

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Ana Rita Souza Prata

**Igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres no
direito internacional dos direitos humanos:**

Análise da jurisprudência consultiva interamericana

Mestrado em Direito

São Paulo

2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Ana Rita Souza Prata

**Igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres no
direito internacional dos direitos humanos:**

Análise da jurisprudência consultiva interamericana

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos.

São Paulo

2018

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta
Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____.

E-mail: _____

Ana Rita Souza Prata

**Igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres no direito internacional
dos direitos humanos:**

Análise da jurisprudência consultiva interamericana

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito, sob orientação do
Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo
Santos.

Aprovada em: ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

*Dedico o trabalho a todas as mulheres que vieram antes de mim
e que me permitiram estar aqui.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo por me proporcionar essa oportunidade. Agradeço à Defensoria Pública do Estado de São Paulo por permitir que eu, todos os dias, enxergue a realidade de mundo e possa buscar mudá-la.

Ao Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres – NUDEM por mudar minha vida e me fazer acreditar no que faço. Por todo afeto, acolhimento e confiança, para sempre obrigada.

Aos NUDEMs de outros estados e às Defensoras Públicas que com esse projeto se comprometeram, com muita admiração, e grata pelo apoio e amizade. Cito aqui algumas delas: Firmiane, Arlanza, Grazielle, Jeane, Dulcielly, Matilde, Flávia, Verônica.

Ao meu companheiro Virgo, pelo amor, cafês e espera. À minha mãe por me fazer querer sempre mais.

Para minha companheira de vida e tantas lutas, minha amiga e irmã Ana Paula, obrigada por sempre estar comigo, até nos momentos em que nem eu estava.

Para as Xuxus, minha família paulistana de tantos anos, que me ensinaram que amor e afeto independem de sangue.

Agradeço aos Professores Marcelo Figueiredo e Luiz Guilherme Conci pelos ensinamentos e paciência. E à querida Professora Silvia Pimentel, pela generosidade ao me acolher em seu grupo, tão afetuoso e inspirador.

Às tantas mulheres que, nessa caminhada, me estenderam a mão e estão, de alguma forma, sempre comigo: Thaís, Fernanda, Yasmin, Paula, Nálida, Anna Carol, Ana, Bia, Silvinha, Teresa, Maíra, Amelinha, Mônica, Rute, Branca, Maria Elisa, Marisa, Heloísa Buarque, Lígia, Elo Machado dentre tantas outras.

De coração tranquilo e com força para continuar na luta, Muito Obrigada!

“Não sou livre enquanto outra mulher for prisioneira,
mesmo que as correntes dela sejam diferentes das minhas”.¹

Audre Lorde

¹ LORDE, Audre. 1981. The Uses of Anger: Women Responding to Racism. **Sister Outsider: Essays & Speeches** by Audre Lorde (Berkeley: Crossing Press, 2007), pp. 124-133.

RESUMO

PRATA, Ana Rita Souza. *Igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres no direito internacional dos direitos humanos: análise da jurisprudência consultiva interamericana*. 186f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

O presente trabalho tem objetivo demonstrar que a estrutural desigualdade de gênero em nossa sociedade pode ser (e é) reforçada ou combatida a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para tanto, inicialmente busca investigar quem é o sujeito mulher, como ele foi construído e como ocupou desde sempre um lugar de subordinação na sociedade. Esse estudo é necessário porque, sem a percepção de gênero e, ainda, das interseccionalidades, os potenciais instrumentos emancipadores não atingirão seu objetivo. O estudo é focado nos sistemas de garantia de Direitos Humanos, e tem como objeto de análise as opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere ao princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres. A pesquisa se dá através de uma análise crítica e com viés de gênero, interseccional e feminista de opiniões consultivas, com posterior cotejo com casos concretos enfrentados pelo Judiciário brasileiro. Nas conclusões o que se percebe é a potencialidade desses instrumentos, que devem ser efetivados internamente, como as normas e outras jurisprudências convencionais, com vistas a combater as violências de gênero que as mulheres sofrem diariamente.

Palavras-chave: igualdade. Gênero. Mulher. Direitos Humanos. Opinião consultiva.

ABSTRACT

PRATA, Ana Rita Souza. *Equality and gender non discrimination against women in international human rights law: an analysis of consultive precedents from the Inter-American Court of Human Rights*. 186f. Dissertation (Master Degree) – Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo.

This work aims to demonstrate that the structural gender inequality can be (and actually is) reinforced or confronted by means of the Human Rights International Law. Firstly, it investigates who is the subject woman, how it was constructed and how it has occupied from the beginning a subordinated place in society. This study is necessary because, without gender and, even, intersectionality perception, the potential emancipatory devices cannot achieve their goals. The study focuses on the Human Rights guarantee systems, and its analysis frames the consultive opinions produced by the Interamerican Court of Human Rights concerning the principle of equality and gender non-discrimination against women. The research carries on a critical and gender biased, intersectional and feminist, analysis of consultive opinions, followed by a comparison of concrete cases approached by Brazilian Law system. Concluding, what is noticeable is the potentiality of those devices, which should be internally fulfilled, such as the norms and other conventional jurisprudences, aiming to confront the gender violence suffered on a daily basis by women.

Keywords: equality. Gender. Woman. Human Rights. Advisory Opinion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	MULHERES, IGUALDADE E DISCRIMINAÇÕES.....	17
2.1	As Mulheres: Quem são essas Sujeitas? Uma breve análise histórica.....	17
2.1.1	O Sexo: surgimento de sexo feminino.....	18
2.1.2	O Gênero: construção dos conceitos e suas funções	20
2.1.2.1	Teorias de Gênero e as Mulheres.....	26
2.2	Igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres	34
2.3	Direito à Igualdade e Não Discriminação de Gênero Contra as Mulheres	46
3	A PROTEÇÃO DAS MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	50
3.1	Direitos Humanos: conceito e evolução.....	50
3.1.1	Normas internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	55
3.2	Sistemas Internacionais de Direitos Humanos	58
3.2.1	Sistema Global de Direitos Humanos.....	60
3.2.1.1	Instrumentos de Direitos Humanos e seus órgãos de monitoramento.....	61
3.2.2	Sistemas Regionais de Direitos Humanos	72
3.2.2.1	Sistema Europeu de Direitos Humanos	72
3.2.2.2	Sistema Regional Africano de Direitos Humanos	75
3.2.2.3	Sistema Regional Árabe de Direitos Humanos.....	79
4	Proteção das mulheres no sistema interamericano de direitos humanos – direito à igualdade e não discriminação.....	81
4.1	Instrumentos de Direitos Humanos das Mulheres.....	84
4.1.1	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.....	84
4.1.2	Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.....	85
4.1.3	Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de São Salvador	87

4.1.4	Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar Violência Contra Mulher – Convenção de Belém do Pará	88
4.2	Órgãos e Funcionamento	91
4.2.1	Comissão Interamericana de Mulheres – CIM	92
4.2.2	Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.....	92
4.2.3	Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH	96
4.3	Jurisprudência Contenciosa Interamericana sobre Igualdade e Não Discriminação de Gênero contra as Mulheres	98
4.3.1	Direito à Igualdade e Não Discriminação de Gênero contra as Mulheres na Jurisprudência Contenciosa – Sentenças Relevantes	103
5	JURISPRUDÊNCIA CONSULTIVA INTERAMERICANA SOBRE IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO CONTRA AS MULHERES	109
5.1	Opiniões Consultivas: Conceito, Legitimidade e Processo de Construção.....	109
5.2	Opiniões Consultivas: Natureza Jurídica e Eficácia	118
5.3	Opiniões Consultivas sobre Direitos à Igualdade e Não Discriminação de gênero contra as mulheres	124
6	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CONSULTIVA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES: CORPUS IURIS INTERAMERICANO	140
6.1	Aplicação da jurisprudência consultiva interamericana no Brasil.....	144
6.1.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4275: mudança do paradigma de gênero no país	150
6.2	A não aplicação da jurisprudência consultiva interamericana no Brasil: a conveniência da neutralidade.....	161
7	CONCLUSÕES	166
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	172

1 INTRODUÇÃO

Atuar no campo do Direito na busca da garantia e efetivação de direitos das mulheres é um desafio. Isso porque o que foi até hoje construído, do ponto de vista teórico sobre mulheres e teorias de gênero, é fundamentado em outras ciências e não é comum ao Direito, apesar do esforço das feministas, nesse sentido, em dialogar com outros saberes.

Com isso, o que se vê são políticas ou decisões que muitas vezes reforçam estereótipos, violências e desigualdades. Mesmo aquelas consideradas benéficas às mulheres podem atingir uma pequena parcela da população, obviamente mais privilegiada.

Nesse contexto a necessidade dessa pesquisa surgiu. Pela importância de uma dogmática jurídica mais realista e crítica, numa perspectiva de gênero e interseccional.

A interseccionalidade como uma premente necessidade no olhar de gênero, ainda bastante incipiente nesse campo de conhecimento, dá o tom a essa pesquisa. Mais uma constatação da prática defensorial: Algumas mulheres têm se beneficiado em detrimento de outras das políticas de gênero e sua aplicação pelo Judiciário. Esse é o ponto de partida para qualquer trabalho que efetivamente busque tratar de mulheres como uma categoria.

O foco no Judiciário também se dá pela experiência da pesquisadora, já que na atuação contenciosa as decisões de casos concretos reforçam todas as dificuldades. Permanece, portanto, a imposição de combater a “cegueira de gênero”².

Somando-se a isso os crescentes números das estatísticas que tratam das violências contra as mulheres, além do nascimento de propostas no sentido de proibir a discussão de gênero em todos os campos de ensino, como se esse conhecimento fosse a causa das desigualdades, e não parte de sua possível solução, indispensável buscar associá-los.

Mas não só. Surgiu também da constatação de que ainda no manejo do Direito dentro do país, os sistemas de garantias de direitos Humanos são espaços distantes e suas

² PIMENTEL, Sílvia. A Superação da Cegueira de Gênero: mais que um desafio – um imperativo. **Revista de Direitos Humanos**. N.º 2. Junho 2009, pp. 27-30. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/revistadh2junho.pdf>. Acesso em 19 nov. 2018.

produções, os tratados, como sua jurisprudência são um conteúdo ainda desconhecido internamente.

Assim, a partir de uma análise das opiniões consultivas interamericanas, com uma perspectiva de gênero e feminista, buscou-se trazer resposta à falta de efetividade na garantia da igualdade e não discriminação de gênero no Brasil.

Para tanto, inicialmente, há proposta de estudar como surgiu o sexo feminino e suas consequências na desigualdade de *status* com o sexo masculino, o que é amplamente estudado e demonstrado a partir da leitura das reivindicações feministas e suas teóricas, que construíram as teorias de gênero com vias de desmascarar a desigualdade social justificada por um essencialismo.

Assim, mesmo que em outros campos científicos já haja um amplo debate sobre a incompletude do binômio sexo/gênero, no Direito ainda há necessidade de demonstrar a carga jurídica dessa construção.

Por isso as mulheres serão o foco do presente trabalho, mas numa perspectiva de gênero, incluindo-se no seu conceito aquelas que assim se reconhecem, com relação à sua identidade e/ou expressão de gênero, mesmo não sendo esse o seu sexo designado no nascimento.

Mas não só. É impossível estudar qualquer política de igualdade para as mulheres sem compreender suas particularidades com relação a diversos marcadores e características que as designam.

Postas essas questões, o trabalho adentrará efetivamente os campos do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, propondo um inevitável diálogo entre eles.

Será estudado o princípio da igualdade e não discriminação, sua origem e natureza, visando demonstrar seu conceito plástico que permite que políticas de distinção sejam necessárias para que ele se efetive.

E essa análise é proposta a partir do breve estudo sobre os Direitos Humanos e os sistemas internacionais de garantia. Em cada um desses sistemas, no Sistema Global de Direitos Humanos, nos Sistemas Regionais Europeu, Africano, Árabe e Interamericano de Direitos Humanos, o princípio da igualdade e não discriminação é destacado a partir da

leitura de seus tratados, mas também de sua jurisprudência, reafirmando sua necessidade e os avanços a partir da incidência do movimento de mulheres.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, isso é destrinchado com maior vagar, sendo analisados os tratados desse sistema, com especial destaque à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê o princípio da igualdade e não discriminação no seu primeiro dispositivo, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, que acaba por trazer parâmetro de garantia de direitos das mulheres à uma vida sem violência.

Além disso, a jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos é objeto de estudo, visando demonstrar que a construção do entendimento de que gênero é uma categoria jurídica a ser considerada na aplicação de todos os direitos, o que também é visto no estudo da jurisprudência consultiva.

Aliás, a decisão por estudar especificamente as opiniões consultivas se deu pelo pequeno interesse demonstrado pelos pesquisadores e práticos nesse tema. Se não há estudos sobre tais pareceres, sua natureza e objetivos, mais rara ainda sua aplicação na prática.

Isso fica bastante claro no cotejo feito no ultimo capítulo, em que dois casos de amplo conhecimento público e recentes no país são analisados. Além da inadequação ou inexistência de qualquer menção à jurisprudência interamericana, o que se observa é a manutenção das mulheres numa posição bastante estereotipada e de subordinação na sociedade com conivência de quem maneja o Direito.

De fato, a linguagem neutra ou a imparcialidade do Direito é conivente às diversas violações de direitos das mulheres ao longo da história. A manutenção de um *status quo* em que a mulher é ser de menor importância e, conseqüentemente, detentora de menos direitos, ainda possui fortes argumentos na dogmática e prática jurídica.

A mudança desse paradigma tem sido trabalho das próprias mulheres e dos movimentos sociais e de luta por direitos das quais participam. Mesmos os direitos já conquistados, não existiriam sem que esse compromisso fosse assumido por elas. As conquistas nesse campo nunca foram gratuitas.

Mesma sabendo-se que o uso do Direito ou a busca por Direito como um campo de reivindicação de igualdade e não discriminações de gênero é uma proposta otimista e desafiadora, objetivou-se no trabalho o deslocamento do ponto onde cada um/a se encontra

para que as violações de direitos de gênero sejam reconhecidas como reais, evitáveis, mas estimuladas e mantidas por uma conveniente cegueira.

E isso é feito a partir da leitura do trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, no campo jurídico, tem se demonstrado aberta para construir uma proposta de efetivação de direitos mais crítica e benéfica às mulheres em comparação com a forma como o Judiciário brasileiro tem enfrentado a temática.

Assim, sem objetivo de esgotar a temática, que permite diversas análises, tem-se como proposta demonstrar que ainda há campo de disputa por uma mudança na prática jurídica nacional a partir da efetivação dos Direitos Humanos.

2 MULHERES, IGUALDADE E DISCRIMINAÇÕES

O objetivo do presente trabalho é analisar, de forma crítica e numa perspectiva feminista, a jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere à garantia do direito à igualdade e não discriminação de gênero, especificamente contra as mulheres.

Para tanto, inicialmente, deve-se compreender como as mulheres, especialmente no campo feminista e jurídico, estão ocupando, ao longo da história, tanto no papel de objeto ou sujeito de tutela, ou mesmo de detentoras de direitos, lugar de protagonistas nas reivindicações de direitos e de críticas ao seu caráter de suposta neutralidade.

Imprescindível tratar delas inicialmente, como reconhecimento da sua importância na produção desse trabalho e na formação da pesquisadora, e ainda para demarcar a tônica que deve ser lido o trabalho.

2.1 As Mulheres: Quem são essas Sujeitas? Uma breve análise histórica

Conceituar mulher e descrever essa sujeita é tarefa difícil. Isso porque a pessoa é única e individual, mas também é formada a partir de seu lugar no tempo, espaço, cultura, religião etc.

Assim, não há um conceito do que é ser mulher sem que se pergunte onde, quando, sob qual aspecto, por exemplo. Há tanta diversidade de mulheres quanto há mulheres no mundo. Mas há consenso quando se fala que as mulheres ocupam um lugar social diferente dos homens. Esse espaço diferente, e, na maioria das vezes, dominado/submisso das mulheres em relação aos homens não decorre de suas características biológicas ou anatômicas. Não é, portanto, natural e não deve ser naturalizado.

É visando entender essa desigualdade de *status* que trataremos inicialmente sobre a formação da ideia do que é essa sujeita de direitos “mulher”, a construção e atual desconstrução desse conceito.

2.1.1 O Sexo: surgimento de sexo feminino

Até o século XVIII, as diferenças anatômicas, fisiológicas, psicológicas ou sociais entre homens e mulheres não eram classificadas pelo dimorfismo sexual, ou seja, pela existência de dois sexos diferentes. O corpo da mulher e suas diferenças anatômicas eram estudados e classificados, a partir das teorias de anatomia dos filósofos da Antiguidade Clássica, tendo o corpo do homem como parâmetro, de modo que as mulheres eram consideradas “homens imperfeitos”³. As diferenças na temperatura e nos humores não permitiram que esses seres se tornassem homens. Esta teoria da anatomia humana, formulada pelos gregos da antiguidade, traduzia-se nos papéis sociais assumidos por homens e mulheres.

(...) um mundo onde pelo menos dois gêneros correspondem a apenas um sexo, onde as fronteiras entre masculino e feminino são de grau e não de espécie, e onde órgãos reprodutivos são apenas um sinal entre muitos do lugar do corpo em uma ordem cósmica e cultural que transcende a biologia⁴.

Apesar de parecer bastante clara a diferença entre os órgãos genitais femininos e masculinos, esse modelo de sexo único, um imperfeito apenas por falta de “calor interno”, persistiu por um longo período na História – basicamente toda a Idade Clássica e a Média.

(...) longevidade do modelo de sexo único liga o sexo ao poder. Em um mundo público predominantemente masculino, o modelo de sexo único apresentava o que já era muito evidente na cultura mais genérica: o homem é a medida de todas as coisas, e a mulher não existe como uma categoria distinta em termos ontológicos. Nem todos os homens são masculinos, potentes, dignos, ou poderosos, e algumas mulheres ultrapassam alguns deles em cada uma dessas categorias. Porém o padrão do corpo humanos e suas representações é corpo masculino⁵.

De fato, a representação da mulher pelo sexo imperfeito, defeituoso, não pode ser desassociada da ideia de homem como ser perfeito, feito à imagem de Deus. E isso já demonstra uma carga de diferença no *status* desses sujeitos.

³ “se virarmos [os órgãos genitais] da mulher para fora e, por assim dizer, virarmos para dentro e dobrarmos em dois os do homem, temos a mesma coisa em ambos sob todos os aspectos”. Laqueur citando Galeno de Pergamo (130-200 DC). In LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – Corpo e Gênero dos Gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 41

⁴ LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – Corpo e Gênero dos Gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 41

⁵ LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – Corpo e Gênero dos Gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 76.

Ter um pênis não faz um homem, assim como, para citar Feste, “*cucullus non facit monachum*” (o hábito não faz o monge). Porém, homens e mulheres foram destacados pela configuração e seus corpos – ter um pênis do lado de fora ou de dentro – para seus necessários papéis procriativos e vários outros papéis específicos do gênero. O corpo de sexo único de médicos, profundamente dependentes de significados culturais, servia tanto de tela microscópica para uma ordem social intensamente ligada ao gênero. Toda uma matriz de estratégias e assunções interpretativas sobre como as coisas vêm a ter significado manteve o modelo de sexo único no lugar, e seu relativo eclipse constituiu a mudança para uma compreensão de macho e fêmea como opostos⁶.

Com o reconhecimento, no século XVIII, do dimorfismo sexual, o sexo feminino, que não existia cientificamente até então, passa a ser justificativa para alguns comportamentos femininos. E os órgãos sexuais e reprodutivos das mulheres tornam-se foco das atenções.

Nestes termos, as diferenças naturais são usadas como justificativa no reconhecimento de quem seriam detentores de direitos, inclusive ao à igualdade.

Thomas Laqueur em *Inventando o sexo* demonstra o quanto na história da anatomia as representações (inclusive visuais) dos sexos dependem da política cultural vigente, e não da “constatação científica da verdade”. A própria “descoberta científica” é orientada por essa política cultural, que informa previamente o olhar do cientista, para que este enxergue o que a cultura “quer” que ele veja. E, com isso, “(...) as diferenças que fazem diferença são historicamente determinadas”⁷.

Nesse período, a biologia passou a ser justificativa para a manutenção ou mesmo alargamento da diferença de *status* entre homens e mulheres. Comprova-se esse entendimento com o descrito sobre as revoluções liberais, que não consideravam mulheres uma categoria apta a ter direitos.

Assim, o que se verifica é que, por um longo período, do ponto de vista científico, existia apenas um sexo, apesar de existirem pessoas com papéis sociais diversos, ou seja, dois gêneros.

Isso significa que, ao decidirem os cientistas construir modelos em que atestavam a existência de dois sexos, já estava determinado política e socialmente que o

⁶ LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – Corpo e Gênero dos Gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 152.

⁷ ZAPATER, Máira Cardoso. **A Constituição do sujeito de Direito ‘mulher’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito USP, 2016, p. 60.

imperfeito, defeituoso, corresponderia ao sexo feminino. Nessa perspectiva, conclui-se que a existência de dois sexos também é uma construção da sociedade, já que não foi simplesmente uma descoberta no campo científico da medicina ou biologia a existência desse segundo sexo, mas uma decisão de passar a nomeá-lo, descrevê-lo, examiná-lo e tratá-lo de forma diferente, e, àquela época, colocando-o como oposto ao masculino.

Um desenvolvimento dessa maior acuidade histórica no entendimento das classificações sexuais é a categoria contemporânea de “sexo designado ao nascimento”, ou seja, a atribuição de um *ou* outro sexo a recém-nascidos com base em suas diferenças anatômicas. O sexo designado ao nascimento pode ser contestado, por exemplo, em casos de intersexualidade, transexualidade ou alguns tipos de variações genéticas em que o sexo genômico e o sexo anatômico não são correspondentes.

2.1.2 O Gênero: construção dos conceitos e suas funções

O que se percebe é que sempre houve um “lugar” para cada um dos sexos na sociedade. Esse lugar, de acordo com diversos fatores, poderia ter maior ou menor diferença; ter mais *status* ou não. Assim, sempre os sexos foram classificados de acordo com características que iam além da anatomia ou biologia, apesar delas serem usadas, por muito tempo, como justificativas para as diferenças desse *locus* social.

E diante da constatação dessa diferença de papéis sociais entre os sexos – as características de gênero –, as teorias de gênero surgiram ao longo da história.

Os feminismos⁸, que se referem tanto a “ações políticas (movimentos sociais, práticas de resistência, mobilização, protesto, luta social, etc.), quanto a um campo teórico de análise (reflexões, pensamento ou teoria feminista)”⁹, são essenciais na construção da noção de gênero e como esses conceitos se relacionariam com direito à igualdade. Por tal razão, as teorias feministas serão objeto de estudo, sempre nessa inter-relação com o referido direito, ou seja, incorporando o desafio de articulação com o direito e na perspectiva de emancipação das mulheres.

⁸ “O feminismo é tanto um movimento político quanto teórico. Nesta perspectiva, não é possível falar-se de um feminismo, mas em vários feminismos, que se expressam tanto na diversidade da atuação política quanto nas diferentes perspectivas teóricas”. In CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 93.

⁹ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 12.

Para compreender melhor os feminismos, suas teorias devem ser estudadas.

Feminismos são vários, mas todos lutam “pelo reconhecimento de direitos e oportunidades para as mulheres e, com isso, pela igualdade de todos os seres humanos”¹⁰. Enfatiza-se que a luta por direitos não significa que essa luta se dá ou deu no campo do Direito ou por pessoas que militam ou atuam nesse campo de conhecimento. “Feministas se dedicaram a estudar e debater a relação entre Direito e emancipação, sem contudo, serem aceitas no campo do estudo do Direito”¹¹, e esse é o desafio do presente trabalho, qual sejam buscar demonstrar a importância e o reflexo das discussões promovidas no campo dos feminismos na prática jurídica.

O feminismo, enquanto campo de atuação política e reflexão acadêmica, não assume a mesma forma de uma disciplina científica, filosófica ou doutrinária. Trata-se da produção de conhecimentos que inflexionam sobre essas diferentes áreas, combatendo certas pretensões de neutralidade e esclarecendo pontos cegos e parcialidades desses respectivos campos, sobretudo no que tange à desigualdade de gênero. Assim, é possível falar não apenas em Direito feminista (ou teoria jurídica feminista), mas também em filosofia feminista, antropologia feminista, psicologia feminista e, até mesmo, medicina e biologia feminista. Do mesmo modo, é possível falar em correntes políticas feministas, como o feminismo liberal, feminismo socialista, feminismo anarquista, além da periodicização histórica, como se verá a seguir.

Há uma pluralidade de feminismos, que variam em suas orientações filosóficas, práxis políticas e intersecções com outros movimentos sociais. Não obstante, podem-se delinear diferentes fases históricas do feminismo, atreladas à demanda por direitos específicos, que são nomeadas como “ondas”. Não há uma data que demarca o fim de uma onda e o início de outra ou a conquista de um direito e o início da reivindicação por outros – ao contrário, o que se verifica é que há feminismos com bandeiras diversas, inclusive opostas, no mesmo momento da história. A decisão de tratar as teorias feministas por meio de suas ondas se dá para fins didáticos.

No regime de historicidade que divide os feminismos em ondas, considera-se que a primeira onda se inicia no século XIX. Isto porque ainda estão se consolidando

¹⁰ GARCIA, Carla Cristina. **Breve História do Feminismo**. São Paulo: Claridade, 2015, p. 12

¹¹ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 11.

pesquisas em que se recupera a participação de mulheres organizadas em diferentes momentos históricos, dado que boa parte da historiografia obliterou as mulheres e seus campos de atuação. Mesmo com muita informação e análise já realizadas sobre a atuação das mulheres ao longo da história em diferentes sociedades, a perspectiva hegemônica continua sendo a masculina, oferecida como “universal e neutra” – como a do Direito, aliás. Mas isso será tratado em breve.

Contudo, sabe-se que sempre existiu a participação crítica das mulheres com relação a naturalização das desigualdades de gênero.

É na luta antifeudal que encontramos o primeiro indício na história europeia da existência das raízes de um movimento de mulheres que se opunha à ordem estabelecida e contribuía para a construção de modelos alternativos de vida comunal.

A luta contra poder feudal produziu também as primeiras tentativas organizadas de desafiar normas sexuais dominantes e de estabelecer relações mais igualitárias entre mulheres e homens¹².

O Iluminismo não trouxe luz às mulheres, ao contrário, manteve-as em um papel de subordinação aos homens, a serem exploradas. Diversas mulheres, nesse período, negaram o papel a elas designado. Dentre elas, citam-se Olympe de Gouges e Mary Woolstonecraft¹³.

Olympe de Gouges não admitiu a discriminação decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, apesar de expressar os ideais “igualitários” da Revolução Francesa, não incluía as mulheres¹⁴. Acabou escrevendo a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, despertando a ira das camadas burguesas detentoras do poder, sendo levada à guilhotina como traidora da pátria.

(...) en una etapa histórica de grandes cambios políticos y económicos, Olympe de Gouges publicó en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en cuyo Artículo primero y en contestación a la igualdad sesgada manifestaba que: «La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común». De Gouges partió del supuesto

¹² FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017, p. 45.

¹³ Ela é considerada precursora da ideia de que o poder dos homens era um privilégio, e não decorria da sua biologia, negando, portanto, qualquer essencialismo. Escreveu “Reinvindicação dos Direitos das Mulheres”, em 1793.

¹⁴ “(...) a raça, assim como igualdade de gênero, era desconhecida da Declaração.” In DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 112.

rousseauiano de que «la ley debe ser la expresión de la voluntad general; sólo que en la constitución de esta voluntad no puede haber discriminación por sexos» (AMORÓS, 2000: 173). Su pensamiento igualitario tendía a ser globalizador y más inclusivo, con capacidad de universalización pues incluyó en su Declaración a todos los hombres y mujeres¹⁵.

A primeira onda do feminismo, assim, também surgiu como resultado desse longo período de violação dos direitos.

Identificando que a passagem para a Modernidade havia se fundado em um contrato social sexuado (PEREIRA, 2009, p. 37), os primeiros movimentos feministas diziam respeito à constituição da mulher como sujeito do direito à participação no processo político, defendendo que as mulheres possuíam autonomia e capacidade de raciocínio lógico que lhes capacitava tanto quanto aos homens a escolher um governante ou se candidatar para participar da vida política ativamente. A 1ª onda do feminismo tratou, principalmente, da “individualização do sujeito democrático” (SCHWEBEL, 2009, p.145) e de demandas por direitos que haviam sido objeto de lutas sociais cem anos antes nas Revoluções Liberais, tais como a igualdade perante a lei e o direito ao voto¹⁶.

Com a Revolução Industrial, o fortalecimento do liberalismo e capitalismo e, com isso, o surgimento das teorias anticapitalistas, as mulheres passaram a promover reivindicações diversas, de acordo com suas realidades. Buscava-se, assim, no ocidente, a garantia de direitos civis e participação política, sendo a luta pelo direito ao voto a grande marca desse período. Na antiga URSS, as reivindicações recaíam sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

As diferentes linhas dos feminismos, muitas vezes, não permitem uma luta harmônica entre esses movimentos. As feministas socialistas e as marxistas¹⁷, que viam no sistema capitalista os principais motivos pela desigualdade entre os sexos e a construção do

¹⁵ MONTAÑEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales em el constitucionalismo oficial. In Igualdade e Democracia: el género como categoria de análisis jurídico. **Estudios em homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino**. Em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42723/1/2014_Garay_Constitucionalismo-feminista.pdf. Acesso em 14.01.2018, p. 273.

¹⁶ ZAPATER, Maíra Cardoso. **A Constituição do sujeito de Direito ‘mulher’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito USP, 2016, p. 67.

¹⁷ “As feministas marxistas e socialistas tentavam aliar à perspectiva feminista a concepção marxista argumentando que a diferença sexual era anterior à exploração de classe sobre a qual se estruturava a sociedade e que os homens da classe trabalhadora também oprimiam as mulheres. Portanto, se a exploração capitalista oprimia os trabalhadores, o gênero oprimia as mulheres, independentemente da classe social”. In CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 97.

patriarcado¹⁸, acusavam as sufragistas de não se preocuparem com as mulheres operárias. E de fato, o movimento de sufrágio era articulado pelas mulheres brancas e escolarizadas.

Durante este período, nas metrópoles europeias ou em suas colônias americanas, africanas e asiáticas, mulheres negras e indígenas sequer possuíam *status* de pessoa. Nesses contextos, com suas especificidades locais, a luta empreendida era pela sobrevivência, pela independência e contra a escravidão.

A segunda onda, que se inicia em meados da década de 50, é marcada pela consciência do papel do corpo da mulher como objeto central na construção da estrutura de dominação masculina.

(...) o conceito de “corpo” como uma chave para compreender as raízes do domínio masculino e da construção da identidade social feminina. Para além das diferenças ideológicas, chegaram à conclusão de que a categorização hierárquica das faculdades humanas e a identificação das mulheres como uma concepção degradada da realidade corporal foi historicamente instrumental para a consolidação do poder patriarcal e para exploração masculina do trabalho feminino. Desse modo, a análise da sexualidade, da procriação e da maternidade foi colocada no centro da teoria feminista e da história das mulheres.

(...) Partindo de uma análise da “política do corpo”, as feministas não somente revolucionaram o discurso filosófico e político, mas também passaram a revalorizar o corpo. Esse foi um passo necessário tanto para confrontar a negatividade que acarreta a identificação da feminilidade com corporalidade, como para criar uma visão mais holística do que significa ser um ser humano¹⁹.

Também nesse período a célebre obra de Simone de Beauvoir, “O Segundo Sexo”, foi lançada, e começou a ganhar corpo, sendo até atualidade referência para teorias feministas, especialmente no que se refere a construção do sistema de sexo/gênero.

Ela trata no livro como a mulher filosoficamente foi construída como um ser incompleto, sendo sua natureza complementar ao detentor do pensamento, o sujeito homem. A mulher, assim, é o Outro.

¹⁸ “O sistema patriarcal é um sistema político de controle das mulheres, particularmente do controle da sexualidade e que opera ideológica e psicologicamente. Dentro do patriarcado, o sistema de dominação masculina é onipresente e a subjugação das mulheres é alcançada através da socialização, perpetrada por meios ideológicos e mantida por métodos institucionais. O patriarcado penetra nas divisões de classe, nas diferentes sociedades e épocas históricas”. In CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 112.

¹⁹ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017, p. 32.

Mas o que diz o livro? Nele se recorre boa parte dos temas com o quais o feminismo trabalha até hoje. A autora expõe a teoria de que a mulher historicamente tem sido considerada como a outra em relação ao homem sem que esse fato suponha uma reciprocidade, como ocorre com o resto dos casos. (...) a autora utiliza a categoria de outra para descrever qual é a posição da mulher em um mundo masculino em que os homens são os detentores do poder e os criadores da cultura. Esta categoria é universal porque está em todas as culturas²⁰.

A obra traz a célebre frase “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”²¹ que denota que a desigualdade/dominação entre homens e mulheres na sociedade não decorre de suas naturezas ou diferenças biológicas, mas de uma construção cultural.

Na década de 1960, o feminismo radical ganhou força, denunciando a exploração do corpo e sexualidade da mulher. Com o slogan “o pessoal é político”, tinha como objetivo mudar toda a realidade, nos espaços públicos e privados.

Considera-se que a terceira onda se inicia na década de 90. Contudo, desde a década de 70 surgiram vozes de mulheres que não se viam nos discursos feministas anteriores. Essas novas sujeitas, como as mulheres negras e lésbicas, possuíam experiência de violações de gênero específicas e reivindicações diferentes daquela mulher descrita pelo movimento feminista até então, branca, heterossexual e burguesa (bastante parecida com a mulher construída e presumida pelas formulações, ainda que não explícitas, no campo do Direito). A crítica começou a recair sobre a ideia de uma universalidade, tanto de sujeitos, homens e mulheres, mas também das desigualdades.

Esta terceira fase do movimento vem procurando colocar em discussão questões relativas à sobreposição de realidades culturais, sociais e políticas diferentes em decorrência, por exemplo, da cor de pele, orientação sexual, performances de gênero, entre outros, que retiravam das demandas feministas as mulheres não incluídas na identidade coletiva cunhada pela segunda onda do movimento feminista²².

De fato, a visão de que há diversos fatores vulnerabilizantes, além do gênero, que devem ser considerados na compreensão da realidade das mulheres, como das violências sofridas – muitas delas bastante específicas, como por exemplo, estupros

²⁰ GARCIA, Carla Cristina. **Breve História do Feminismo**. São Paulo: Claridade, 2015, p. 81.

²¹ “(...) nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade.” In BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: A experiência vivida**, volume 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 11.

²² ZAPATER, Máira Cardoso. **A Constituição do sujeito de Direito ‘mulher’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito USP, 2016, p. 70

corretivos nas mulheres lésbicas²³ ou menor prescrição de analgésicos para mulheres negras²⁴ – e, conseqüentemente, suas reivindicações, demarca esse período dos feminismos. Não se trata de uma competição para ver quem tem mais vulnerabilidades, ou mesmo não há uma somatória entre as mesmas. Sobre isso, clara a lição de Angela Davis.

Claro que classe é importante. É preciso compreender que classe informa a raça. Mas raça, também, informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras²⁵.

Assim, os feminismos construíram, a longo da história, um arcabouço teórico e empírico visando demonstrar, apesar de haver divergências sobre a origem, a existência da desigualdade de direitos entre homens e mulheres. Não resta dúvidas que ambos os gêneros possuem *status* diferentes até atualidade, tanto nos espaços públicos, quanto no privado.

2.1.2.1. Teorias de Gênero e as Mulheres

A ideia de gênero²⁶ como definidor para as diferenças sociais, políticas e de direitos entre os sexos²⁷ existia a partir da percepção das mulheres e, posteriormente,

²³ Ver BERTHO, Helena. “Vai virar mulher de verdade”: lésbicas são vítimas de estupro corretivo. 02 nov 2017. **Portal UOL**. Universa. Disponível em <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/11/02/vai-virar-mulher-de-verdade-estupro-corretivo-vitimiza-mulheres-lesbicas.htm>. Acesso em 02 abr. 2018.

²⁴ LEAL, Maria do Carmo et al. A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 1, e00078816, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001305004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 30 abr. 2018. Epub July 24, 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00078816>.

²⁵ Trecho de fala de Angela Davis em 1997 na Conferência realizada em São Luiz, Maranhã, em homenagem à Lélia Gonzales. In DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 12-13.

²⁶ ““Gender” is taken to refer to a culturally based complex of norms, values, and behaviors that a particular culture assigns to one biological sex or another”. In EMBER, Carol R. e EMBER, Melvin. **Encyclopedia of Sex and Gender: men and women in the world’s cultures**. New Haven: Springer, 2004, p. 3.

²⁷ “A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes.” In TELES, Maria Amélia de Almeida e MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2012, pp. 14-15.

quando organizados, dos movimentos feministas. No entanto, seu conceito não foi por elas cunhado.

(...) origem do conceito de gênero e sua distinção do conceito de sexo surgiu no campo médico, baseada em investigações com pessoas intersexuais realizadas por John Money (1952) e Robert Stoller (1968). De acordo com o primeiro, “o comportamento sexual e a orientação sexual do sexo macho ou do sexo fêmea não tem um fundamento inato”. E, de acordo com o segundo, na mesma linha, o gênero se refere “a grandes áreas da conduta humana, sentimentos, pensamentos e fantasias que se relacionam com os sexos, mas que não tem uma base biológica”. Ainda, para Stoller, o sentimento de ser mulher ou homem é mais importante do que as características anatômicas²⁸.

Nessa perspectiva, entendia-se que a identidade de gênero era desenvolvida bem cedo e se referia alguns aspectos da pessoa. “O conceito de identidade de gênero de Stoller levou, então, a uma concepção de identidade como algo necessariamente plural em vez de unitário”²⁹.

Apesar de não responderem por sua origem, os estudos feministas foram responsáveis pelos estudos e teorias de gênero, desenvolvendo e explorando seu conceito. De fato, diversos estudos, como o de Margareth Mead³⁰, demonstraram que a construção e feminilidade e masculinidade variava de acordo com a cultura.

Gênero passa a dizer respeito a todo aparato construído pela sociedade, antes mesmo de nascermos, e reiterado ao longo da vida: cores, brinquedos, roupas, profissões, comportamentos, performances esperadas; refere-se ao “feminino” e ao “masculino”. Sexo, por sua vez, é um conceito ligado à biologia. Designa somente a caracterização genética e anátomo-fisiológica dos seres humanos. Refere-se ao genital e às características específicas e biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios.

O conceito de gênero aprimora-se como construção social, e inúmeras teorias sofisticadas sobre o tema foram desenvolvidas a partir da crítica em relação à naturalização das desigualdades entre homens e mulheres. Desenvolveram-se reflexões filosóficas e jurídicas, como também pesquisas na área das ciências sociais tais como história, sociologia, antropologia e ciência política.

²⁸ PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>

²⁹ CONNEL, Raewyn. PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma Perspectiva Global**. São Paulo: nVersos, 2015. P. 207.

³⁰ Os estudos etnográficos da antropóloga iniciaram ainda na década de 30 e foram determinantes na constatação da construção cultural do que é ser homem e mulher. Ver MEAD, Margaret. **Sexo e Temperamento**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

Nesse sentido, o conceito de gênero desenvolvido pelas feministas confere importância capital à socialização como mecanismo de criação e manutenção das desigualdades entre as pessoas³¹.

Gênero era, portanto, uma construção da sociedade para definir os sexos (seus *status*, comportamentos, direitos, etc.).

Gayle Rubin, em *Woman in traffic*, que ao propor a denominação sistema sexo/gênero contribuirá para a difusão do conceito e para o desenvolvimento dos estudos atuais de gênero. Rubin define um sistema sexo/gênero como o conjunto de disposições através dos quais a sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana na qual essas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas. O sistema sexo/gênero seria neutro e indicaria que a opressão não é inevitável, pois é produto das relações sociais³².

A autora define o sistema sexo/gênero a partir do componente sexual, que não considera imutável, mas, como o gênero, produto da história. Imprescindível citar que ela reforçou a diferença dos conceitos de sexualidade e gênero, introduzindo esse novo componente nos estudos feministas.

Joan Scott, em outra perspectiva, analisa gênero a partir de componentes políticos, e resgata sua historicidade. Ela entendeu o gênero como uma categoria de análise, sendo “elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder”³³.

Há uma crítica, corroborada no trabalho, aos estudos feministas quando operam a redução da categoria gênero à análise apenas das relações privadas ou familiares, devendo ela ser ampliada para outras áreas, como espaços de poder, de trabalho, públicos, esportes, etc. De acordo com ela, a teorização sobre gênero não foi feliz. Não se pode reduzir gênero à compreensão de que se trata apenas das mulheres, mas também não

³¹ PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>

³² CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. P. 122.

³³ SCOTT, Joan. **Gênero: Uma categorial útil para análise histórica**. Tradução de Christiane Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Mimeo, p. 21. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/126288397/SCOTT-Joan-Genero-uma-categoria-util-de-analise-historica>. Acesso em 28 mar. 2018

pensar em gênero como informação sobre as mulheres sempre relacionadas aos homens, como se o seu mundo dependesse deles³⁴.

Assim, quando se fala de gênero, pensa-se em estrutura social³⁵, um padrão social determinado para homens e mulheres (dentre outros). Claro que esses papéis mudam de acordo com a cultura, local, raça e classe, mas é consenso que as mulheres e homens são desiguais em direitos, muito embora essa desigualdade seja em si variável de acordo com o contexto social e histórico.

E é sobre isso que se trata no presente estudo quando se fala de gênero.

A teoria *queer*, surgida a partir da década de 1990, de forma crítica, compreende que uma identidade é múltipla, ou seja, composta por diversos componentes. Essa é uma das suas bases³⁶, que “consiste numa ética contra binários, rótulos, determinismos e, sobretudo, heteronormatividades”³⁷.

O que hoje chamamos de queer, em termos tanto políticos quanto teóricos, surgiu como um impulso crítico em relação à ordem sexual contemporânea, possivelmente associado à contracultura e às demandas daqueles que, na década de 1960, eram chamados de novos movimentos sociais³⁸.

Queer é um termo associado ao que é esquisito, diverso, desviante e o seu uso demonstra justamente que a teoria não trata apenas de uma política de aceitação das relações homoafetivas, que de certa forma reforça a normatividade – gays e lésbicas normalizados serão aceitos –, mas visa debater aqueles corpos abjetos, aqueles e aquelas que negam os estereótipos e não exercem seus papéis de gênero.

³⁴ “À diferença da teoria do patriarcado que pressupõe a subordinação das mulheres aos homens, a teoria do gênero implica no estudo do outro”. CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 126.

³⁵ CONNEL, Raewyn. PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma Perspectiva Global**. São Paulo: nVersos, 2015. P. 47.

³⁶ “Para Butler, a teoria feminista que defende a identidade dada pelo gênero e não pelo sexo esconderia uma aproximação entre gênero e substância. Aceitando o sexo como um dado natural e o gênero como um dado construído, determinado culturalmente, equivaleria a aceitar que o gênero expressaria uma essência do sujeito. “Nesse caso não é a biologia, mas a cultura que se torna o destino”. In CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 138.

³⁷ CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 136.

³⁸ MISKOLCI, Richard. Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças. **Cadernos da Diversidade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015, p. 21.

Impõe-se recordar que Gayle Rubin já antecipava o debate entre sexualidade e gênero, quando criticou as análises de sexualidades heterossexuais, onde gênero aparece aprisionado na divisão entre homens e mulheres, sugerindo uma continuidade entre sexo e gênero. Para a autora, a relação entre sexualidade e gênero adquire maior complexidade nas relações homoeróticas³⁹.

A teoria *queer* questiona o sistema sexo/gênero como limitador e binário⁴⁰, afirmando a existência de infindáveis variações de subjetividades e corpos; mas não o nega, propondo, portanto, uma reinvenção do gênero. Assim, “não há apenas mulheres e homens; também há terceiros gêneros ou variações dos primeiros que parecem multiplicar as categorias de gênero em que as pessoas podem viver”⁴¹.

O conceito de gênero como apresentado anteriormente é um conceito dinâmico e em constante desconstrução, construção e reconstrução. A ruptura que se manifestou durante a terceira onda do feminismo fortaleceu a afirmação de novas identidades (incluindo a fluidez das identidades ou mesmo o conceito de não identidade) e comportamentos de gênero, dando espaço para a consolidação de novos conceitos, categorias e, até mesmo, novas nomenclaturas. “Em um grau inimaginável uma década atrás, o assunto profundamente pessoal da identidade de gênero entrou para a esfera pública”.⁴²

A teoria *queer*, como uma linha dos feminismos, desloca a ideia de que gênero é mulher.

A Teoria Queer lida com gênero como algo cultural, assim, o masculino e o feminino estão em homens e mulheres, nos dois. Cada um de nós – homens ou mulheres – tem gestuais, formas de fazer e pensar que a sociedade pode qualificar como masculinos ou femininos independentemente do nosso sexo biológico. No fundo, o gênero é

³⁹ CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 138.

⁴⁰ “(...) o pressuposto de que a maioria é heterossexual é altamente questionável porque se a homossexualidade é uma construção social, a heterossexualidade também é. Então, o binário hetero-homo é uma construção histórica que a gente tem que repensar.” In MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças. Cadernos da Diversidade*. Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015, p. 31.

⁴¹ CONNEL, Raewyn. PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma Perspectiva Global**. São Paulo: nVersos, 2015, p.212.

⁴² PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>

relacionado a normas e convenções culturais que variam no tempo e de sociedade para sociedade⁴³.

Assim, falar de gênero não necessariamente é falar de mulheres, mas falar dos valores e como eles se apresentam, também, nos corpos dessas pessoas. Falar de gênero, portanto, é falar de normas que são atribuídas, socialmente, aos homens e mulheres, dentre outros, e como atuam sobre os seus corpos. Isso é o que se chama performatividade⁴⁴⁴⁵.

Portanto, a contribuição da teoria *queer* junto aos estudos feministas e de gênero é a compreensão de que o sexo é tão construído socialmente como o gênero e, ambas as categorias, estão sendo construídas, desconstruídas e reconstruídas ao mesmo tempo, sempre. Não se adota quaisquer essencialismos ao tratarmos das mulheres e seus direitos.

Outra visão crítica às clássicas teorias feministas e de gênero que acabavam por privilegiar experiências eurocêtricas, não tratando, ou mesmo tratando de forma equivocada, das questões atinentes às mulheres dos países colonizados, como o Brasil, tem ganhado relevo.

Atualmente a produção teórica das autoras do chamado Sul Global, usando ainda as teorias construídas no Norte, concentra esforços no conhecimento a partir de suas realidades, bastante diversas não só por pela existência antes das colonizações, mas também pela herança deixadas pelos colonizadores.

Teorias de gênero têm assumido ordens de gênero bem integradas, com normas e hierarquias completas. No entanto, pensar em sociedades da periferia global levanta a questão como as ordens de gênero podem ser desintegradas ou como as relações de gênero podem simplesmente não ter ordem.

(...)

É improvável, então, que a teoria possa funcionar exatamente da mesma forma em diferentes regiões globais. Não estamos sendo homogeneizados como teorias populares sobre globalização supõem. Contudo, não vivemos em um mundo de mosaico em que cada cultura é intacta e

⁴³ MISKOLCI, Richard. Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças. **Cadernos da Diversidade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015, p. 32.

⁴⁴ “Seria a drag uma imitação de gênero, ou dramatizaria os gestos significantes mediante os quais o gênero se estabelece? Ser mulher constituiria um “fato natural” ou uma performance cultural, ou seria a “naturalidade” construída mediante atos performativos discursivamente compelidos, que produzem o corpo no interior das categorias de sexo e por meio delas?” In BUTLER, Judith. **Problema de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 9.

⁴⁵ O termo performatividade é tomado de empréstimo da linguística, mais especificamente da pragmática. Trata de enunciados, discursos, práticas, gestos que produzem alguma coisa – no caso, gênero – ao serem proferidos, reconhecidos e iterados, ou seja, repetidos e citados. Assim, gênero para a teoria *queer* é um contínuo fazer e desfazer no e pelos corpos das pessoas.

separada. Se um mundo assim um dia existiu, cinco séculos de imperialismo e uma economia mundial certamente o liquidaram⁴⁶.

A proposta é considerar todas as experiências, das teóricas e, principalmente, das mulheres das metrópoles e das áreas periféricas.

A teoria feminista contemporânea, portanto, situa-se no debate pós-moderno e desconstrutivista, pois busca um distanciamento da verdade, do conhecimento, do poder, do eu e da linguagem, geralmente aceitas e legitimadoras da cultura ocidental contemporânea, ou de outras formas de teoria social.

Desde uma perspectiva latino-americana, o feminismo pós-colonial e decolonial repensa o lugar da teoria feminista a partir do nosso lugar, contextualizando a experiência das mulheres brasileiras e latinas⁴⁷.

De fato, a inexistência dessa mulher tratada nas clássicas teorias feministas e de gênero, um ser hegemônico, universal, deve fomentar a consciência de que quando se descreve esse sujeito, está-se automaticamente excluindo boa parte das mulheres. Essa lógica se aplica também ao Direito, ao se qualificar como neutro (ou quando se refere ao “homem médio”).

As categorias gênero, raça e classe não podem fornecer a base para a crença na unidade ‘essencial’. Não há absolutamente nada a respeito do ser ‘mulher’ que aglutine naturalmente todas as mulheres. Nem mesmo existiria um estado de ‘ser’ mulher, categoria ela mesma altamente complexa e construída por discursos científicos sexuais e em outras práticas sociais. Mesmo “a consciência de gênero, raça e classe foi uma conquista imposta por meio da terrível experiência histórica das realidades sociais contraditórias do patriarcado, do colonialismo e do capitalismo⁴⁸”.

Esse feminismo, que traz à tona as exclusões, foi fundamental para se debater a interseccionalidade. Esse conceito foi proposto pela professora de Direito e militante dos direitos civis estadunidense Kimberlé W. Crenshaw. e visava criar um olhar que relacionaria as diversas categorias como raça, gênero, classe e sexualidade.

Crenshaw and other women of color feminists have argued that the categories have been understood as homogenous and as picking out the

⁴⁶ CONNELL, Raewyn. PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma Perspectiva Global**. São Paulo: NVersos, 2015, pp. 151-152.

⁴⁷ CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 94.

⁴⁸ CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 144.

dominant in the group as the norm, thus “women” picks out white bourgeois women, “men” picks out white bourgeois men, “black” picks out black heterosexual men, and so on. It becomes logically clear then that the logic of categorial separation distorts what exists at the intersection, such as violence against women of color. Given the construction of the categories, the intersection misconstrues women of color. So, once intersectionality shows us what is missing, we have ahead of us the task of reconceptualizing the logic of the “intersection” so as to avoid separability. It is only when we perceive gender and race as intermeshed or fused that we actually see women of color⁴⁹.

Não se deve observar intersecção entre gênero, raça e classe apenas, mas também com uma infinidade de outros marcadores. Mulheres idosas, com deficiências, do campo, ciganas, lésbicas, travestis, transexuais, as mulheres de populações tradicionais, como indígenas e quilombolas, as ribeirinhas, das metrópoles e das colônias, fazem parte desse sem número de características e vulnerabilidades que se associam e geram desigualdades e violências específicas.

Especialmente na América Latina, essas associações ou deslocamentos fazem sentido.

Dessa associação entre feminismo e o campo de estudos sobre a dominação colonial e os grupos subalternos na América Latina, o feminismo latino americano tem construídos suas próprias referências críticas, pautadas na compreensão de uma matriz de dominação em que as categorias “raça”, “classe”, gênero” e “sexualidade” são vistas como variáveis imbricadas uma nas outras, e dedicadas a recuperar o legado de mulheres indígenas e negras a partir da América, problematizando sua invisibilidade no interior dos feminismos hegemônicos (ESPINOSA-MIÑOSO, 2014).⁵⁰

Essas categorias são interdependentes entre si e não só possuem pontos de intersecção, como ruas em uma cidade.

(...) propongo entonces el concepto de imbricación pues evidencia las dependencias que existen entre las distintas categorías y la implicación articulada de distintos sistemas de dominación y opresión en la vida de muchas mujeres. Se trata de entender cómo las estructuras de clase, racismo, sexo y sexualidad son concebidas, como bien planteó Avatar

⁴⁹ LUGONES, Maria. The Coloniality of Gender. **Worlds & Knowledges Otherwise**, volume 2, dossier 2: On the de-colonial (ii): gender and decoloniality, Duke University, Spring 2008. P. 4. Disponível em: https://globalstudies.trinity.duke.edu/wp-content/themes/cgsh/materials/WKO/v2d2_Lugones.pdf. Acesso em 29 mar. 2018.

⁵⁰ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27.

Brath, como especies de “variables dependientes” porque cada una está inscrita en las otras y es constitutiva de y por las otras (BRATH, 2004)⁵¹.

Apesar do binarismo homem/mulher quando se fala de gênero não dar conta de todas as pessoas e corpos existentes, escolhemos tratar no presente trabalho das mulheres, numa perspectiva ampla – o que não quer dizer perspectiva neutra ou universalista⁵² – e interseccional, compreendendo serem pessoas que sofrem violações muito específicas. O Direito ainda precisa tratar desse tema.

Assim, entende-se a utilização da categoria “mulheres” como relevante dentro do Direito; contudo, a presente pesquisa o faz com visão feminista e consciente de que é necessário observar as interseccionalidades ou imbricações. É na perspectiva de trazer debate sobre a naturalização das práticas violadoras de direitos e uma estrutural desigualdade que nasce o trabalho. E com vistas a negar qualquer essencialismo, utilizar-se-á também a categoria “gênero”.

2.2 Igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres

Durante a história diversos foram os pensadores e estudiosos que trataram da igualdade e todos, de forma unânime, compreendem esse princípio como uma das estruturas que sustentam um Estado Democrático e essencial para garantia da justiça.

Com relação à natureza jurídica, a igualdade, no Direito, é considerada um princípio.

O conceito de princípio remonta à ideia de início e fundação, e é assim que encontramos nos dicionários. No Direito, seu conceito também é ligado a esse sentido, sendo “verdadeiro alicerce dele (sistema), disposição fundamental que se irradia sobre

⁵¹ CURIEL, Ochy. La Critica Postcolonial Desde El Feminismo Antiracista. In VERSCHUUR, Christine (dir). **Vents d’Est, Vents d’Ouest: Mouvements de femmes et féminismes anticoloniaux**. Genebra: Openedition books, 2016, pp. 39-40. Ver em <http://books.openedition.org/iheid/6303>.

⁵² “(...) nega a complexidade da vida das pessoas, a multiplicidade de suas identificações e as motivações mistas, oriundas de suas associações.”. In FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 609.

diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”⁵³.

Apesar de se usar esse termo para designar outras coisas no Direito, aqui o que interessa é seu conceito como um tipo de norma jurídica.

A classificação das normas em princípios e regras decorre de sua “qualidade” e não do “grau”, nos termos do que descreve Robert Alexy. Para ele “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” enquanto “(...) regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁵⁴.

Portanto,

isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que, (...) regras podem ter – e quase sempre têm – exceções” e “no caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial”⁵⁵.

Poderia parecer, como já foi afirmado em outra época, que os princípios não têm caráter coercitivo ou que são mera exortação política. Contudo, atualmente o consenso é que os princípios são normas jurídicas que devem ser cumpridas na ideia de que determinam as “diretrizes fundamentais”⁵⁶ de um sistema.⁵⁷

⁵³ GLASENAPP, Ricardo Bernd. A Igualdade como ideia de justiça social para as pessoas com deficiência nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Mestrado em Direito Constitucional. São Paulo: PUC-SP, 2011, pp. 14-15.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 90-91

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 45.

⁵⁶ FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. **O princípio da igualdade e sua implementação pelas Convenções Internacionais**. Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2006, p. 15.

⁵⁷ “As colisões entre princípios têm de ser encaradas e resolvidas de forma distinta (das regras). Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para o mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de relações condicionadas de precedência”. In SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 50.

O princípio da igualdade “(...) é um dos princípios gerais do direito, é constitucional e é fundamental, lembrando sempre que uma designação não exclui a outra”⁵⁸.

Princípio da igualdade é, portanto, um dos princípios estruturantes de um sistema, e, juntamente com a dignidade da pessoa humana⁵⁹, de fundamental importância⁶⁰.

Para compreender o seu conceito, deve-se fazer um breve resgate histórico sobre ele.

No Dicionário Aurélio, igualdade significa “qualidade de igual”, “relação entre coisas ou pessoas iguais”⁶¹. De fato, quando se fala em igualdade, deve-se perguntar: entre o quê? entre quem? Por essa razão Bobbio destacou esse princípio como relacional⁶².

Na Grécia Antiga, a ideia de igualdade se fundiu com a ideia de justiça, dada sua importância. Aristóteles se debruçou sobre esse princípio e sua concepção de igualdade é usada até a contemporaneidade⁶³. Para ele, havia duas espécies de justiça: a geral, voltada ao bem comum de toda comunidade; e a especial, aquela preocupada com a distribuição correta dos bens disponíveis entre integrantes da comunidade.

A justiça era associada ao bom e o melhor e a capacidade de assim julgar. O que era “bom” ou “melhor” era identificado pelos julgadores a partir de uma habilidade desenvolvida pela dialética⁶⁴.

⁵⁸ FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. **O princípio da igualdade e sua implementação pelas Convenções Internacionais**. Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2006, p. 49.

⁵⁹ “O princípio mereceu formulação clássica na ética Kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, (...), denomina de “núcleo essencial intangível” dos direitos fundamentais”. In GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 200, pp. 131-132.

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 2007 P. 131.

⁶¹ Ver em <https://dicionariodoaurelio.com/igualdade>. Acesso em 09 mar. 2018.

⁶² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 24.

⁶³ Na formulação aristotélica o homem, enquanto animal social e político, só poderia ser livre para encontrar-se em igualdade com seus semelhantes após liberar-se das necessidades privadas, naturais, que pertenciam ao óikos (privado). Nesse sentido, o lugar da igualdade grega, a pólis (público), não abarcava as mulheres, os escravos e as crianças.

⁶⁴ Para José Afonso da Silva, a igualdade descrita por Aristóteles depende de uma desigualdade, já que caberá o julgador promover a justiça (igualdade) tratando “igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 213.

Não se pode, contudo, esquecer de que essa igualdade ou justiça se referia apenas aos homens (e não às mulheres) e apenas a alguns deles, como não escravos, por exemplo. Somente alguns homens eram iguais e ainda dotados de capacidade em aferir essa igualdade.

No ocidente, durante a Idade Média, a pessoa não era vista como um ser descolado da sua crença ou da interferência divina e isso acabava refletindo na noção de igualdade – quem era movido pelo “Bem” ou “Mal”, por exemplo, estava em patamares diferentes. Essa igualdade seria, no entanto, reconhecida após a morte.

Durante a vida, na esfera terrena havia uma divisão bastante clara entre quem era igual ou desigual, havendo os proprietários, os servidores, o clero. Com relação às mulheres, apesar de serem seres de segunda classe, nos feudos “suas atividades domésticas não eram desvalorizadas e não supunham relações sociais diferentes das dos homens”.⁶⁵

Após esse período, diversos autores trataram da igualdade. Para Rousseau⁶⁶, havia desigualdade natural ou física, decorrente da natureza; e a moral ou política, estabelecida por uma convenção da sociedade. Esse pensamento surgiu também graças às descobertas do Novo Mundo. A descoberta de novas terras e novas gentes criou um intenso debate político, teológico e filosófico sobre o estatuto dos habitantes do novo mundo, debate bastante centrado na questão: os índios teriam alma, e portanto fariam parte da humanidade, ou não, e portanto estariam no campo da animalidade e poderiam ser tratados como coisas. A resposta afirmativa foi o que levou os jesuítas a pressionar o governo português pela proibição da escravidão dos povos indígenas, salvo por motivo de “guerra justa”, praticamente desde o início do período colonial.

A revolução científica desconstruiu a crença de que as pessoas eram medidas pela sua ligação com o divino, mas criou outras, como a que cada um ou uma tinha um lugar na sociedade de acordo com a suas características biológicas⁶⁷, por exemplo.

Ao denominarem tais direitos como naturais e autoevidentes, os teóricos jusnaturalistas que escreveram no século que antecedeu as Revoluções Liberais antecipariam a mentalidade que se fortaleceria no século XIX, no sentido de que aquilo que fosse da ordem da natureza seria imutável

⁶⁵ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017, p. 53.

⁶⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 212

⁶⁷ Esse tema será objeto de estudo no próximo item.

pela ação humana. Na época, a declaração de tais direitos como naturais tinha por finalidade combater o Antigo Regime do direito divino do rei e de privilégios dos nobres, que não poderia mais se sustentar, ao menos não de forma lógica e racional. Se a lei – que era lógica e racional – determinava a igualdade entre todos os cidadãos, as diferenças percebidas nos corpos somente poderiam se justificar por uma determinação natural – e, portanto, imutável. Significa dizer que a “verdade autoevidente” positivada na forma de igualdade na lei não se construiu senão se cercando de muitos paradoxos: a Revolução Científica trabalhou para mostrar que, não obstante a lei assegurasse igualdade entre as pessoas, na prática as desigualdades se evidenciavam. A “prova da verdade científica das diferenças” entre as pessoas legitimou muitas das desigualdades jurídicas que se produziram desde então⁶⁸.

A Revolução Francesa propôs uma mudança. Tinha igualdade como um dos seus lemas, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou que “os homens⁶⁹ nascem e são livres e iguais em direitos”⁷⁰. Trata-se da igualdade jurídico-formal.

Essa contradição (garantia de direitos para alguns apenas) deu ensejo aos questionamentos e, assim, à percepção de que existiam de fato desigualdades. Enquanto as pessoas não eram consideradas sujeitos de direito e a igualdade não era prevista em lei, a efetiva desigualdade não foi percebida tão enfaticamente.

Essa também é a razão da associação dos feminismos com a Revolução Francesa, apesar da existência de uma luta por deslocamento do lugar social do feminino antes disso, como já estudado.

A previsão de igualdade existia. Contudo, algumas pessoas, por suas características naturais ou biológicas, por exemplo, poderiam ser menos iguais, já que não se incluíam no conceito “homem” ou “todos”⁷¹.

Grandes filósofos ocidentais⁷² desse período, como Immanuel Kant e John Locke⁷³, chegaram a mencionar o não reconhecimento de mulheres ou pessoas negras como integrantes dessa categoria de indivíduos que teriam direitos.

⁶⁸ ZAPATER, Maíra Cardoso. **A Constituição do sujeito de Direito ‘mulher’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito USP, 2016, p. 51.

⁶⁹ O uso da palavra homem já demonstra a inexistência de igualdade entre as pessoas por suas diferenciações biológicas, o que será aprofundado a seguir.

⁷⁰ Artigo 1º. Ver em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 09 mar. 2018.

⁷¹ Sobre isso exemplificativa a história de Olympe de Gouges, sobre a qual trataremos abaixo.

⁷² É claro o apagamento da história de autoras mulheres e pessoas negras, sendo o saber produzido basicamente por países colonizadores colocado como universal e que contemplasse todas as pessoas. Há autores africanos que trazem uma ideia de igualdade diferente dos iluministas europeus e produções

El poder en la sociedad moderna está organizado y limitado por el derecho y, en concreto, por la Constitución. De ahí que el objeto de estudio y de la investigación del derecho constitucional se centre en las relaciones de poder. La razón de esta organización y limitación se sustenta en el principio de igualdad. Entre iguales se pactan los límites y se llega a un consenso respecto de cuál será el orden social para alcanzar la convivencia pacífica. Históricamente este pacto social se ha materializado entre varones, quedando las mujeres excluidas del pacto fundacional de los actuales Estados constitucionales. Esta exclusión se ve reflejada en el derecho público tradicional que tiene su base teórica en el pensamiento político liberal. Locke, Montesquieu y Rousseau son quienes mejor representan el desarrollo de la doctrina política liberal. Un análisis crítico de la misma permite descubrir su carácter sexista, de clase y racializado. Todos coinciden en considerar no iguales a las mujeres a pesar de que la igualdad era la categoría central del pensamiento político en el que se apoyaría el Estado constitucional liberal⁷⁴.

Essa é a concepção do direito à igualdade previsto em diversas normas constitucionais de todo o mundo, inclusive na Constituição Federal brasileira, especificamente no artigo 5º, *caput*, ao descrever que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

A visão formalista dos direitos fundamentais, especialmente da igualdade, permitiu diversas violações de direitos de populações vulneráveis, como ocorreu com a judaica, armênia, cigana, indígena, e, obviamente, ocorreu (e continua ocorrendo) com mulheres. Isso porque a compreensão desse direito não levou em conta as vulnerabilidades ou diferenças dessas populações.

científicas que tratam do sistema de castas indiano, que “ignorariam a ideia de indivíduos livres e iguais, para adotar uma noção coletiva de homem, que somente existe em caráter relacional com sua comunidade composta de desiguais”. In ZAPATER, Máira Cardoso. **A Constituição do sujeito de Direito ‘mulher’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito USP, 2016, p. 45.

⁷³ “Kant (1724-1804) escreveu um século mais tarde em “Observações sobre o Sentimento do Belo e do Sublime” (1764): “Uma mulher pouco se constrange com o fato de não possuir determinado entendimentos”. “E a teoria do contrato social de Locke não se aplicava a todos na prática: ele foi secretário durante a redação das “Constituições Federais da Carolina” (1669), que concederam aos homens brancos poder absoluto sobre seus escravos africanos. O próprio inglês investiu no comércio negreiro transatlântico.” In HERBJORNSRUD, Dag. Os africanos que propuseram ideias do iluminismo antes de Locke e Kant. **Folha de São Paulo**. Ilustríssima, 24 dez. 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/12/1945398-os-africanos-que-propuseram-ideias-do-iluminismo-antes-de-locke-e-kant.shtml>. Acesso em 13 mar. 2018.

⁷⁴ MONTAÑEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales em el constitucionalismo oficial. In Igualdade e Democracia: el género como categoria de análisis jurídico. **Estudios em homenagem a la profesora Julia Sevilla Merino**, p. 270. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42723/1/2014_Garay_Constitucionalismo-feminista.pdf. Acesso em 14 jan. 2018.

E foi a Segunda Guerra Mundial um marco histórico que acabou por demonstrar a necessidade de compreender os direitos fundamentais numa nova perspectiva, analisando densidade de seu conteúdo e os efeitos gerados.

Para tanto, a igualdade passou a ser entendida e estudada em suas diversas concepções, como a formal, material, igualdade perante a lei e igualdade na lei⁷⁵.

A Igualdade formal refere-se à aplicação igual do direito vigente, sem distinção; já a igualdade material trata da distribuição do direito vigente de forma igual, dentro da realidade fática.

(...) relevante distinção entre igualdade formal e material, no sentido de a primeira exigir abstenções discriminatórias infundadas por parte do Estado, enquanto a segunda, considerada a realidade fática desigual, requer ações estatais positivas voltadas a reduzir diferenças sociais, proteger minorias e minimizar falhas históricas de distribuição de oportunidades⁷⁶.

Conforme descrito acima, a igualdade formal como um mandamento de aplicação da lei sem observância das condições sociais ou identidades, por exemplo, é perigosa.

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (...). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente em favor ou à custa de alguma pessoa⁷⁷.

Essa compreensão de igualdade privilegia algumas categorias de pessoas, aquelas que detêm o poder, mantendo seus privilégios, transmitindo, ainda, equivocadamente, uma ideia de um sujeito universal e abstrato, que obviamente não existe.

Assim, a regra jurídica que estabeleça algum tratamento em razão da condição de Homem, é, por óbvio, regra geral, porque neutra em si mesma, o que vale dizer que não é capaz de estabelecer distinção de tratamento válida ou eficaz. A regra, assim, concebida, acaba abarcando

⁷⁵ Robert Alexy fala de direito geral de igualdade e de direito de igualdade específico. De acordo com essa classificação, o geral seria equivalente à igualdade formal ou igualdade perante a lei, sendo o específico aquele voltado ao caso concreto, ao conteúdo da norma. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 396-399.

⁷⁶ CLEVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 25.

⁷⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1998, p. 330.

indistintamente a todos. E é justamente por isso que poderá tornar-se inconstitucional, já que, ao tratar de todos igualmente, pode desconsiderar uma desigualdade relevante, que imponha um tratamento desigual, para fins de obedecer ao princípio da isonomia⁷⁸.

Mesmo quando se recorre ao postulado aristotélico de tratar iguais com igualdade e, desigualmente, os desiguais, não há avanço, já que “ele nada diz sobre que características, de que indivíduos, devem ser tratados de que forma”⁷⁹. E surge uma questão importante: quem define quem é igual ou desigual?

A igualdade perante a lei, que se confunde com a igualdade formal, refere-se à aplicação das normas jurídicas da forma que estão estabelecidas na norma, sem qualquer distinção. Ou seja, estabelece que tais normas não podem conter ou gerar distinções, salvo se justificáveis.

Além do fator discriminatório, é preciso atentar para a relação entre este e a disciplina desigual estabelecida. Exige-se que haja, como visto, uma relação de pertinência, o que significa, em poucas palavras, que a regra de tratamento diversificado tem de “fazer sentido”⁸⁰.

Pode-se citar novamente a Constituição Federal brasileira como exemplo em que há uma norma geral (artigos 5º, *caput* e inciso I), mas há normas que estabelecem um discrimine e, por isso, reconhecem a necessidade de uma garantia diferente (artigo 7º, inciso XVIII – licença maternidade).

Há, no entanto, entendimento de que essa distinção é desnecessária, sendo que o princípio da igualdade perante a lei se dirige também aos poderes legislativo e judiciário, devendo ambos tratarem, dentro de suas competências, igualmente situações iguais e, desigualmente, situações desiguais⁸¹.

(...) uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras

⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 466.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 398.

⁸⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 466.

⁸¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 218.

coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar⁸².

A concepção de direito à igualdade adotada no trabalho é aquela voltada, portanto, aos três poderes, que demanda ações negativas e positivas para criar normas ou aplicá-las de forma a reforçar a igualdade existente e combater as desigualdades⁸³. “Igualdade é princípio de mão dupla. Isso significa que serve para garantir um direito individual de não ser discriminado, mas também o de evitar favoritismos”⁸⁴.

(...), o cerne do conteúdo jurídico do princípio da igualdade é a proibição de tratamento discriminatório, vale dizer, a instituição de medidas que tenham o propósito ou o efeito de prejudicar, restringir ou anular o gozo e o exercício de direitos e liberdades fundamentais, (...), em qualquer campo da vida pública ou privada⁸⁵.

As ações positivas, discriminações positivas ou ações afirmativas servirão para criar condições para uma efetiva igualdade. Ações afirmativas não são somente a instituição de cotas, mas “medidas de conteúdo redistributivo, positivo, promocional, de renivelamento e restauração”⁸⁶. Um excelente exemplo de ação afirmativa de natureza diversa das cotas é a Lei n.º 11340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha⁸⁷.

Aplicação, contudo, como afirmado, de um tratamento desigual às pessoas deve ser justificada⁸⁸. Assim, grande desafio garantir que as diferenças existentes entre as

⁸² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 15.

⁸³ “Canotilho (2002, p. 350) raciocina no mesmo sentido ao imbricar a ideia de igualdade à de democracia e à Justiça, afirmando que “não se pode interpretar o princípio da igualdade como um ‘princípio estático’ indiferente à eliminação das desigualdades” (grifos do autor), pois isto implicaria na “relativização do princípio da igualdade”, que acabaria sendo interpretado apenas “no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da ‘dignidade social’”. In FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. **O princípio da igualdade e sua implementação pelas Convenções Internacionais**. Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2006, pp. 51-52.

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

⁸⁵ RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 700.

⁸⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos E.U.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

⁸⁷ Lei Maria da Penha teve sua constitucionalidade questionada por meio das ADI 4424 e ADC 19, por ferir direito à igualdade, sendo, no entanto, em 2012, julgada constitucional e reconhecida sua natureza de ação afirmativa. Ver em NOTÍCIAS STF. Relator julga procedente ADC sobre Lei Maria da Penha. **Portal do STF**. Notícias. Publicado em 09 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso em 17 jun. 2018.

⁸⁸ “(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a clausula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no

peçoas, cultura, região, sejam compreendidas por todos a quem a igualdade se dirige,⁸⁹ já que muitas são provenientes de grupos e regiões privilegiados, além da possibilidade de aplicação desigual do direito não seja usada para reforçar as diferenças e transformá-las em desigualdades.

Para o sistema de Direitos Humanos, a distinção entre desigualdades e diferenças é de capital importância. As primeiras referem-se a situações em que indivíduos ou grupos humanos acham-se juridicamente, um em relação aos outros, em posição de superioridade-inferioridade; o que implica a negação da igualdade fundamental de valor ético entre todos os membros da comunhão humana. Por isso mesmo, a desigualdade constitui sempre a negação da dignidade de uns em relação a outros.

As diferenças, ao contrário, são manifestações da rica complexidade do ser humano. Em todo curso da História, e em todos os lugares, porém, os indivíduos ou grupos diferentes sempre foram vistos com suspeita, ou tratados com desprezo; ou seja, na raiz de toda desigualdade encontramos uma diferença, quer biológica, quer cultural, quer meramente patrimonial.⁹⁰

Este paradigma só foi questionado quando grupos sociais discriminados e excluídos se organizaram, não só para lutar contra a discriminação e a exclusão, mas também para por em causa os critérios dominantes de igualdade e diferença e os diferentes tipos de inclusão e exclusão que legitimam. (...). A ideia do fundacional/identitário passou a disputar o monopólio da ideia do universal/igualitário até então incontestado. A partir de então, a luta contra discriminação e a exclusão deixou de ser uma luta pela integração e pela assimilação na cultura dominante e nas instituições suas subsidiárias, para passar a ser uma luta pelo reconhecimento da diferença, pela consequente transformação da cultura e das instituições de modo a separar as diferenças (a respeitar) das hierarquias (a eliminar) que atavicamente lhe estavam referidas.⁹¹

Igualdade é Direito Humano classificado como de primeira geração⁹², contudo, os direitos de segunda geração servem para dar maior carga a esse princípio⁹³.

objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.” In MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

⁸⁹ Exemplo disso é o caso J. debatido no capítulo 6.

⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 305.

⁹¹ Santos, Boaventura de Sousa e CHAUÍ, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014, pp. 78-79.

⁹² Mais à frente essa forma de classificação e sua incompletude será objeto de estudo.

⁹³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 59

Para a jurisprudência internacional, assume a categoria de *jus cogens*, direito cogente e inderrogável. A igualdade e a não discriminação constituem um princípio fundamental que ilumina e ampara todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Sua proteção é requisito, condição e pressuposto para o pleno e livre exercício dos direitos⁹⁴.

Nos atuais instrumentos de garantia de Direitos Humanos, a igualdade é voltada ao sujeito de direitos, na sua especificidade e concretude⁹⁵. E essa concretização é também papel da jurisprudência dos tribunais que aplicam e fiscalizam aplicação desses instrumentos, interpretando-os.

Essa necessidade decorre do receio de uma igualdade voltada a sujeitos genéricos, abstratos, possibilitando violações de direitos e desrespeito às diferenças⁹⁶. Aliás, como visto, as diferenças devem servir para promoção dos direitos e não ao contrário⁹⁷.

Assim, pode-se afirmar que o conceito jurídico da igualdade se alinha com a ideia de uma justiça social, mas não só com relação às desigualdades econômicas⁹⁸, mas sim aquela justiça que também reconhece diferenças e identidades e garante participação.

O reconhecimento não pode ser reduzido à distribuição, pois o *status* de alguém na sociedade não é simplesmente uma decorrência de sua posição de classe. (...) reversamente, também a distribuição não pode ser reduzida ao reconhecimento, pois o

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 320-321.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 269.

⁹⁶ “(...) políticas estatais neutras poderão ser fonte geradora de discriminação indireta, na medida em que, ainda que aparentemente não discriminatórias, seus efeitos poderão manter, perpetuar ou até mesmo exacerbar uma discriminação. Daí necessidade de um protagonismo estatal, orientado pela obrigação jurídica dos Estados de respeitar, proteger e implementar direitos”. In PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.321.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 269.

⁹⁸ “Muito interessante é a observação feita por Dworkin quanto à necessidade de as pessoas sentirem-se bem com a vida que levam, não importando para tanto o montante existente como saldo bancário. Para ele, “se quisermos tratar as pessoas genuinamente como iguais (ou assim possa parecer), devemos nos empenhar em tornar suas vidas igualmente desejáveis para elas ou lhes oferecer meios para fazê-los, e não apenas igualar seus saldos bancários”. Ainda dentro da teoria da igualdade de bem-estar, Dworkin afirma que há outras teorias, como a teria do êxito, que que êxito será determinado de acordo com as preferências, ele refere-se às preferências em relação a coisas que não lhes pertencem ou à vida ou a situações de outras pessoas”. In GLASENAPP, Ricardo Bernd. **A Igualdade como ideia de justiça social para as pessoas com deficiência nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito Constitucional. São Paulo: Puc-SP, 2011, pp. 30-31.

acesso de alguém a recursos não é simplesmente uma decorrência de seu *status*⁹⁹.

Assim, o direito à igualdade¹⁰⁰ está associado, no seu aspecto negativo, ao dever de não discriminar; não de forma neutra, descomprometida, mas numa perspectiva de igualdade como não dominação ou submissão¹⁰¹. No aspecto positivo, está associado ao dever de reconhecimento e redistribuição, de acordo com o caso concreto (que permite a perspectiva da participação¹⁰²).

Ao falar de reconhecimento deve-se associa-lo à ideia de *status*¹⁰³ que o grupo ou a coletividade tem na sociedade¹⁰⁴.

⁹⁹ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção de justiça. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 180.

¹⁰⁰ Nesse enfoque interessa destacar que “la reivindicación de la igualdad como principio normativo y como derecho, se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad” (Torres: 2001). En el marco de los derechos de las mujeres, hablar de igualdad no significa identidad con los hombres; significa tener las mismas oportunidades, ser reconocidas y tratadas como iguales, pues cada persona vale igual que cualquier otra persona”. In BADILHA, Ana Elena e GARCÍA, Isabel Torres. La protección de los derechos de las mujeres em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: IIDH **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes**. Tomo I. 2004, p. 96. Em http://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/4_sistema_regional/4.pdf. Acesso em 14 abr. 2018.

¹⁰¹ CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana e ALDAO, Martín. Jurisdicciones em interacción: ¿hacia la expansión del principio de igualdad em latinoamérica? In BOGDANDY, Armin Von de et ali (orgs.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 342.

¹⁰² “La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es entonces, desde esta perspectiva, la participación, que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. (...) ninguna concreción del principio da igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran em la situación concreta de disparidade (...)”. In CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana e ALDAO, Martín. Jurisdicciones em interacción: ¿hacia la expansión del principio de igualdad em latinoamérica? In BOGDANDY, Armin Von de et ali (orgs.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 355.

¹⁰³ “(...) o modelo de *status* evita reificar identidades de grupo. (...) o que precisa de reconhecimento no caso em questão não é a identidade específica do grupo, mas sim o *status* dos indivíduos como parceiros integrais na interação social. Esta orientação oferece diversas vantagens: ao concentrar-se nos efeitos das normas institucionalizadas sobre capacidade para interação, o modelo evita hipostasiar a cultura e a substituição da construção da identidade pela transformação social. Da mesma forma, ao se recusar a privilegiar soluções para o não-reconhecimento que valorizem identidades de grupos existentes, evita essencializar configurações atuais e impedir a mudança histórica”. In FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultura. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 620.

¹⁰⁴ Dworkin chama de influência. “(...) não que homens e mulheres devam, por direito, ter em média a mesma influência, mas que a menor influência que as mulheres têm hoje é o resultado da combinação de injustiça econômica, estereótipos e outras formas de opressão e preconceito, algumas, das quais, talvez, sejam tão fundamentais que estão entranhadas na cultura da comunidade.” In DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 270.

Temos direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades¹⁰⁵.

Esse, é, portanto, o conceito de igualdade e não discriminação aplicado no presente trabalho.

2.3 Direito à Igualdade e Não Discriminação de Gênero Contra as Mulheres

O Direito adotou o sistema sexo/gênero de forma muitas vezes equivocada, usando em alguns momentos os termos como sinônimos, e, em outros, gerando relevantes mudanças normativas¹⁰⁶. A partir disso, e com a vigência do direito à igualdade, quaisquer diferenças sexuais não poderiam ser utilizadas para tratamento desigual entre as pessoas – igualdade formal – sendo que, posteriormente, passou-se a perceber que as diferenças de gênero, dentre outras, deveriam também ser consideradas, visando, assim, a igualdade material.

El paradigma feminista, además, ha incorporado el concepto de relaciones de género para explicar la desigual distribución del poder que se sustenta en la normativización del sexo. A partir de la utilización del análisis de género se corrió el velo de las contradicciones de la igualdad liberal. Se puso en evidencia que las estructuras de la sociedad patriarcal han coexistido con el desarrollo del Estado constitucional¹⁰⁷.

Portanto, sem olhar nessa perspectiva de gênero, não há como efetivar o princípio da igualdade. Para tanto, pode-se vedar ou promover discriminações¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Santos, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In Santos, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

¹⁰⁶ Sobre isso pode-se destacar a alteração no projeto de lei que visava criação do feminicídio, em que o termo “gênero” foi alterado por “sexo” no último momento, após incidência da bancada evangélica, visando excluir da proteção as mulheres travestis e transexuais. Ver em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/512761-PROJETO-SUBSTITUI-TERMO-%E2%80%99CGENERO%E2%80%99D-POR-%E2%80%99CSEXO%E2%80%99D-NA-LEI-MARIA-DA-PENHA.html>. Acesso em 10 abr. 2018.

¹⁰⁷ MONTAÑEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales em el constitucionalismo oficial. In **Igualdade e Democracia: el género como categoria de análisis jurídico**. Estudios em homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino, p. 271. Em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42723/1/2014_Garay_Constitucionalismo-feminista.pdf. Acesso em 14 jan. 2018.

¹⁰⁸ “Mas há outra possibilidade: uma estratégia na qual se busca equilibrar as ordens de gênero com níveis bem diferentes de desigualdade é uma evidência que corrobora essa ideia. Essa democratização é uma

El principio de igualdad tiene una doble dimensión en el derecho internacional de los derechos humanos: a) la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos; y b) el derecho de toda persona de ser tratada igual que las demás frente a la ley. La importancia de esta doble dimensión no es sólo su reconocimiento en un texto constitucional, sino también que el Estado realice todas las acciones pertinentes para lograr, en la práctica, que los obstáculos para la igualdad entre las personas sean removidos, según el artículo uno de la Convención Americana y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Estado no sólo debe abstenerse de generar discriminaciones de jure, sino también debe remover los factores que generen discriminación de facto, tanto con respecto a los derechos civiles y políticos como con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰⁹.

No presente trabalho, optou-se por trabalhar com a categoria gênero¹¹⁰, especificamente com as mulheres no Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, no qual já foi reconhecida.

la categoría misma de género se ha hecho presente en textos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual es un claro indicador de la alta aceptación y valor que tiene este concepto. Un buen ejemplo, a nivel americano, lo encontramos en el artículo 1º de la Convención de Belém do Pará, en la definición de violencia contra la mujer. Otro ejemplo, en el plano universal, es el artículo 7º del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional; éste indica: “se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad” (IIDH, CEJIL: 2004). Puede afirmarse que la aplicación de la perspectiva de género, enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella. En materia de derechos humanos permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación. Ofrece, pues, grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas y, concretamente, de las mujeres¹¹¹.

estratégia praticável, como mostram diversas lutas sociais que, de fato, mudaram as relações de gênero rumo à igualdade”. In CONNEL, Raewyn. PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma Perspectiva Global**. São Paulo: nVersos, 2015, p. 273.

¹⁰⁹ Trecho de manifestação do Conselho Centroamericano de Procuradores de Direitos Humanos no processo de construção da Opinião Consultiva 18/03, tema do Capítulo 5.

¹¹⁰ “(...) necessidade de mantermos um essencialismo/binarismo estratégico. É essa a posição que adotaremos (...). Temos uma leitura feminista das relações de gênero. Quando falamos de “mulher” e “homem” não se trata de leitura essencialista, ingênua (característica da segunda onda), mas de um binarismo essencialista estratégico, que nos auxilia revelar certas estruturas presentes nos processos de subjetivação de mulheres e homens em nossa cultura, nesse momento histórico. Em sua aplicação na prática, devem ser levadas em consideração, sempre, as idiosincrasias das interseccionalidades, principalmente a de raça e classe social, as quais dão, a esses dispositivos, facetas específicas, que merecem ser pesquisadas e compreendidas.” In ZANELLO, Valeska. **Saúde Mental, gênero e dispositivos**. Curitiba: Appris, 2018, p. 54.

¹¹¹ BADILHA, Ana Elena e GARCÍA, Isabel Torres. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In IIDH **El Sistema Interamericano de Protección de**

O princípio da igualdade possui sua faceta positiva e negativa, denominada não discriminação¹¹², presente ao seu lado nos artigos 1.1 e 24, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹¹³. Assim, quando se fala em igualdade, deve-se também abranger a não discriminação, salvo se necessária para atingir àquele fim.

O gênero, em suma, é um modelo “bivalente” de coletividade. Ele combina uma dimensão de classe, que lança no âmbito da redistribuição, com uma dimensão de *status*, que o lança, simultaneamente, no âmbito do reconhecimento. (...) mas a solução da injustiça de gênero, de qualquer forma, requer alterações tanto na estrutura econômica quanto na ordem de *status* da sociedade.”¹¹⁴

Sabe-se que as mulheres, especialmente nas Américas, ainda ocupam na sociedade um lugar diferente dos homens, de menor *status*, sofrendo, em consequência disso, toda sorte de violação de seus direitos. Por tal razão, entende-se, é ainda necessário promover o direito à igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres, com vistas à efetivação dessa norma, mas também com o objetivo de ocupar seu conceito de um sentido crítico e feminista.

los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes. Tomo I. 2004, pp. 94-95. Disponível em http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/4_sistema_regional/4.pdf. Acesso em 14 abr. 2018.

¹¹²“Las conductas discriminatorias se sustentan en valoraciones negativas sobre determinados grupos o personas. Dicho de otro modo, la discriminación se basa en la existencia de una percepción social, que tiene como característica el desprestigio considerable de una persona o grupo de personas, ante los ojos de otras. Estas percepciones negativas tienen consecuencias en el tratamiento hacia esas personas, en el modo de ver el mundo y de vivir las relaciones sociales en su conjunto. Todo ello influye en las oportunidades de las personas y por consiguiente, en el ejercicio de sus derechos y en la realización de sus capacidades. Es decir, la discriminación tiene un impacto en el ordenamiento y en las modalidades de funcionamiento de cada sociedad en particular (Torres:2004c).” In BADILHA, Ana Elena e GARCÍA, Isabel Torres. La protección de los derechos de las mujeres em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In IIDH **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes.** Tomo I. 2004, p. 95. Disponível em http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/4_sistema_regional/4.pdf. Acesso em 14 abr; 2018.

¹¹³ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

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. Ver em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 17 jun. 2018.

¹¹⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção de justiça. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 175.

Os pressupostos gerais que atravessam as distintas propostas de argumentação feminista sobre o direito seriam: a) a relação indissolúvel entre teoria e prática (conhecimento como práxis), que diferencia do objetivismo da ciência jurídica liberal predominante; b) a crítica ao caráter androcêntrico do direito e à desvalorização das mulheres e do feminismo produzida em todos os âmbitos jurídicos; e c) a interdisciplinaridade, como postulado para a necessária articulação entre saberes jurídicos, conhecimentos empíricos, práticas militantes e formulações sobre ética e justiça.¹¹⁵

Objeto desse estudo, há opiniões consultivas emitidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que podem ser essenciais na busca desse resultado, que serão estudadas mais à frente. Antes, cumpre descrever os sistemas de garantia de Direitos Humanos e como lidam com essa temática, uma vez que, conforme se verá, a construção dos conceitos (e sentidos desses conceitos) estabelecidos em instrumentos de Direitos Humanos se dá a partir de um diálogo entre esses sistemas.

¹¹⁵ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 38.

3 A PROTEÇÃO DAS MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Até o momento delimitou-se no presente trabalho os objetos de estudo, ou seja, os princípios da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres. Caberá a partir desse capítulo a pesquisa adentrar o seu campo.

Conforme descrito, os conceitos e sentidos de tais objetos de estudo foram sendo construídos, reconstruídos e desconstruídos ao longo do tempo e, visando compreender que as opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são resultado e ingredientes desse processo, sempre numa perspectiva crítica, os Sistemas de Garantia de Direitos Humanos deverão ser brevemente estudados.

Essa pequena abordagem de como as mulheres ocupam ou passaram a ocupar espaço nos instrumentos e decisões emitidas nos Sistemas Internacional e Regionais de Direitos Humanos servirá para dar subsídio à análise final.

Antes, porém, de tocar nessa temática, deve-se compreender o que são os Direitos Humanos e porque é o campo do Direito com maior permeabilidade ao debate proposto nesse estudo.

3.1 Direitos Humanos: conceito e evolução

O nascimento da ideia de direitos fundamentais é associado à compreensão de que os seres humanos são entes dotados de liberdade e razão. Por um longo período, possuir humanidade era sinônimo de possuir direitos (não todas/os), pois seriam eles inerentes à própria existência.

Essa visão de direitos fundamentais foi se solidificando, estando presente em todos os períodos da história, no mínimo, um reconhecimento de humanidade (de alguns), mesmo inexistindo um texto escrito ou a possibilidade de reivindicar essa condição em face do Estado.

Esse é o fundamento do jusnaturalismo, que garante existência de direitos inatos aos seres humanos por uma resolução da natureza ou mesmo de um ente divino, diferente do positivismo, corrente que entende que os direitos devem estar escritos para que sua

existência seja reconhecida. Tais classificações, apesar de importantes dogmaticamente, não se sustentam na atualidade. De fato, “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (...) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”¹¹⁶.

No século XVIII, criaram-se documentos que garantiam às pessoas, em uma perspectiva individual, direitos fundamentais exigíveis em face do Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹⁷ é descrita como um exemplo de instrumento de Direitos Humanos, trazendo os ideais revolucionários da igualdade, fraternidade e liberdade. No entanto, não se pode esquecer do destino de Olympe de Gouges após contestar essa visão. Deve-se ter em conta que “igualdade” ou “universalidade” muitas vezes são terminologias usadas numa perspectiva de manutenção de um *status quo*, em regra, excludente às mulheres. Portanto, sem negar a necessária universalização de todos os Direitos Humanos, deve-se sempre buscar entender a realidade de cada lugar, tempo e pessoa, e suas imbricações – e por isso a igualdade e não discriminação é um dos pilares do estado democrático.

Apesar de tratar de direitos considerados fundamentais, não visava esses instrumentos atingir uma realidade ou mesmo pessoas de fora dos seus territórios. Não havia preocupação com uma (origem) ordem mundial.

Com a Declaração Universal de Direitos Humanos¹¹⁸, em 1948, surge de fato a ideia de direitos internacionais, aqueles compartilhados entre todos os povos, com a “criação de um corpo sistematizado e coerente de normas, com princípios, objeto e metodologia próprios”¹¹⁹. Ela traz conteúdo substancial a essa compreensão, sendo que, “a Carta de São Francisco, no dizer de Pirre Dupuy, fez dos direitos humanos um dos axiomas da nova organização, conferindo-lhe idealmente uma estrutura constitucional no ordenamento do direito das gentes.”¹²⁰

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elviesier, 2004, p. 30.

¹¹⁷ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 1789. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso 14 fev. 2018.

¹¹⁸ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, ONU, NY, 1948. Ver em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso 14 fev. 2018.

¹¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹²⁰ In REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**, 17ª edição. Editora Saraiva, 2018, p. 263.

Até essa época, as normas de Direitos Humanos eram esparsas e comumente temáticas (normas que tratavam do combate à escravidão, de direito humanitário, proteção dos direitos sociais pela OIT, por exemplo).

Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (por exemplo, a proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.¹²¹

Os Direitos Humanos são classificados a partir de diversas teorias. Talvez a classificação mais conhecida seja a que divide os Direitos Humanos em gerações. A primeira geração trata dos direitos de liberdade, considerados aqueles que protegem o indivíduo contra o Estado. São os direitos civis e políticos. A segunda geração dos Direitos Humanos, ao contrário, exige uma participação ativa do Estado na sua garantia. São os direitos econômicos, sociais e culturais. Já a terceira geração abrange os direitos de solidariedade, cuja titularidade passa a ser da coletividade e não mais de indivíduos isoladamente. Cumpre observar que já se menciona a existência de uma quarta geração, que trataria do direito de participação democrática ou direito ao pluralismo.

Essa classificação recebe críticas, especialmente com relação à possível ideia de que uma geração substituiria a outra, ou que os direitos de cada geração não se relacionam, o que não procede. Em contrapartida, ela permite o entendimento de que poderá sempre surgir novas gerações numa visão de que não há um rol taxativo de Direitos Humanos. Lembre-se que não há hierarquia e que há uma implicação entre esses direitos¹²².

Visando ultrapassar essas dificuldades apontadas na classificação por gerações, criou-se a classificação dos Direitos Humanos em dimensões. Elas são três, como as gerações. Contudo, esta forma de classificação ainda enfrenta críticas com relação à indivisibilidade desses direitos.

A relação entre um direito interno e um direito internacional, entre direitos fundamentais e Direitos Humanos, também permite outra forma de classificação. Direitos fundamentais seriam aqueles previstos numa norma constitucional (interna), já Direitos Humanos estariam previstos em norma internacional.

¹²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 17.

¹²² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 355

Numa perspectiva que hoje já se vive num contexto de pluralismo jurídico¹²³, sendo plenamente exigíveis judicial e internamente o cumprimento dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos, desnecessário uso de nomenclatura diferenciada entre ambos¹²⁴. Sem prejuízo, no item abaixo, esse tema voltará.

Não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja uma norma de direito internacional ou de direito interno¹²⁵.

Direitos Humanos foram criados com um ideal emancipatório, visando a garantia de condições para exercício de uma vida digna.

The rights deemed to be fundamental included not only limitations precluding government from invading civil and political rights, but positive obligations for government to promote economic and social well-being, implying government that is activist, intervening, planning, committed to economic-social programs for the society yhat would translate into economic-social rights for the individual.¹²⁶

Tais direitos são considerados universais, indivisíveis e interdependentes entre si¹²⁷ pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹²⁸.

¹²³ “(...) teoria do pluralismo jurídico, o qual reconhece existência de um sistema jurídico integrado a vários níveis, os quais coexistem e se reforçam mutuamente, sem hierarquia entre ordens jurídicas (...)”. CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: Uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 4.

¹²⁴ “Para os autores dualistas — dentre os quais se destacaram no século passado Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália —, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos.” In REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**, 17ª edição. Editora Saraiva, 2018, p. 28.

¹²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras**. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH e Friedrich Naumann-Stiftung, 1992, p. 318.

¹²⁶ HENKIN, Louis. **The Age of Rights**. New York: Columbia University Press, 1990, pp. 6-7.

¹²⁷ “A indivisibilidade e inter-relação dos Direitos Humanos foram reafirmada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, após a Resolução n.º 32/130, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que afirmava que “todos os Direitos Humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes””. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 222.

A universalidade, por sua vez, deve ser vista com reserva, não porque algumas pessoas não seriam dotadas de direitos, mas porque essa classificação pode fomentar uma ideia pasteurizada de que todas as pessoas seriam, por serem humanas, iguais. E se esse grupo de seres que são universalmente protegidos existisse ou tivesse que existir, claramente os padrões seriam os ocidentais, excluindo-se negros, indígenas, pessoas com deficiência, mulheres e uma infinidade de outros invisíveis.

A questão não é desconstruir a abordagem ocidental refutando sua universalidade, mas sim enriquecê-la por meio de perspectivas culturais diferentes, com vistas a avançar progressivamente rumo a uma práxis intercultural dos direitos humanos e abrir novos horizontes para uma “boa vida” para as pessoas.¹²⁹

Após reconhecimento e conquista de direitos pelas pessoas, a partir das necessidades reais, percebeu-se ser indispensável garantias específicas, o que se chama “especificidade”, demandando que fosse feita a seguinte pergunta com relação a esses direitos quando se referiam ao homem ou ao cidadão: “que homem, que cidadão?”¹³⁰

Nesse sentido, ao tratar das américas (ou do chamado Sul Global), “a visão complexa dos direitos aposta por situar-nos na periferia. Centro somente há um”¹³¹. Ainda, “enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo”¹³².

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados¹³³.

¹²⁸ Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, 1969. Ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 11 jul. 2018.

¹²⁹ EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e diálogo intercultural uma perspectiva antropológica. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 161.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elviesier, 2004, p. 59

¹³¹ FLORES, Joaquín Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. **Direito e Democracia**. Vol. 4, no. 2., 2003, p. 293. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2457/1683>. Acesso em 22 fev. 2018.

¹³² SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 250.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elviesier, 2004, p. 25.

Não é necessário negar o universalismo, que pode ser compreendido com a ótica de a quem os Direitos Humanos servem. Em outra perspectiva, apesar de servir a todas as pessoas, para que os Direitos Humanos sejam efetivos, deve-se reconhecer e respeitar as diferenças e especificidades não só dos indivíduos (a quem os instrumentos se dirigem para proteger e por quem os instrumentos são aplicados – ou não), mas também do contexto social no qual estão inseridos. E isso certamente deverá ser feito no processo interpretativo dos Direitos Humanos, especialmente dentro dos sistemas de garantias.

Nesse sentido, ao tratar-se de mulheres, como grupo de pessoas reconhecidamente submetidas a diversas violações de direitos, não se esquecendo das interseccionalidades de raça, sexualidade, classe, dentre outras, deve-se propor que uma visão crítica e feminista seja usada como o viés analítico, sob pena de desperdício de toda a dogmática já produzida no campo de outras ciências humanas, e da práxis proposta pelo movimento de mulheres e feminista, que já vem discutindo esses temas há décadas.

3.1.1 Normas internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme já descrito acima, esse trabalho adere à compreensão de que não faz mais sentido a existência de discussão entre o sistema ser dualista ou monista. Contudo, apesar de se falar sobre uma atual ordem jurídica plural, a discussão sobre o *status* das normas internacionais no ordenamento jurídico interno resiste.

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, ao proferir que normas internacionais integrariam a normativa nacional, não sendo, portanto, exaustivo o rol de direitos fundamentais previstos no seu texto, deixa clara a ideia de integração dessas normativas.

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do artigo 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.¹³⁴

Contudo não foi essa a posição adotada pela Corte brasileira.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

(...) havia franca guerra doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados sobre direitos humanos às normas constitucionais e aqueles que, encabeçados pelo STF, ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária.¹³⁵

Nesse sentido, até 2004, inicialmente, qualquer tratado internacional, independente de seu conteúdo, internamente possuiria, após a ratificação, *status* de lei ordinária. Esse foi o entendimento predominante no STF, com exceção de voto solitário do Ministro Sepúlveda Petence – RHC 79.785/RJ –, de 2000, que havia divergido do entendimento majoritário, dispensando tratamento supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 foi criada com objetivo de acabar com as discussões, no entanto, sem sucesso.

Vale ressaltar que ela somente se refere aos tratados internacionais de Direitos Humanos, que são estudados nesse trabalho. Outros tratados são incorporados internamente como de natureza infraconstitucional, com *status* de lei ordinária federal, não sendo o caso de uma dissussão mais aprofundada sobre eles.

E a especialidade é justificável na medida que em que esses últimos buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, enquanto os relativos a direitos humanos transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, objetivando a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.¹³⁶

Assim, inseriu-se o parágrafo 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal, afirmando que os tratados de Direitos Humanos que passassem pelo processo legislativo de emenda constitucional, receberiam, internamente, *status* constitucional.

De fato, o dispositivo inserido pela EC 45/2004 é bastante frágil para dirimir qualquer questão, podendo-se, inclusive, afirmar que ele inseriu mais dúvidas e não correspondeu ao que se esperava. Ele dá a entender que o *status* do tratado dependerá do rito legislativo a ser empregado, além de nada afirmar sobre os tratados ratificados

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 415.

¹³⁶ ARRUDA, Eloísa de Sousa. O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos. Tese de Doutorado. PUC-SP. 2008, p. 239

anteriormente. Criaria, nesse sentido, tratados internacionais de Direitos Humanos mais importantes ou “mais humanos” que outros, já que impõe uma hierarquia entre eles.

Uma última dúvida diz respeito ao passado, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional.¹³⁷

Esse é o entendimento adotado na doutrina dos defensores de Direitos Humanos corroborada nesse trabalho. Nessa linha, os tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, possuem *status* materialmente constitucional, sempre, integrando o bloco de constitucionalidade. Isso significa que independe do processo legislativo adotado.

Reitera-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. (...) na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano-jurídico, e não ser condicionada por ela”¹³⁸.

Seriam, além de materialmente constitucionais, formalmente constitucionais, os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC 45/2004 e, posteriormente, que forem aprovados pelo Congresso Nacional seguindo processo legislativo de uma emenda constitucional.

A consequência da constitucionalidade formal seria a proibição de denúncia do tratado, face sua inserção no bloco de constitucionalidade. De forma diversa, os tratados materialmente constitucionais apenas, podem ser objeto de denúncia por decisão do Poder Executivo, apesar de seu conteúdo ter sido inserido no rol de cláusulas pétreas.

¹³⁷ In REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**, 17ª edição. Editora Saraiva, 2018, p. 141.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

Nesse trabalho, adota-se esse entendimento, que vai ao encontro do disposto no artigo 27, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ou seja, “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”¹³⁹, infelizmente, não é essa a opinião do plenário do Supremo Tribunal Federal.

A compreensão de que os tratados de Direitos Humanos teriam *status* de lei ordinária persistiu no STF até 2008, ocasião em que conferiu a eles patamar de supralegalidade e infraconstitucionalidade (RE 466.343), possuindo hierarquia constitucional apenas os tratados acolhidos nacionalmente com o rito de emenda constitucional.

Em que pese essa posição ser minoritária no STF (que adotou, desde 2008, a teoria do “duplo estatuto” dos tratados de Direitos Humanos), entendemos ser inegável o estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no art. 1º, caput, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda consagração da dignidade humana como fundamento da República), bem como em face do art. 5º, § 2º.¹⁴⁰

Esse é o entendimento majoritário do STF até a atualidade, que se espera, apesar dos desafios a serem enfrentados num futuro próximo com relação à garantia da democracia e dos Direitos Humanos no país, seja alterado, evoluindo para adoção de um constitucionalismo aberto e baseado na primado da dignidade humana.

3.2 Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

No mundo existem simultaneamente diversos sistemas de garantia de Direitos Humanos, sendo que especificamente há o Sistema Universal de Direitos Humanos e os Sistemas Regionais de Direitos Humanos. Cada um deles possui algumas peculiaridades, apesar de possuírem um objetivo comum, como garantir a paz e os Direitos Humanos.

Esses sistemas foram criados e funcionam sob influência um do outro, sendo que atualmente há mais intensa troca entre eles. O Sistema Global, por meio da Assembleia Geral nas Nações Unidas, inclusive, deu aval e estimulou a multiplicação dos sistemas para uma maior cooperação regional, apesar de uma primeira resistência.

¹³⁹ In: BRASIL. Decreto 7030. **Promulgação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.** Publicado no D.O.U. em 14 dez. 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 19 out. 2018.

¹⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51

Em 1977, as Nações Unidas formalmente endossaram uma nova concepção, encorajando ‘os Estados, em áreas em que acordos regionais de direitos humanos ainda não existissem, a considerar a possibilidade de firmar tais acordos, com vista a estabelecer em sua respectiva região um sólido aparato regional para promoção e proteção dos direitos humanos (Assembleia Geral, resolução 32/127, de 1977)¹⁴¹.

Nessa data, contudo, os Direitos Humanos já eram preocupação na Europa – com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950 – e nas Américas – com a Convenção Americana, de 1969. Vale ressaltar que quando da criação da ONU, os Direitos Humanos não foram objeto de fomento para acordos regionais, mas sim a paz e a segurança internacional, conforme destacado na Carta da ONU.

Por conta da apontada identidade de propósitos, os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, quer no plano global, quer no plano regional, interagem para fortalecerem-se mutuamente, acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. Revela-se, assim, uma complementaridade, descartando-se pretensos antagonismos entre soluções no plano global e regional.¹⁴²

Visando entender o funcionamento e peculiaridades dos sistemas e seus compromissos com os Direitos Humanos das mulheres, esse tópico tratará brevemente dos Sistemas Universal ou Global e dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, especificamente os Europeu, Africano e Árabe. Objetivo é demonstrar que em todos os sistemas, as mulheres, numa perspectiva de gênero, são sujeitas de instrumentos de proteção e que esses direitos foram conquistados de forma progressiva, sendo o sentido desses direitos objeto de disputa no campo feminista.

O Sistema Regional Interamericano será estudado, de forma mais detida, no próximo capítulo.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 334.

¹⁴² ARRUDA, Eloísa de Sousa. *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. Tese de Doutorado. PUC-SP. 2008, p. 52

3.2.1 Sistema Global de Direitos Humanos

A Organização das Nações Unidas – ONU –, nasceu oficialmente em 1945, com a assinatura, por 51 países da Carta de São Francisco¹⁴³, ou Carta da ONU. Hoje possui 193 estados membros.

No preâmbulo do documento há a razão da criação desse órgão, a proteção contra guerra e o fomento à paz. Os Direitos Humanos são reafirmados por esse instrumento, elevando-se à essa categoria a dignidade da pessoa humana e a “igualdade de direito dos homens e das mulheres”.

Tal preceito também está estampado no artigo 55, “c”, da Carta, afirmando o “respeito universal e efetivo aos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

A ONU possui como principais órgãos: Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, a Secretaria, a Corte Internacional de Justiça e Conselho de Administração Fiduciária.

O Alto Comissariado para os Direitos Humanos – ACNUDH – é organismo ligado à Assembleia Geral responsável pela promoção e controle dos Direitos Humanos. É o órgão responsável pelas Revisões Periódicas Universais (RPU), que são processos que voltam os olhares para análise de como vem sendo cumpridos os compromissos internacionais de Direitos Humanos assumidos em determinado país¹⁴⁴.

No âmbito da Comissão de Direitos Humanos há uma relatoria especial sobre violência contra mulheres, suas causas e consequências e um grupo de trabalho que visa promover boas práticas e eliminar barreiras para igualdade entre homens e mulheres. Há, ainda, um membro *expert* independente sobre orientação sexual e identidade de gênero.

¹⁴³ BRASIL. Decreto Nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 15 fev. 2018.

¹⁴⁴ O Brasil já foi submetido por três vezes à Revisão Periódica Universal. Na última ocorrência, em 2017, recebeu ao final 246 recomendações de Estados membros para atingir os objetivos pelos quais se comprometeu ao ratificar os instrumentos internacionais de Direitos Humanos. ONU. Conselho de Direitos Humanos. **Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Revisão Periódica Universal**. Vigésima Sétima sessão, Genebra, 1-12 de maio de 2017. Em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/08/RPU-Brasil.docx.docx.pdf>. Acesso em 14 jul. 2018.

A ONU Mulheres, criada em 2010, atua junto à secretaria da Comissão da Condição Jurídica e Social da Mulher que, por sua vez, é órgão ligado ao Conselho Econômico e Social. Objetivo principal da Comissão é, através de programas de trabalho, observar progressos e emitir recomendações com relação ao cumprimento da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim¹⁴⁵, lançada na Quarta Conferência Mundial da Mulher, em 1995, melhor estudada abaixo.

Já a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão jurisdicional do sistema com atuação permanente, possuindo, também, caráter consultivo. Os pareceres consultivos podem ser requeridos pela Assembleia Geral e Conselho de Segurança sobre qualquer questão de ordem jurídica, e por outros órgãos e agências especializadas, como, por exemplo, Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial de Saúde (OMS), sobre temática que se refira às suas atividades.

A submissão à sua jurisdição é automática com a assinatura da Carta da ONU. No entanto, há excepcional possibilidade de um estado não ser parte do sistema e se submeter à CIJ – artigo 93.2, da Carta. Os juízes da Corte são eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança da ONU, podendo ser de qualquer origem.

A CIJ é competente para julgar ações que versem sobre violações, por parte de Estados, de quaisquer dispositivos constantes na Carta da ONU e em todos os tratados e convenções em vigor, sendo, nos termos do seu Regimento Interno, suas decisões obrigatórias apenas às partes litigantes e a respeito do caso em questão¹⁴⁶.

3.2.1.1. Instrumentos de Direitos Humanos e seus órgãos de monitoramento

Sabe-se que o princípio da igualdade e não discriminação estão previstos em inúmeros instrumentos, de diversas naturezas, de Direitos Humanos, em todos os sistemas de proteção. Alguns, contudo, tratam especificamente sobre igualdade e não discriminação contra as mulheres ou são, apesar de não tratar delas especificamente, a base do pensamento jurisprudencial nesse sentido dada à sua importância. São esses instrumentos

¹⁴⁵ ONU. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, Pequim, 1995. Ver em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 15 fev. 2018.

¹⁴⁶ Art. 59. ONU. Regimento Interno Corte Internacional de Justiça. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em 15 jul. 2018.

de referência essencial na formação do conteúdo das opiniões consultivas a serem estudadas à frente.

a) Carta Internacional de Direitos Humanos

Chama-se de Carta Internacional de Direitos Humanos o conjunto dos três instrumentos mais relevantes do sistema global, quais seja, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, inaugurou uma nova categoria de direitos, os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, com vistas a garantir direitos a todas as pessoas, indistintamente, inclusive aqueles que podem ser exercidos contra o próprio Estado.

Com todas as críticas já citadas, a Declaração traz a concepção de direitos universais, indivisíveis e interdependentes entre si. Possui rol dos direitos essenciais a serem garantidos, havendo, entre eles, direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais.

Coloca esses direitos no mesmo patamar, numa compreensão de complementariedade, “(...) apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, esvaziado, revela-se, o direito à igualdade quando não assegura a liberdade”¹⁴⁷.

Importante dispositivo da Declaração é o previsto no seu artigo XXX, que traz uma regra de aplicação e interpretação de que nenhum dos direitos estabelecidos naquele documento podem ser usados para limitar ou excluir outros direitos¹⁴⁸.

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221.

¹⁴⁸ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Artigo XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso 14 fev. 2018.

Apesar de questões políticas terem ocasionado um lapso entre a Declaração e os Pactos de 1966, estes já eram previstos no instrumento universal. De fato, desde 1948 havia intenção dos estados partes criarem instrumentos específicos sobre direitos já previstos na declaração, de forma mais detida, aprofundada, e criando mecanismos de promoção e controle sobre seu cumprimento. Essa inesperada demora acabou por elevar alguns princípios previstos na Declaração à direito consuetudinário¹⁴⁹.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁵⁰ – PIDCP é datado de 1966, no entanto, entrou em vigor apenas em 1976, ocasião em que o 35º Estado o ratificou.

O instrumento descreve direitos dessa natureza em seu texto, prevendo, ainda, um mecanismo de monitoramento.

Estabelece como dever dos estados signatários o respeito a todos os direitos ali previstos sem qualquer discriminação, como de sexo – artigo 2.1. Os artigos 3 e 26 preveem o direito à igualdade e não discriminação entre homens e mulheres.

Há uma previsão de excepcionalidade em casos de ameaça à existência da nação, contudo, nenhuma medida de suspensão de cumprimento do pacto pode ser discriminatória – artigo 4.1.

Como visto, à época a terminologia gênero não era utilizada pelo direito, sendo ainda muito recentes seus estudos no campo da medicina e ciências humanas. Nesse sentido o texto do instrumento menciona a palavra sexo como categoria de não discriminação.

O monitoramento das atividades estatais é feito pelo Comitê de Direitos Humanos (CCPR), que atua por meio de solicitação de relatórios e, mais recentemente, recebimento de petições de vítimas de violações praticadas pelo Estado, no que se refere aos direitos ali previstos. Essa atribuição ao Comitê foi inserida pelo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁵¹, sendo o Brasil signatário.

¹⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 24.

¹⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵¹ BRASIL. Decreto legislativo nº 311, de 2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵² – PIDESC trilhou o mesmo caminho do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ou seja, nasceu em 1966 e entrou em vigor em 1976. Atualmente possui quatro estados partes a menos que o PIDCP, 165¹⁵³.

Diferente do PIDCP, o PIDESC traz como obrigação estatal a progressiva implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais – artigo 2.1 –, o que não significa que direitos dessas naturezas não são obrigatórios, ou mesmo justiciáveis, conforme se verá no próximo capítulo.

A igualdade é citada em diversos artigos não como um direito em si, mas como um parâmetro a ser seguido para real efetivação dos direitos previstos no documento. Não há como garantir um direito social apenas para algumas categorias de pessoas. Assim, “os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto”¹⁵⁴.

No entanto, há previsão – artigo 10.2 – de direitos a serem aplicados a um grupo específico de pessoas – gestantes, por exemplo – visando a efetivação da igualdade e não discriminação – no caso, no exercício do trabalho.

Reconhece o PIDESC, portanto, a existência de “especiais sujeitos de proteção”¹⁵⁵, o que pode ser entendido como reconhecimento da igualdade material como esse fio condutor da efetivação de direitos, prevendo, quando necessário, ações afirmativas ou discriminações positivas.

O instrumento menciona a possibilidade de monitoramento das atividades estatais com vistas a atingir os direitos, através do Conselho Econômico e Cultural, que

do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵² BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 163.

¹⁵⁴ BRASIL. Decreto no 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Art. 3º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 165.

agia submetido ao Secretário Geral da ONU. Somente com o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 2008, é que o Comitê PIDESC foi criado, entrando em vigor em 2013¹⁵⁶. O Brasil até hoje não se submeteu ao órgão.

O Comitê funciona recebendo petições individuais relatando violações de direitos econômicos, sociais ou culturais, realizando investigações e editando medidas provisionais.

b) Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher – CEDAW

A Convenção CEDAW é fruto de um intenso trabalho e do amadurecimento sobre a necessidade de uma norma internacional que garantisse a igualdade e não discriminação contra as mulheres. Desde a criação da ONU, associada à Comissão dos Direitos Econômicos e Sociais, foi criada a Comissão sobre *status* da mulher que, ao longo dos anos, conseguiu aprovar diversos tratados sobre direitos das mulheres, como Convenção sobre Direitos Políticos das Mulheres¹⁵⁷, 1953, Convenção sobre Nacionalidade de Mulheres Casadas¹⁵⁸, 1957 e Convenção sobre Casamento por Consenso¹⁵⁹, 1962. Em 1967, também graças a esse esforço, criou-se a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher¹⁶⁰.

¹⁵⁶ ONU. **Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. 2008. disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵⁷ BRASIL. Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher. Doc. das Nações Unidas n. 135, de 31.3.1953. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 123, de 30.11.1955. Ratificada pelo Brasil em 13.8.1963. Em vigor no Brasil em 11.11.1964. Promulgada pelo Decreto n.º 52476, de 12.9.1963. Publicação no DO de 17.9.1963. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvDirPolMulh.html>. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDHM. **Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada**. 1958. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvNacMulCasad.html>. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁵⁹ ONU. **Convenção sobre o consentimento para o matrimônio, a idade mínima para casamento e registros de casamentos**. 1962. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Casamento-e-Fam%C3%ADlia/convencao-sobre-o-consentimento-para-o-matrimonio-a-idade-minima-para-casamento-e-registros-de-casamentos.html>. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁶⁰ ONU. **Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher**. Proclamada pela Assembleia Geral na Resolução 2263(XXII), de 7 de novembro de 1967. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecEliDiscMul.html>. Acesso em 21 fev. 2018.

Após 1975, ano internacional da mulher, com um maior reconhecimento internacional sobre a necessidade de um grande instrumento normativo com abrangência global sobre os direitos das mulheres, iniciou-se a construção do que seria, em 1979, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher¹⁶¹. Um avanço por reconhecer as mulheres como sujeitos de direitos, mas ainda acanhada ao não adotar as teorias de gênero e interseccionalidade desenvolvidas por estudiosas feministas.

Em janeiro de 2018, 189¹⁶² países haviam ratificado a Convenção, deixando-a em segundo lugar, após a Convenção sobre Direitos da Criança, como instrumento de Direitos Humanos mais assinado no mundo. Contudo, ele fica em primeiro lugar quando se trata de reservas, demonstrando que nem sempre os Estados, ao ratificarem um tratado, possuem intenção de efetivar todos os direitos ali previstos.

A ideia de feminilidade hegemônica, que reduz o papel da mulher ao espaço privado, é, certamente, grande motivador dessas reservas, pois se referem em regra à situação das mulheres nos espaços privados (assuntos relativos ao casamento e relações familiares – artigo 16). Trata-se da resistência em reconhecer que as mulheres não devem permanecer isoladas nesse papel de subordinação.

A CEDAW é o documento internacional mais importante sobre direitos das mulheres, justamente por trazer um mínimo de garantia de direito à igualdade e não discriminação, servindo como base de outros instrumentos internacionais que promovam os seus direitos, em todos os sistemas de Direitos Humanos. “A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. Trata do princípio da igualdade seja como obrigação vinculante, seja como objetivo”¹⁶³.

De fato, o conceito de discriminação contra a mulher, contido no artigo 1º, é utilizado na legislação mundial como o marco do reconhecimento de que essa discriminação tem uma lógica específica.

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no

¹⁶¹ A Convenção foi assinada em 1981 e ratificada, com reservas, pelo Brasil, em 1984. A reserva foi retirada em 1994 pelo Decreto Legislativo nº 26, sendo o Decreto n.º 4377, de promulgação datado de 2002. In RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 200.

¹⁶² Ver em <http://indicators.ohchr.org/>. Acesso 17 fev. 2018.

¹⁶³ MERON, Theodor. *Human Rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process*. Oxford: Claredon Press. 1986, p. 58.

sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo¹⁶⁴.

Os Estados signatários desse instrumento se comprometem a atuar de forma enfática, por meio de todos os seus poderes, a eliminar a discriminação contra a mulher, inclusive lhes garantindo especiais direitos. Reconhece, portanto, expressamente, a necessidade de criação de ações afirmativas com objetivo de atingir a igualdade material.

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas: essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados¹⁶⁵.

Criado para acompanhar a aplicação do instrumento pelos Estados signatários, inicialmente, o Comitê trabalhava através de análise de relatórios e expedição de observações gerais. Com o Protocolo Facultativo à Convenção¹⁶⁶, de 1999, o Comitê passou a ter prerrogativa de receber comunicações de pessoas ou grupo de pessoas vítimas de violações de direitos previstos na CEDAW, podendo recomendar medidas de urgência e, ao final do processo, emitir comunicado e recomendações.

Importante jurisprudência emitida pelo órgão, e primeira do mundo sobre morte materna evitável, o Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira, ou Alyne Pimentel, contra Brasil, de 2011¹⁶⁷, reconheceu o país como violador dos Direitos Humanos das mulheres por falta de acesso à justiça e à saúde. Alyne, uma mulher negra e pobre, morreu por não

¹⁶⁴ ONU. CEDAW. 1979. Artigo 1º. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso 17 fev. 2018.

¹⁶⁵ ONU. CEDAW. 1979. Artigo 4º.1. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso 17 fev. 2018.

¹⁶⁶ BRASIL. Decreto Nº 4.316, De 30 De Julho De 2002. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4316.htm. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁶⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **Alyne V. Brasil**. S.d. Disponível em https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10%2024%2014_FINAL_0.pdf. Acesso 17 fev. 2018.

receber adequado atendimento médico obstétrico, enquanto estava gestante de 5 meses, no Rio de Janeiro.

Além disso, poderá o Comitê CEDAW expedir Recomendações Gerais, verdadeiro conteúdo interpretativo da Convenção.

Foram expedidas até então 36 Recomendações Gerais sobre as mais diversas temáticas. Imprescindível citar a Recomendação Geral n.º 35¹⁶⁸, de 2017, que atualiza a Recomendação Geral n.º 19¹⁶⁹, de 1992. Ambas tratam de violência baseada no gênero contra as mulheres¹⁷⁰, reconhecendo, contudo, como um avanço à CEDAW, a interseccionalidade e os diferentes impactos das violências e discriminações sobre as mulheres – mais aprofundadas nas Recomendações n.º 28¹⁷¹ e 33¹⁷².

En la recomendación general núm. 28 y la recomendación general núm. 33, el Comité confirmó que la discriminación contra la mujer estaba inseparablemente vinculada a otros factores que afectan a su vida. El Comité, en su jurisprudencia, ha destacado que esos factores incluyen el origen étnico o la raza de la mujer, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil, la maternidad, la edad, la procedencia urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, los derechos de propiedad, la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual, el analfabetismo, la solicitud de asilo, la condición de refugiada, desplazada interna o apátrida, la viudez, el estatus migratorio, la condición de cabeza de familia, la convivencia con el VIH/SIDA, la privación de libertad y la prostitución, así como la trata

¹⁶⁸ Disponível em ONU. **Human Rights Bodies**. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en. Acesso 17 fev. 2018.

¹⁶⁹ Disponível em ONU. **Human Rights Bodies**. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/3731&Lang=en. Acesso 17 fev. 2018.

¹⁷⁰ Violência é considerada uma forma de discriminação nos termos da Recomendação n.º 19.

¹⁷¹ ONU. CEDAW. General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. 2010. Disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf>. Acesso em 21 fev. 2018.

¹⁷² “A discriminação contra as mulheres, baseada em estereótipos de gênero, estigmas, normas culturais nocivas e patriarcais, e a violência baseada no gênero, que particularmente afeta as mulheres, têm um impacto adverso sobre a capacidade das mulheres para obter acesso à justiça em base de igualdade com os homens. Ademais, a discriminação contra as mulheres se vê agravada por fatores de intersecção que afetam algumas mulheres em graus ou modos diferentes daqueles que afetam os homens e outras mulheres. Os elementos para a discriminação interseccional ou composta podem incluir etnia/raça, condição de indígena ou minoria, cor, situação socioeconômica e/ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, origem nacional, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, titularidade da propriedade e identidade como mulher lésbica, bissexual ou transgênero ou pessoa intersexual. Esses fatores de intersecção tornam mais difícil para mulheres pertencentes a esses grupos obter o acesso à justiça.” ONU. CEDAW. **Recomendação Geral 33 sobre o acesso das mulheres à justiça**. 2015. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em 21.02.2018. p. 4.

de mujeres, las situaciones de conflicto armado, la lejanía geográfica y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos, en particular las defensoras de los derechos humanos. En consecuencia, dado que las mujeres experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, que tienen un agravante efecto negativo, el Comité reconoce que la violencia por razón de género puede afectar a algunas mujeres en distinta medida, o en distintas formas, lo que significa que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas.¹⁷³

Afirmam as recomendações que violência baseada no gênero é “a violência dirigida contra a mulher porque é mulher ou porque a afeta de forma desproporcional”. Vê-se que o Comitê CEDAW não teve receio de editar o sentido do tratado, adotando o termo gênero.

A Recomendação Geral n.º 35 traz o reconhecimento de que a proibição de qualquer violência baseada no gênero é costume geral internacional, devendo qualquer país, mesmo não signatário da CEDAW ou mesmo estado parte da ONU, a isso se submeter. Ela demonstra o protagonismo do Comitê CEDAW na luta pela efetivação dos Direitos Humanos das mulheres dentro dos sistemas de proteção.

Por fim, ela descreve diversas recomendações aos estados no âmbito Legislativo, visando criação e derrogação de leis; Executivo, com necessárias políticas públicas, inclusive de prevenção de violência baseada no gênero contra a mulher; e Judiciário, visando que seus membros tratem as causas em uma perspectiva de gênero, mas também visando comprometer setores não estatais, como imprensa, por exemplo. Vale ressaltar que, contemporânea a essa recomendação, é a Opinião Consultiva n.º 24/2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a ser estudada no capítulo 5 desse trabalho, mostrando que esses órgãos de proteção de Direitos Humanos estão afinados na emissão de suas jurisprudências.

Outra recomendação relevante é que os estados consultem e atuem em consonância com as atividades da sociedade civil, especialmente organizações de mulheres. O objetivo do Comitê é dividir o papel de monitoramento e vigilância com essas organizações não governamentais que conhecem a realidade e necessidade das mulheres de seus países, além de reconhecer que os avanços conquistados até atualidade e, ainda, a manutenção das conquistas face momento de recrudescimento de direitos e

¹⁷³ Item 12 da Recomendação Geral n.º 35. Ver em <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/35>. P. 5. Acesso em 17 jan. 2018.

conservadorismo, se deve a mobilização dos movimentos sociais, em especial movimento feminista, conforme já visto.

c) *Declaração e Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena*

A década de 1990 foi marcada pela realização de diversas conferências mundiais sobre Direitos Humanos no âmbito do sistema ONU. A Conferência de Viena ocorreu em 1993, ano internacional das populações indígenas no mundo.

Dos trabalhos ali realizados, foi formulada uma Declaração e Plataforma de Ação¹⁷⁴ reservando um item para tratar dos Direitos Humanos das mulheres e meninas. Declaram ser esses direitos inalienáveis e indivisíveis, sendo, ainda, parte integral dos Direitos Humanos universais.

18. Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social.

Os Direitos Humanos das mulheres deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos Humanos relativos às mulheres.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os Governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem

¹⁷⁴ **DECLARAÇÃO e programa de ação de Viena.** Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-24 de junho de 1993. Disponível em Organização dos Estados Americanos. <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 18 jun. 2018.

os seus esforços com vista à proteção e à promoção dos Direitos Humanos das mulheres e das meninas.

d) Declaração e Plataforma de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim

A quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em 1995, em Pequim, teve como temática “Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz” e dela surgiu a Declaração de Pequim e sua Plataforma de Ação¹⁷⁵.

Esse instrumento é a herança dessa conferência, sendo um documento com objetivos a serem atingidos e estratégias necessárias para alcançá-los. Trata-se de documento abrangente e trata de diversas áreas, como mulher e pobreza, saúde, conflitos armados, economia, meios de comunicação, meio ambiente, violência contra a mulher, mulher no poder e na tomada de decisões, mecanismos institucionais para avanço da mulher, Direitos Humanos da Mulher e meninas.

Compreende-se, outrossim, como mais importante dessa histórica conferência a formalização na legislação internacional de Direitos Humanos do conceito de gênero¹⁷⁶. O reconhecimento desse conceito implica uma revolução copernicana na forma de enxergar as relações entre homens e mulheres e os padrões culturais estereotipados de gênero, também no âmbito do Direito. Com isso, justificativas biológicas não eram mais aceitáveis para as discriminações produzidas contra as mulheres.

¹⁷⁵ ONU. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, Pequim, 1995. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso 17 jun. 2018.

¹⁷⁶ Artigo 27 da Plataforma de Ação de Pequim “27. Desde 1975 o conhecimento sobre a condição da mulher e do homem tem aumentado, e isso contribui para a adoção de medidas voltadas para promover a igualdade entre ambos. Importantes mudanças nas relações entre mulheres e homens foram registradas em vários países, sobretudo naqueles onde ocorreram grandes avanços na educação da mulher e significativo aumento de sua participação na força de trabalho remunerada. As fronteiras da divisão do trabalho por gênero, entre as funções reprodutivas e produtivas, têm sido gradativamente eliminadas, na medida em que a mulher tem começado a participar das esferas de trabalho onde anteriormente predominavam os homens e, também, pelo fato de os homens terem começado a aceitar mais responsabilidades domésticas, inclusive o cuidado com os filhos. Entretanto, as mudanças registradas nas funções da mulher têm sido maiores e muito mais rápidas que nas dos homens. Em vários países, as diferenças entre as realizações e as atividades da mulher e do homem, ao invés de serem reconhecidas como consequência de funções socialmente estabelecidas para cada sexo, continuam sendo atribuídas a diferenças biológicas imutáveis.”. ONU. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, Pequim, 1995. Ver em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso 17 fev. 2018.

Após esse reconhecimento, diversos outros instrumentos e jurisprudência adotaram essa terminologia, conforme se viu na Recomendação Geral n.º 35, emitida pelo Comitê CEDAW, e se verá na Convenção de Belém do Pará.

3.2.2 Sistemas Regionais de Direitos Humanos

Os sistemas regionais de Direitos Humanos têm, de forma diversa do sistema internacional, maior facilidade de acesso por parte das pessoas por conta da língua e localização, além das peculiaridades locais e culturais de maior conhecimento dos órgãos desses sistemas.

Ademais, como é um sistema que engloba um número menor de Estados, mais fácil a construção de consensos e escolhas de prioridades.

Como exemplo, pode-se citar os casos em que o Estado brasileiro é parte, sendo que são bem mais numerosos no sistema interamericano de Direitos Humanos que no sistema global, através de seus órgãos de monitoramento – CEDAW, por exemplo.

3.2.2.1 Sistema Europeu de Direitos Humanos

Em 1949, com o fim da Segunda Guerra Mundial, alguns países da Europa, através de seus líderes, criaram o Conselho da Europa¹⁷⁷ com objetivo de promover a democracia e os Direitos Humanos no continente.

Com vistas a atingir esse ultimo objetivo, o Conselho da Europa editou a Convenção Europeia para Proteção de Direitos Humanos e Liberdade Fundamental, ou Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Atualmente o Sistema Europeu de Direitos Humanos é um sistema consolidado que tem dialogado de forma bastante produtiva com outros sistemas, especialmente o interamericano.

Da mesma forma que o sistema global, acima estudado, o sistema europeu possui instrumentos de Direitos Humanos que tratam direta, ou mesmo indiretamente, de igualdade e não discriminação contra as mulheres. Mencioná-los brevemente é relevante

¹⁷⁷ CONSELHO DA EUROPA. Portal disponível em <https://www.coe.int/pt/web/about-us>. Acesso em 21 fev. 2018.

para que se compreenda os avanços e a mútua influência entre os sistemas na garantia dos Direitos Humanos das mulheres, com objetivo da igualdade material entre os gêneros.

a) Convenção Europeia de Direitos Humanos

Criada em 1950¹⁷⁸, também sob impacto da Segunda Grande Guerra, visando unificação da Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos inaugura o Sistema Europeu de Direitos Humanos.

O instrumento trata apenas de direitos civis e políticos e é bastante enxuto¹⁷⁹. No entanto, no seu primeiro artigo deixa claro o compromisso dos estados signatários em cumprir os direitos ali descritos.

Foram posteriormente elaborados diversos protocolos temáticos à Convenção, como por exemplo o Protocolo 12, que trata, no artigo 1º, da interdição geral de discriminação¹⁸⁰, com vedação expressa da discriminação por questões de sexo e raça, por exemplo.

A Convenção criou dois órgãos responsáveis pelo monitoramento da sua implementação pelos estados, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Comissão Europeia de Direitos Humanos. Após 1998¹⁸¹ os dois órgãos foram unidos, criando-se uma Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão de garantia com caráter permanente.

A Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH na configuração atual existe desde 1998, sendo a submissão à sua jurisdição obrigatória. Ela processa denúncias de violação de direitos previstos na Convenção Europeia e seus protocolos, podendo ser

¹⁷⁸ Convenção entrou em vigor em 1953, após sua ratificação por oito Estados. CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso 18. Fev. 2018.

¹⁷⁹ Em 1965 foi editada a Carta Social Europeia, instrumento que estabelece a obrigação estatal de implementar, progressivamente, direitos econômicos, sociais e culturais. A implementação dos direitos previstos na Carta se dá através de análise de relatórios pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, contudo a Corte Europeia de Direitos Humanos, inspirada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido sobre direitos sociais. Ver a REPÚBLICA PORTUGUESA. **Carta Social Europeia**, edição revista, 1996, disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar64A-2001.pdf>. Acesso em 18 fev. 2018.

¹⁸⁰ ARTIGO 1º – Interdição geral de discriminação 1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação. 2. Ninguém pode ser objecto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo. CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. P. 51. Acesso em 18 fev. 2018.

¹⁸¹ Protocolo 11. Ver em <https://rm.coe.int/168007cda9>. Acesso em 18 fev. 2018.

acessada por pessoas (físicas ou jurídicas), grupos de indivíduos e organizações não governamentais em face dos estados signatários¹⁸².

Desde 2013, com o Protocolo 16¹⁸³, a CEDH tem competência consultiva com acesso restrito só para tribunais superiores dos Estados. De acordo com o artigo 5º, do referido protocolo, os pareceres consultivos não são vinculantes.¹⁸⁴ Apesar disso, servirá a opinião consultiva para “impedir qualquer alegação de boa-fé na realização de condutas contrárias ao Parecer”¹⁸⁵.

A CEDH estabelece diversos princípios interpretativos a serem aplicados na leitura da Convenção Europeia. Importante princípio é de que a “Convenção é um *living instrument* que deve ser interpretado à luz da realidade atual”¹⁸⁶.

Após ingresso de países do leste europeu no Conselho da Europa, a CEDH passou a enfrentar demandas até então escassas ou mesmo inexistentes na região, mas bastante comuns no contexto interamericano, como casos de desaparecimentos forçados e tortura. O órgão tem usando a *expertise* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, promovendo uma “interamericanização”¹⁸⁷ do sistema europeu.

b) Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul

A Convenção de Istambul¹⁸⁸, datada de 2011, cria uma normativa que vai além da violência doméstica, tratando de discriminação e violências contra as mulheres,

¹⁸² Desde 2013, com Protocolo 15, a Convenção Europeia ganhou mais um considerando que trata do compromisso dos estados cumprirem seus ditames, sob pena de análise dos casos de violação pela Corte, mas havendo uma margem de apreciação dos mesmos, isto é, a possibilidade da Convenção ser interpretada de forma diversa por cada país signatário. Protocolo 15. Ver em http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf. Acesso em 18 fev. 2018.

¹⁸³ Protocolo 16. Ver em http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf. Acesso 18 fev. 2018.

¹⁸⁴ Protocolo 16. Art. 5º – Advisory opinions shall not be binding. Ver em http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf. Acesso 18 fev. 2018.

¹⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 200.

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 120.

¹⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

¹⁸⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Istambul, 2011. Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso 18 fev. 2018.

reconhecendo, ainda, ser ela baseada no gênero¹⁸⁹, ou seja, “nos papéis e comportamentos, as actividades e atribuições socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para mulheres e homens”¹⁹⁰.

Ela foi inspirada em outros instrumentos europeus de garantia de Direitos Humanos, como as Convenções do Conselho da Europa relativas à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos e à Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual, de 2005 e 2007, respectivamente. Ainda, foi estimulada por recomendações emitidas pelo Comitê dos Ministros aos Estados-membros do Conselho da Europa. Mas não só. Vai além citando a Convenção CEDAW também como sua origem.

O instrumento insere como obrigação dos Estados a criação de tipos penais como mutilação genital, casamento forçado, aborto e esterilização forçados. Outra interessante inserção é a não aceitação da defesa da “honra” como justificativa às violências de gênero.

O monitoramento dos signatários se dá por meio de um grupo de peritos, de formação multidisciplinar, criado pela Convenção, de nome GREVIO¹⁹¹, que, por meio de um Comitê dos estados partes submeterá questionamentos aos países signatários emitindo relatórios e recomendações.

3.2.2.2 Sistema Regional Africano de Direitos Humanos

O Sistema Regional Africano de Direitos Humanos nasceu com a edição da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos¹⁹², de 1981, no âmbito da União

¹⁸⁹ Art. 3º, alínea d. “violência contra as mulheres baseada no gênero” designa toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres. CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Istambul, 2011. Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso em 18 fev. 2018.

¹⁹⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Istambul, 2011. Art. 3º, alínea c. Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso em 18 fev. 2018.

¹⁹¹ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Istambul, 2011. Artigo 66. Página do GREVIO na Internet ver em <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio>. Acesso em 18 fev. 2018.

¹⁹² COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul, 1986. Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 18 fev. 2018.

Africana de países, sendo bastante recente se comparados aos outros sistemas de proteção de Direitos Humanos.

Diversas nações africanas já faziam parte do sistema global de Direitos Humanos, mas a necessidade de um sistema que levasse em conta a história e realidade regional, acertadamente, deu ensejo ao sistema africano.

Os instrumentos e órgãos pertencentes a esse sistema regional já nasceram com traço da interseccionalidade e com uma visão decolonial; e, nessa perspectiva, mesmo de forma aparentemente contraditória – já que se espelha em sistemas que nasceram da união de estados colonialistas – esse sistema vem buscando aplicar uma visão libertadora aos seus povos.

a) Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul

A Carta de Banjul entrou em vigor em 1986 e inaugurou um sistema de proteção que já nasceu, como descrito, com o desafio de uma reconstrução pós-colonial. De fato, “a recente história do sistema regional africano revela, sobretudo, a singularidade e a complexidade do continente africano, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais”¹⁹³.

O instrumento cita as Convenções Europeia e Americana, contudo, busca valorizar o direito dos povos, a tradição dos povos originários africanos e sua cultura, além do direito costumeiro. Seu preâmbulo¹⁹⁴ já trata disso.

(...) atenção conferida às tradições históricas e aos valores da civilização africana. São essas tradições e valores culturais que caracterizarão e inspirarão a Carta Africana. A eles se conjuga o processo de libertação da

¹⁹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 231.

¹⁹⁴“Reafirmando o compromisso que eles solenemente assumiram, no artigo 2º da dita Carta, de eliminar sob todas as suas formas o colonialismo da África, de coordenar e de intensificar a sua cooperação e seus esforços para oferecer melhores condições de existência aos povos da África, de favorecer a cooperação internacional tendo na devida atenção a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos;

Tendo em conta as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos e dos povos”

(...) **Conscientes** do seu dever de libertar totalmente a África cujos povos continuam a lutar pela sua verdadeira independência e pela sua dignidade, e comprometendo-se a eliminar o colonialismo, o neocolonialismo, o apartheid, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política”. COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul, 1986. Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 18 fev. 2018.

África, a luta por independência e dignidade dos povos africanos, combate ao colonialismo e neocolonialismo, a erradicação do apartheid, do sionismo e de todas as formas de discriminação¹⁹⁵.

O instrumento descreve direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais numa expressa noção de inter-relação entre eles. Vai além ao tratar de direitos ambientais e dos povos¹⁹⁶. Afirma no artigo 20.1, que “todo povo tem direito à existência. (...)”.

Na perspectiva de que os povos africanos devem ser compreendidos de acordo com sua história e cultura, poder-se-ia argumentar, com base numa visão transnacional e interseccional, que a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos ultrapassa os limites territoriais africanos, promovendo garantia de direitos da população oriunda da África, forçadamente, como ocorreu no Brasil com população escravizada¹⁹⁷.

Não se tem conhecimento, contudo, do uso dos ensinamentos do Sistema Africano de Direitos Humanos no país, em desrespeito a população oriunda dos movimentos diaspóricos.

O instrumento prevê a criação de uma Comissão Africana de Direitos Humanos. Um Protocolo à Carta Africana previu criação, em 1998¹⁹⁸, da Corte Africana de Direitos Humanos.

Instituída pela Carta Africana, a Comissão possui papel de controlar aplicação desse instrumento através de análise de dados e documentos, emitindo pareceres e recomendações, iniciando seu exercício em 1987¹⁹⁹.

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 233.

¹⁹⁶ “O Direito Internacional e os direitos humanos devem responder às circunstâncias africanas. A África construirá o seu próprio Direito quando necessário. Não resta dúvida de que direitos coletivos, direito ao meio ambiente e direitos econômicos e sociais são dimensões essenciais dos direitos humanos na África”. Communication 155/96 In PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.235.

¹⁹⁷ O movimento de ideologia pan-africana, desde 1900, visa demonstrar a necessária inclusão dos povos africanos de todo o globo, considerando os movimentos diaspóricos, numa unidade africana pois, mesmo fora do seu continente de origem, africanismo está marcado em todas essas pessoas. Sobre isso “Duas características se sobressaíram: o reconhecimento da linhagem de cor – a negritude, como dimensão inerente ao Pan-africanismo; e, a construção de uma consciência de unidade – unidade africana, como uma consciência que remete à consciência de um povo”. In PAULA, Benjamin Xavier de. Os Estudos Africanos no Contexto das Diásporas. **Revista Educação e Políticas em Debate**. 2013, p. 17. Ver em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistaeducaopoliticas/article/download/24058/13259>. Acesso em 17.06.2018.

¹⁹⁸ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights. Disponível em <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/>. Acesso em 18 fev. 2018.

A Comissão ainda faz o papel de juízo de admissibilidade das denúncias de violações dos Direitos Humanos previstos na Carta Africana a serem remetidos à Corte Africana de Direitos Humanos.

A Corte Africana foi prevista no Protocolo adicional à Carta Africana em 1998, contudo acabou por ser efetivamente criada em 2004 apenas, por conta do número necessários de Estados signatários.

De fato, muito recente e ainda com pouca adesão dos países do continente, somente 24²⁰⁰, especialmente pensando que apenas um país não ratificou a Carta de Banjul. A situação é ainda mais delicada se pensarmos sobre a necessidade desses países declararem expressamente que a Corte Africana pode ser acessada por organizações não governamentais e pessoas²⁰¹. Apenas oito países o fizeram²⁰².

Trata-se de órgão jurisdicional com competência contenciosa e consultiva.

O grande desafio desses sistemas de Direitos Humanos é efetivação dos direitos pelos países signatários, que não possuem compromisso em adotar as recomendações ou cumprir as decisões proferidas pelos órgãos competentes.

b) Protocolo Adicional à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher na África

Em 2003 foi editado um Protocolo adicional à Carta Africana sobre Direitos das Mulheres²⁰³, no qual os estados partes se comprometem a adotar medidas de diversas naturezas, como legislativas e de políticas públicas, para garantir a igualdade entre homens

¹⁹⁹ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Portal**. Disponível em <http://www.achpr.org/pt/>. Acesso em 18 fev. 2018.

²⁰⁰ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Ratification Table**: Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights. Disponível em <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/ratification/>. Acesso em 18 fev. 2018.

²⁰¹ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Protocolo Adicional à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos para criação da Corte Africana de Direitos Humanos**, Art. 5 (3) e 34 (6). Disponível em <http://www.african-court.org/en/images/Basic%20Documents/africancourt-humanrights.pdf>. Acesso em 18 fev. 2018.

²⁰² AFRICAN COURT ON PEOPLE'S AND HUMAN'S RIGHTS. **Portal**. Ver em <http://www.african-court.org/en/>. Acesso em 18 fev. 2018.

²⁰³ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa**. Disponível em: <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/>. Acesso em 18 fev. 2018.

e mulheres e combater a discriminação contra a mulher. Atualmente, 36 países ratificaram esse instrumento²⁰⁴.

O instrumento traz previsão específica sobre práticas nocivas, como a mutilação genital, comprometendo-se a discutir, em uma perspectiva de gênero, e na garantia de Direitos Humanos, práticas tradicionais de alguns povos africanos. Uma atitude corajosa da União Africana ao enfrentar graves violações de direitos das mulheres que já fazem parte de um padrão cultural da região.

Nesse sentido, o sistema regional Africano, pelo menos nos instrumentos editados, tem demonstrando maior compromisso em desconstruir e reconstruir os padrões estruturais de desigualdade de gênero contra as mulheres em seu território.

O tema do próximo capítulo, o Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, por contraste, não trata de forma tão direta sobre padrões culturais utilizados como justificativa para violência contra as mulheres, como a “legítima defesa da honra”, apesar dela estar prevista, no Brasil, até pouco tempo, na própria legislação e, até hoje, fazer parte do repertório do sistema de justiça.

3.2.2.3 Sistema Regional Árabe de Direitos Humanos

Apesar da doutrina ainda não considerar de fato um sistema de Direitos Humanos, é relevante citar iniciativa do mundo árabe, especificamente o sunita, através da Organização para Cooperação Islâmica – OIC²⁰⁵, em prever direitos que promovam a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos²⁰⁶, proclamada em 1981 pelo Conselho Islâmico, composto por estudiosos, juristas e representantes muçulmanos, busca trazer aspectos do Islã – do Corão e da Sunnah – à

²⁰⁴ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Ratification table:** Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa. Disponível em: <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/ratification/>. Acesso em 18 fev. 2018.

²⁰⁵ OIC é organização composta por 57 países muçulmanos. Ver em OIC. **Organization for Islamic Cooperation.** The Collective Voice of the Muslim World. Portal. Disponível em <https://www.oic-oci.org/home/?lan=en>. Acesso em 24 jun. 2018.

²⁰⁶ DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. DHNET. Direitos Humanos no Islam. Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html#XX>. Acesso em 21.02.2018.

Declaração Universal sobre Direitos Humanos. Diversos direitos previstos no instrumento universal foram mantidos, sendo outros adaptados ou mesmo excluídos.

Cite-se, por exemplo, o direito à igualdade e proibição de discriminação ilícita – III – que traz conceito de igualdade formal, citando, na alínea “c”, a proibição de discriminação por sexo no âmbito do trabalho, demonstrando um reconhecimento, pelo menos legal, de que homens e mulheres não poderiam ser jurídica e socialmente diferenciados. Em contrapartida, um pouco a frente, há a lista dos direitos das mulheres casadas – XX –, demonstrando que há muito a se avançar, pois são direitos atrelados ao *status* marital e comportamento sexual, não à condição humana da mulher.

Da mesma forma, a Declaração de Direitos Humanos do Islã, ou Declaração de Cairo²⁰⁷, de 1990, promulgada no âmbito da OIC, prevê no artigo 6º o direito à igualdade entre homens e mulheres, mas acaba por limitá-lo ao se referir à titularidade do homem na manutenção e bem-estar do casamento.

Há atualmente uma disputa pelo sentido dos documentos fundantes do mundo islâmico pelas mulheres, sem negar suas origens e importância, prevalecendo a compreensão de compatibilidade entre o Islã e sua emancipação²⁰⁸. Esse é o importante papel do feminismo islâmico, interpretar os textos sagrados numa perspectiva de gênero e assim garantir que as mulheres muçulmanas reconquistem e efetivem seus direitos de igualdade.

Portanto, também nessa região, como em todo o mundo, são as mulheres, mais ou menos organizadas ou, apoiadas ou não pelas Instituições, que estão à frente do ativismo de Direitos Humanos, numa disputa essencial por direitos para si mesmas, ou outras minorias

²⁰⁷ CAIRO DECLARATION ON HUMAN RIGHTS IN ISLAM, Aug. 5, 1990, U.N. GAOR, **World Conf. on Hum. Rts.**, 4th Sess., Agenda Item 5, U.N. Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993) [English translation]. Ver em <http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html>. Acesso em 21 fev. 2018.

²⁰⁸ LIMA, Cila. Um Recente Movimento Político-Religioso: feminismo islâmico. **Rev. Estud. Fem.** vol.22 no.2 Florianópolis May/Aug. 2014, p. 679. Ver em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000200019. Acesso em 24 jun. 2018.

4 PROTEÇÃO DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – DIREITO À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos está inserido na Organização dos Estados Americanos – OEA, organismo regional do qual fazem parte todos os 35 países independentes das Américas²⁰⁹. A OEA se reconhece como um organismo regional dentro das Nações Unidas²¹⁰.

A OEA foi criada em 1889 como uma rede de países²¹¹, contudo, foi oficialmente fundada em março de 1948, no mesmo contexto pós-guerra que as Nações Unidas, com assinatura de 21 países do continente, incluindo o Brasil, através da Carta da Organização dos Estados Americanos²¹², que acabou por entrar em vigor em 1951.

A Carta da OEA traz no seu artigo 1º os propósitos a serem seguidos pelos Estados partes da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 1. Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional.²¹³

Visando atingir tais objetivos, a OEA trabalha atualmente em diversas frentes, como diálogo político e cooperação entre as nações, descrevendo suas atividades baseadas em quatro pilares, democracia, segurança, desenvolvimento e Direitos Humanos²¹⁴.

²⁰⁹ Cuba havia sido excluída em 1962, contudo em 2009, os Ministros das Relações Exteriores das Américas revogaram a decisão e permitiram a participação de Cuba através de um diálogo a ser iniciado a pedido do seu Governo.

²¹⁰ Artigo 1º, Carta OEA. Ver em http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp. Acesso em 17 jun. 2018.

²¹¹ OEA. Nossa História. **Portal da OEA**. S.d. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp. Acesso em 18 jan. 2018.

²¹² A Carta de Organização dos Estados Americanos foi reformada algumas vezes, sendo a última em 1993. Ver, “Protocolo de Managua” em OEA. **Protocolo de Reformas da Carta de Organização dos Estados Americanos**. Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-58_Protocolo_de_Managua.htm. Acesso em 18 jan. 2018.

²¹³ Artigo 1º, Carta Organização dos Estados Americanos. Em http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso em 18 jan. 2018.

²¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Em http://www.oas.org/pt/sobre/que_fazemos.asp. Acesso 18 jan. 2018.

É importante entender o contexto histórico da criação da OEA. Desde 1889, com a criação da organização panamericana de países, diversas conferências ocorreram, sendo que o objetivo principal, especialmente dos Estados Unidos, que era o estado mais desenvolvido à época, era comercial. Esse intervencionismo acabou incomodando os países latino-americanos, sendo uma das motivações para mudança de discurso daquele país, e da instituição da *good neighbour policy*²¹⁵.

Assim, o real objetivo desse movimento não foi garantia dos Direitos Humanos das pessoas da região, mas fortalecimento das soberanias estatais e, com isso, menor influência europeia nos países colonizados, e, conseqüentemente, mais poder aos Estados Unidos.

No entanto, as iniciativas pós Segunda Guerra Mundial para proteger os direitos fundamentais das pessoas humanas, visando o estabelecimento e manutenção da paz, atingiram também o continente americano. Tais iniciativas fomentaram a criação de um órgão regional com objetivos múltiplos, como colaboração entre os países e proteção de Direitos Humanos.

Assim, pode-se dizer que o sistema interamericano é composto por dois regimes²¹⁶, até certo ponto contraditórios, quais sejam: um que se baseia na Carta da Organização dos Estados Americanos e o outro, que interessa ao presente trabalho, que trata das atividades baseadas no pilar dos Direitos Humanos e tem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como seu principal instrumento.

Além da Carta da OEA, no mesmo ano, foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²¹⁷, que traz o reconhecimento de que toda pessoa humana é dotada de dignidade e possui direitos fundamentais. Uma visão embrionária do que posteriormente seriam reconhecidos como Direitos Humanos dos povos americanos tratados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹⁸.

²¹⁵ SANTOS, Norma Breda dos. Cinquenta anos de OEA: o que comemorar? *Rev. bras. polít. int.* vol.41 no.2 Brasília July/Dec. 1998. Ver em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200009. Acesso em 24 jun. 2018.

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

²¹⁷ OEA. **Declaração Americana Dos Direitos E Deveres Do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso 18 jan. 2018.

²¹⁸ OEA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Ver em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso 23 jan. 2018.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, de fato, inaugura o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, é datada de 1969, no entanto, só entrou em vigor em 1978, ocasião em que ocorreu o depósito do 11º país. O Brasil só aderiu a Convenção em 1992²¹⁹, demonstrando seu atraso no compromisso, pelo menos formal, em prol dos Direitos Humanos, obviamente motivado pela Ditadura Militar instituída no país de 1964 a 1985.

Nesse período, muitos países latino-americanos estavam sob regimes autoritários e ditatoriais, o que refletiu nesse atraso em efetivamente se criar um sistema de promoção, controle e garantia dos Direitos Humanos, mas serviu para reforçar a necessidade de sua existência e aumentar os desafios de seus órgãos de proteção, que até atualidade tem decidido sobre temas como desaparecimentos forçados e torturas promovidos pelo Estado²²⁰.

A desigualdade social também já existia à essa época, devendo ser enfatizada como justificativa coerente para criação de um sistema de proteção de Direitos Humanos, apesar de sua pouca ênfase na garantia dos direitos sociais, originalmene.

Ao processo de universalização dos direitos políticos, em decorrência da instalação de regimes democráticos, deve ser conjugado o processo de universalização dos direitos civis, sociais, econômicos e culturais. Em outras palavras, a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático²²¹.

O que essa categoria de novos direitos (direitos sociais) tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada valem assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe de condições materiais necessárias a seu aproveitamento. (...). Respeitando os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares²²².

²¹⁹ Decreto n.º 678/1992. Ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 17 jun. 2018.

²²⁰ Exemplo disso é o caso Herzog vs. Brasil, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sentença publicada em 15 de março de 2018, reconhece o país violador de Direitos Humanos por não investigar, julgar e sancionar os responsáveis pela morte do jornalista Vladimir Herzog, além de editar a lei de anistia, proibida pelo Direito Internacional em casos de lesa humanidade. Ver sentença em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf. Acesso 02 nov. 2018.

²²¹ PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96

²²² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 357.

Portanto, a realidade política e social da região é perceptível nas atividades e decisões dos órgãos de proteção de Direitos Humanos desse sistema. E assim deve ser, sem negar a universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos, não haverá efetividade na sua aplicação se a realidade das vítimas de violações e descaso não forem enxergadas.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, acolhida em 2014 por 24 Estados, traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos”²²³.

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, além dos civis e políticos, por meio dos estados, através do cumprimento dos instrumentos ou da jurisprudência, é certamente o maior desafio contemporâneo do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos e de seus órgãos de garantia.

4.1 Instrumentos de Direitos Humanos das Mulheres

Busca-se a seguir relacionar e estudar os principais instrumentos de garantia de Direitos Humanos do sistema interamericano, além daqueles que tratam da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres.

4.1.1 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

Trata-se de instrumento criado juntamente com a Carta da OEA, em 1948, no qual o dever de respeito aos Direitos Humanos por parte dos Estados partes é melhor delimitado, já que descreve referidos direitos ao longo do seu texto. Trata-se de uma “interpretação autêntica”²²⁴ dos princípios ali insculpidos.

A Declaração Americana é anterior à Declaração Universal de Direitos Humanos²²⁵, mas já traz a universalidade como atributo dos Direitos Humanos em seus *considerandos*. De forma diversa do instrumento global, menciona os deveres das pessoas

²²³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

²²⁴ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 314.

²²⁵ A Declaração Universal, conforme já visto, é datada de 10 de dezembro de 1948, sendo que a Declaração Americana, de março do mesmo ano.

no preâmbulo de seu texto, dedicando a eles um capítulo. Traz, ainda, um espírito de fraternidade entre os povos americanos.

Descreve uma extensa lista de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que foram tratados separadamente nos Pacto de São José da Costa Rica e Protocolo de São Salvador.

Um avanço à região, sem dúvidas, mas ainda tinha o ranço de que os direitos dos “Homens” serviriam também às Outras pessoas, as mulheres.

4.1.2 *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*

A Convenção Americana²²⁶ é o instrumento de proteção de Direitos Humanos mais importante das américas.

O que se verifica é que houve um amadurecimento para sua construção no âmbito da OEA. Sabe-se que, com a Carta da OEA, em 1948, foi também publicada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, mas a Convenção Americana demonstra um avanço por criar uma expressa obrigação estatal em respeitar os direitos nela previstos, inclusive seu texto tem como primeira parte dos “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”.

Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar²²⁷.

Estabelece, ainda, no seu artigo 1.1²²⁸ que os direitos devem ser respeitados pelos Estados sem qualquer discriminação “por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião,

²²⁶ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 23 fev. 2018.

²²⁷ Ver voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 6. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>. Acesso em 25 fev. 2018.

²²⁸ “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica,

opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Há que se ressaltar que as formas de discriminação descritas acima são categorias exemplificativas. Portanto, a Convenção Americana, prevê uma cláusula geral de não discriminação.

Mais à frente, no artigo 24, traz princípio da igualdade e não discriminação, que estabelece que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”²²⁹.

Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, descreve que também são ínsitos a qualquer pessoa e que devem fazer parte do leque daqueles direitos considerados Direitos Humanos. Cria um compromisso aos signatários de efetividade progressiva²³⁰ dos direitos sociais, através de providências no âmbito interno, mas também cogitando a necessidade de cooperação internacional, sendo ainda modesto nesse aspecto. Posteriormente, em 1988, foi aprovado o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou Protocolo de São Salvador, que infelizmente manteve em seu texto essa compreensão.

Merece destaque a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no artigo 33, regulada no Capítulo VIII, da Convenção Americana. Curiosamente foi a delegação brasileira à época que propôs a criação desse órgão jurisdicional²³¹.

O artigo 29 da Convenção traz como regra de interpretação, a primazia da norma mais benéfica às pessoas, ou princípio *pro persona*. Descreve, que ela deve ser utilizada com relação todos os instrumentos de Direitos Humanos do Sistema Interamericano²³².

nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”. OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 23 fev. 2018.

²²⁹ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso 26 jan. 2018.

²³⁰ “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso 26 jan. 2018.

²³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 33.

Artigo 29. Normas de interpretação

a. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza²³³.

Sobre essa regra, mais uma vez, é importante pontuar a dificuldade em responder ao questionamento de quem é a pessoa “referência” das decisões, sendo que um direito pode ser benéfico a algumas pessoas e não ser a outras. E isso reforça a necessidade de um diálogo entre a teoria e a prática feminista no campo dos Direitos Humanos das mulheres.

4.1.3 *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de São Salvador*

O Protocolo de São Salvador²³⁴ é instrumento interamericano que trata especificamente dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Descreve os Direitos Humanos como indissociáveis, sendo que, para garantir a dignidade da pessoa humana, deve-se reconhecer, inicialmente, a relação entre os direitos

²³² “Del artículo 29 de la Convención Americana se desprende el claro propósito de dar a las disposiciones de la Convención la interpretación que asegure el grado máximo de protección a los derechos en ella consagrados”. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 32-33.

²³³ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso 26 jan. 2018.

²³⁴ O Protocolo Adicional é datado de 1988, contudo só entrou em vigor em 1999, quando o 11º país o ratificou. Brasil o fez em 1996. OEA. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, “Protocolo De San Salvador”. Disponível em http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em 26 jan. 2018.

civis e políticos com os econômicos, sociais e culturais. Apesar de reconhecer essa inter-relação, descreve a progressividade na efetivação desses direitos.

Seu artigo 19.6²³⁵ prevê como passíveis de tutela pelo sistema jurisdicional (Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos) os direitos descritos nos artigos 8, “a” e 13, ou seja, direitos sindicais e direito à educação, apenas.

Felizmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem enfrentado essa temática, emitindo jurisprudência contenciosa e consultiva que trata diretamente dos direitos sociais, ou os relaciona com direitos civis e políticos, numa postura corajosa e que reafirma a indivisibilidade dos Direitos Humanos.

Também traz o compromisso de não discriminação aos países²³⁶, ressaltando necessidade de esforços específicos para garantir direito ao trabalho das mulheres.

O Protocolo de São Salvador prescreve especiais direitos a grupos considerados minoritários, como crianças, idosos e pessoas com deficiência²³⁷. Não há um artigo específico que trate das mulheres como um grupo vulnerável, o que não significa que tais dispositivos não sejam a elas aplicáveis.

4.1.4 *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar Violência Contra Mulher – Convenção de Belém do Pará*

A Convenção de Belém do Pará²³⁸ é um marco na garantia dos Direitos Humanos das mulheres nas Américas. Ela foi construída a partir de todas as garantias

²³⁵ Artigo 19. 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ver em http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em 26 jan. 2018.

²³⁶ “Artigo 3 Obrigação de não discriminação. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, 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. OEA. **Protocolo Adicional À Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, “Protocolo De San Salvador”. Disponível em http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso 26 jan. 2018.

²³⁷ Artigos 16, 17 e 18.

²³⁸ A Convenção de Belém do Pará é de 1994, contudo somente entrou em vigor em 1995. O Brasil ratificou em 1996. OEA. **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**, “Convenção De Belém Do Pará” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994,

previstas na CEDAW, indo, no entanto, além, pois já adota de forma expressa o termo gênero, reconhecendo a existência de uma histórica desigualdade nas relações entre homens e mulheres.

Isso demonstra o resultado de um acúmulo de anos de luta por parte dos movimentos mulheres e feministas que, desde a edição da CEDAW, passou a reivindicar o sentido do conceito “sexo”.

A Convenção Americana não dedicou um artigo às mulheres, mas a Convenção de Belém do Pará acabou por trazer a perspectiva de gênero para os Direitos Humanos na América. Não a subscreveram os Estados Unidos e o Canadá.

Outra importante contribuição desse tratado é o reconhecimento de que as mulheres sofrem violências tanto no âmbito doméstico quanto nos espaços públicos – violência entendida como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”²³⁹ –, sendo certo que o próprio Estado pode ser sujeito ativo ao perpetrar ou tolerar as violências sofridas pelas mulheres onde quer que ocorram²⁴⁰. Recorde-se que violência de gênero contra a mulher é uma forma de discriminação.

Verifica-se a existência de cláusula de garantia de direitos econômicos, sociais e culturais às mulheres, demonstrando que para se viver livre dos estereótipos e da violência, não são suficientes a garantia e/ou efetivação de direitos civis e políticos.

no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral) em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso 26 jan. 2018.

²³⁹ “Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. OEA. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção De Belém Do Pará” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral) em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso 26 jan. 2018.

²⁴⁰ “Artigo 2. Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”. OEA. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção De Belém Do Pará” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral) em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso 28 jan. 2018.

O direito de viver livre de violência demonstra o tom que se deve dar à leitura de todo o documento e na efetivação das políticas estatais criadas com esse objetivo. Desse direito decorre o direito de não sofrer qualquer “discriminação, e o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturas baseadas em conceitos de inferioridade e subordinação”²⁴¹.

O reconhecimento de que a violência contra a mulher, nas suas especificidades²⁴², decorre da desigualdade entre os gêneros gera compromisso de todos em desconstruir esses estereótipos para prevenir e erradicar as violências contra as mulheres – propostas desse instrumento.

Esse tratado é o responsável pela atual jurisprudência interamericana sobre Direitos Humanos das mulheres, especialmente no que tange ao reconhecimento de que as violações de direitos atingem de forma diferente homens e mulheres, o que exige políticas não discriminatórias aos estados.

O instrumento cria dever aos estados partes, a tomada das medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Esse dever deve ser efetivado com medidas que atinjam esse objetivo. Não trata a Convenção de Belém do Pará de mero instrumento de intenções dos estados signatários.

Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará – Mesecvi:

O Mesecvi foi criado em 2004 e visa assegurar cumprimento do artigo 10, da Convenção de Belém do Pará.

Artigo 10 – A fim de proteger o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, os Estados-Partes deverão incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para prestar assistência à mulher afetada pela violência, bem como sobre as

²⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 342.

²⁴² A Convenção de Belém do Pará prevê a necessidade de se observar as interseccionalidades das vulnerabilidades entre as mulheres, outro conceito construído a partir dos movimentos de mulheres que perceberam que as violações atingem de diferentes formas algumas mulheres ou atingem mais algumas mulheres. “Artigo 9. Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade”. OEA. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção De Belém Do Pará” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral) em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso 28 jan. 2018.

dificuldades que observarem na aplicação das mesmas e os fatores que contribuem para a violência contra a mulher²⁴³.

O mecanismo foi criado no âmbito da Comissão Interamericana de Mulheres – CIM, que atua para analisar e promover a Convenção de Belém do Pará, estimulando sua efetivação pelos Estados signatários, numa metodologia de avaliação e acompanhamento²⁴⁴ de suas atividades.

Atuam junto ao mecanismo, um comitê de *experts*, com representantes dos 32 estados signatários da Convenção de Belém do Pará, e a sociedade civil, através de diversas organizações não governamentais de garantia direitos das mulheres.

Essa atuação multi setorial e democrática permite uma real constatação das atuações dos países, além de trazer luz às violências de gênero bastante específicas e que ainda não foram pautadas nos instrumentos ou órgãos jurisdicionais da OEA, como, por exemplo a violência obstétrica, tratada, juntamente com outras, no Segundo Informe de Seguimento das Implementações das Recomendações do Comitê de *Experts* do Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará²⁴⁵, de 2015.

4.2 Órgãos e Funcionamento

Busca-se tratar nesse item dos órgãos existentes no âmbito do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos com atribuições de promoção, controle e garantia dos Direitos Humanos das Mulheres, com destaque aos dois mais importantes, a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

No âmbito desse sistema, é relevante ressaltar a intensa troca entre os órgãos de proteção dos Direitos das Mulheres e as organizações sociais de mulheres e/ou feministas, e entre esses mesmos órgãos e equivalentes nos outros sistemas de proteção, tanto regionais, quanto o global.

²⁴³ OEA. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção De Belém Do Pará” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral) em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso 28 jan. 2018.

²⁴⁴ OEA. **The MESECVI Proccess**. OAS More rights for more people. Portal. Disponível em <http://www.oas.org/en/mesecvi/process.asp>. Acesso 28 jan. 2018

²⁴⁵ Ver em OAS. **MESECVI**. Segundo informe. Disponível em <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf> Acesso 28 jan. 2018..

4.2.1 *Comissão Interamericana de Mulheres – CIM*

A CIM foi criada em 1928, ainda no âmbito de uma comunidade panamericana²⁴⁶ de Estados, quando o direito ao sufrágio feminino era uma reivindicação. Hoje está ligada à Organização dos Estados Americanos, possuindo representantes de todos os estados da OEA.

É um importante fórum de debate e órgão de formulação de políticas públicas para mulheres.

Atuou, ao longo de sua história, pelo direito ao voto, à manutenção da nacionalidade da mulher quando casada com estrangeiro, e ao desenvolvimento econômico e social das mulheres.

A CIM teve importante papel na construção da Convenção Interamericana para Previr, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher ao promover discussões sobre o tema, abrindo espaço para que organizações não governamentais e movimentos de mulheres pudessem se manifestar e contribuir, visando, especialmente, colher informações sobre as violências de gênero nas Américas. Desde 2004, exerce a secretaria executiva do Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará.

4.2.2 *Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH*

A previsão de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos existia desde a criação da OEA em 1948, sendo um órgão diretamente ligado à Assembleia Geral, que teria como principal função “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”²⁴⁷.

A CIDH foi efetivamente criada em 1959, sendo instalada em 1960, ocasião em que seus primeiros membros foram escolhidos. É regida por um estatuto²⁴⁸ datado de 1979,

²⁴⁶ OEA. **Nossa História**. OEA Mais Direitos para Mais Pessoas. Disponível em http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp. Acesso em 26 fev. 2018.

²⁴⁷ OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Artigo 106. Disponível em http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso 18 jan. 2018.

²⁴⁸ OEA. **Estatuto Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos**. (Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979). Disponível em <https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em 22.02.2018.

posterior à Convenção Americana, com a qual a CIDH passou a ter atribuição de levar casos individuais à Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴⁹.

Direitos Humanos, nos termos do seu estatuto, poderiam ser entendidos como aqueles descritos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens²⁵⁰.

A CIDH tem extrema importância dentro do sistema interamericano, especialmente porque promove um rico diálogo com organizações de Direitos Humanos e movimentos sociais, tanto por receber destes as denúncias de violações de direitos por parte dos Estados, mas também porque promove audiências e visitas periódicas aos países americanos. Isso confere uma legitimação social²⁵¹ ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim, possui um papel político relevante no continente, extrapolando sua função jurisdicional.

Com relação aos direitos das mulheres, a maioria das denúncias admitidas pela CIDH partiram de organizações da sociedade civil, que certamente possuem uma maior proximidade com a população vulnerável de seus países. A primeira manifestação da CIDH sobre direito das mulheres foi em 1993, através de um informe anual. Após isso, se consolidou a inserção dessa temática dentro da CIDH, inclusive com uma Relatoria Especial sobre o tema.

Um dos casos mais emblemáticos da CIDH, que trata sobre as questões de gênero, é o Caso 12.051²⁵² – Caso Maria da Penha Maia Fernandes – levado por Maria da

²⁴⁹“A competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança todos os estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados. Alcança ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, e relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948”. In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 343.

²⁵⁰ “Artigo 1.2. Para os fins deste Estatuto, entende-se por direitos humanos: a. os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma; b. os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.” OEA. Estatuto Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos. (Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979). Art. 1.2. Disponível em <https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em 22 fev. 2018

²⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

²⁵² Trata-se de caso em que a vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira, após sofrer duas tentativas de homicídio por parte de seu marido, não conseguiu que a Justiça brasileira processasse e julgasse o seu agressor de forma célere. OEA. CIDH. Informe nº 54/01. Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes.

Penha e pelos Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), organizações de defesa de Direitos Humanos e das Mulheres, responsáveis por intenso *advocacy* no sistema.

A CIDH tem diversas atribuições²⁵³ com vistas a promover e assegurar cumprimento dos compromissos assumidos pelos países signatários da Convenção Americana, cabendo destaque a publicação de informes, normalmente temáticos, sobre Direitos Humanos, promoção de visitas *in loco* e recomendações aos governos. A CIDH recebe petições com notícias de violação de direitos previstos nos instrumentos interamericanos, por parte dos Estados, de qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organizações não governamentais.

O esgotamento dos recursos internos ou a demora injustificada na resposta do país são requisitos para acionamento da CIDH. Há, portanto, um caráter subsidiário do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, que agirá, salvo em casos urgentes quando possível a expedição de medidas cautelares, após fracasso estatal no seu compromisso de garantir os Direitos Humanos, e dentro dos seis meses posteriores a isso. Contudo, não há uma natureza recursal.

(...) os tratados de direitos humanos impõem aos estados-partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instancias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos (nos tratados e no Direito interno), que, reversamente, requerem de todo reclamante o

Brasil, 16 de abril de 2001. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>. Acesso em 25 jan. 2018.

²⁵³ “Artigo 18. A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados membros da Organização: a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b. formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito de sua legislação, de seus preceitos constitucionais e de seus compromissos internacionais, bem como disposições apropriadas para promover o respeito a esses direitos; c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d. solicitar aos Governos dos Estados que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar assessoramento que eles lhe solicitarem; f. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização no qual se levará na devida conta o regime jurídico aplicável aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos Estados que não o são; g. fazer observações *in loco* em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo; e h. apresentar ao Secretário-Geral o orçamento-programa da Comissão, para que o submeta à Assembleia Geral”. OEA. Estatuto Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos. (Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979). Disponível em <https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em 22 fev. 2018

prévio esgotamento dos recursos de Direito interno como condição de admissibilidade de suas petições a nível internacional²⁵⁴.

Além do esgotamento dos recursos internos, ou da demora injustificada como requisitos, não são admitidas denúncias em caso de litispendência ou coisa julgada internacional.

A CIDH, ao receber a petição, analisará sua admissibilidade, sendo o próximo passo, o momento da instrução do procedimento – com colheita de provas e oitiva da parte contrária²⁵⁵. A CIDH poderá, para buscar elementos para sua análise e promover audiências e realizar visitas.

Compreendendo que há violação de Direitos Humanos, a CIDH buscará inicialmente uma solução amistosa, sendo publicado um informe nesses casos. Se não houver sucesso, poderá enviar ao país um informe com recomendações, com caráter mandatário, na terceira oportunidade. Caso entenda que as recomendações não foram cumpridas, havendo uma violação dos direitos previstos na Convenção Americana, submeterá o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A CIDH poderá, em casos de urgência, de ofício ou a pedido, solicitar ao Estado parte efetivação de uma medida cautelar²⁵⁶, ou, se entender de extrema urgência, solicitar à Corte Interamericana aplicação de uma medida provisória.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao longo de sua existência, outorgou mais de 50 medidas cautelares, 40 informes de admissibilidade, 7 de mérito, 7 de soluções amistosas e encaminhou mais de 14 casos de violações de Direitos Humanos das Mulheres à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, o primeiro caso só foi

²⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Interação entre do Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. em PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 346.

²⁵⁵ “A Corte consagrou o entendimento que a exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos tem de ser invocada pelo Estado já no procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, se o Estado nada alega durante o procedimento perante a Comissão, subentende-se que houve desistência tácita dessa objeção. Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do princípio do estoppel, ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário à sua conduta anterior (non concedit venire contra factum proprium)”. In RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 420.

²⁵⁶ Essas medidas não são consideradas como de caráter vinculante, infelizmente, o que acaba por permitir que os Estados não a cumpram. Foi o que ocorreu no caso da Medida Cautelar 382/10, que trata da obra da usina de Belo Monte. OEA. CIDH. **MC 382/10 – Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em** <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em 23 fev. 2018.

encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2004, demonstrando um atraso em acionar o órgão final do sistema.

4.2.3 *Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH*

A Corte IDH teve sua criação prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que, no entanto, só entrou em vigor em 1978. Ela é um órgão judicial autônomo, sem qualquer relação com a Organização dos Estados Americanos.

O estatuto da Corte é datado de 1979²⁵⁷ e seu primeiro regulamento foi aprovado em 1980, atualizado posteriormente²⁵⁸.

A Corte IDH é órgão permanente e funciona com sete juízes ou juízas, eleitos pelos estados partes da Convenção Americana, que exercerão suas funções à título pessoal. De acordo com a Convenção Americana, são requisitos para exercício dessa função ser nacional de algum estado membro da OEA e ser “juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais (...)”²⁵⁹. Cada uma dessas pessoas deve ser de nacionalidade diversa. Exercerão mandato por seis anos, cabendo apenas uma reeleição.

O Brasil aderiu à Convenção Americana apenas em 1992 e se submeteu à Corte IDH em 1998²⁶⁰, admitindo especificamente sua jurisdição para fatos posteriores a essa data.

²⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Estatuto de la Corte IDH**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/corte/estatuto.cfm> Acesso em 26 jan. 2018.

²⁵⁸ Atualmente está em vigor regulamento aprovado em 2009. CIDH. **Regulamento Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 26 jan. 2018.

²⁵⁹ Artigo 52.1, Convenção Americana: “A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos”. OEA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 01 mar. 2018.

²⁶⁰ Ver em BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos**

A não obrigatoriedade da jurisdição da Corte IDH enfraquece o sistema protetivo.

Compartilha-se da visão de Cançado Trindade de que este dispositivo constitui um anacronismo histórico, que deve ser superado, a fim de que se consagre o “automatismo da jurisdição obrigatória da Corte para todos os Estados-partes da Convenção”. Isto é, todo Estado-parte da Convenção passaria a reconhecer como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, integralmente e sem restrição alguma, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção. Ainda nas lições de Cançado Trindade: “Sob as cláusulas de jurisdição obrigatória e do direito à petição individual se ergue todo o mecanismo de salvaguarda internacional do ser humano, razão pela qual me permito designá-las como verdadeiras cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos da pessoa humana”²⁶¹.

É um órgão jurisdicional com funções contenciosa e consultiva, sendo que o acesso em casos contenciosos se dá através da CIDH e dos países signatários da Convenção Americana. O acesso à Corte IDH por pessoas ou organizações da sociedade civil é possível apenas para requerimento de medidas provisórias em casos já de seu conhecimento²⁶². Em casos ainda não submetidos à Corte IDH, somente a CIDH poderá requerer tais medidas de urgência.

As medidas provisórias emitidas pela Corte IDH são de caráter vinculante e, além das solicitadas pela CIDH, podem ser aplicadas de ofício ou a pedido das vítimas quando o caso já estiver sob sua jurisdição.

Com relação à função consultiva, qualquer país membro da OEA, mesmo não signatário da Convenção Americana pode buscar parecer. Essa consulta pode ser sobre interpretação de algum tratado ou sobre a convencionalidade de uma lei nacional²⁶³. As opiniões consultivas serão melhor estudadas no próximo capítulo.

Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em 18 jun. 2018.

²⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 354.

²⁶² CIDH. **Regulamento Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Art. 27. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso 26 jan. 2018.

²⁶³ De acordo com Antonio Flores Saldaña seria um “controle de convencionalidade complementar ou secundário já que os Estados têm compromisso primário em garantir o cumprimento das normas internacionais de Direitos Humanos”. In: SANDAÑA, Antonio Flores. **El Control de Constitucionalidad y la Hermeneutica Constitucional de los Derechos Humanos**. Cidade do México: UNAM, 2014, p. 335.

Das decisões proferidas pela Corte IDH não cabem recurso, sendo possível apenas uma espécie de embargos declaratórios, ou pedido de interpretação da sentença.

As sentenças condenatórias podem determinar adoção de medidas reparatorias de diversas naturezas pelo estado condenado, sendo, uma delas, por exemplo, de compensação à vítima.

A Corte IDH exerce indispensável função à garantia de Direitos Humanos na América Latina²⁶⁴, se pronunciando sobre diversas temáticas²⁶⁵, como violações que refletem legado dos regimes autoritários vivenciados na região num passado (talvez também no futuro?) bastante recente, como casos de desaparecimentos forçados e tortura, casos ligados à justiça de transição, violações de grupos vulneráveis e de direitos sociais, esses últimos como um dos novos desafios que o órgão tem enfrentado.

4.3 Jurisprudência Contenciosa Interamericana sobre Igualdade e Não Discriminação de Gênero contra as Mulheres

Compreende-se jurisprudência como resultado da atividade jurisdicional de um tribunal, no caso em análise, da Corte IDH. A Corte IDH emite decisões em casos contenciosos e em opiniões consultivas, tratadas no próximo capítulo.

Conforme já descrito, a Corte IDH pode ser acionada, nos casos contenciosos, pela CIDH ou por um Estado parte da Convenção Americana. A impossibilidade de acesso à Corte IDH por petições individuais, juntamente com sua jurisdição opcional, são características que enfraquecem o sistema interamericano e devem ser objeto de reformas no futuro.

Nos casos remetidos pela CIDH, as partes serão chamadas a apresentarem petição inicial e contestação. Ambos, vítima ou vítimas²⁶⁶ e réu, que só poderá ser um Estado, possuem prazo de dois meses para essas manifestações. A CIDH atuará como *custus legis*.

²⁶⁴ Estados Unidos e Canadá não reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁶⁵ Tipologia de casos feita por Flávia Piovesan. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

²⁶⁶ CIDH. **Regulamento Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Art. 25. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 25 jan. 2018.

A próxima fase é probatória, sendo admitidas todas as formas, como testemunhas, apresentação de documentos e perícias. Posteriormente, apresentam-se alegações finais.

É admitido *amicus curiae*²⁶⁷ nos processos de violação de Direitos Humanos perante a Corte IDH, o que impõe uma legitimidade nas suas decisões. Muito ricas, reais e pertinentes as contribuições trazidas por organizações regionais ou que militam por Direitos Humanos para a jurisprudência interamericana, que tem conteúdo, em comparação com órgãos jurisdicionais nacionais, bastante avançado.

Um caso submetido ao órgão jurisdicional interamericano pode ser objeto de uma solução amistosa.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos contenciosos possuem naturezas declaratória e constitutiva. Poderão determinar, num caso de total ou parcial procedência, quaisquer medidas que entenderem conveniente para cessar a violação, garantir efetividade do direito e reparar a vítima.

Nos termos do texto convencional, as decisões emitidas devem ser obrigatoriamente cumpridas pelos estados condenados. Com objetivo de acompanhar cumprimento da sentença, podem exigir apresentação de relatórios periódicos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm o poder de proferir decisões juridicamente vinculantes contra Estados soberanos, condenando-os pela violação de direitos humanos e liberdades fundamentais de indivíduos, e ordenando-lhes o pagamento de justa indenização ou compensação às vítimas²⁶⁸.

Em caso de não cumprimento da decisão, pode a Corte IDH remeter o caso para sua publicação no relatório anual da Assembleia Geral da OEA, como uma espécie de constrangimento político. Essa sanção é bastante frágil e, ainda, não tem sido aplicada na prática. A fiscalização do cumprimento de suas decisões é tema que deve ser enfrentado

²⁶⁷ “Artigo 2.3. a expressão “amicus curiae” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”. CIDH. **Regulamento Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Art. 2.3. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 27 fev. 2018.

²⁶⁸ SIEGHART, Paul. International human rights law: some current problems. *Apud* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105.

seriamente pela Corte IDH, sob pena de no futuro ela se tornar um órgão obsoleto e com papel apenas retórico.

A Corte IDH tem admitido casos em que há violações de direitos econômicos, sociais e culturais usando a indivisibilidade e interrelação dos Direitos Humanos como argumentos a permitir a justiciabilidade de todos eles. Para isso, adotou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Comitê PIDESC na decisão do Caso Acevedo Buendía y Otros (Cesantes y Jubilados de La Controladora) vs. Perú²⁶⁹, no qual os Direitos Humanos devem ser interpretados em sua integralidade e interdependência, sendo que se deve usar o máximo de recursos disponíveis para efetivação de todos os direitos previstos. Há, ainda, decisões, como a emitida no Caso Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador²⁷⁰, que protegem indiretamente direitos sociais por meio de direitos civis²⁷¹.

²⁶⁹ Ver parágrafos 102 e 103 da sentença: “102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. 103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de noregresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.” Ver em CIDH. **Caso Acevedo Buendía y otros X (“Cesantes y jubilados de la controladora”) Vs. Perú**. Sentencia de 1 de Julio de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁷⁰ Caso em que o direito à saúde é protegido em associação com os direitos à vida e à integridade física. Observar especialmente parágrafo 117 da sentença: “117. La Corte ha reiterado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la

A Corte IDH, portanto, tem relevante papel na construção de *standards* interamericanos com relação à garantia dos Direitos Humanos em sua integralidade.

Nos termos da jurisprudência da própria Corte IDH, suas sentenças não são vinculantes apenas ao estado do caso *sub judice*, mas a todos os estados que se submetem à sua jurisdição²⁷².

Todas as decisões proferidas pela Corte IDH são vinculantes e definitivas e as sentenças criam sua eficácia diante de todo o Estado, ou seja, todos os poderes, órgãos, e autoridades nacionais, sendo desnecessário, ainda, qualquer procedimento ou interpretação interna para que isso ocorra. Significa que a decisão deve ser cumprida por todos os poderes do Estado²⁷³. As sentenças da Corte fazem coisa julgada internacional.

Sobre rede judicial interamericana: La conformación de la red es, a su vez, causa e consecuencia de la natación que experimenta la relación entre estos dos ordenamientos. Ella da cuenta, ante todo, de su mutua permeabilidad e interdependencia y de la necesidad de que sus actores interactúen y se reconozcan como agentes de un mismo cometido cuya efectividad depende de la armonización de los dos sistemas. Así, la articulación de la red judicial e través del diálogo demuestra que ante que compartimentos estacos (dualismo) o que estructuras jerárquicamente consolidadas (monismo), derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional son parte de un pluriverso normativo que permite la articulación de la estructura multinivel de protección²⁷⁴.

Ao estado parte do caso, há obrigação de cumprir com todo o estabelecido na sentença interamericana de maneira pronta, íntegra e efetiva. Há uma vinculação total e absoluta do conteúdo da sentença, ou seja, não só da parte dispositiva ou resolutive, mas também de suas razões de decidir e de seus efeitos.

salud es un bien público (artículo 10)". Ver em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

²⁷² Ver Voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot sobre Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Supervisão de Cumprimento de Sentença no Caso Gelman vs. Uruguai. Em OEA. CIDH. **Resolución De La Corte Interamericana De Derechos Humanos de 20 de Marzo de 2013 Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisión de cumplimiento de sentencia http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁷³ Primeira oportunidade que a Corte IDH se manifestou sobre obrigação de todos os órgãos, não só os jurisdicionais, realizarem controle de convencionalidade foi na sentença do Caso Contreras y otros vs. El Salvador, de 2011. OEA. ICDH. **Caso Contreras Y Otros Vs. El Salvador**. Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁷⁴ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico. Uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 18.

(...) la Corte Interamericana há establecido que una norma de derecho interno puede violar *per se* el art. 2 de la Convención, aún si la norma no fue aplicada en el caso concreto; esto la ha llevado a concluir que los jueces nacionales tienen el deber de abstenerse de aplicar normas de derecho interno que sean contrarias al derecho interamericano²⁷⁵.

Os outros estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ficam vinculados a efetividade convencional e, conseqüentemente, ao critério interpretativo estabelecido pela Corte, criando um *standard* mínimo de garantia e adequação da norma convencional²⁷⁶.

Ao aderir ao sistema interamericano, os Estados se comprometem a respeitar e garantir os direitos e liberdades previstos em seus instrumentos, além de se adequarem – com reforma normativa ou interpretativa²⁷⁷ – para chegarem nesse objetivo.

Nesses casos, as sentenças criam um patamar mínimo a ser seguido pelos estados que podem não aplicar esses *standards* se, e somente se, por existência de legislação interna ou exercício interpretativo, tiverem um entendimento mais protetivo que a própria Corte IDH.

Como visto, as sentenças da Corte IDH têm força jurídica vinculante e obrigatória, contudo há referência normativa apenas no que se refere ao cumprimento das decisões de compensação às vítimas – que serão executadas internamente com mesmo procedimento de execução de sentença contra Estado – sendo que as outras determinações acabam sendo aplicadas pelos Estados de acordo com seus regulamentos internos, quando o são.

Sobre isso, mais uma vez, deve-se ressaltar que o maior desafio hoje da Corte IDH é aplicabilidade de suas decisões. O que se verifica é que não são cumpridas em sua integralidade, havendo cumprimento apenas das decisões de natureza pecuniárias, e que a

²⁷⁵ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y Convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales: un enfoque coevolutivo. In BOGDANDY, Armin Von de et al (orgs.), **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 314.

²⁷⁶ A primeira menção ao necessário controle de convencionalidade pelos juízes nacionais de normas de Direitos Humanos e a interpretação conferida pela da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu em 2006 na sentença do Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁷⁷ Eficácia interpretativa – *res interpretata*.

possível pressão política, via Assembleia Geral da OEA, não tem surtido qualquer efeito. Isso porque a própria OEA não tem se comprometido com esse aspecto.

Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *mutu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhes um ou dois dias de cada período de sessão. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção²⁷⁸.

Para se obter ganhos efetivos é, portanto, necessária uma atuação estratégica, normalmente encabeçada por organizações não governamentais, que podem ter atuado no caso em concreto ou não, para criar um ambiente de pressão política aos órgãos internos – tanto do executivo, legislativo ou judiciário.

This movement has recognized that the state is not monolithic, but rather a complex, interrelated series of actors. Further, it has learned that well-designed international litigation strategies that appreciate the difference between hollow procedural victories and substantive gains, while stressing measures to mobilize the media and public opinion, offer the chance to advance the cause of human rights.²⁷⁹

4.3.1 *Direito à Igualdade e Não Discriminação de Gênero contra as Mulheres na Jurisprudência Contenciosa – Sentenças Relevantes*

Ao longo de sua existência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou mais de 346 casos contenciosos. Conforme já descrito, a Corte IDH tem feito um corajoso trabalho na interpretação da Convenção Americana e demais tratados, promovendo um diálogo com outros sistemas de Direitos Humanos no que se refere aos seus instrumentos convencionais e suas jurisprudências.

Com relação às questões de gênero, sua primeira decisão é datada de 2006, demonstrando um tardio despertar do sistema interamericano sobre as diversas, constantes e insistentes violências de gênero contra as mulheres em todo continente. O primeiro caso

²⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 374.

²⁷⁹ CAVALLARO, James L. Toward Fair Play: A Decade of Transformation and Resistance in International Human Rights Advocacy in Brazil," **Chicago Journal of International Law**: Vol. 3: No. 2, Article 18. Ver em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1447&context=cjil>. Acesso em 18 jun. 2018.

foi Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú²⁸⁰, tratado mais abaixo. Nesse sentido, apesar de ser claro o atraso da CIDH em acionar o órgão jurisdicional do sistema, a própria Corte IDH perdeu oportunidade em trazer as questões de gênero, já tratadas no âmbito consultivo – OC-4/84 – a um desses casos, qual seja, Loyaza Tamayo vs. Perú²⁸¹, julgado em 1997.

Sem prejuízo, houve posteriormente a construção de uma consciência de que a violência de gênero contra mulher possui raízes históricas, funciona numa lógica específica e que, para preveni-la, puni-la e erradicá-la, é importante ter uma visão transversal de gênero, ou seja, uma percepção de que se deve pensar aplicação dos instrumentos de proteção de Direitos Humanos para as mulheres.

(...) sea necesario incorporar una perspectiva sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de estas últimas, tanto en la interpretación y aplicación de los tratados generales sobre derechos humanos, como en la formulación e implementación de todas las estrategias y acciones en materia de derechos de la persona²⁸².

Nesse item serão feitos brevíssimos comentários, especificamente sobre como a Corte IDH interpretou os princípios da igualdade e não discriminação²⁸³ de gênero contra as mulheres, de emblemáticas decisões proferidas em casos contenciosos.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú²⁸⁴, 2006

Trata-se de caso em que o estado do Perú foi denunciado porque, em 1992, sob pretexto de transferência de presos/as que estavam no presídio Miguel Castro Castro,

²⁸⁰ Ver em CIDH. **Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú**. Sentencia de 25 noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁸¹ Ver em CIDH. **Case of Loayza-Tamayo Vs. Perú**. Judgement of September 17, 1997. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_ing.pdf. Acesso em 02 nov. 2018.

²⁸² TRAMONTANA, Enzamaría. Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In BOGDANDY, Armin Von de et al (orgs.), **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 468.

²⁸³ A Corte IDH tratou num caso contencioso pela primeira vez sobre direito à igualdade e não discriminação em 2005, no caso Yatama vs. Nicaragua, mantendo toda a construção jurídica feita pelas opiniões consultivas emitidas até então, em especial a OC-18/03, elevando tal princípio à norma *jus cogens*. Ver em CIDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Acesso em 18 jun. 2018.

²⁸⁴ Ver em CIDH. **Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú**. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em 18 jun. 2018.

reservado a pessoas presas políticas, foram mortas, no mínimo, 42 pessoas internas, além de ferirem 175 e submeterem outras 322 pessoas a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Com relação às especificidades de gênero, cumpre observar que havia mulheres presas, inclusive gestantes, sendo contra elas o ataque inicial. Ainda, há que se ressaltar que a data escolhida para a chamada “operação mudança 1” foi um dia de visitação, na semana do dia das mães, como uma forma de provocação contra os familiares das vítimas²⁸⁵.

Foi o primeiro caso em que a Corte IDH se debruçou sobre as especificidades de gênero nas violências – especificamente sobre violência sexual e violência contra mulheres grávidas –, aplicando e se declarando competente para interpretar a Convenção de Belém do Pará, que passaria a ser considerada *corpus iuris* internacional na proteção dos direitos das mulheres.

Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres²⁸⁶.

A Corte IDH usa nesse caso conceito de violência de gênero prevista na Recomendação Geral n.º 19, da CEDAW, ou seja, a “violência dirigida contra a mulher porque é mulher ou que lhe afete de forma desproporcional”²⁸⁷.

Caso González e outras (Campo Algodonero) vs. México²⁸⁸, 2009

Trata-se de reconhecimento e declaração de responsabilidade do estado do México por violação de Direitos Humanos, por não prevenir ou responsabilizar

²⁸⁵ Aspecto de gênero é tão presente no caso, que o massacre no Presídio Miguel Castro se deu no dia de visita feminina, na semana do dia das mães, ou seja, queriam que essas mulheres, especialmente mães das pessoas presas, presenciassem a violência que seus filhos ou filhas sofreriam. Ver em VALENCIA, Yennesit Palacios. Género y Derecho Constitucional Transnacional: Casos de la corte interamericana de derechos humanos. In Revista da Facultad de Derecho y Ciencias políticas. Vol. 41, n. 114. Medellín, pp. 131-165, 2011, p. 148. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a04.pdf>. Acesso 14 jan. 2018.

²⁸⁶ Sentença. Parágrafo 223. Ver em CIDH. **Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú**. Sentencia de 25 noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em 18 jun. 2018.

²⁸⁷ UN Women. **Recomendação CEDAW 19**, parágrafo 6º. Em <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁸⁸ OEA. CIDH. **Caso González Y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

adequadamente as pessoas responsáveis pela morte de mulheres em Ciudad Juárez. Após o desaparecimento de algumas mulheres, inclusive menores de idade, as famílias, ao procurarem a polícia, não foram adequadamente atendidas, sendo certo que nenhuma providência foi tomada no sentido de buscar as desaparecidas ou investigar o caso. Posteriormente, oito corpos de mulheres foram encontrados num campo de algodão, sendo que não houve, ainda, qualquer preocupação na investigação e deslinde do caso – cinco anos depois, suas identidades sequer haviam sido reconhecidas formalmente.

Declara a Corte IDH, nesse caso, que existe uma violência estrutural de gênero e que cabe aos estados investigar e responder à essa forma de violência também numa perspectiva de gênero, afastando estereótipos, ou “padrões sociais discriminatórios que usualmente são aplicados em prejuízo das mulheres”.²⁸⁹ Reforçou, assim, a necessidade de devida diligência numa perspectiva de gênero, sem discriminação. Associa, portanto, a violência de gênero ao dever de não discriminar.

Houve, ainda, análise sobre o dever de prevenção dos Estados.

La Corte sostiene que los Estados deben adoptar una “estrategia integral” encaminada a “prevenir los factores de riesgo” que contribuyen a que esta violencia se perpetue, y establece a cargo de las autoridades públicas el deber de “adoptar medidas preventivas em casos específicos em los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”²⁹⁰.

Essa decisão é relevante no fortalecimento e desenvolvimento do conceito de feminicídio, posteriormente transformado em tipo penal em diversos países da América Latina e adotado no Brasil em 2015.²⁹¹

Caso Atala Riffo e Filhas vs. Chile²⁹², 2012

Trata-se de caso em que a Sra. Atala Riffo perdeu guarda de suas filhas por possuir uma companheira mulher. A ação foi proposta pelo pai das crianças e a orientação sexual da genitora foi a justificativa para que ela não pudesse conviver com elas.

²⁸⁹ Caso González e outras (Campo Algodonero) vs. México. Sentença. Parágrafo 2.

²⁹⁰ TRAMONTANA, Enzamária. Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In BOGDANDY, Armin Von de et alii (orgs.), **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 478.

²⁹¹ Lei n.º 13104/2015, que incluiu o feminicídio no art. 121, § 2º – A, do Código Penal brasileiro.

²⁹² OEA. CIDH. **Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile**. Sentencia de 21 de noviembre de 2012 (Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). Ver em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

Foram tratados pela Corte IDH os temas de orientação sexual e identidade de gênero, sendo ambos, nos termos da jurisprudência, associados à proteção prevista no artigo 1.1, da Convenção Americana.

A igualdade é inseparável da dignidade essencial a cada pessoa, frente o qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, implique a trata-lo com privilégios; ou a que, *a contrario sensu*, por considera-lo inferior o trate com hostilidade, ou, de qualquer forma, o discrimine no gozo de direitos reconhecidos”²⁹³

Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica²⁹⁴, 2012

Tratou-se, no caso, de uma lei da Costa Rica que proibia a fertilização *in vitro* (FIV). Discutiui-se, portanto, o direito a um projeto de vida e o direito de constituir uma família, exercendo direitos reprodutivos.

Apesar de não ser um caso, em sua origem, que trata de violência ou discriminação de gênero, já que homens também eram atingidos pela restrição prevista na lei, a Corte IDH reconhece que há diferentes afetações dos dispositivos da Convenção Americana para homens e mulheres, reforçando mesmo indiretamente a necessidade de uma aplicação dos instrumentos de garantia de Direitos Humanos sempre numa perspectiva de gênero.

Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador²⁹⁵, 2015

Talia Lluy foi contaminada, aos 3 anos de idade, numa transfusão de sangue, com o vírus HIV, por falta de exames necessários. Além, e a partir disso, começou a sofrer diversas discriminações, sendo impedida de estudar por oferecer risco de contágio a outras crianças.

É primeiro caso em que a Corte IDH reconhece que a violência pode decorrer de fatores múltiplos de vulnerabilidades que se entrelaçam. Trata-se de violação interseccional de Direitos Humanos. Sobre isso, vale citar trecho da decisão.

²⁹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191.

²⁹⁴ OEA. CIDH. **Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica**. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Ver em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁹⁵ OEA. CIDH. **Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica**. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Ver em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente²⁹⁶.

Caso I.V. vs. Bolivia²⁹⁷, 2016

Trata-se de caso em que a vítima, mulher, foi submetida a uma esterilização sem consentimento livre e informado. Nele se debate a autonomia e responsabilidade da própria mulher com relação à sua saúde reprodutiva, sendo que a Corte IDH reconheceu que “a liberdade e autonomia das mulheres em saúde sexual e reprodutiva tem sido historicamente limitada, restringida ou anulada com base em estereótipos de gênero negativos e prejudiciais²⁹⁸”, reconhecendo, mais uma vez, existência de um padrão estrutural de discriminação de gênero.

²⁹⁶ Sentença, parágrafo 290.

²⁹⁷ OEA. CIDH. **Caso i.v. vs. Bolivia**. Sentencia de 25 de mayo de 2017 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Ver em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_336_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

²⁹⁸ OEA. CIDH. **Caso i.v. vs. Bolivia**. Sentencia de 25 de mayo de 2017 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Ver Parágrafo 243 da sentença. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_336_esp.pdf. Acesso em 25 fev. 2018.

5 JURISPRUDÊNCIA CONSULTIVA INTERAMERICANA SOBRE IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO CONTRA AS MULHERES

O presente capítulo tem como objetivo conhecer as opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente aquelas que tratam do direito à igualdade e não discriminação e se refiram às discriminações de gênero contra as mulheres.

Inicialmente serão compreendidos o processo de construção dos pareceres, seus requisitos, impedimentos e a legitimidade ativa para consultas.

Ainda, sua natureza jurídica será estudada, sendo as opiniões consultivas jurisprudência da Corte IDH. Com relação a sua efetividade, vale ressaltar que o resultado interpretativo das normas de Direitos Humanos pela Corte IDH possui eficácia obrigatória e vinculante.

Por fim, de forma mais detida, serão estudadas as opiniões consultivas que se debruçam, mesmo que indiretamente, sobre direito à igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres, destacando seus pontos mais importantes e, enfim, como a Corte IDH construiu um arcabouço jurisprudencial sobre a temática fazendo um paralelo com as lutas das feministas em outros campos, além do Direito.

5.1 Opiniões Consultivas: Conceito, Legitimidade e Processo de Construção

A possibilidade da Corte IDH emitir pareceres está descrita no artigo 64²⁹⁹, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Apesar do texto usar a expressão “pareceres”, a Corte IDH tem utilizado o termo “opiniões consultivas”³⁰⁰ para designar o

²⁹⁹ “Artigo 64.1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Ver OEA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 28 abr. 2018.

³⁰⁰ A escolha pelo uso desse termo se deve a existência de opiniões consultivas em outros sistemas de garantia de Direitos Humanos.

resultado das consultas. Utilizamos assim mesma nomenclatura, apesar dela não expressar de fato sua natureza.

Con la función consultiva que se há conferido a la Corte, la Convención há creado – em opinião de seu proprio tribunal – um sistema paralelo al del procedimiento contencioso, y ofrece um método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos de la OEA a cumplir y aplicar tratados em materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso³⁰¹.

Trata-se da ferramenta mais potente no sistema interamericano para definir conceitos teóricos e de promover interpretação dos instrumentos de Direitos Humanos. Contudo, ainda pouco utilizada e valorizada.

A competência consultiva da Corte IDH³⁰², juntamente com a competência contenciosa, permite que o órgão interprete adequadamente a Convenção Americana. Ela vai, no entanto, além, já que, nos termos do próprio tratado – artigo 64.1 –, a opinião consultiva se refere à interpretação de seu texto, mas também de qualquer outro tratado de proteção de Direitos Humanos³⁰³.

Em resposta a uma série de questões postas pelo Governo do Peru, relativamente à jurisdição consultiva da Corte, esta entendeu que tem jurisdição consultiva no que se refere a qualquer previsão atinente à proteção de direitos humanos enunciada em qualquer tratado internacional aplicável aos Estados Americanos, independentemente se bilateral ou multilateral, qualquer que seja o propósito principal do tratado, não importando se o Estado não membro do sistema interamericano tem direito de se tornar parte dele.³⁰⁴

Assim, sua competência consultiva extrapola a de outros órgãos jurisdicionais dos sistemas de garantia de Direitos Humanos, nos planos global ou regionais.

³⁰¹ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 947.

³⁰² Nos sistemas de garantias de Direitos Humanos, podem emitir opiniões consultivas a Corte Internacional de Justiça (Carta Nações Unidas), Tribunal Europeu (Protocolo II do Convênio Europeu) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Protocolo de Ouagadougou à Carta Africana).

³⁰³ “(...) mesmo tratados universais, como Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos etc”. RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 448.

³⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 351. A resposta a esses questionamentos do Peru é objeto da OC-01/82. Ver em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 27 fev. 2018.

Nos termos da Convenção Americana, podem solicitar opiniões consultivas quaisquer Estados membros da OEA, e, no limite de suas competências, Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, Reunião e Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, Conselhos, Comissão Jurídica Interamericana, Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, Secretaria Geral da OEA, Conferências Especializadas e os Organismos Especializados (Instituto Interamericano de Crianças, Comissão Interamericana de Mulheres, Instituto Indigenista Americano e Organização Panamericana de Saúde)³⁰⁵.

Apesar dessa ampla legitimidade, os Estados partes da Convenção e a CIDH são quem de fato têm solicitado as opiniões consultivas³⁰⁶, sendo o estado da Costa Rica o mais ativo dentre eles. Cumpre mencionar a iniciativa dos países do MERCOSUL que solicitaram conjuntamente uma opinião consultiva, já que esse organismo não detém legitimidade ativa para tanto. Essa consulta deu origem a OC-21/2014, estudada mais abaixo.

Poderá, ainda, ser solicitada uma opinião consultiva sobre lei nacional³⁰⁷ – art. 64.2 – de seu estado e sua compatibilidade com os instrumentos Interamericanos de Direitos Humanos³⁰⁸. Essas opiniões consultivas são resultado de um controle de convencionalidade³⁰⁹ emitido pela Corte IDH.

³⁰⁵ Art. 64.1, da Convenção Americana, combinado com capítulo X, da Carta da OEA. Ver OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. (Subscrita em Bogotá em 1948 e reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena de Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992 e pelo Protocolo de Managuá em 1993). Disponível em <http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/q.Carta.OEA.htm>. Acesso em 27 fev. 2018.

³⁰⁶ Essa afirmação decorre de pesquisa feita no sítio da Corte Interamericana de Direitos Humanos na rede mundial de computadores, especificamente observando as opiniões consultivas editadas e os pedidos disponibilizados. Ver em OEA. **CIDH**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (opiniões consultivas), em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/solicitud_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (solicitações de opiniões consultivas) e em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/rechazo_solicitud_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (solicitações negadas). Acesso em 01 mar. 2018.

³⁰⁷ Na OC-4/84 a CIDH decidiu por compreender o termo “leis internas”, previsto no artigo 64.2, da Convenção, como toda legislação nacional e todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais. Ver em OEA. CIDH. OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Parágrafos 14 e 22. Acesso em 27 fev. 2018.

³⁰⁸ “Artigo 64. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Ver OEA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada

Compreende-se como um controle de interpretação³¹⁰ em abstrato o processo de construção das opiniões consultivas previstas no art. 64.1, da Convenção.

A solicitação do parecer consultivo, nos termos do Regulamento da Corte IDH, deve conter perguntas específicas sobre o artigo ou conteúdo do instrumento referência – Convenção Americana ou outros tratados – a ser interpretado³¹¹. Apesar da Declaração Americana não ser tecnicamente um tratado, também pode ser objeto de interpretação³¹², compreendendo, ainda, a Corte IDH que as reservas feitas por um Estado a um tratado também podem ser objeto de consulta³¹³.

Com relação às perguntas realizadas, devem ser específicas e mencionar o texto a ser interpretado, a Corte IDH já adotou entendimento de que as pode reformular ou readequar visando sua admissibilidade³¹⁴.

Na outra hipótese – art. 64.2 –, deverá constar no pedido a lei nacional e o instrumento referência, contendo perguntas específicas sobre as dúvidas existentes³¹⁵. A Corte IDH tem interpretado o termo “leis” de forma ampla, incluindo projetos de leis e emendas à Constituição³¹⁶.

Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 27 fev. 2018.

³⁰⁹ “(...) controle de convencionalidade para nos referir ao controle de matriz internacional, fruto dos intérpretes autênticos no plano internacional”. In RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 333.

³¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Derechos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 268.

³¹¹ Artigos 70 e 71, Regulamento Interno da Corte IDH. Ver em OEA. CIDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 27 fev. 2018.

³¹² CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 145.

³¹³ NIKKEN, Pedro. **La Función Consultiva de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, 1999, p. 168. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em 29 abr. 2018.

³¹⁴ “... por la forma en que ha sido redactada una solicitud, la Corte, en el ejercicio de sus funciones, según el artículo 64 de la Convención, puede tener que precisar o esclarecer, y en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad lo que se le está preguntando ...”. Y esa reformulación siempre fue hecha por la Corte hasta la fecha en dirección a favorecer la admisibilidad de la consulta.” In SALVIOLI, Fabián. *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial*. In *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*; T. III, pp- 417 – 472. Brasília: Ed. Sergio Fabris, 2004, p. 24.

³¹⁵ Artigo 72, Regulamento Interno da Corte IDH. Ver em OEA. CIDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 27 fev. 2018.

³¹⁶ Ver OC-6/86, item III. Ver em OEA. CIDH. OC-6/86 de 09 de maio de 1986. **La Expresión "Leyes" En El Artículo 30 De La Convención Americana Sobre Derechos Humanos** http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf. Acesso em 28 abr. 2018.

Ao receber a consulta, caberá análise de sua admissibilidade, que não fica adstrita aos requisitos previstos no Regulamento da Corte IDH, como legitimidade formal e material, mas recairá sobre objetivos da consulta e se ela ultrapassa a competência do órgão ou mesmo sua razão de existir. Sobre isso a Corte IDH já se pronunciou nas OC – 01/82, 17/02 e 18/03³¹⁷.

Um dos objetos de análise é se a consulta não trata de um caso que está *sub judice* na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou que as partes querem, com ela, evitar a judicialização da demanda prejudicando direito da suposta vítima. Da mesma forma, se a consulta não se trata de apenas especulações acadêmicas³¹⁸, sem qualquer aplicabilidade na prática.

En nuestra opinión, la facultad que se le ha conferido a la Corte para interpretar la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos no puede utilizarse, en forma mañosa o subrepticia, para resolver controversias pendientes respecto de las cuales el Estado denunciado no acepta la jurisdicción de la Corte; en el mismo sentido, tampoco es legítimo que los Estados utilicen la vía de la consulta para eludir el procedimiento contencioso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la Convención.³¹⁹

A decisão de admissibilidade deve ser motivada³²⁰. Admitida a consulta, a secretaria da Corte IDH enviará cópia a todos os Estados membros, CIDH, Secretaria Geral da OEA e outros órgãos da OEA com competência que se relacione com o tema objeto da consulta. Poderá abrir oportunidade – convidando expressamente ou não – para

³¹⁷ Ver todas as opiniões consultivas em OEA. **CIDH**. Opiniões consultivas. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acesso em 27 fev. 2018.

³¹⁸ OC-9/87, parágrafo 16. Ver em OEA. CIDH. OC-9/87 de 06 de outubro de 1987. **Garantías Judiciales En Estados De Emergencia (Arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Acesso em 01 maio 2018.

³¹⁹ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 956

³²⁰ “Al decidir si acepta o no una solicitud de opinión consultiva, la Corte debe fundarse en consideraciones que trascienden los aspectos meramente formales. En particular, la Corte señaló en su primera opinión consultiva que sería inadmisibles toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos (“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, supra 24, párr. 31).” Ver OC-15/97, parágrafo 31. Ver em OEA. CIDH. OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. **“Informes de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf. Acesso em 28 abr. 2018.

que qualquer interessado contribua com a consulta. A remessa do caso só é obrigatória nas consultas previstas no artigo 64.1, da Convenção, mas pode ser feita a critério da presidência da Corte IDH, o que, costumeiramente, ocorre.

A previsão da figura de *amicus curiae* nos procedimentos da Corte IDH garante que suas decisões sejam cobertas por certa legitimidade. O que se verifica, hoje, é ampla manifestação de organizações sociais, órgãos dos Estados ou organismos internacionais e até pessoas físicas³²¹, sendo essas contribuições bastante valorizadas e consideradas. Cita-se a participação das Defensorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro e da União no processo da Opinião Consultiva 24/17, com contribuições muito relevantes³²² na formulação desse parecer, que será estudado a seguir.

Essa participação torna o processo de construção das opiniões consultivas democrático e plural, mas também traz a realidade de quem será diretamente atingido por essa jurisprudência para uma discussão que poderia ter apenas um cunho teórico, já que não trata de um caso concreto, como na jurisdição contenciosa. As organizações de Direitos Humanos e de mulheres possuem ampla experiência nesse *advocacy* e têm colhido bons frutos junto à Corte IDH na tentativa de, no campo do Direito, bastante conservador, para dizer o mínimo, conquistar decisões contramajoritárias.

A Corte IDH pode convocar audiências orais para debater a temática da consulta. Apesar de ser uma faculdade, devendo consultar o interesse do Estado que fez a consulta, a Corte IDH tem feito audiências em todos os casos, permitindo a participação, com manifestação oral dos *amici curiae*. A CIDH, mesmo que não seja a solicitante da

³²¹ Ver todas as 81 manifestações feitas por *amici curiae* no processo da OC-24/17 em OEA. CIDH. **Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1671. Acesso em 11 jun. 2018.

³²² Manifestação das Defensorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro e da União no Processo da OC-24/17. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Opinião escrita sobre o item “a” constante da solicitação de Parecer Consultivo formulada pelo Estado da Costa Rica, acerca da proteção estabelecida pelos artigos 11.2, 18 e 24 da CADH, em relação ao artigo 1, ao reconhecimento da mudança de nome das pessoas de acordo com sua identidade de gênero.** 09 dez. 2016. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/23_defpub_rio_jan.pdf e DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO ET ALL. **Memorial de Amicus Curiae em solicitação de Opinião Consultiva formulada pelo estado da Costa Rica sobre direitos das pessoas trans (mulheres transexuais, travestis, homens trans de demais identidades de gênero trans).** 2017. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/56_def_pub_otras_inst.pdf. Acesso em 11 jun. 2018.

consulta, participa ativamente desse processo, normalmente por meio de suas relatorias temáticas.

Em caso de desistência de quem demandou a consulta, já houve decisão no sentido de mantê-la, considerando que essa função consultiva não possui partes ou litígio e, como em seu procedimento é dada ciência aos Estados e aberta a oportunidade para manifestações, o seu resultado passa a ser do interesse de todos³²³.

Todo juiz que participar da confecção do parecer poderá, como nas sentenças emitidas em casos contenciosos, exarar seu voto concordante ou dissidente, que é publicado juntamente com parecer final. A votação, nos termos do regulamento³²⁴, contudo, é privada, sendo apenas a decisão final, no caso a opinião consultiva, publicada.

O processo feito pela Corte IDH para emissão de opinião consultiva nada mais é que de interpretação em abstrato e uma espécie de controle de convencionalidade em abstrato, e por isso fica clara sua função prática, evitar violações de Direitos Humanos.

En este sentido la Corte entiende que su función consultiva, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala. Con esto lo que se quiere decir es que, de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Partes la obligación de "adoptar...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (los) derechos y libertades" de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades³²⁵.

Para chegar ao resultado da consulta é feito um trabalho interpretativo³²⁶, sempre na perspectiva de efetivar os direitos previstos na Convenção Americana ou outro

³²³ Ver OC-15/97, Parágrafo 25. Ver em OEA. CIDH. OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. **“Informes de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf. Acesso em 26 fev. 2018.

³²⁴ Artigo 67, Regulamento da Corte IDH. Ver OEA. CIDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 27 fev. 2018.

³²⁵ Ver OC-4/84, parágrafo 25. Ver em OEA. CIDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 enero de 1984. **Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica ralcionada com la naturalización**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 02 mar. 2018.

³²⁶ “A interpretação dos direitos humanos é, acima de tudo, um mecanismo de concretização desses direitos. Tratar em abstrato dos direitos humanos transcritos na Constituição e nos tratados internacionais é conhece-los apenas parcialmente: somente após a interpretação pelos Tribunais Supremos e pelos órgãos

instrumento de Direitos Humanos. Sobre isso já se manifestou em algumas oportunidades, nas próprias opiniões consultivas, a Corte IDH.

Pero la Corte también ha señalado algunos parámetros que deben orientar su labor interpretativa. En primer lugar, ella ha sostenido que dicha interpretación debe realizarse de acuerdo con las normas contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y particularmente de acuerdo con el principio de buena fe, para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin del tratado. En segundo lugar, ella ha señalado que la interpretación correspondiente a otros tratados no puede ser utilizada para limitar el goce y ejercicio de un derecho consagrado por la Convención, sino que debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar.³²⁷

Além das regras gerais de interpretação contidas na Convenção de Viena³²⁸, como texto, momento, objeto e a finalidade do tratado, além da boa-fé³²⁹, dois outros

internacionais é que a delimitação final do alcance e sentido de um determinado direito ocorrerá.” In RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 108.

³²⁷ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 957.

³²⁸ Sabe-se que a Convenção de Viena obriga os Estados, contudo esse instrumento hoje faz parte do direito costumeiro. "Los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema." Ver OC-4/84, parágrafo 21. Ver em OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 02 mar. 2018.

³²⁹ “Artigo 31. Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação.

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”. Convenção de Viena. Ver BRASIL. Decreto 7030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito**

princípios são utilizados como parâmetros hermenêuticos, os princípios *pro persona* e da primazia da norma mais favorável.

O princípio *pro persona*³³⁰ estabelece que os instrumentos devem ser interpretados no sentido de garantir máxima proteção ao ser humano. “De modo mais extensivo, quando a se falar em proteção, participação ou provisão, e, de outro lado, de modo mais restritivo, quando se trate de eventuais restrições a direitos.”³³¹

O princípio hermenêutico da primazia da norma mais favorável à pessoa é útil quando há mais de um tratado sendo aplicado.

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de Direitos Humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de Direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.³³²

A própria Convenção Americana prevê, no seu artigo 29.b³³³, aplicação da norma mais favorável, independentemente da sua origem, no direito interno ou no direito internacional.

dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 11 jun. 2018.

³³⁰ Quando se fala de princípio *pro persona*, deve-se lembrar que “(...) uma norma mais protetiva a determinado indivíduo pode desproteger o outro, como nos mostram os clássicos conflitos entre proteção do meio ambiente e o direito de propriedade e entre liberdade de informação e privacidade”. In RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 344. Inclui-se aqui a necessidade de pensar nas interseccionalidade e como situações e/ou pessoas formalmente iguais podem ser atingidas de formas diferentes pela mesma norma.

³³¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 243.

³³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Interação entre do Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 338-339.

³³³ “Artigo 29. Normas de interpretação – Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

(...)

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos

Tais regras de hermenêutica não são infalíveis, e há casos em que deverão ser buscados outros parâmetros interpretativos³³⁴, mas podem ser observadas no texto das opiniões consultivas recentemente emitidas.

5.2 Opiniões Consultivas: Natureza Jurídica e Eficácia

A Corte IDH descreve as opiniões consultivas como método judicial alternativo, ou seja, seu resultado deve ser chamado de jurisprudência, pois decorre do exercício de uma função jurisdicional, sendo essa sua natureza.

(...) debe enfatizarse que, al ejercer su competencia consultiva, la Corte también está actuando como órgano jurisdiccional, y no como un ente meramente asesor en cuestiones de derechos humanos, como erróneamente puede sugerir la frecuente referencia que se hace calificando al resultado del ejercicio de esta función como ‘opiniones’ consultivas; en este sentido, es conveniente observar que la propia Corte Interamericana ha destacado la naturaleza jurisdiccional de su competencia consultiva, al referirse a ésta como “un método judicial alterno de carácter consultivo”³³⁵.

Compreende-se, nesse trabalho, que as opiniões consultivas, como jurisprudência interamericana, são fontes auxiliares do Direito. Sabe-se que é intenso o debate sobre as fontes do Direito, especialmente quando se trata do Direito Internacional³³⁶ num mundo globalizado³³⁷ e que são reconhecidos como fontes primárias o costume internacional, os tratados internacionais e os princípios gerais do Direito.

referidos Estados.” Ver OEA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21 maio 2018.

³³⁴ RAMOS, André Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, pp. 25-26.

³³⁵ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 949.

³³⁶ “As fontes do Direito Internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão somente os meios de manifestação do Direito Internacional prevalentes em determinado momento”. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 33.

³³⁷ “El sistema de fuentes del Estado-Nación, y las fuentes externas se interconectan. A las fuentes formales clásicas producidas por el Estado, se amplían a las fuentes formales clásicas del derecho internacional y a las fuentes formales surgidas del proceso de globalización.” In HERNÁNDEZ, Alba Inés Espinosa.

A jurisprudência emitida pela Corte IDH é relevante na construção de uma consciência jurídica comum.

Destes elementos se depreende, – permito-me insistir nesse ponto central, – o despertar de uma consciência jurídica universal (cf. supra), para reconstruir, neste início do século XXI, o Direito Internacional, com base em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas situando o ser humano em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo³³⁸.

Com relação aos efeitos de seus pareceres, a Corte IDH, ao longo da sua existência, tem revisto seu entendimento sobre a eficácia de suas opiniões consultivas. Isso porque passou do entendimento de que teria uma “função assessora”³³⁹, para reconhecer “efeitos jurídicos inegáveis”³⁴⁰.

O debate recai sobre serem as opiniões consultivas vinculantes ou não. A não vinculação do resultado se justificaria sob pena de ferir direito de defesa dos Estados, além da Corte IDH exercer jurisdição em face de Estados que não a admitiram.

La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un

Incidencia de la Globalización em el sistema de fuentes del derecho estatal. Tesis para optar el título de magister. Universidade Santo Tomás – Universidade de Konstanz, 2012, p. 63.

³³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 85.

³³⁹ OC-01/82, Parágrafo 51: “Además, si se planteara concretamente dicha contradicción, no se estaría frente a un hecho de mayor gravedad. No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico”. Ver OEA. CIDH. OC-01/82. 24 de setembro de 1982. **“otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 28 fev. 2018.

³⁴⁰ OC-15/97, Parágrafo 26: “Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”. Ver OEA. CIDH. 14 de novembro de 1997. **“Informes De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos” (Art. 51 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)** em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf. Acesso em 28 fev. 2018.

litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo³⁴¹.

Contudo, a Corte IDH reconhece que a opinião consultiva traz efeitos jurídicos inegáveis, especialmente aos Estados que se submeteram à sua competência contenciosa, já que sinaliza seu pensamento sobre aquele dispositivo convencional e, se receber um caso concreto que se enquadre, claramente decidirá da mesma maneira, como vem ocorrendo³⁴². Há que se ressaltar que após a emissão de uma opinião consultiva sobre um tema, não caberá qualquer alegação de boa-fé por parte de um Estado quando do descumprimento de uma norma convencional. Esse seria o caráter preventivo da opinião consultiva.

Más, lo anterior no implica que las opiniones consultivas de la Corte no tengan especial relevancia. Efectivamente, su trascendencia radica precisamente en que, sobre la base de su autoridad moral e intelectual, mediante ellas la Corte ejerce un control de convencionalidad preventivo, esto es, le indica a los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado. Y a los demás Estados, les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos que se comprometieron a respetar, sea por ser partes de la Convención sea porque lo son de otros instrumentos jurídicos internacionales³⁴³.

Assim, a Corte IDH acredita que o conteúdo das opiniões consultivas trará um efeito prático, sem, contudo, ser obrigatória sua aplicação.

³⁴¹ OC-22/16, Parágrafo 26. Ver OEA. CIDH. OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Titularidad De Derechos De Las Personas Jurídicas En El Sistema Interamericano De Derechos Humanos (Interpretación Y Alcance Del Artículo 1.2, En Relación Con Los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 De La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Así Como Del Artículo 8.1.A Y B Del Protocolo De San Salvador). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf. Acesso em 28 fev. 2018.

³⁴² “La Corte há considerado sus opiniones consultivas, fundadas sobre el artículo 64 de la Convención, como fuente jurisprudencial de Derecho Internacional para resolver numerosos casos contenciosos.” In NIKKEN, Pedro. **La Función Consultiva de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, 1999, p. 174. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em 29 abr. 2018.

³⁴³ OC-24/2017, Parágrafo 150. Ver OEA. CIDH. **OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. 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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 28 fev. 2018.

As opiniões consultivas, apesar de formalmente não obrigatórias, têm importante peso doméstico, uma vez que consagram a interpretação internacionalista (a ser seguida por todos os órgãos internos, no âmbito administrativo, legislativo e judicial) sobre normas de direitos humanos que vinculam o Brasil³⁴⁴.

Há, contudo, entendimento diverso sobre a vinculação das opiniões consultivas.

Sería absurdo que cada uno de los Estados partes pudiera interpretar la Convención a su arbitrio o de la manera que le pareciera, absolutamente sin ningún control; es por eso que, en caso de dudas en cuanto al sentido y alcance de sus disposiciones, se ha señalado cuál es el órgano encargado de emitir un pronunciamiento sobre la interpretación correcta de las mismas pero, por supuesto, esa interpretación es vinculante para los Estados y no puede constituir una mera ‘opinión’. Por consiguiente, no podemos compartir una tesis que disminuye el valor de los dictámenes de la Corte, y que parece estar en contradicción con la definición que el propio tribunal ha proporcionado de su competencia consultiva, señalando que ésta constituye “un método judicial alternativo de carácter consultivo”; de manera que, más allá de la conveniencia y de la utilidad práctica de la jurisdicción consultiva, consideramos que una correcta interpretación de la Convención requiere, en esta materia, hacer algunas distinciones preliminares, cuya importancia la Corte no parece haber percibido³⁴⁵.

Nestes termos, a opinião consultiva resultado de pedido de interpretação da Convenção ou qualquer outro tratado – art. 64.1, da Convenção Americana – seria vinculante a todos os Estados que a ratificaram, sendo que nos casos previstos no art. 64.2, a opinião só vincularia o Estado solicitante, caso a tenha aceite.

Admitiendo que no poseen las mismas características que se reconocen a las sentencias en materia contenciosa, a juicio de quien escribe estas líneas, las mal llamadas ‘opiniones’ consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no puede ser eludido por los Estados partes en la Convención. En tal sentido, su valor es comparable a los dictámenes que emanan de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, y difiere del efecto jurídico que caracteriza a las opiniones consultivas propiamente tales de la Corte Internacional de Justicia. En nuestra opinión, en los casos en que se le consulte sobre la interpretación de la Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los

³⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 453.

³⁴⁵ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 1021.

derechos humanos, la Corte emitiría un ‘dictamen’, con carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención. Sobre este punto, es conveniente recordar que el art. 1 del Estatuto de la Corte define a ésta como “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Sólo cuando se le consulte sobre la compatibilidad de la legislación interna de un Estado con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos es que la Corte emitiría una ‘opinión consultiva’ propiamente tal; sin embargo, incluso en esa situación la opinión de la Corte tendría un efecto jurídico notable, que el Estado no podría ignorar. En efecto, si quien formula la petición es un Estado parte en la Convención, dicha opinión sería vinculante para ese Estado por cuanto, en virtud del art. 33 de la Convención, éste habría aceptado la competencia de la Corte para velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos en la Convención y para definir el alcance de los mismos mediante su interpretación autorizada; además, respecto de esos Estados hay que subrayar la obligación que les incumbe en cuanto al cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas en virtud del tratado. En segundo lugar, si la opinión es requerida por un Estado miembro de la OEA que aún no ha ratificado la Convención, en virtud del mismo principio anterior y de lo dispuesto por el art. 2 de la Convención, para el momento en que aquel Estado decidiera ratificar la Convención estaría obligado a ajustar su legislación interna a los términos de la opinión emitida previamente por la Corte³⁴⁶.

Assim, as opiniões consultivas emanadas de consultas nos termos do artigo 64.1 seriam vinculantes a todos os estados que se submeteram à jurisdição da Corte IDH.

Cabe entonces concluir que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, em general, um valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes em el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho Internacional (em el caso de la Convención Americana u “outro tratado” sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales³⁴⁷.

³⁴⁶ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2004, p. 1023.

³⁴⁷ NIKKEN, Pedro. **La Función Consultiva de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, 1999, p. 176. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em 29 abr. 2018.

Defende-se nesse trabalho que as opiniões consultivas, emitidas nos termos do artigo 64.1, da Convenção Americana possuem conteúdo de aplicação obrigatória³⁴⁸ aos Estados submetidos à jurisdição da Corte IDH. Ou seja, são vinculantes.

Nas consultas feitas nos termos do artigo 64.2, a opinião vinculará de igual forma os Estados que se manifestaram no processo, além daquele solicitante, no que couber. Avançou nesse sentido a Corte IDH na opinião consultiva 24/17, apesar de não mudar expressamente seu entendimento.

Al respecto, la Corte reitera, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.³⁴⁹

De fato, se a efetividade das normas convencionais decorre de sua interpretação, o resultado desse processo será o *standard* a ser seguido pelos estados membros do sistema, que reconheceram a jurisdição da Corte IDH, sob pena de responsabilização internacional. Exceção a esse entendimento é possível quando a norma nacional é mais protetiva que a interpretada³⁵⁰.

³⁴⁸ Compreende-se essa vinculação num sentido mais próximo do que Virgílio Afonso da Silva chama de integração, que para além da jurídico-legal, pode ser discursiva. Ver em SILVA, Virgílio Afonso. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. in BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia ; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 515-530, 2010. Ver em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Diologo_e_integracao.pdf. Acesso em 11 jun. 2018

³⁴⁹ OC-24/17, parágrafo 22. Ver OEA. CIDH. **OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. 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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 06 jun. 2018.

³⁵⁰ “(...) diálogo crítico necessário, em que haja reciprocidade, pois caso a proteção a um direito seja mais efetiva em âmbito nacional, esta deve prevalecer, ainda que existam precedentes da Corte IDH ou normas jurídicas derivadas de tratados ou outros instrumentos internacionais. In CONCI, Luiz Guilherme Arcaro e GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 241.

Conslui-se que “o sistema careceria de sentido se as decisões tomadas a nível internacional não fossem atendidas e acatadas pelos Estados”³⁵¹. De fato, não há qualquer sentido no fato de um estado que ratificou a Convenção Americana e reconheceu, voluntariamente, a jurisdição da Corte IDH, preferir violar norma de Direitos Humanos e, posteriormente, ser responsabilizado por isso.

Por tal razão, compreendem-se que o resultado interpretativo emitido pela Corte IDH deve ser acatado pelos Estados, não como se fosse um título executivo, mas pelo seu valor argumentativo³⁵².

Assim, as opiniões consultivas são instrumentos legítimos, vinculantes e necessários para efetiva garantia de Direitos Humanos previstos na Convenção Americana ou mesmo em outros tratados internacionais de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, no próximo item, a partir da leitura de algumas opiniões consultivas, se verá que o princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres possui atualmente *status* de norma costumeira internacional.

5.3 Opiniões Consultivas sobre Direitos à Igualdade e Não Discriminação de gênero contra as mulheres

Nesse item, algumas opiniões consultivas, dentre as 25 até esse momento emitidas, que tratam direta ou indiretamente sobre direito à igualdade, não discriminação, gênero e mulheres, serão estudadas. Esses pareceres são de extrema relevância para construção de um *corpus juris* balizador das políticas de reconhecimento e redistribuição que devem ser adotadas pelos países americanos, em especial o Brasil, com vistas à efetivação desse Direito Humano.

Opinião Consultiva n.º 4/84

A OC-4/84 é resultado de consulta feita pelo estado da Costa Rica, nos termos do artigo 64.2, da Convenção Americana, sobre proposta de alteração da sua Constituição.

³⁵¹ FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 83.

³⁵² Valor argumentativo é o valor a ser dados às decisões proferidas pelos órgãos de Direitos Humanos. “Os tribunais têm que dela se ocupar de forma explícita, e, se for o caso, fundamentar de forma consistente porque não seguem a interpretação supranacional.” In FIGUEIREDO, Marcelo. O Direito Constitucional e Transnacional e algumas de suas dimensões. Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP, p. 178.

A possível alteração tratava de dispositivos constitucionais que regulamentavam o direito de nacionalidade naquele país e a consulta consistia em buscar o controle de convencionalidade em consonância com os artigos 17, 20 e 24, da Convenção Americana. Para enfatizar, o artigo 24 trata da igualdade e não discriminação³⁵³.

Um dos artigos propostos no projeto sob consulta atingiria diretamente as mulheres estrangeiras que, ao casarem com um homem costarriquenho, perderia sua nacionalidade e só poderia adquirir outra, desse país, após cumprir alguns requisitos³⁵⁴. Não havia dispositivo semelhante sobre homens estrangeiros em igual situação.

A Corte IDH, após recebimento da consulta, abriu prazo para manifestações, realizando, ainda, uma audiência pública.

Uma questão procedimental foi abordada inicialmente pelos juízes da Corte IDH, a possibilidade de uma consulta sobre um projeto de lei, o que entenderam ser possível, sob pena de se obrigar os estados a se submeterem a todo um processo legislativo para acessar o órgão³⁵⁵. Nesse parecer, aliado a outros emitidos anteriormente, a Corte IDH optou por ser bastante flexível com relação as possibilidades de consulta, estimulando, de certa forma, que as questões sobre interpretação das normas da Convenção Americana, ou de outros tratados, fossem colocadas em debate pelos Estados. Trata-se de formentar a prevenção da violações dos Direitos Humanos por parte dos Estados.

Com relação ao mérito sobre as questões formuladas, serão destacados pontos que interessam a esse trabalho.

³⁵³ “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.” Ver OEA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 01 jun. 2018.

³⁵⁴ “La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por ese mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad.” OC-4/84, parágrafo 4. Ver OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 01 jun. 2018.

³⁵⁵ OC-4/84, parágrafo 19. Ver OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 02 mar. 2018.

De fato, a Corte IDH enfrentou a proposta, na qual havia uma diferenciação no tratamento entre homens e mulheres, a considerando discriminatória³⁵⁶. Cita os artigos 1.1 e 24, da Convenção Americana, afirmando que apesar de possuírem textos diferentes, o dispositivo que trata de igualdade perante a lei deve ser interpretado nos termos daquele que proíbe qualquer forma de discriminação, incluída de gênero.

Para el tribunal, la discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso señaló que, los instrumentos ya citados, al hablar de desigualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Y recuerdo haber indicado que “...en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio...”.³⁵⁷

Isso significa que a Corte IDH reafirmou que direito à igualdade deve ser efetivo, e não apenas formal. Foi além ao associar o tratamento discriminatório com violação à dignidade da pessoa humana, mas deixou claro que há situações em que a diferença jurídica é necessária para que se garanta e efetive a igualdade, afirmando que “existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia”³⁵⁸.

A diferença de tratamento entre homens e mulheres na sociedade conjugal fora bastante exposta no parecer, citando-se instrumentos interamericanos e de demais sistemas internacionais para demonstrar que cabe aos Estados-partes da Convenção Americana

³⁵⁶ “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.” OC-04/84, parágrafos 55 e 56. Ver OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 01 jun. 2018.

³⁵⁷ PASTOR, Marta María. Los Extranjeros Y El Devido Proceso Legal. In ALBANESE, Susana. **Opiniones Consultivas Y Observaciones Generales** – Control de Convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 324.

³⁵⁸ OC-04/84, parágrafo 56, parte final. Ver OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 02 jun. 2018.

tomar medidas a garantir Direitos Humanos, e, especificamente, direito à igualdade nesse contexto.

Concluíram, ao final, os juízes, por unanimidade, que esse dispositivo era discriminatório³⁵⁹, violando os artigos 17.4 e 24, da Convenção Americana.

Dois Juízes apresentaram votos em separado, sendo que em seu voto concordante, o Juiz Rodolfo E. Piza E. discorre sobre princípio da igualdade.

En segundo lugar, parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común. La igualdad penetró en el Derecho Internacional cuando ya el Derecho Constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la "igualdad ante la ley", que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de "la peor de las injusticias", y sustituirlo por el concepto moderno de la "igualdad jurídica", entendido como una medida de justicia, que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual. En este sentido, la "igualdad jurídica" postula un derecho de los hombres a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin discriminaciones, y la no discriminación implica esa misma igualdad jurídica desde el punto de vista del derecho a no ser tratado con desigualdad, valga decir, a no ser objeto de distinciones, deberes, cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias. El peso de las desigualdades ha hecho que, por razones históricas, la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación³⁶⁰.

A Corte IDH na referida opinião consultiva relacionou a igualdade e não discriminação com a noção dignidade humana, sendo que qualquer medida discriminatória

³⁵⁹ “En consecuencia, la Corte interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio. En este aspecto, sin perjuicio de otras observaciones que se hicieron al texto de la resolución propuesta por los diputados dictaminadores, [cf. supra, párrs. nos. 45 et seq], ésta expresa el principio de igualdad conyugal y, en consecuencia, se adecúa mejor a la Convención. Según ese proyecto tales condiciones serían aplicables no sólo a "la mujer extranjera" sino a toda "persona extranjera" que case con costarricense.” OC-04/84, parágrafo 67. Ver OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 01 jun. 2018.

³⁶⁰ Ver OEA. CIDH.OC-4/84 de 08 de janeiro de 1984. **Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Parágrafo 10 do voto separado do Juiz Rodolfo E. Piza E. Acesso em 02 mar. 2018.

fere a própria dignidade, salvo se devidamente justificada e razoável, como nos casos de discriminações positivas.

É de se lembrar que, como visto no capítulo anterior, a Corte IDH levou muito tempo para enfrentar um caso contencioso que tratasse de violação de Direitos Humanos das mulheres, sendo sua primeira sentença nesse sentido, datada de 2006. No entanto, mais de vinte anos antes, ela já havia reconhecido a igualdade e não discriminação como principio associado à própria dignidade da pessoa humana.

Opinião Consultiva n.º 18/03

A situação dos imigrantes nos Estados Unidos e o desrespeito aos direitos trabalhistas face essa condição social deu ensejo à OC-18/03. A consulta, nos termos do artigo 64.1, da Convenção Americana, feita pelo México, visava interpretação do artigo 3.1 e 17, da Carta da OEA, artigo II, da Declaração Americana, artigos 1.1, 2 e 24, da Convenção Americana, artigos 1, 2.1 e 7, da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³⁶¹.

Em resumo, a consulta tratou da violação, ou não, dos princípios da igualdade e não discriminação nos casos em que migrantes indocumentados não conseguem proteção no âmbito do trabalho equivalente às demais pessoas, nacionais ou em situação regular.

Após recebimento da consulta, aberto prazo, foram recebidas diversas manifestações de outros Estados partes, mas também de Universidades e organizações não governamentais. Realizadas duas audiências públicas, nas quais Estados e *amici curiae* puderam apresentar seus valiosos argumentos.

Importante citar a participação do CEJIL³⁶², que se manifestou sobre a vulnerabilidade das mulheres imigrantes, que sofrem discriminações específicas.

³⁶¹ Relevante trazer o ultimo questionamento feito pelo estado demandante: “¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?” OC-18/03, parágrafo 4.4. Ver OEA. CIDH. OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. **Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 01 jun. 2018.

³⁶² Centro pela Justiça e o Direito Internacional, CEJIL é uma organização não governamental internacional especializada no *advocacy* de casos nos sistemas internacionais de garantia de Direitos Humanos. Foi um

Todas las mencionadas condiciones a las que se encuentran sometidos los trabajadores migrantes indocumentados los convierte en un grupo desfavorecido, el cual es víctima de prácticas sistemáticas de discriminación en la región. Más aún, la situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes³⁶³.

A Corte IDH, então, após as manifestações, passou a analisar a consulta com o fim de determinar o sentido, propósito e a razão das regras internacionais sobre Direitos Humanos³⁶⁴. O tribunal, baseando-se nos instrumentos descritos na consulta, mas também na jurisprudência dos órgãos responsáveis por fiscalizar a aplicação de cada um deles e de outros, como a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos³⁶⁵, respondendo o questionamento trazido pelo México, elevou a igualdade e não discriminação à princípio geral e básico, cujo descumprimento responsabiliza internacionalmente os Estados, compreendendo ser o mesmo *jus cogens*³⁶⁶, ou seja, uma norma que “(...) contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, e que, por isso, possui superioridade normativa no choque com outras normas do Direito Internacional”³⁶⁷.

(...) la Corte consideró que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens* toda vez que “...sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de **género**, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación

dos órgãos que assinou, juntamente com Maria da Penha Maia Fernandes, o CLADEM e Themis, a denúncia que deu ensejo ao Caso 12.051, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Caso Maria da Penha Maia Fernandes, já tratado no trabalho.

³⁶³ OC-18/03, parágrafo 73. Ver OEA. CIDH. OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. **Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 05 mar; 2018.

³⁶⁴ OC-18/03, parágrafo 63. Ver OEA. CIDH. OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. **Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 02 jun. 2018.

³⁶⁵ O uso, pela Corte IDH, de referências de outros sistemas regionais, além do global, demonstra integração jurídica entre os sistemas.

³⁶⁶ “*Jus cogens*, que são normas imperativas de direito internacional geral, norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados que é impassível de derrogação, a menos que o seja por outra norma imperativa de direito internacional geral.” In CARDOSO, João Vitor e GERBER, Konstantin. O Pluralismo de Fontes em Perspectiva Comparada: Alemanha, Brasil e Colômbia. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 210.

³⁶⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190.

económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición...”.³⁶⁸ (grifo nosso)

A conclusão da Corte IDH, numa interpretação evolutiva, baseando-se no artigo 64, da Convenção de Viena³⁶⁹, modificou o *status* do princípio da igualdade e não discriminação³⁷⁰, o elevando à norma geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com eficácia *erga omnes*³⁷¹³⁷².

Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto

³⁶⁸ PASTOR, Marta María. Los Extranjeros Y El Devido Proceso Legal. In ALBANESE, Susana. **Opiniones Consultivas Y Observaciones Generales** – Control de Convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 326.

³⁶⁹ “Artigo 64 Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” Ver BRASIL. Decreto 7030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 02 jun. 2018.

³⁷⁰ Apesar de tratar de direito à igualdade e não discriminação de migrantes, a Corte IDH, no seu parecer consultivo, já trata da igualdade de gênero justamente no momento em que descreve ser aquele princípio de natureza *jus cogens*. Vale descrever o trecho: “En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.” OC-18/03, parágrafo 103. Ver OEA. CIDH. OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. **Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 02 jun. 2018.

³⁷¹ “(...) referem-se a obrigações internacionais cujo cumprimento interessa à comunidade internacional.” In RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

³⁷² Caso Barcelona Traction, parágrafo 33. Ver COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances. **Affaire de La Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.** 05 de fevereiro de 1970. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em 12 jun. 2018.

es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico³⁷³.

Dessa maneira, a eficácia desse princípio geral do Direito internacional se dá perante o Estado, mas também perante terceiros, nas suas relações com Estado ou com particulares. A responsabilidade dos Estados, nesses casos, se daria por não prevenir ou por tolerar (falta da devida diligência) as condutas violadoras do dever de não discriminar.

Indo além, a OC-18/03 adotou a noção de que uma norma *jus cogens* transcende “o âmbito tanto do derecho dos tratados como do derecho da responsabilidad internacional dos Estados, de modo a alcançar o Derecho Internacional geral e os próprios fundamentos da ordem jurídica internacional”³⁷⁴.

Importante destacar que a Corte IDH definiu os conceitos de distinção e discriminação, sendo que a primeira pode, em situações específica, ser usada para efetivação de um direito³⁷⁵.

³⁷³ OC-18/03, parágrafos 100-101. Ver OEA. CIDH. OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. **Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 14 jun. 2018.

³⁷⁴ “(...) el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional”. OC-18/03, Voto Concorrente Cançado Trindade, parágrafo 65. Ver OEA. CIDH. OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. **Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 03 jun. 2018.

³⁷⁵ “En la Opinión Consultiva bajo análisis, se efectuó una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El tribunal señaló que el primero se empleará para lo admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo y el segundo se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles por violar los derechos humanos, es decir, para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.” In PASTOR, Marta María. Los Extranjeros Y El Debido Proceso Legal. In ALBANESE, Susana. **Opiniones Consultivas Y Observaciones Generales – Control de Convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 325.

Nesse sentido, a igualdade e não discriminação de gênero já era considerada princípio geral do direito quando o primeiro caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú foi julgado pela Corte IDH. Evitáveis, assim, todas as violações e violências cometidas pelos Estados contra as mulheres. Mais uma vez reforça-se a importância e pioneirismo das opiniões consultivas, ainda bastante desconhecidas e desvalorizadas até mesmo nos estudos do Direito.

Opinião Consultiva n.º 21/14

A referida opinião consultiva foi solicitada pelos estados fundadores do MERCOSUL³⁷⁶, já que ele não possui legitimidade para realizar as consultas. Foram demandantes Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. É a única consulta feita pelo Estado brasileiro.

O tema são as crianças migrantes e seus direitos. As questões apresentadas deveriam ser respondidas de acordo com a interpretação dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29, da Convenção Americana, dos artigos 1, 6, 8, 25, e 27, da Declaração Americana, e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Conforme definido pelo regulamento, foram chamados a se manifestar os Estados, a CIDH e o Instituto Interamericano da Criança e Adolescente, face a pertinência temática. Ainda, foram apresentados argumentos através de *amici curiae* e realizadas audiências públicas.

Na participação da organização *Women's Link Worldwide* foi trazida a perspectiva de gênero ao tema, ressaltando que, ao se tratar de direito da infância e juventude, o uso neutro desses termos invisibiliza violações enfrentadas pelas meninas.

A su vez, lo anterior impone la obligación de hacer un esfuerzo real por reconocer las diferentes necesidades que enfrentan las niñas dentro de los procesos migratorios, que van mucho más allá de nombrarlas en el discurso. Aplicar una adecuada perspectiva de género a la evaluación de la situación de la niñez migrante en las Américas se hace, por consiguiente, imprescindible. Como ha afirmado el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General n° 26 sobre las trabajadoras migratorias, la migración no es un fenómeno independiente del género.

³⁷⁶ Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Entendemos que un análisis desde la perspectiva de género, no sólo debe tener en cuenta el impacto diferenciado en función del sexo que tienen los procesos migratorios en los niños y niñas, sino también cómo el género se cruza con otras categorías como la raza, la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, la condición socio económica, el nivel educativo, entre otras, aumentando la vulnerabilidad a la violencia y la discriminación de las menores.³⁷⁷

Mais uma vez coube a uma organização feminista, ou de garantia de direito das mulheres, levantar junto à Corte IDH as questões de gênero. Essa persistência e presença das mulheres nas disputas dos conceitos no campo do direito, que sempre busca trabalhar com uma linguagem “neutra”, acabando por excluir as categorias mais vulneráveis de pessoas, tem de ser enfatizada.

O parecer reconhece de forma singela que as questões de gênero são estruturantes na definição de quem são as pessoas refugiadas, as formas de proteção necessárias e violações sofridas.

Ao avaliar as necessidades de proteção internacional é necessário recordar que, “apesar de que tanto as meninas como os meninos enfrentam muitos dos mesmos riscos que requerem proteção, também podem ser expostos a problemas de proteção próprios de seu gênero”, de modo que a informação deve ser recolhida e analisada tomando em conta a perspectiva de gênero. Nesse sentido, é necessário identificar os riscos específicos de sofrer violações a seus direitos enfrentados pelas crianças em razão de seu gênero, sua posição cultural e socioeconômica e sua condição jurídica.³⁷⁸

A Corte IDH, no entanto, é contundente ao afirmar que se deve utilizar as opiniões consultivas, junto à jurisprudência contenciosa, no controle de convencionalidade a ser exercido nos estados³⁷⁹. Afirma, assim, que a jurisprudência consultiva “compartilha

³⁷⁷ Manifestação de Women’s Link Worldwide. p. 5-6. WOMEN’S LINK WORLDWIDE. **Opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 12 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/15/15.pdf>. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁷⁸ OC-21/14, parágrafo 102. Ver OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. **Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁷⁹ “(...) a Corte considera necessário recordar que, conforme o Direito Internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo, de maneira que a violação por parte de algum destes órgãos gera responsabilidade internacional para o Estado. É por essa razão que a Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva (...)”. OC-21/14, parágrafo 31. Ver OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. **Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção**

com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de “proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”³⁸⁰, inserindo-a no bloco de convencionalidade.

Opinião Consultiva nº 24/17

A opinião consultiva emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que se refere ao direito ao nome, identidade de gênero, igualdade e não discriminação de casais homoafetivos é de extrema relevância no reconhecimento do gênero como componente social indispensável a ser reconhecido na garantia de Direitos Humanos, atestando, ainda, existência das diversas identidades de gênero ao romper com o binômio homem/mulher.

Foi realizada nos termos dos artigos 64.1 e 64.2, da Convenção Americana, pela Costa Rica, que solicitou interpretação dos artigos 11.2, 18 e 24, do mesmo instrumento, em relação ao seu artigo 1, especificamente sobre direito ao nome de acordo com as identidades de gênero e direitos patrimoniais para casais homoafetivos.

Foram comunicados os Estados e os órgãos previstos no artigo 73.1, do regulamento da Corte IDH, sendo ainda convidados a apresentarem argumentos, além de outras organizações internacionais, sociedade civil, universidades, etc.

Houve intensa participação dos Estados, organizações, sociedade civil nos argumentos apresentados por escrito e na audiência pública realizada.

A Corte IDH admitindo a consulta e entendendo a importância de enfrentar essa temática, reconhece de pronto que as pessoas LGBTI³⁸¹ estão mais propensas a sofrerem

internacional. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁸⁰ OC-21/14, parágrafo 31. Ver OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. **Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁸¹ Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexo. Essa sigla é a usada pela Corte IDH na OC-24/17, no entanto, não abarca todas as possibilidades de identidades, expressões de gênero, orientações sexuais. Sobre isso: “LGBTI: Lesbiana, Gay, Bissexual, Trans o Transgénero e Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la Corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Trasvestis, Transexuales, entre otras. Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa’afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus). No obstante lo anterior, si la Corte no se pronunciará sobre cuales siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa

todos os tipos de violência, afirmando que “constituye “una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género.””³⁸²

Sabe-se que as pessoas com identidades ou expressões de gênero³⁸³ diversas daquelas esperadas de acordo com o sexo designado no nascimento, também enfrentam as especificidades caso sua identidade ou expressão de gênero seja feminina. Mulheres transgênero e travestis suportam, ainda, mais violações de direitos³⁸⁴, sendo vítimas de violência doméstica e feminicídios, além das violências transfóbicas.

A Corte IDH reitera na OC-24/17 o que expressou nas OC-4/84 e 18/03.

y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual. OC-24/17, parágrafo 32.v. Ver OEA. CIDH. OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. **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).** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁸² OC-24/17, parágrafo 36. Ver OEA. CIDH. **OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. 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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁸³ Nos termos da OC-24/17 e dos Princípios sobre Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero – Princípios de Yogyakarta, identidade de gênero é “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” (OC-24/17, parágrafo 32.f e Princípios de Yogyakarta, nota 2 rodapé. Ver **Princípios de Yogyakarta**. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 08.06.2018.) e nos termos da opinião consultiva, expressão de gênero é “manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de maneirismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida”. (OC-24/17, parágrafo 32.g.). A Corte IDH já havia reconhecido essa categoria em decisões de casos contenciosos – Caso Atala Ríffo e filhas vs. Chile, Caso Duque vs. Colombia e Caso Flor Freire vs. Equador.

³⁸⁴ “La Corte no omite hacer notar que la discriminación contra las personas LGBTI a menudo se ve exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado.” OC-21/14, parágrafo 41. Ver OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. **Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.³⁸⁵

Destaca, ainda, que o artigo 24³⁸⁶, da Convenção Americana, está intimamente ligado ao artigo 1.1, já que esse traz o dever dos Estados em respeitar os direitos previstos no instrumento, sem qualquer discriminação “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”³⁸⁷, sob pena de responsabilidade internacional. E avança ao afirmar que identidades de gênero, expressões de gênero e orientação sexual estão incluídas no artigo 1.1, como “outra condição social”, reforçando que também estão inseridas no princípio geral do direito de igualdade e não discriminação.

Isso significa que as mulheres, cisgênero, transexuais e travestis, hétero ou homossexuais, estão igualmente protegidas contra discriminações *de facto* e *de jure*³⁸⁸, nos

³⁸⁵ OC-24/17, parágrafo 61. Ver OEA. CIDH. OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. **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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁸⁶ Art. 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. Ver OEA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 06 jun. 2018.

³⁸⁷ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Ver OEA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 06 jun. 2018.

³⁸⁸ “A igualdade formal (de jure equality) toma a igualdade como um dado e um pressuposto, acenando para uma atuação estatal marcada pela neutralidade. Já igualdade material (de facto equality) toma a igualdade

termos da jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconhece, ainda, que as discriminações sofridas por esses grupos são históricas e estruturais.

A opinião consultiva acaba por romper definitivamente com a ideia biologizante e essencialista na definição das pessoas, compreendendo que sua existência e identidade pode se dar de forma livre, sem qualquer interferência do Estado ou de outras pessoas, não se sujeitando, ainda, à sua “genitalidade”³⁸⁹.

Portanto, numa interpretação evolutiva, baseando-se na sua própria jurisprudência, mas também naquela decorrente de Cortes constitucionais de estados interamericanos³⁹⁰, e dos organismos dos sistemas global e regional europeu³⁹¹ de Direitos Humanos, o parecer consultivo é pela obrigação estatal em garantir que as pessoas retifiquem seu nome e sexo ou gênero de todos os seus documentos, conforme seu consentimento livre e esclarecido, ou seja, sem condições patologizantes, como perícias médicas ou psicológicas.

como um resultado ao qual se pretende chegar, acenando para uma atuação estatal marcada pelo protagonismo, tendo como base o impacto e efeito concreto e real de leis e políticas públicas no exercício de direitos, considerando os diversos grupos e suas eventuais desvantagens e vulnerabilidades sociais. Consequentemente, faz-se necessário enfrentar, aliviar e transformar o impacto distorcido de leis e políticas públicas, que, ao afetar de forma desproporcional diversos grupos, obstam o pleno e livre exercício de direitos e liberdades. In PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectiva Global e Regional*. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.74.

³⁸⁹ “De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada” OC-24/17, parágrafos 94 e 95. Ver OEA. CIDH. OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. **Identidad de género, e OEA. CIDH. OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. 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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

³⁹⁰ “...sentenças paradigmáticas da Corte Interamericana têm realizado o diálogo regional-local, com ênfase nos marcos constitucionais latino-americanos, bem como na jurisprudência de Cortes latino-americanas. Com isto, o sistema interamericano – norteado pelo chamado “controle de convencionalidade” – vê-se crescentemente legitimado em suas decisões, por meio do diálogo regional-local”. In PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

³⁹¹ “O diálogo entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos tem sido fomentado por permeabilidades e aberturas mútuas, por referências recíprocas, que permitem avançar na proteção de temas centrais na agenda de direitos humanos. É a partir de interlocução e empréstimo jurisprudenciais, que cada qual dos sistemas regionais desenvolve o refinamento de argumentos, interpretações e princípios voltados à afirmação da dignidade humana”. In PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128

Com relação à segunda parte dos questionamentos, sobre os direitos patrimoniais de casais homoafetivos, a Corte IDH compreendeu que eles devem possuir os mesmos direitos, previstos no Direito Internacional de Direitos Humanos e, no âmbito nacional, dos casais heterossexuais.

No presente parecer, a Corte IDH descreveu que a jurisprudência consultiva, como a contenciosa, é fonte auxiliar do Direito Internacional de Direitos Humanos, devendo ser parâmetro no controle de convencionalidade prévio a ser feito por todos os órgãos dos Estados³⁹².

La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el

³⁹² “(...) se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”. Supervisão de Cumprimento de Sentença Caso Gelman vs. Uruguay. Parágrafo 65. Ver OEA. CIDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de março de 2013. **Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em 04 jun. 2018.

marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.³⁹³

O avanço no entendimento dos juízes foi visto na OC-21/03, ocasião em que a jurisprudência consultiva foi inserida no bloco de convencionalidade, conforme descrito acima.

³⁹³ OC-24/17, parágrafos 26 e 27. Ver OEA. CIDH. **OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. 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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 04.06.2018.

6. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CONSULTIVA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES: CORPUS IURIS INTERAMERICANO

A jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi, por um longo período, o único resultado de sua atividade jurisdicional, dado que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi bastante reticente em enviar algum caso contencioso para seu julgamento. Isso permitiu, entretanto, que a Corte IDH amadurecesse esta função, evoluindo na emissão dos pareceres não só com relação às questões procedimentais sobre as próprias opiniões consultivas, objeto das primeiras consultas, mas também com relação ao mérito.

Nesse aspecto, ressalta-se o atraso da CIDH e da Corte IDH em tratar algum caso contencioso numa perspectiva de gênero, especialmente porque, antes do primeiro caso assim analisado, datado de 2009, caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú³⁹⁴, já existia jurisprudência consultiva sobre a temática, conforme estudado.

O processo de interpretação utilizado pelos juízes da Corte IDH também merece créditos, já que, além das regras de interpretação previstas no ordenamento internacional, promove uma interpretação dinâmica e evolutiva, além de uma integração com outros ordenamentos, global, regionais e estatais. Ademais, a permeabilidade da Corte IDH às demandas dos movimentos sociais tem permitido a construção de uma jurisprudência realista e útil para efetivação de Direitos Humanos.

Como visto nas opiniões consultivas estudadas no capítulo anterior, a Corte IDH deixou expressa a importância dessa sua atribuição ao reforçar que suas decisões devem ser inseridas no bloco de convencionalidade para um controle prévio dos Estados.

Com relação ao conteúdo do princípio da igualdade e não discriminação, também houve avanços, sendo seu *status* elevado à princípio geral do direito, com natureza *jus cogens* e efeitos *erga omnes*. Em uma construção evolutiva, a Corte IDH afirmou que o gênero (identidade de gênero e/ou expressão de gênero) é categoria a ser reconhecida e protegida e deve, portanto, ser incluída na regra de não discriminação.

³⁹⁴ Ver capítulo 4, no qual é tratada a jurisprudência contenciosa da Corte IDH

Nessa perspectiva, deve-se compreender gênero como categoria que implica os seres humanos, de forma independente de seu sexo designado ao nascimento, mas ainda decorrente dele, podendo ser feminino, masculino ou outro/s³⁹⁵.

Conclui-se, portanto, que o princípio da igualdade e não discriminação³⁹⁶ de gênero é norma internacional *jus cogens* e *erga omnes* e por tal razão, vinculante a todos os Estados. Os gêneros são múltiplos e todos estão aqui protegidos, incluídas as mulheres.

Essa norma é vinculante a todos os Estados partes da Convenção Americana, sendo parte do *corpus iuris* interamericano. É vinculante porque resultado de um processo de controle de convencionalidade feito pela Corte IDH³⁹⁷, editado através de opiniões consultivas, mas também porque trata de princípio geral do direito, norma *jus cogens* e *erga omnes*, vinculante por sua própria natureza.

Por essa razão, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada no gênero que tenha por objeto minar o reconhecimento, gozo ou o exercício, em condições de igualdade, de algum direito pelas mulheres, é uma violação de Direitos Humanos e ensejará responsabilização internacional³⁹⁸.

Não se pode esquecer que as mulheres sofrem diversas violações de direitos, como os homens, mas ainda sentem situações específicas de seu gênero e outras condições, sendo indispensável para que se efetive a igualdade e não discriminação observar as interseccionalidades³⁹⁹.

³⁹⁵ Já há legislações em diversos países do mundo que reconhecem a existência de sexo e gênero além do binômio masculino/feminino e homem/mulher. Alemanha, por exemplo, reconhece um terceiro sexo e um terceiro gênero. A cidade de Nova Iorque reconhece existência de 31 gêneros, oficialmente.

³⁹⁶ “A igualdade e não discriminação constituem um princípio fundamental que ilumina e ampara todo sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Sua proteção é requisito, condição e pressuposto para o pleno e livre exercício de direitos”. In PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectiva Global e Regional. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.74.

³⁹⁷ “É ela quem diz a última e definitiva palavra acerca da interpretação e do alcance da Convenção. Todos devem acomodar-se à sua interpretação, inclusive os Tribunais e Cortes Constitucionais da região.” FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 81.

³⁹⁸ OC-24/17, parágrafo 62. Ver OEA. CIDH. **OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. 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). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 11 jun. 2018.

³⁹⁹ “A discriminação interseccional tem como pressuposto a existência de múltiplos fatores referentes à identidade social do indivíduo que, interagindo em sinergia, criam uma carga de discriminação única e distinta da mera soma de discriminações. A singularidade da interseccionalidade na área dos direitos

(...) é fundamental a identificação das diferentes formas de discriminação e opressão que configuram violações de direitos humanos, e dos modos como elas se alimentam e reforçam mutuamente. Só através do reconhecimento e denúncia de todas as formas de opressão, das exclusões, perseguições, marginalizações e discriminações baseadas na nacionalidade, na classe, na etnia, na raça, no sexo, na orientação sexual, na opinião ou na religião será possível afirmar, de facto, a indivisibilidade dos direitos que definem dignidade humana em diferentes contextos⁴⁰⁰.

Não deixa de haver uma discriminação de gênero se uma mulher, que é negra, por exemplo, também sofre uma discriminação racial. Esses fatores não podem ser isolados e não há determinante sobre cada pessoa, ou mesmo em cada situação.

Infelizmente, apesar do princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres fazer parte do *corpus juris interamericano*, as mulheres ainda têm violados seus direitos mais fundamentais, sofrendo ainda violências domésticas⁴⁰¹, recebendo menores salários⁴⁰², impossibilitadas de exercer seus direitos reprodutivos⁴⁰³, demonstrando necessidade de uma mudança estrutural, não só com relação à não aplicação dos instrumentos e jurisprudência internacional pelos estados internamericanos, inclusive o

humanos é fruto de três elementos: (i) não ser possível separar os fatores que geram a discriminação, pois há interação entre eles; (ii) o indivíduo que sofre tal discriminação passa por experiência única, qualitativamente diferente daquele que sofre uma discriminação isolada; e (iii) a reparação deve levar em conta tal sinergia entre os fatores de discriminação, devendo ser especificamente voltada a superação desses obstáculos sociais à igualdade material.” In RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 298-299.

⁴⁰⁰ NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.

⁴⁰¹ De acordo com pesquisa do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – houve 16% de aumento no número de processos que tratam de violência doméstica no Brasil em 2017 comparado ao ano anterior. Destaca ainda que há oito novos casos de feminicídio por dia no país, demonstrando números assustadores. O próprio CNJ reconhece que esses dados podem, ainda, ser piores. Ver pesquisa em CNJ. Uma mulher entre 100 vai à Justiça contra violência doméstica. **CNJ**. Notícias. 12 de março de 2018. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86320-uma-mulher-entre-100-esta-na-justica-contra-violencia-domestica>. Acesso em 11 jun. 2018.

⁴⁰² De acordo com pesquisa divulgada pelo IBGE, as mulheres receberam, em 2017, em média, rendimentos 24,4% menores que os homens. Esses dados sofrem uma variação bastante importante quando inserido o quesito raça. Ver IBGE. No Dia da Mulher, estatísticas sobre trabalho mostram desigualdade. **Agência IBGE**. Estatísticas Sociais. 08 de março de 2018. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade.html>. Acesso em 11 jun. 2018.

⁴⁰³ Não são incomuns os casos como de J. mulher negra, pobre, em situação de rua e uso problemático de drogas, que, por ordem judicial, foi esterilizada involuntariamente denunciado por Oscar Vilhena Vieira na sua coluna na Folha de São Paulo de 10.06.2018. Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. Justiça, ainda que tardia. **Folha de São Paulo**. Opinião. 10 jun. 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2018/06/justica-ainda-que-tardia.shtml>. Acesso em 11 jun. 2018. O caso J. voltará ser debatido abaixo.

brasileiro⁴⁰⁴, mas com relação à naturalização das discriminações contra as mulheres, transfóbicas, lesbofóbicas, racistas, dentre outras, por toda uma sociedade. Ainda, de nada adiantará uma política de reconhecimento, se não houver investimento ou efetivação no campo da redistribuição – o fator classe também está presente nas desigualdades.

Assim, apesar de usar o Direito como um campo de disputa com bons frutos do ponto de vista teórico, os movimentos de luta por direitos das mulheres, ainda podem perceber, na prática, a sua conveniente neutralidade.

Os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam desta visão complexa, desta racionalidade de resistência e destas práticas interculturais, nômades e híbridas para superar os resultados universalistas e particularistas que impedem uma análise comprometida dos direitos já há muito tempo. Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Tampouco são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela particular manifestação da dignidade humana⁴⁰⁵.

Visando reparar as desigualdades de gênero, como uma política de *status*⁴⁰⁶, caberá a cada Estado promover concretamente a política mais adequada à sua realidade e conforme a realidade das mulheres a serem beneficiadas. E por isso a relevância dos parâmetros estabelecidos pelas opiniões consultivas, que, na perspectiva da desigualdade estrutural de gênero contra as mulheres, são um *standard* mínimo a ser seguido.

Esse desafio está posto ao Brasil, que ainda necessita evoluir quando se trata da aplicação dos instrumentos e jurisprudência internacionais e investir em políticas públicas que de fato reconheçam, acolham e efetivem direitos das mulheres, respeitando suas

⁴⁰⁴ “A pesar de que cada Estado sea soberano y único, podendo decidir lo que hacer en su territorio y jurisdicción, eso no debe servir de argumento para no comprometerse com los tratados de derechos humanos e internacionales aceptando la normativa internacional y los principios del *jus cogens*”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 345.

⁴⁰⁵ FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. **Direito e democracia**. V. 4, n. 2. 2003 p. 303. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2457/1683>. Acesso em 14 de abril de 2018.

⁴⁰⁶ FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 601-621.

especificidades e vulnerabilidades, sob pena de mais uma vez, se ver responsabilizado internacionalmente.

6.1 Aplicação da jurisprudência consultiva interamericana no Brasil

A jurisprudência consultiva interamericana, como a contenciosa, tem caminhado numa perspectiva de proteção de direitos das mulheres. Esse avanço deve ser reconhecido ao se observar o campo das ciências jurídicas, mas é ainda bastante tímido se ser comparado com os debates feitos pelas feministas. Cite-se como exemplo o reconhecimento de uma diversidade de gêneros, rompendo com o binarismo homem/mulher, inserida como proposta revolucionária na OC-24/17, mas já estudada desde a década de 1990 em outros espaços.

Nesse sentido, ressalta-se a participação delas na formação desse pensamento no campo jurídico, que também é um campo de disputa de sentidos por parte das mulheres, tanto daquelas que exercem funções ou estudam no/o Direito, quanto daquelas que são provenientes de outras formações acadêmicas ou da militância e educação popular.

Contudo, sabe-se que as conquistas, nada fáceis, deram-se no campo teórico ainda. Introjetar essa perspectiva de gênero num sistema de justiça (mas também no executivo e legislativo) ainda marcado por uma suposta neutralidade, ou por uma visão homogeneizadora, que tem, na verdade, beneficiado a manutenção das mulheres, especialmente alguma delas, num lugar de submissão na sociedade, é o grande e atual desafio a ser enfrentado.

Frise-se que quando se fala de efetivação do princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres numa perspectiva interseccional, o estado brasileiro deixa muito a desejar.

Apesar de a Lei Maria da Penha ter sido criada em 2006⁴⁰⁷ no país, reconhecendo necessidade de uma política afirmativa para garantir o direito à igualdade e não discriminação às mulheres nas suas relações domésticas e familiares, esta lei não tem conseguido atingir seus objetivos de prevenir e erradicar essa forma de violência; isso, no entendimento do presente estudo, em consequência da criação de políticas públicas e uma

⁴⁰⁷ Lei n.º 11340/2006, que tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

aplicação sem qualquer preocupação com interseccionalidade. A lei vem beneficiando apenas mulheres brancas, cisgenero e provenientes de classes sociais em posição de privilégio.

Sobre isso, cumpre citar Mapa da Violência de 2015⁴⁰⁸, que, ao discutir dados sobre homicídio de mulheres no país, concluiu que, após a criação da Lei n.º 11340/2006, os homicídios de mulheres brancas diminuíram 9,8%, aumentando, contudo, 54% quando as vítimas são negras, colocando o Brasil em 5º lugar, entre 87 países, no ranking mundial de onde mais morre mulheres de forma violenta. As mulheres travestis e transexuais sequer foram inseridas nessa pesquisa.

Se trata, por tanto, de tomarse en serio el pluralismo, no como mera “superposición” de consensos, sino como la práctica democrática que refuerza la diferencia de las posiciones en conflicto – las *overlapping oppressions* – y se sustenta en la singularidade de sus interpretaciones y perspectivas acerca de la realidade⁴⁰⁹.

Sobre essas mulheres, deve-se reforçar que o Brasil sobe para 1º lugar no mundo em morte de travestis e transexuais. Sua expectativa de vida é de 35 anos, metade da media nacional⁴¹⁰. As mulheres cisgenero ainda sofrem violações de gênero, mas as mulheres travestis e transexuais não são reconhecidas como possuidoras de direitos.

Deve-se ter em mente que, para algumas mulheres, uma política de reconhecimento por si só não traz efeitos, mas para outras, ela ainda é essencial.

Por essa razão há linha dos feminismos que compreende que esse ponto é crucial na decisão sobre não ser o Direito um campo de disputa ou objetivo a ser perseguido para a efetiva igualdade entre os gêneros, já que ele nunca atingiria esse fim.

Essas problemáticas parecem dialogar com algumas hipóteses presentes em um vasto campo de discussões teóricas feministas que questionam o uso, em si, do direito e das instituições jurídicas e políticas estatais para o

⁴⁰⁸ WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília, OPAS/OMS, ONU Mulheres, SPM e Flacso, 1ª. Edição, 2015. Disponível em https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 15.07.2018.

⁴⁰⁹ FLORES, Joaquín Herrera. La Construcción de las Garantías. Hacia Una Concepción Antipatriarcal de la Libertad y la Igualdad. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 120.

⁴¹⁰ BORTONI, Larissa. Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional. **Senado Notícias**. Especial Cidadania. Publicado em 20 jun. 2017. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em 15 jul. 2018.

enfrentamento da violência contra a mulher ou para a busca de transformação nas relações de subordinação entre os gêneros. Diversas propostas analíticas no âmbito do pensamento feminista, formuladas analiticamente em termos de paradoxos da relação entre direito e feminismo, apontam para a tendência geral do aparato de poder estatal em fracassar em suas tentativas de concretização das reivindicações feministas, seja pelos efeitos indesejáveis que ele invariavelmente produz, seja pela incapacidade do direito em produzir efeitos emancipatórios.⁴¹¹

Sabe-se que o Brasil não reconheceu, até o momento, que a interpretação interamericana de normas convencionais feita pela Corte IDH, órgão que possui essa função final e cuja jurisdição o país se submeteu, vincula sua aplicação. De fato, até os tratados internacionais de Direitos Humanos não possuem o tratamento adequado de forma consensual internamente, conforme visto no capítulo 3.

Mesmo ciente das possíveis consequências dessa escolha, já que “toda a interpretação das leis no Brasil deve obediência aos comandos da Convenção, em especial de acordo com a interpretação do seu órgão maior de fiscalização, a Corte de San José, impedindo a responsabilização internacional do Brasil”⁴¹², essa é a realidade do país.

São numerosos os estudos sobre a não efetivação das normas internacionais de Direitos Humanos no Brasil, que acabam por detectar que não há uma boa vontade interna na aplicação dos *standards* emitidos pelo sistema interamericano, sequer aqueles produzidos no exercício de sua competência contenciosa.

Na esfera do Poder Judiciário, e demais instituições de justiça, os obstáculos parecem ainda maiores: sob aparência de neutralidade e de uma suposta tecnicidade das decisões judiciais, encontram-se concepções político-ideológicas que tornam as instituições do sistema de justiça resistentes à implementação das legislações de modo compatível com as concepções e princípios do direito internacional dos direitos humanos.⁴¹³

Essa menção às legislações protetivas é claramente aplicável às jurisprudências internacionais.

⁴¹¹ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 4-5.

⁴¹² RAMOS, André Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 29-30.

⁴¹³ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 2.

Verifica-se, assim, que apesar de hoje se reconhecer na teoria um pluralismo jurídico com centralidade da pessoa humana, ainda bastante inicial, embora necessário, um diálogo crítico e produtivo entre as cortes, que deve ser realizado internamente para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados.”⁴¹⁴

Esse é o dilema do século XXI da atualidade brasileira, pois ao mesmo tempo em que há a plena adesão brasileira à internacionalização dos direitos humanos, não temos o hábito de aplicar a interpretação *internacionalista* desses mesmos direitos.

Temos mantido, então, uma *interpretação nacional*, o que torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais *manco* e incoerente: *universal* no texto, *nacional* na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana⁴¹⁵.

Nesse sentido, quando há aplicação de instrumento internacional, em regra é feita de forma descolada do seu conteúdo interpretado.

(...) uma interpretação constitucional elástica que dota a ordem jurídica de certa permeabilidade a favor dos standards internacionais apresenta-se não só desejável, como também com mais capacidade de adaptar-se como respostas a crises e tensões que advenham do exterior e no interior do Estado.⁴¹⁶

Existem trabalhos no sentido de afirmar que os poderes do país não conhecem ou reconhecem adequadamente a legislação internacional, e, conseqüentemente, a jurisprudência decorrente de sua interpretação.

Importante mencionar que a interpretação internacionalista é a única que assegura a universalidade dos direitos humanos prometida no momento da ratificação dos tratados pelos Estados. De fato, de nada adiantaria advogar a adesão formal brasileira a tais tratados e, ao mesmo tempo,

⁴¹⁴ RAMOS, André Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 32.

⁴¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

⁴¹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Direito Constitucional e Transnacional e algumas de suas dimensões**. trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP, p. 42.

exigir que a *interpretação* desses tratados seja realizada por órgãos nacionais⁴¹⁷.

Não mais se pode aceitar, para não aplicação da norma internacional interpretada, o argumento de que isso feriria a soberania do Estado.

Apesar de que cada Estado seja soberano e único, podendo decidir o que fazer em seu território e jurisdição, tal circunstância não deveria servir de argumento para a ausência de compromisso com os tratados de direitos humanos e internacionais aceitando-se as normas internacionais e os princípios do *jus cogens*.⁴¹⁸

Contudo, sabe-se que esses argumentos ainda persistem e têm sido mais frequentes num momento em que há, em todo o mundo, uma onda conservadora buscando revogar conquistas já atingidas, especialmente quando se trata de reconhecimento de direitos de grupos vulneráveis, como as mulheres.

Lembre-se da carta assinada por legisladores de estados integrantes da OEA que criticam a postura dos órgãos jurisdicionais do sistema interamericano, especificamente sobre uma “agenda de gênero”⁴¹⁹ e o direito ao aborto.

Associa-se a isso todas as promessas de retirada do país dos sistemas de proteção de Direitos Humanos feitas durante período eleitoral em 2018, pelo candidato eleito.

No entanto, deve-se reafirmar o entendimento que “(...) quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.”⁴²⁰ Mesmo que, no breve período de transição democrática

⁴¹⁷ RAMOS, André Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 27.

⁴¹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Direito Constitucional e Transnacional e algumas de suas dimensões**. Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP, p. 51.

⁴¹⁹ CONGRESO Hemisférico de Parlamentarios denuncia que la OEA realiza activismo ideológico en favor de la agenda de género con la colaboración del gobierno de Costa Rica. **Diario Constitucional.cl**. Publicado em 11 out. 2017. Disponível em <http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/10/11/congreso-hemisferico-de-parlamentarios-denuncia-que-la-oea-realiza-activismo-ideologico-en-favor-de-la-agenda-de-genero-con-la-colaboracion-del-gobierno-de-costarica/>. Acesso em 04 nov. 2018.

⁴²⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 93.

vivenciado pelo país, essa aplicação não tenha ocorrido de forma adequada, entende-se que é necessária a resistência e persistência para que não se perca o que foi conquistado.

Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas na concepção das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), dos direitos fundamentais inderrogáveis, das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo). A consagração destas obrigações representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia de vontade do Estado, do qual o próprio direito internacional buscou gradualmente se libertar ao consagrar o conceito de *jus cogens*. Há que dar seguimento à evolução auspiciosa da consagração das normas de *jus cogens* e das correspondentes obrigações *erga omnes*, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos.⁴²¹

Quando se fala dos direitos dos vulneráveis, como mulheres, as possíveis imbricações de gênero com outros marcadores, pessoas LGBTTI, negras, com deficiência, em situação de rua, em situação de prisão, dentre outros, não há escolha, já que a luta pela manutenção do *status* normativo e jurisprudencial de sujeitos de direitos, é permanente.

O direito à diferença confronta e desafia a tarefa do estado e do direito moderno de uniformização de comportamento e valores, e de encobrimento, expulsão, encarceramento ou ou eliminação daqueles grupos ou pessoas que resistem ou não se adequam à padronização. O padrão moderno de hegemonia do “homem branco europeu” construiu uma sociedade androcentrica, estabelecendo a sua primeira “outra” diferente: a mulher. A relação entre homens e mulheres, marido e mulher, explicita o dispositivo “nós” superior e “elas” inferior. As lutas das mulheres pela resignificação de seu sentido social, pode se apresentar de três formas: como resistência; como busca por ruptura; ou ainda, como infiltração, ao negligenciar o padrão masculino. Em todos os casos, vemos uma ameaça ao projeto moderno⁴²².

Com relação às opiniões consultivas, normas convencionais interpretadas, da mesma maneira, devem ser consideradas no controle de convencionalidade a ser feito por todos os poderes do estado brasileiro.

⁴²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 133.

⁴²² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A Constituição de 1988 e a Construção de um Novo Constitucionalismo Democrático na América Latina: Direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da constituição moderna. In CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 565.

Nesse sentido, decidiu-se, no presente trabalho, através da análise de dois casos e suas decisões amplamente divulgadas, demonstrar a prática do judiciário brasileiro⁴²³ e trazer seus reflexos num cotejo com as opiniões consultivas já estudadas. Um dos casos é uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ou seja, um controle abstrato de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal e o outro sobre uma mulher que foi submetida, por ordem judicial, à esterilização, tratando-se de um caso concreto, não apreciado pela Corte Constitucional.

6.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4275: mudança do paradigma de gênero no país

Proposta em julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República – PGR, a ADI 4275⁴²⁴ foi julgada em março de 2018⁴²⁵ pelo Supremo Tribunal Federal, acabando por reconhecer o direito das pessoas transgênero, se desejarem, alterar seu prenome e sexo/gênero de seu assento de nascimento, sem qualquer condição patologizante – realização de cirurgia, hormonioterapia, laudo psiquiátrico ou psicológico – e, em sede administrativa.

A PGR havia sido provocada a tomar providências por movimentos LGBTI, como a ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, e Articulação Nacional de Travestis e Transexuais. Vale observar que à época do julgamento um Recurso Extraordinário – REExt 670422/RS –, de 2014, com repercussão geral, que tratava do mesmo tema, também aguardava decisão.

⁴²³ “(...) a resposta à esse paradoxo não se encontra mais, hoje, no estudo só da legislação formal, mas nos detalhes da prática legal cotidiana, detalhes que consistem quase exclusivamente em linguagem. Para se analisar as práticas jurídicas sob uma perspectiva de gênero, é necessário um sentido acerca do que seja o direito mais amplo do que o tradicionalmente aceito. Isso para que seja possível incluir aí outros elementos determinantes do acesso à justiça (“quando”, “como” e “quem”) e ver os efeitos das diferentes manifestações de gênero nas elaborações, princípios e práticas jurídicas.” In SEVERI, Fabiana Cristina. Direitos Humanos das Mulheres e a Transversalidade de Gênero no Sistema de Justiça. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**. V. 15, n. 22 (2011). Ver em <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/48>. Acesso em 18 out. 2018, p. 331.

⁴²⁴ BRASIL. STF. ADI 4275. Andamentos. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em 04 nov. 2018.

⁴²⁵ Os votos dos Ministros foram proferidos em duas sessões. Ver **Pleno – Retomado julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo**. Sessão de 28.02.2018. TV Justiça. 1h27’19”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sRhDrUUaYMg>, **Pleno – Possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. Sessão de 01.03.2018. TV Justiça. 1h51’15”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-jMt7fOoYg0> –.

Objetivava ação a interpretação conforme a constituição do artigo 58, da Lei n.º 6015/73, com vistas a, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações odiosas, liberdade e privacidade, existindo, portanto, um direito fundamental à identidade de gênero, permitir mudança de sexo/gênero e nome no registro civil, no caso das pessoas transexuais.

A peça inicial trazia como referência a jurisprudência internacional do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

Despachou o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, no sentido de adotar o rito abreviado, previsto no art. 12, da Lei n.º 9.868/99, bastante utilizado nos casos em que há pedido liminar, mas que não necessariamente significa que haverá, de fato, brevidade no julgamento do processo. No caso em questão, foram nove anos. A ação foi posteriormente distribuída ao Ministro Marco Aurélio.

A Advocacia Geral da União – AGU se manifestou no sentido do desconhecimento da ação, mas pela sua procedência.

O Senado Federal se manifestou com objetivo de a ação ser julgada improcedente por entender que a legislação já dava proteção suficiente à essa população discriminada e que a alteração do nome só seria cabível após cirurgia de transgenitalização.

Vale ressaltar que, em 2009, a Corte IDH já havia emitido opinião consultiva⁴²⁶ no sentido de que o princípio da igualdade e não discriminação, inclusive de gênero, já havia sido elevado à princípio geral de Direito Internacional, norma *jus cogens* e de eficácia *erga omnes*. Ao tratar de gênero, já nesse momento, poderia compreender como característica de gênero, identidade de gênero e/ou orientação de gênero, nos termos do descrito nos Princípios sobre aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero – Princípios de Yogyakarta, de 2006.

Foram apresentados sete *amici curiae* favoráveis, sendo apenas um deles inadmitido.

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – CNCD-LGBT, órgão da Secretaria

⁴²⁶ Ver OC-18/03 no capítulo anterior.

de Direitos Humanos da Presidência da República, apresentou argumentos visando procedência da ação.

Nos *amici curiae* foram trazidas à discussão jurisprudência de Cortes Constitucionais de países europeus, citadas experiências legislativas ou de normativas administrativas de países latino americanos, contudo, nenhuma jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Defensoria Pública da União, em seu *amicus curiae*, citou que a Corte IDH estaria construindo opinião consultiva sobre o tema, mencionando, inclusive, sua participação em audiência sobre o tema.

Em memoriais, contudo, o GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gerero e a ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos trouxeram ao debate a OC-24/17, ressaltando sua importância como jurisprudência inovadora e definitiva no reconhecimento de direitos fundamentais de identidade às pessoas com identidade e/ou orientação de gênero diversa do sexo designado no nascimento.

O julgamento da ADI ocorreu em março de 2018, sendo os votos proferidos em duas sessões⁴²⁷. O acórdão ainda não foi publicado.

O Relator votou inicialmente pela parcial procedência da ação, inserindo condições, como laudos e perícias, à alteração do prenome, apesar de excluir a necessidade da cirurgia. Ainda compreendia ser necessária uma decisão judicial. Foi seguido integralmente pelo Ministro Ricardo Lewandowski e parcialmente pelos Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que excluía as condicionantes, mas mantinham exigência de decisão judicial.

Os demais Ministros, com divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, em maioria, decidiram pela possibilidade de alteração de nome e sexo/gênero sem qualquer condicionante e de forma desburocratizada, sem necessidade de decisão judicial.

A Opinião Consultiva foi amplamente citada nos votos, devendo ser destacadas algumas questões. Inicialmente, o voto totalmente dissonante de seu conteúdo proferido

⁴²⁷ As sessões de julgamento da ADI 4275 estão disponíveis no canal do STF no youtube. **Pleno – Retomado julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo.** Sessão de 28.02.2018. TV Justiça. 1h27'19". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sRhdrUUaYMg> e <https://www.youtube.com/watch?v=-jMt7fOoYg0&t=4656s> <https://www.youtube.com/watch?v=-jMt7fOoYg0&t=4656s>. Acesso em 15 nov. 2018.

pelos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que acabaram, portanto, por ignorar totalmente a existência desse *standard*.

Outro ponto é o voto do Ministro Gilmar Mendes, que cita a OC-24/17 como direito comparado para justificar a desnecessidade de condicionantes, mas a ignora com relação a possibilidade dessa alteração documental ocorrer de forma administrativa. Nesse caso, a opinião consultiva serve apenas como argumento de reforço⁴²⁸ ao que interessa, numa decisão já tomada.

O Ministro Edson Fachin menciona a publicação da opinião consultiva e vota integralmente em seus termos, inclusive passando a utilizar o termo por ela adotado, transgêneros (a peça inicial da ADI usava transexuais). Ele, talvez, de forma mais próxima do que se entende como adequada, menciona que as opiniões consultivas integram bloco de convencionalidade.

De igual forma, mencionando ser a opinião consultiva uma “decisão importante”, Ministro Roberto Barroso acaba por alterar seu voto já proferido no RExt mencionado, passando a considerar desnecessária decisão judicial nesse sentido. Ministro Fux vota no mesmo sentido, destacando que a jurisprudência interamericana mencionava expressamente que as alterações poderiam ser feitas em sede notarial.

Apesar dos outros ministros proferirem votos concordantes, não citaram a OC-24/17. O Ministro Celso de Mello leu seu longo voto que, de forma bastante curiosa, cita os Princípios do Yogyakarta, os colocando como balizas internacionais obrigatórias.

Como visto, o uso de jurisprudência internacional nos julgamentos nacionais se dá, na maioria das vezes, como argumento de reforço ou análise de direito comparado, como se a interpretação internacionalista ficasse fora dos limites brasileiros. Isso se deu novamente.

Não se nega o avanço no âmbito do reconhecimento dos direitos das pessoas transgênero, e, mais ainda, da decisão ser no mesmo sentido da opinião consultiva que trata da temática.

⁴²⁸ “as manifestações (...) se prestam a mero esforço argumentativo, não se podendo falar em nenhuma diferença persuasiva se comparado à doutrina ou a tratados existentes nos planos internacionais”. In CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 267.

De fato, houve com essa decisão uma mudança no âmbito do Judiciário sobre a percepção das questões de gênero no país, mas isso ocorreu por coincidência ou porque os argumentos ali constantes convenceram os julgadores, e não porque essa é a interpretação a ser dada, pois vinculante e resultado de uma interpretação feita pela Corte IDH mais benéfica do direito à igualdade e não discriminação previsto nos artigos 1.1 e 24, da Convenção Americana.

Única possibilidade de não aplicação da OC-24/17 integralmente seria a existência de uma norma mais benéfica, o que não era o caso.

A decisão é um avanço numa política de reconhecimento de uma população tão invisibilizada, sendo certo que o legislativo e o executivo precisariam também se comprometer, o que possivelmente não ocorrerá nos próximos quatro anos. Vale ressaltar que já há projetos legislativos que visam restringir direitos à população LGBTI no país.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ acabou por publicar provimento – Provimento n.º 73/2018⁴²⁹ – no sentido de regulamentar a alteração de prenome e sexo/gênero no registro civil através de procedimento administrativo. Elogiável a intenção de desburocratização no exercício do direito, contudo, há menção, mesmo que colocada como faculdade⁴³⁰, de entrega de laudo médico ou parecer psicológico, o que vai de encontro à OC-24/17 e à própria decisão do STF, dando azo a violações e abusos.

O CNJ cria requisito que afronta jurisprudência da Corte IDH. E essa faculdade tem se tornado, por decisões pessoais de cada Cartório de Registro Civil, obrigação.

Na prática, ainda tem sido necessária a judicialização de ações para que esse direito seja reconhecido, por conta de embaraços acima descritos, mas também porque há pessoas transgênero que não têm acesso a tais serviços registrares por falta de gratuidade.

⁴²⁹ Ver em CNJ. Provimento n.73, de 28 de junho de 2018. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em 04 nov. 2018.

⁴³⁰ Provimento n.º 73/2018: “7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos:

I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade;

II – parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;

III – laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo.” Ver em CNJ. Provimento n.73, de 28 de junho de 2018. **Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em 04 nov. 2018

De nada adianta uma política de reconhecimento, sem uma efetiva política de redistribuição.

Visando mudar essa perspectiva, há Defensorias Públicas e grupos de advogados *pro bono* atuando⁴³¹.

Houve um grande avanço ao se mencionar a decisão final, contudo, a realidade em nada será alterada se não se observar caso a caso, além de se revogar o item 7 – inconveniente e inconstitucional – do Provimento do CNJ.

A suposta neutralidade ou isenção de quem maneja o direito, especialmente no sistema de justiça, não permite que se olhe com os mesmos olhos daqueles que estão vivenciando ou estão próximos aos problemas sociais.

6.2 Caso J. e a esterilização forçada de mulheres negras e pobres: a cegueira sobre suas imbricações

Em 09 de junho de 2018, Oscar Vilhena Vieira, em sua coluna do jornal Folha de São Paulo⁴³², relatou uma decisão emitida pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em um recurso de apelação interposto pela municipalidade de Mococa, cidade do interior do estado, no qual pedia-se reforma de decisão judicial que determinava que o município fizesse, independente de vontade, cirurgia de laqueadura em J., mulher descrita no processo como em situação de rua.

O caso tornou-se de conhecimento público⁴³³.

A determinação judicial decorreu de uma ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, através de seu membro, contra J. e o Município de Mococa. O pedido se baseia nos fatos

⁴³¹ NASCIMENTO, Allan. Transexuais têm dificuldades para alterar nome em cartórios de PE, apesar de decisão do STF. **Portal G1**. Pernambuco. Publicado em 14 jul. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/transexuais-tem-dificuldades-para-alterar-nome-em-cartorios-de-pe-contrariando-decisao-do-stf.ghtml>. Acesso em 07 nov. 2018.

⁴³² VIEIRA, Oscar Vilhena. Justiça, ainda que tardia. **Folha de São Paulo**. Colunas e blogs. Publicado em 9 jun. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2018/06/justica-ainda-que-tardia.shtml?loggedpaywall>. Acesso em 07 nov. 2018.

⁴³³ MPSP. **Ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência**, em face de J. [nome suprimido] 29 mai 2017. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/06/803f57f277d9c33ed9dc885544f020e6.pdf?x48657>, https://drive.google.com/file/d/1jHtilpwUug40GUE_FhQF8B56gtOPdQOU/viewou ou VASQUES, Lucas. Autos do processo confirmam: laqueadura de J. [nome suprimido] foi feita mesmo contra a vontade dela. **Revista Forum**. 15 jun. 2018. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/autos-do-processo-confirmam-laqueadura-de-janaina-foi-feita-mesmo-contra-a-vontade-dela/>. Acesso em 07 nov. 2018.

de J. ser usuária contumaz de álcool e outras drogas, sendo relatada na peça as diversas internações compulsórias a que ela havia sido submetida, a pedido do mesmo órgão, sem sucesso, além de já ser mãe de sete filhos. Por fim, se justifica ao afirmar que a laqueadura era recomendação feita pelos equipamentos de saúde e assistência social do município

Afirma o requerente do pedido que J. não apresentava discernimento para avaliar as consequências de uma gestação, no entanto, contraditoriamente, descreve que J. já havia, em alguns momentos, manifestado vontade de realizar a esterilização.

Argumenta que o pleito é baseado nos dispositivos constitucionais e legais e que se visava apenas garantir seu direito à saúde.

Com uma determinação de urgência, a psicóloga do Juízo agenda horário e recebe J., que comparece após ser intimada, com objetivo de averiguar ela quer realizar o procedimento. Afirma, paradoxalmente, que ela tem desejo espontâneo de fazê-lo.

Assim, decide-se por determinar a realização da laqueadura, em desacordo com os procedimentos previstos na lei⁴³⁴.

Frise-se que não foi J. que realizou esse pedido, apesar de constar na narrativa do processo que ela desejava essa intervenção. Nesse caso, ela era ré na ação.

Todos falam por ela, afirmando que o fazem para garantir seus direitos.

Mais a frente, após J. não comparecer para realizar o procedimento, o órgão requerente esclarece que a ação tem o fim de realizar a esterilização em J. mesmo contra sua vontade, afirmando que já sabia que ela apresentaria resistência.

Assim foi proferida a sentença, cumprida imediatamente após J. dar à luz seu oitavo filho, o qual não pode sequer conhecer ou amamentar, por ordem do mesmo juiz.

Ressalte-se que em nenhum momento J. foi assistida por um curador especial, nos termos do que determina a lei, apesar de ser chamada de incapaz e hipossuficiente, ou da Procuradoria do Município ter feito pedido nesse sentido, ou mesmo representada no processo por defensor/a. Foi considerada revel na ação e sua história e seu corpo ficaram à mercê da Justiça (dos homens).

⁴³⁴ BRASIL. Lei n.º 9263/1996 – **Lei do Planejamento Familiar**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em 15 nov. 2018.

Merece destaque o acórdão⁴³⁵ que julgou a apelação. Isso porque, além da votação ter sido unânime no sentido de acolher o recurso, houve declaração de voto pelos três Desembargadores.

Na sua declaração de voto, o 2º Juiz Desembargador Leonel Costa, menciona que “a esterilização compulsória eugênica postulada é vedada pelo Direito Brasileiro, pela Constituição da República e pelas Convenções Internacionais a que o Brasil aderiu”⁴³⁶.

Contudo, a esterilização já havia acontecido.

Durante todo o percurso de J. nessa ação, 32 profissionais de diversas áreas do cuidado, dentre assistentes sociais, médicos, enfermeiros, psicólogos, atenderam, de alguma forma, J. e nenhum deles levantou qualquer questionamento sobre o processo e sua legalidade.

Essa era a situação fática relatada. Um processo e uma decisão absolutamente violadores de Direitos Humanos e uma mulher, em cujo corpo havia a marca da cirurgia.

Trata-se de um exemplo claro de como se deve estudar igualdade e não discriminação de gênero numa perspectiva interseccional e emancipadora. Houve clara violência de gênero praticada contra J. por parte do Estado, com ordem judicial.

Os estereótipos e preconceitos de gênero existem universalmente e, sendo assim, estão presentes em todas as culturas e estão profundamente inculcados nos (in)conscientes de cada indivíduo; são, portanto, absorvidos pelos operadores do direito e refletidos na sua prática jurídica.⁴³⁷

Sabe-se que J. é mulher, negra e pobre, além de não desempenhar adequadamente as funções maternas, conforme descrito nos autos, ou seja, tem contra si

⁴³⁵ “Estamos diante de uma aberração teratológica inusitada, louvando-se a intervenção serena e na defesa dos valores constitucionais e democráticos do Douto Procurador do Município que contestou a ação e interpôs recurso de apelação.” Apelação n.º 1001521-57.2017.8.26.0360. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. 23 de maio de 2018. Fl. 190. Ver em <https://www.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2018/06/caso-janaina-laqueadura.compressed.pdf>. Acesso em 16 nov. 2018.

⁴³⁶ Apelação n.º 1001521-57.2017.8.26.0360. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. 23 de maio de 2018. Fl. 176. Ver em <https://www.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2018/06/caso-janaina-laqueadura.compressed.pdf>. Acesso em 16 nov. 2018.

⁴³⁷ PIMENTEL, Sílvia. A Superação da Cegueira de Gênero: mais que um desafio – um imperativo. **Revista de Direitos Humanos**. N.º 2. Junho 2009, p. 30. Ver em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/revistadh2junho.pdf>. Acesso em 19 nov. 2018.

todos os estereótipos de uma mulher que não merece créditos (e não é enxergada como merecedora de direitos)⁴³⁸.

A desigualdade de gênero no Brasil apresenta-se de formas diversas para as mulheres na esfera pública e na esfera privada. Da mesma forma, a discriminação e violência de gênero são perpetuadas diferentemente de acordo com a classe social, a raça e etnia, a orientação sexual e a identidade de gênero de cada mulher, podendo gerar ainda uma intersecção de discriminações (CRENSHAW, 2002, p. 177) quando mais de um desses marcadores sociais se apresentarem na mesma pessoa.⁴³⁹

Seu companheiro em nenhum momento é colocado como figura a ser avaliada ou fiscalizada nesse processo, apesar de uma cirurgia de vasectomia ser menos complexa e arriscada, além de mais facilmente reversível que a laqueadura.

O controle da sexualidade do corpo das mulheres pelo Estado e pela Igreja teve um papel fundamental na construção da sociedade colonial resultante da conquista portuguesa e espanhola nas Américas. Portugal e Espanha monopolizaram a expansão marítima até 1815 e colonizaram vastos territórios por meio de uma minoria de colonos, que criaram um tipo novo de sociedade resultante da subjugação da população indígena e escravização de milhões de africanos (Stolcke, 2006) na maior diáspora que se tem notícia na história.⁴⁴⁰

Houve, ainda, a notícia de que outra mulher havia sido ré em outra ação semelhante na mesma comarca.

De fato, a reação de surpresa e indignação com a notícia demonstra a invisibilização das diversas violências sofridas pelas mulheres. Esses não foram os primeiros casos de esterilização forçada na história do país, ou mesmo do continente.

⁴³⁸ “Ele [juiz Djalma Moreira Gomes Júnior] não ia pegar uma [mulher] rica e branca e fazer uma laqueadura nela. Ia conversar com ela, se ela falasse que não, não ia fazer. Ela tem dinheiro, tem poder. Agora eu sou pobre, não tenho dinheiro nem poder”, diz. “Não quero que isso aconteça com mais nenhuma mulher.” Palavras de J. para Anna Beatriz Anjos, em entrevista para agência de notícias A Pública. ANJOS, Anna Beatriz. “Não quero que isso aconteça com mais nenhuma mulher”. **A Pública**. Publicado em 01 ago. 2018. Disponível em <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2018/08/nao-querer-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/>. Acesso em 10 nov. 2018.

⁴³⁹ MELO, Mônica de; PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. O Crime de Estupro e a Proteção da Dignidade e Liberdade Sexual das Mulheres: Análise de uma perspectiva de gênero. In PIMENTEL, Silvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 261.

⁴⁴⁰ ROLAND. Edna Maria Santos. Gênero, Raça e Classe: o estupro de mulheres negras em perspectiva histórica. In PIMENTEL, Silvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 165-166.

No Brasil, em 1990, foi instaurada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI sobre a temática, após denúncias de realização indiscriminada da laqueadura, inclusive como pagamento em troca de votos.

Essas esterilizações atingiam na sua maioria a população pobre e negra do país, e no relatório⁴⁴¹ da CPMI ficou bem clara essa perspectiva ao afirmar que “a esterilização no Brasil merece profunda reflexão, pois no seu bojo está a subordinação de classe, de raça e de gênero, além da omissão do Estado (...)”⁴⁴².

Essa política de controle de natalidade não foi adotada apenas no país. A mesma prática já foi reconhecida no Peru⁴⁴³, através de uma solução amistosa⁴⁴⁴ junto a CIDH, contra mulheres pobres, indígenas e de zonas rurais. O compromisso assumido não foi cumprido até atualidade⁴⁴⁵.

Esse comportamento decorre da história de colonização do continente e o desejo, muitas vezes sequer velado, de embranquecimento da cor da pele de uma população originada de uma miscigenação (violenta contra as mulheres, sabe-se).

Assim, vê-se que apesar de avanços no sentido de reconhecimento da necessidade de se garantir a equidade entre os gêneros, elevando o princípio da igualdade e não discriminação à norma *jus cogens*, considerando as suas possíveis imbricações com outros marcadores, ela está longe de ocorrer sem uma mudança efetiva na postura de quem atua no campo do Direito, em todas as suas esferas. Nesse sentido, a jurisprudência interamericana tem cumprido um papel contramajoritário, mas que não tem surtido efeito

⁴⁴¹ Relatório n.º 2, 1993 – CN: relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a examinar a incidência da esterilização em massa de mulheres no Brasil. Ver em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/85082>. Acesso em 11 nov. 2018

⁴⁴² Relatório n.º 2, 1993 – CN: relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a examinar a incidência da esterilização em massa de mulheres no Brasil, p. 48. Ver em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/85082>. Acesso em 11 nov. 2018

⁴⁴³ “Las peticionarias alegan que el caso de la Sra. María Mamérita Mestanza representa uno más entre un número significativo de casos de mujeres afectadas por la aplicación de una política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático que enfatizó la esterilización como método para modificar rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente de mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales.” In Informe n.º 71/03 CIDH. Petición 12.191. Solución Amistosa. Parágrafo 9. Ver em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/peru.12191.htm>. Acesso em 11 nov. 2018.

⁴⁴⁴ Informe n.º 71/03 CIDH. Petición 12.191. Solución Amistosa. Ver em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/peru.12191.htm>. Acesso em 11 nov. 2018.

⁴⁴⁵ Ver em CIDH concede audiencia a víctimas de esterilizaciones forzadas. **La República**. Publicado em 29 set. 2018. Disponível em <https://larepublica.pe/politica/1328016-corte-idh-concede-audiencia-victimas-esterilizaciones-forzadas-alberto-fujimori>. Acesso em 11 nov. 2018.

desejado, qual seja, garantir equidade entre todas as pessoas quando se fala da igualdade e não discriminação de gênero.

No caso de J. fica muita clara a dificuldade de se enquadrar garantia convencionais às situações concretas, especialmente quando se trata de uma sujeita marginalizada e fora do perfil estereotipado de mulher e mãe.

Essa dificuldade pode decorrer de um desconhecimento por parte dos operadores do direito que estão ainda nas instâncias iniciais, ou mesmo da errônea compreensão de que caberia apenas ao Supremo Tribunal Federal esse controle de convencionalidade. Tais possibilidades decorrem, na verdade, de uma mesma origem, qual seja, o distanciamento, corroborado pela desvalorização das normas de Direitos Humanos desde os bancos das universidades, passando pelos conteúdos exigidos em concursos públicos, entre o exercício jurisdicional (e do Legislativo, na produção de leis e do Executivo, de políticas públicas) da realidade social.

E por essa razão deve-se fomentar a interdisciplinariedade, de modo a trazer à tona toda uma construção teórica e da praxis em seus campos de conhecimento; não só para desconstruir caráter ainda androcêntrico do Direito, mas também para associá-las.

De fato, o estudo e o manejo dos Direitos Humanos acabam por não serem prioridade nos percursos institucionais. Essa realidade casa perfeitamente com a tendência excludente de uma conveniente neutralidade do sistema de justiça como um todo.

As Defensorias Públicas, pela sua missão constitucional, mas também, e especialmente, por serem permeáveis aos debates com os movimentos de garantia de Direitos Humanos tem assumido esse papel, mas ainda de forma bastante frágil, como sua estrutura. No caso de J., o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria de São Paulo – NUDEM proporá ação buscando a responsabilização estatal pela violência por ela sofrida.

Será um desafio ao sistema de justiça paulista quanto à efetiva aplicação das normas e jurisprudência convencional, inclusive princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres, esquecido até então.

Vê-se que mais de 300 anos depois da Revolução Francesa, há ainda pessoas mais iguais que outras na sociedade.

6.2 A não aplicação da jurisprudência consultiva internamericana no Brasil: a conveniência da neutralidade

Conforme visto, os dois casos citados se relacionam diretamente com o conteúdo das opiniões consultivas estudadas no trabalho, com especial ênfase ao reconhecimento do princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres. Contudo, em apenas um deles as opiniões consultivas foram mencionadas, mesmo que de forma inadequada.

De fato, no julgamento da ADI 4275 ela foi citada, mesmo que após provocação em memoriais. Essa citação foi mais próxima ao que os estudiosos chamam de reforço argumentativo, não havendo expreso reconhecimento da vinculação dessa jurisprudência, apesar da expressa menção à sua pertinência e relevância.

Já na ação contra J., não houve aplicação de qualquer jurisprudência ou norma convencional específica, com vistas a garantir direito à um planejamento reprodutivo como possuem outras mulheres e homens, em igualdade.

O que se verificou é que o conteúdo convencional acabou ficando adstrito à análise do Supremo Tribunal Federal e no âmbito abstrato. De fato, o manejo das normas convencionais e sua jurisprudência no país está bastante limitada aos tribunais superiores, que ainda o faz sem qualquer metodologia⁴⁴⁶.

Ao se falar de jurisprudência, maior a resistência. Vale ressaltar que não há efetivo cumprimento das decisões proferidas pela Corte IDH nem nos casos contenciosos em que o Brasil foi parte⁴⁴⁷.

Com relação à jurisprudência consultiva, pode-se afirmar que são desconhecidas ou consideradas desnecessárias ou inadequadas internamente, pois resultado de um controle de convencionalidade em abstrato ou de interpretação internacional sobre normas de outros estados, haja vista que o Brasil nunca solicitou uma opinião consultiva nos termos do artigo 64.2, da Convenção Americana.

⁴⁴⁶ FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: considerações sobre a análise comparativa da interpretação dos direitos fundamentais. In CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 110.

⁴⁴⁷ Das condenações da Corte IDH, o Brasil tem cumprido apenas o que se refere à repação às vítimas.

Vale ressaltar que o país, apesar de reconhecer a jurisdição da Corte IDH há 20 anos, em apenas uma oportunidade, e de forma coletiva, a provocou para se manifestar sobre um tema, objeto da OC-21/14, estudada no capítulo anterior.

Há uma grande dificuldade em referenciar um caso concreto em normas e jurisprudência internacional, mesmo que ela seja adequada para garantia de um direito fundamental. Essa realidade causa preocupação aos organismos de garantia de Direitos Humanos, como se verifica na recente recomendação feita pela CIDH ao estado brasileiro após visita *in loco* em novembro de 2018.

Implementar legislação federal com o objetivo de exigir formação adequada de agentes e agências responsáveis pela aplicação da lei a nível local bem como oficiais de justiça (incluindo juízes, procuradores, defensores públicos e outro tribunal, estaduais e federais pessoal) em das obrigações de direitos humanos relacionadas com a não discriminação, combatendo preconceitos implícitos e outros tipos de formação na luta contra a discriminação⁴⁴⁸.

Essa dificuldade é encontrada em todos os operadores do direito, que acabam por manejá-lo de forma limitada, promovendo apenas um juízo de subsunção do fato às normas internas, apenas reforçando uma neutralidade, que tem sido bastante conveniente para manutenção de privilégios de uma sociedade excludente⁴⁴⁹.

O argumento de que o direito e seus aplicadores devem ser neutros, acaba por não permitir mudança na realidade social.

Um dos fatores que garantem validade às reivindicações de verdade do direito e com tal grau de poder é o próprio método que juízes e juízas usam para decidir os casos que chegam aos tribunais. Há uma presunção, ainda aceita amplamente, de que o método de interpretação e aplicação da lei é neutro, objetivo e imparcial e, por isso, sempre capaz de produzir uma decisão correta. Esse método legal seria um dos principais obstáculos para as intervenções feministas na lei, pois ele está estruturado

⁴⁴⁸ OEA. CIDH. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil em novembro de 2018**, p. 38. Disponível em http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2018/11/cidh_observprelpor_brasil.pdf. Acesso em 15 nov. 2018.

⁴⁴⁹ “A crítica ao caráter androcêntrico do direito assume dimensões bastante complexas a partir dos feminismos do Sul (indígenas, negras, decoloniais, ecológicos, populares, dentre outros), problematizando a categoria jurídica mulher (ou mulheres) dos textos legais e tratados internacionais. A implicação dos direitos humanos das mulheres e, com isso, a afirmação dessa ficção jurídica que pretende dar conta das experiências e das necessidades das mulheres em seu conjunto traz como efeito inevitável e indesejado a subalternização e invisibilização dos grupos de mulheres mais vulneráveis e o reforço daqueles estereótipos que os feminismos têm buscado desconstruir”. In SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 48

de forma a ser impermeável a uma perspectiva feminista. Pensar, portanto, que o direito pode fornecer solução para a opressão que o celebra e sustenta, seria um erro muito grande⁴⁵⁰.

Assim, acaba o Estado brasileiro se omitindo com relação à sua obrigação em garantir e efetivar os Direitos Humanos, contribuindo na manutenção de uma *status quo*, de desigualdade e violação de direitos, especialmente de alguns grupos vulneráveis, como as mulheres.

A discriminação histórica e o racismo estrutural que existem criam uma situação particular de vulnerabilidade das mulheres afrodescendentes e quilombolas, o que se reflete no aumento da violência doméstica e sexual e no elevado número de homicídios. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), foram registrados 60.018 estupros em 2017, 8,4% a mais do que no ano anterior: e um total de 4.539 homicídios de mulheres, aumentando 6,1% com relação a 2016. Destes, 1.133 foram classificados como feminicídios em 2017, em comparação com 621 identificados no ano anterior. Com base nesses números, a Comissão aponta para a existência de interseções entre violência, racismo e misoginia profundamente enraizadas no país, que se refletem no fato de que enquanto os assassinatos cometidos contra mulheres não afrodescendentes descem, os assassinatos de mulheres negras aumentam. Por outro lado, a CIDH recebeu informações preocupantes sobre várias formas de violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI) no Brasil. A este respeito, a Comissão observa um aumento de 30% nos assassinatos em 2017, em comparação com os do ano anterior. Destes crimes, um grande número é cometido contra pessoas de ascendência africana.⁴⁵¹

Não há como negar os números acima descritos, que acabam por diagnosticar que qualquer declarado esforço adotado no sentido de se efetivar a igualdade e não discriminação de gênero, mas também de outras discriminações, como raça, etnia, classe, orientação sexual, não tem surtido efeito.

Isso porque, apesar da inserção desse princípio no rol de normas *jus cogens*, o elevando a princípio geral do direito, não há uma consciência de que a sua efetivação só ocorrerá quando houver condições, ou vontade, de se reconhecer que há grupos de pessoas em estrutural desvantagens em relação às outras e que isso deve ser levado em consideração para se buscar a equidade entre todos e todas.

⁴⁵⁰ SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 66.

⁴⁵¹ OEA. CIDH. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil em novembro de 2018**, p. 24. Disponível em http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2018/11/cidh_observprelpor_brasil.pdf. Acesso em 15 nov. 2018.

Se maiores avanços não se têm logrado até o presente nesse domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem –, mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis.⁴⁵²

Nos dois casos estudados acima, a aplicação da jurisprudência consultiva da Corte IDH seria adequada, garantindo eficácia às normas de Direitos Humanos, em especial o princípio da igualdade e não discriminação.

Mais uma vez ressalta-se a sua aplicabilidade internamente, compreendendo possuir eficácia imediata e de aplicação vinculante, além da jurisprudência consultiva interamericana ser legítima, pois construída num processo com ampla participação, tanto dos Estados, como de organizações, movimentos sociais e universidades, por exemplo.

E essa participação social é de grande importância, especialmente quando se discute temas de alta relevância. Quando se fala de grupos vulneráveis, a construção desse patamar mínimo de garantia deve ser feita a partir de um diálogo amplo, inclusive com outros saberes.

(...) desde uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito os direitos subjetivos, cuja função é garantir às mulheres uma organização particular e autônoma da própria vida, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos. É apenas *pari passu* com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos do estado que se pode assegurar, a cidadãos de direitos iguais, sua autonomia privada⁴⁵³.

De fato, não basta reconhecimento de direitos para determinados grupos como uma permissão dos iguais para os submissos, os diferentes ou os invisíveis. Não é esse o papel dos Direitos Humanos, não devendo ser usado para justificar esse fim, sob pena de não se alterar a estrutura que sustenta toda essa desigualdade e, a todo momento, sua retirada ser objeto de ameaças. As minorias não devem ser reféns de beneplácitos. Os Direitos Humanos devem servir para permitir políticas de cunho emancipatório.

⁴⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 135.

⁴⁵³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 Dimensões, 3 Desafios. In CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 83.

As mulheres, sempre com vistas às interseccionalidades, assim, devem ser elevadas a sujeitas de direitos, sem qualquer forma de discriminação mesmo que para isso seja necessária uma política de reconhecimento e/ou de redistribuição. E isso só será possível com a proximidade de quem opera o Direito com quem está próximo à população e esses grupos.

7 CONCLUSÕES

Ao longo do trabalho buscou-se demonstrar que a jurisprudência consultiva interamericana demonstrou um avanço com relação ao princípio da igualdade e não discriminação de gênero, sendo ela adequada, legítima e vinculante.

Na leitura das opiniões consultivas se verifica de forma muito clara a potência desses *standards*, que, diferente de decisões contenciosas, também vinculantes, possuem maior flexibilidade para serem adequadas e aplicadas em julgamentos de normas em abstrato, mas também em casos concretos. A regra de aplicação da norma mais favorável ao indivíduo deve sempre emoldurar as decisões judiciais, além das políticas públicas e produção legislativa.

Diz-se vinculante porque resultado de atividade jurisdicional do órgão com papel ultimo na interpretação das normas convencionais americanas. Se submetido à sua jurisdição voluntariamente, como fez o Brasil, todas as suas decisões devem ser aplicadas internamente, sob pena desse sistema não possuir qualquer razão de existir, além de uma futura e possível condenação internacional.

A jurisprudência consultiva interamericana é construída a partir de um processo com ampla participação dos estados da região, de órgãos do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas também de movimentos sociais, universidades, pessoas físicas e outros interessados, demonstrando a sua legitimidade. Essa participação é aberta para apresentação de *amici curiae*, mas também nas audiências que têm sido praxe no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, as opiniões consultivas são instrumentos legítimos, vinculantes e necessários para efetiva garantia de Direitos Humanos previstos na Convenção Americana ou mesmo em outros tratados⁴⁵⁴.

Ainda, essa ampla participação pública e popular permite o diálogo interdisciplinar e dá abertura para que haja um compromisso entre grupos minoritários para conquistas de direitos (como ocorreu em alguns casos entre o movimento feminista e LGBTI, por exemplo).

⁴⁵⁴ Capítulo 5, p. 110.

Além de legítima e vinculante, pode, por si só, ser eficaz na mudança de um paradigma de violação de Direitos Humanos que não tem sido enfrentado adequadamente (por possível conveniência) internamente no país.

A igualdade e não discriminação é princípio fundante de um estado democrático de direito, sendo sua efetivação objetivo que está atrelado à própria noção de dignidade da pessoa humana.

No entanto, a igualdade formal não é suficiente para mudar a realidade de desigualdade estrutural (por diversas razões) existente. Assim, para que isso ocorra é necessária uma política de reconhecimento e/ou redistribuição. Sem isso, a efetiva igualdade nunca ocorrerá.

No caso das mulheres, esse é um ponto fundamental.

E para que isso fique claro, o percurso histórico do que é ser mulher, compreendendo os estereótipos produzidos pela sociedade ocidental (ou ocidentalizada) que têm sido bastante efetivos para produzir e reproduzir violências, bem como o papel resistente dos movimentos e teóricas feministas, foi o que abriu o presente trabalho.

De fato, deve-se compreender inicialmente o que é ser mulher (ou mulheres) para depois buscar estudar suas reivindicações, junto à sociedade e no campo do Direito.

Sem uma lente de gênero, numa perspectiva feminista (e emancipadora) e interseccional o presente estudo perderia muito da sua razão de existir.

E tais reivindicações se relacionam com direitos, na maioria das vezes, garantidos a outras categorias de pessoas, como homens, cisgênero, brancos, dentre outras.

Assim, para falar de mulher em qualquer campo, deve-se inevitavelmente estudar as teorias de gênero, que desconstroem as diferenças (naturais ou naturalizadas) que refletem em desigualdades, além de estudar as interseccionalidades, que não isola categorias produzindo maior e outras discriminações.

De fato, nenhum ser humano é definível por apenas uma categoria. Assim, ninguém é só mulher, ponto. Há mulheres que se relaciona com diversos outros marcadores e características, sendo impossível uma definição única de hegemônica desses seres humanos. Há tantas mulheres quantas mulheres há no mundo e esse é o desafio de uma área, como o Direito, que trabalha com conceitos “neutros” ou da “pessoa média” (para não usar o amplamente conhecido e ensinado, “homem médio”).

Nesses temas, o Direito tem evoluído de forma muito lenta e a reboque de outros campos, muito a partir da reivindicação dos próprios movimentos de mulheres e feministas que, de diversas formas, têm atuado para que seus estudos surtam algum efeito na efetiva garantia de direitos.

Conforme visto no trabalho, alguns espaços são mais permeáveis a essa incidência, como o campo dos Direitos Humanos, especialmente dentro dos sistemas internacionais de garantia, no âmbito global ou regionais.

No Sistema Global de Direitos Humanos, por exemplo, perceptível a adoção, a partir de 1995, na Conferência de Pequim, da terminologia gênero para desconstruir qualquer essencialismo. As desigualdades entre os gêneros decorrem de seus *locus* na sociedade e não por conta de sua biologia.

Essa evolução também foi detectada nas Recomendações do Comitê CEDAW que integrou, além do termo gênero, mais adequado, a necessária análise interseccional de todos os poderes para garantir os direitos de todas as mulheres.

Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos também têm construído caminhos possíveis e afinados com suas realidades e específicas desigualdades.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por sua vez, há uma intensa troca entre os movimentos sociais que não só têm sido responsáveis por levar casos contenciosos para sua análise, mas que têm pautado – a partir de pedidos de audiências, relatórios, visitas, e, sem dúvida, participação como *amici curiae* em todos os processos – as demandas de grupos vulneráveis tanto com relação às pautas de reconhecimento (identitárias), quanto de redistribuição (que também, de certa forma, está ligada às identidades).

Assim, a Corte IDH tem adotado um papel contramajoritário nas suas decisões, em casos contenciosos ou na emissão de suas opiniões consultivas. E essa atuação emancipatória, fim precípua dos Direitos Humanos, deve ser valorizada.

Sabe-se que a violência de gênero é uma violência estruturada num padrão discriminatório existente com relação às mulheres. Sem efetivação do direito à igualdade e não discriminação de gênero, combatendo, portanto, essa desigualdade estrutural, nenhuma forma de violência de gênero contra as mulheres deixará de existir.

Viu-se ao longo do trabalho estatísticas alarmantes sobre as diversas modalidades de violências de gênero contra as mulheres, como a violência doméstica, mais conhecida e já objeto de legislação no âmbito nacional, mas também violências obstétrica, de direitos sexuais, como estupro corretivos, e de reprodutivos, como esterilizações forçadas, além de desigualdade no âmbito do trabalho, acesso à justiça, esporte, dentre tantas outras.

Mesmo no âmbito da violência doméstica, forma de violência contra as mulheres cujo combate é objeto de políticas estatais em todos os âmbitos, e que causa repulsa na sociedade, não há um avanço em todos os espaços. Apenas mulheres brancas, cisgênero e de classes sociais privilegiadas têm sido efetivamente protegidas.

Além disso, não há qualquer melhora no que se refere à prevenção e erradicação dessa forma de violência.

E por essa razão que a jurisprudência consultiva, infelizmente pouco estudada ainda, especificamente com relação ao princípio da igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres deve ser aplicada, haja vista sua pertinência.

Ao longo de sua prática interpretativa para construção das 25 opiniões consultivas até hoje emitidas, a Corte IDH produziu um referencial interpretativo definitivo e essencial para as mulheres.

A OC-4/84 declara que o direito à igualdade e não discriminação deve ser efetivo, ou seja, trazer resultado na mudança da realidade discriminatória, o associando à própria dignidade da pessoa humana. Isso significa que qualquer discriminação (injustificada) viola a própria dignidade da pessoa.

Reforça-se a necessidade desse tratamento desigual ser injustificado porque para atingir a própria igualdade, em muitos casos, ele será necessário. Uma política afirmativa pode ser a solução para a efetiva equidade.

Vale ressaltar que essa opinião consultiva analisa especificamente a igualdade e não discriminação de gênero.

Tempos depois, a OC-18/03 reconheceu que o princípio da igualdade e não discriminação de gênero era princípio *jus cogens* e *erga omnes*. Se havia alguma resistência na aplicação da jurisprudência consultiva pelo Brasil face o entendimento,

divergente do trabalho, mas ainda dominante, de não ser vinculante, ela perdeu a razão de ser.

Com relação ao princípio da igualdade e não discriminação, inclusive de gênero contra as mulheres, que passou, assim, a ser princípio geral do Direito Internacional, deveria estar presente em qualquer decisão, política, legislativa ou judicial. Mas não só. A eficácia desse princípio se dá sobre o Estado, mas com relação, também à terceiros.

A OC-21/14 foi enfática em afirmar que não se pode adotar uma neutralidade ao tratar dos conceitos, sob pena de cometer discriminações. Com relação às questões de gênero, acaba reconhecendo que as mulheres e meninas sofrem violações específicas (além de todas as outras que os homens e meninos podem sofrer) por conta de seu gênero.

De fato, a discriminação de gênero é característica estruturante da sociedade e esse reconhecimento é o primeiro passo para uma política de equalização.

Já a OC-24/17, que trata especialmente das possíveis e múltiplas identidades e/ou orientações de gênero e sua não obrigatória correlação com sexo designado ao nascimento, rompeu definitivamente com a categoria sexo, elevando a categoria gênero à termo de conteúdo jurídico, além de reafirmar a evolução já demonstrada nas opiniões consultivas acima descritas com relação ao princípio da igualdade e não discriminação.

Com ela, não há mais como se satisfazer com uma igualdade formal e com justificativa essencialista de que homens e mulheres são diferentes. Argumentos biologizantes não são mais toleráveis.

Homens e mulheres são diferentes, como mulheres são diferentes também entre si, e garantir a igualdade é justamente aplicar um tratamento igual ou desigual visando um efetivo nivelamento desse *status* na sociedade.

No Brasil, apesar de toda essa construção já fazer parte do repertório do movimento feminista há muito tempo, ele ainda é bem insipiente ao se falar de uma aplicação formal. E no âmbito do judiciário essa resistência ainda persiste.

Isso pode ser comprovado com a leitura dos dois casos descritos no capítulo 6, os quais poderiam ser adequadamente julgados com a simples adoção do conteúdo jurisprudencial das opiniões consultivas.

De fato, no caso da decisão proferida na ADI houve uma maior proximidade com essa prática, sendo a OC-24/17 citada no julgamento por parte de alguns Ministros,

apesar de totalmente desconsiderada por outros e, de forma injustificável, aplicada em parte por um deles. O resultado do julgamento é o mesmo da opinião consultiva, contudo isso se deu por simples coincidência ou, na melhor das hipóteses, porque seu conteúdo convenceu os julgadores. Mas não houve, tanto que isso refletiu no provimento editado pelo Conselho Nacional de Justiça, adesão à jurisprudência consultiva da Corte IDH por conta da sua vinculação, adequação e legitimidade.

Com relação à J. ficou bastante evidente a desconsideração das normas de Direitos Humanos (nem é preciso falar em jurisprudência) e o reforço por parte das Instituições do Sistema de Justiça dos estereótipos prejudiciais à garantia de direitos das mulheres. Se fosse branca, rica ou homem, J. seria esterilizada forçosamente?

A resposta é certamente não.

E por essa razão não haverá democracia efetiva ou dignidade às mulheres sem uma mudança radical nas práticas costumeiras de quem estuda e trabalha o/no campo do Direito.

Para isso, essencial um estudo/aplicação críticos, com uma perspectiva de gênero, com consciência que esse campo é originalmente androcêntrico e que sua conveniente neutralidade só serve para reforçar as desigualdades. Mantém-se o imperativo em combater a “cegueira de gênero”⁴⁵⁵.

Um ordenamento plural, aberto ao diálogo, inclusive interdisciplinar e que seja permeável às soluções construídas em outros campos, pode ser a via com maior chance de sucesso na garantia de direitos das mulheres. Essa construção é possível.

Até lá, muitas mulheres virarão estatísticas.

⁴⁵⁵ PIMENTEL, Sílvia. A Superação da Cegueira de Gênero: mais que um desafio – um imperativo. **Revista de Direitos Humanos**. N.º 2. Junho 2009, pp. 27-30. Ver em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/revistadh2junho.pdf>. Acesso em 19 nov. 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Susana (Coord.). **Opiniones Consultivas y Observaciones Generales: control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AN-NA'IM, Abdullahi A. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 429-464.

ARAÚJO, Nádia de. A Influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ver em <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/664/844>. Acesso em 22 maio 2018.

ARRUDA, Eloísa de Sousa. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**. 2008. 458 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutações Constitucionais e proibição de discriminação por motivo de sexo. In MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (org.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 9-28.

BADILHA, Ana Elena; GARCÍA, Isabel Torres. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IIDH. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes**. Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos -- San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Disponível em http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/4_sistema_regional/4.pdf. Acesso em 14 abr. 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 Dimensões, 3 Desafios. In CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, pp. 73-98.

BALDI, Cesar. As múltiplas faces do sofrimento humano: os direitos humanos em perspectiva intercultural. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-44.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: A experiência vivida**, volume 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edouard, 1997.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la Internacionalización del Diálogo entre los Jueces. In BOGDANDY, Armin Von de et alii (orgs.), **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 231-264.

BUTLER, Judith. **Problema de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: Uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, pp. 3-23.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, pp. 93-216.

CARDOSO, João Vitor; GERBER, Konstantin. O Pluralismo de Fontes em Perspectiva Comparada: Alemanha, Brasil e Colômbia. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 207-232

CAVALLARO, James L. Toward Fair Play: A Decade of Transformation and Resistance in International Human Rights Advocacy in Brazil, **Chicago Journal of International Law**: Vol. 3: No. 2, Article 18. Ver em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1447&context=cjil>. Acesso em 18 jun. 2018.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Quién es el Guardián de La Convención Americana sobre Derechos Humanos? In BOGDANDY, Armin Von de et alii (orgs.), **Estudios Avanzados**

de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 706-743.

CIDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º **4:** Género. 2015. Em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/genero1.pdf>. Acesso em 25 fev. 2018.

CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ALDAO, Martín. Jurisdicciones em interacción: ¿hacia la expansión del principio de igualdad em latinoamérica? In BOGDANDY, Armin Von de et ali (orgs.), **Estudos Avançados de Direitos Humanos.** Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 338-387.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Intersectionality.** Cambridge, Key Concepts, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais:** a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, pp. 233-277.

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma Perspectiva Global.** São Paulo: nVersos, 2015.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos:** repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

CURIEL, Ochy. La Critica Postcolonial Desde El Feminismo Antiracista. In VERSCHUUR, Christine (dir). **Vents d'Est, Vents d'Ouest:** Mouvements de femmes et féminismes anticoloniaux. Genebra: Openedition books, 2016. Ver em <http://books.openedition.org/iheid/6303>

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos da Mulher e da Cidadã por Olímpia de Gouges. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe.** São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Roberto. O Diálogo jurisdicional sobre Direitos Humanos e a Ascensão da Rede internacional de Cortes Constitucionais. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, pp.153-205.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e diálogo intercultural uma perspectiva antropológica. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 159-203.

EMBER, Carol R.; EMBER, Melvin. **Encyclopedia of Sex and Gender**: men and women in the world's cultures. New Haven: Springer, 2004.

FAUSTO-STERLING, Anne. **Sexing the Body**: gender politics and the construction os sexuality. New York: Basic Books, 2000.

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. **O princípio da igualdade e sua implementação pelas Convenções Internacionais**. Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2006.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. América Latina y la defensa y promoción de los derechos humanos: las Constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos em la región. In MEZZETTI, Luca; PIZZOLO, Calogero. **Diritto Costituzionale Transnazionale**. Bolonha, Filo diritto Editore: 2012.

_____. La Internacionalización del Orden Interno em Clave del Derecho Constitucional Transnacional. In Bogdandy, Armin Von de et ali (orgs.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 143-177.

_____. A Influência da Doutrina nas Cortes Constitucionais. **Revista Direito UFMS**. Edição Especial. Campo Grande: 2015, pp. 131-144.

_____. O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016a.

_____. Diálogo Interjurisdicional entre Tribunais Nacionais e Internacionais no Brasil. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016b, pp. 99-121.

_____. **O Direito Constitucional e Transnacional e algumas de suas dimensões**. Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP.

FIRESTONE, Shulamith. **A Dialética do Sexo: um estudo da revolução feminista**. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. **Direito e Democracia**. Vol. 4, no. 2., 2003. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2457/1683>. Acesso em 22 fev. 2018.

_____. La Construcción de las Garantías. Hacia Una Concepción Antipatriarcal de la Libertad y la Igualdad. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 111-145.

FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade: a vontade de saber**. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção de justiça. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 167-189.

_____. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 601-621.

FREIRE, Alexandre. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: conceito, teorias e análise jurisprudencial. In CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, pp. 49-71.

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: considerações sobre a análise comparativa da interpretação dos direitos fundamentais. In

CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, pp. 99-125.

GARCIA, Carla Cristina. **Breve História do Feminismo**. São Paulo: Claridade, 2015.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. A Igualdade como ideia de justiça social para as pessoas com deficiência nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Mestrado em Direito Constitucional. São Paulo: Puc-SP, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**: O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos E.U.A. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**: uma análise de casos admitidos entre 1970 e 2008. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Universidade de São Paulo, 2011.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y Convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales: un enfoque coevolutivo. In BOGDANDY, Armin Von de et al (orgs.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 312 – 337.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HENKIN, Louis. **The Age of Rights**. New York: Columbia University Press, 1990.

HERNÁNDEZ, Alba Inés Espinosa. **Incidencia de la Globalización em el sistema de fuentes del derecho estatal**. Tesis para optar el título de magister. Universidade Santo Tomás – Universidade de Konstanz, 2012. Ver em <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/1854>. Acesso em 30 abr. 2018.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1998.

HUAROTO, Beatriz Ramirez; VILLENA, Jeannette Llaja. **Los Lentes de Género en la Justicia Internacional**: Tendencias de la jurisprudência del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los derechos das mujeres. Lima: Terea Asociación Gráfica Educativa, 2011.

IBARRA, Lina Fernanda Buchely. **Género y Constitucionalismo**. Uma mirada feminista al derecho constitucional colombiano. Em <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/52309/52055>. Acesso em 14 abr. 2018.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 217-243.

LACARDE, Marcela. Identidad de Género y Derechos Humanos: la construcción de las humanas. En: **Caminando Hacia la Igualdad Real Manual em Módulos**, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD. 1997. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1838/5.pdf>. Acesso em 14 abr. 2018.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – Corpo e Gênero dos Gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales e procesales. 3ª ed. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LIMA, Cila. Um Recente Movimento Político-Religioso: feminismo islâmico. **Rev. Estud. Fem.** vol.22 no.2 Florianópolis May/Aug. 2014, p. 679. Ver em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000200019. Acesso em 24 jun. 2018.

LORDE, Audre. 1981. The Uses of Anger: Women Responding to Racism. **Sister Outsider: Essays & Speeches** by Audre Lorde (Berkeley: Crossing Press, 2007), pp. 124-133.

LUGONES, Maria. The Coloniality of Gender. **Worlds & Knowledges Otherwise**, Spring 2008 . Disponível em: https://globalstudies.trinity.duke.edu/wp-content/themes/cgsh/materials/WKO/v2d2_Lugones.pdf. Acesso em 29 nov. 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A Constituição de 1988 e a Construção de um Novo Constitucionalismo Democrático na América Latina: Direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da constituição moderna. In CLEVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, pp. 555-573.

MAXIMO PACHECO G. La Competencia Consultiva de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 71-89. In Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral del siglo XXI”. San José, C.R.: Corte

Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Ver em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/seminario1.pdf>. Acesso em 30 abr. 2018.

MEAD, Margaret. *Sexo e Temperamento*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

MELO, Mônica de; PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. O Crime de Estupro e a Proteção da Dignidade e Liberdade Sexual das Mulheres: Análise de uma perspectiva de gênero. In PIMENTEL, Silvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 261 – 284.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINOW, Martha. Razão Feminista: Ganhando-a e Perdendo-a. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 259-276.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. Cadernos da Diversidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora : UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015.

MONTAÑEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales em el constitucionalismo oficial. In **Igualdade e Democracia: el género como categoria de análisis jurídico**. Estudios em homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino. Em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42723/1/2014_Garay_Constitucionalismo-feminista.pdf. Acesso em 14 jan. 2018.

MUZAFFAR, Chandra. Islã e direitos humanos. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 309-322.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NIKKEN, Pedro. La Función Consultiva de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vários autores. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI**. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I, pp. 161 ss. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em 29 abr. 2018

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social Na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLAYA, Mónica Arango. El Bloque de Constitucionalidad em la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. **Revista Precedente**, 79, 2004, pp 79-102. Disponível em <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>. Acesso em 15 maio 2018.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 205-238.

PASTOR, Marta María. Los Extranjeros Y El Devido Proceso Legal. In ALBANESE, Susana. **Opiniones Consultivas Y Observaciones Generales – Control de Convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2011, pp. 305- 340.

PAULA, Benjamin Xavier de. Os Estudos Africanos no Contexto das Diásporas. **Revista Educação e Políticas em Debate**. v. 2, n. 1 – jan./jul. 2013. Ver em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistaeducaopoliticas/article/download/24058/13259>. Acesso em 17 jun. 2018.

PERROT, Michelle. **Minhas História das Mulheres**. São Paulo: Contexto, 2008.

PIMENTEL, Sílvia. A Superação da Cegueira de Gênero: mais que um desafio – um imperativo. **Revista de Direitos Humanos**. N.º 2. Junho 2009, pp. 27-30. Ver em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/revistadh2junho.pdf>. Acesso em 19 nov. 2018.

_____. Gênero e direito. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>

_____. Quase Invisíveis: o estupro de meninas e a gravidez infantil. Sinalizações sobre a perversidade desse fenômeno. In PIMENTEL, Sílvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 149-163.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 45-71.

_____. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectiva Global e Regional. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-76.

_____. Direitos Humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In BOGDANDY, Armin Von de et ali (orgs.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 388-409.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 61-97.

_____. *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o Impacto do Sistema Interamericano. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, pp. 25-49.

PIOVESAN, Flávia et ali. Violência Sexual e Proteção aos Direitos Humanos das Mulheres: Casos Paradigmáticos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In PIMENTEL, Silvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro**: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinariedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 73-90

PUREZA, José Manuel. Direito Internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 73-100.

RAMÍREZ, Manuel Becerra. **Las Fuentes Contemporáneas del Derecho Internacional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 5-26.

RAMOS, André Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo:** comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais:** a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, pp. 1-40.

_____. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Processo Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de Direitos Humanos.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**, 17ª edição. Editora Saraiva, 2018.

RIBERI, Pablo. **Variaciones sobre Igualdad:** como valor, principio y derecho. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2007.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual.** A homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 695-717.

ROBLES, Manuel E. Ventura; ZOVATTO G., Daniel. **La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989 Ver em http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf. Acesso em 01 maio 2018.

ROLAND. Edna Maria Santos. Gênero, Raça e Classe: o estupro de mulheres negras em perspectiva histórica. In PIMENTEL, Silvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro:** perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinarietà. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 165-183.

RUBIN, Gayle. **Políticas do Sexo.** São Paulo: Ubu Editora, 2017.

SALVIOLI, Fabián. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial. In **Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade**; T. III, pp- 417 – 472. Brasília: Ed. Sergio Fabris, 2004.

SANTOS, Ana Cristina; VIEIRA, Paulo Jorge. Do outro lado da ponte: movimentos sexuais e direitos humanos no século XXI. In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 623-651.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos In BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 239-277.

_____. Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos. In SARMENTO, Daniel et ali (orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 3-45.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Epistemologia do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Norma Breda dos. Cinquenta anos de OEA: o que comemorar? **Revista brasileira política internacional**. vol. 41 nº. 2 Brasília July/Dec. 1998. Ver em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200009. Acesso em 24 jun. 2018.

SCOTT, Joan. Gender: a useful category of historical analyses. **Gender and the politics of history**. New York, Columbia University Press. 1989. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila

SEGATO, Rita Laura. Aníbal Quijano y la perspectiva de la colonialidad del poder. In QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y Bien Vivir: um nuevo debate na América Latina**. Lima: Editorial Universitária, 2014.

SEVERI, Fabiana Cristina. Direitos Humanos das Mulheres e a Transversalidade de Gênero no Sistema de Justiça. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**. V. 15, n. 22

(2011). Ver em <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/48>. Acesso em 18 out. 2018.

_____. Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In BOGDANDY, Armin von Bogdandy; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 515-530. Ver em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Diologo_e_integracao.pdf. Acesso em 11 jun. 2018

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Elden Borges. O Outro e o Desafio dos Direitos Humanos: uma análise fundada na opinião consultiva n.º 18/03. **Revista Justiça Do Direito**, 31(1), pp. 45-66 Em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6449/4171>

STEINER, Christian; URIBE, Patricia (coord.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación ; Bogotá, Colombia : Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014. Ver em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>. Acesso em 30 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios**. São Paulo: Editora Alameda, 2017.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Estupros e Crimes Sexuais na Ditadura Militar (1964-1985). In PIMENTEL, Silvia (Coord.) et ali (Org). **Estupro**: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinariedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 185-201.

TRAMONTANA, Enzamaría. Hacia la consolidación de la perspectiva de género em el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudência de la Corte de San José. **Revista IIDH**. Año 2011, Número 53, pp. 141-181. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26677.pdf> – acesso 12 jan. 2018.

_____. Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In BOGDANDY, Armin Von de et ali (orgs.), **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 465-485.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras**. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH e Friedrich Naumann-Stifung, 1992.

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos em el Siglo XXI. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2006.

_____. **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

VALENCIA, Yennesit Palacios. Género y Derecho Constitucional Transnacional: Casos de la corte interamericana de direitos humanos. In **Revista da Facultad de Derecho y Ciencias políticas**. Vol. 41, n. 114. Medellín, 2011, pp. 131-165. Em <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a04.pdf>. Acesso em 14 jan. 2018.

ZANELLO, Valeska. **Saúde Mental, gênero e dispositivos**. Curitiba: Appris, 2018.

ZAPATER, Maíra Cardoso. A Constituição do sujeito de Direito ‘mulher’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito USP, 2016.

ZAPATER, Maíra; ALMEIDA, Guilherme de Assis. Direito à Igualdade e Formas de Discriminação contra Mulher. In FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZULOAGA, Patricia Palacios. The Contribution Made by Advisory Opinion 4 and Advisory Opinion 18 by the Inter-American Court of Human Rights to the Concept of Discrimination within the Inter-American System for the Protection of Human Rights. Santiago, Chile: Universidad de Chile; 2004. Em <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142587/The-Contribution-Made-by-Advisory-Opinion-4.pdf?sequence=1>. Acesso 21 out. 2018.