é urgente o debate, pois isso é o que trará mudanças e significará a diferença entre a morte prematura e longevidade, bem como a garantia da efetividade dos direitos sociais constantes do nosso ordenamento jurídico, de forma não excludente, livre de preconceitos e discriminações. Por fim, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005) *“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”*.

Referências

- CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-24/17**. Serie A No. 24. Publicada em: 24 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf Acesso em: 10 ago. 2021.
- MORICI, Silvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. In: GRAÑA, Roberto B. **Homossexualidade. Formulações Psicanalíticas Atuais**. Porto Alegre: Artmed. 1998.
- MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 2, 2006, pp. 509-521. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2006000200011>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da Modernidade. **Revista do programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ**, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf > pg.12. Visualizado em 05 de novembro de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **INTERSEXO**: Aspectos Jurídicos, Internacionais, Trabalhistas, Registros, Médicos, Psicológicos, Sociais e Culturais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade E Direitos LGBTI**. 7ª ed. rev, atual. e amp. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

Comentário recebido em: 27/02/2020.

Aceito para publicação em: 10/08/2021.