

**ESCOLA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS
GERAIS**

SÍLVIA CORRADI SANDER

**CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL AO APRIMORAMENTO DA
TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DE LGBTI PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Belo Horizonte

2018

SÍLVIA CORRADI SANDER

**CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL AO APRIMORAMENTO DA
TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DE LGBTI PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Ministério Público e o Novo Constitucionalismo, promovido pela Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em colaboração com a Faculdade de Direito Milton Campos, como um dos requisitos da obtenção do título de Especialista em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Aziz Tuffi Saliba.

Belo Horizonte

2018

Nas inefáveis sinapses entre as instâncias internacionais e nacionais reside a esperança de uma hermenêutica pro persona, a única capaz de responder aos enormes desafios sociais que se colocam em nossa América e aos nossos juristas e operadores de justiça.

Victor Bazán

RESUMO

A proteção jurídica dos direitos de pessoas LGBTI constitui, atualmente, um dos temas mais polêmicos, persistentes e desafiadores das agendas em direitos humanos. Como retrata a realidade, o reconhecimento formal de direitos não implica diretamente sua efetivação. Todavia, essa distância entre previsão legal e efetiva garantia de direitos não diminui a importância dos processos de conquista de direitos, como também não dispensa o aprofundamento dos estudos sobre o sistema de justiça. A assimetria entre norma e realidade alerta para a necessidade de construção dialógica de mecanismos que, efetivamente, garantam sua simetria. No âmbito jurídico, a efetivação de direitos está diretamente envolvida com as instituições que compõem o sistema de justiça. Destas, elegemos destacar o Ministério Público como uma das instituições responsáveis por conferir concretude ao texto constitucional. Em vista de suas atribuições na garantia de direitos à população LGBTI, bem ainda das graves e reiteradas violências contra esse grupo historicamente vulnerabilizado, buscou-se verificar mecanismos que possam potencializar a atuação ministerial no tema. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e, ainda, análise documental sobre atos, normas e manuais orientadores da atuação do Ministério Público. Em resposta, este trabalho aborda, a relevância da apropriação e aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio do exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público, como ferramenta à ampliação de sua capacidade institucional de tutela dos direitos dos sujeitos LGBTI. Destacamos o papel central do Ministério Público na tarefa de assegurar essa gama de direitos, o que se fez a partir da contextualização da instituição não apenas como vetor de resposta, mas também como parte dos problemas que circundam a diversidade de gênero e orientação sexual. Exploramos o diálogo multinível por meio do idioma da convencionalidade, enfatizando a obrigatoriedade do exercício do respectivo controle pelo Ministério Público, bem como a utilização desse mecanismo no enfrentamento de novas agendas de direitos humanos pela instituição. Como considerações finais, sistematizamos proposta que fornece caminhos possíveis para ampliar o controle de convencionalidade no exercício das atribuições do Ministério Público, o que se propôs seja realizado pela via da institucionalidade, procurando-se evitar a fragmentação da atuação ministerial na tutela jurídica dos direitos de pessoas LGBTI.

Palavras-chave: LGBTI. Ministério Público. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Diálogo das Fontes. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

The legal protection of the rights of LGBTI persons is currently one of the most controversial, persistent and challenging issues in human rights agendas. As reality portrays, the formal recognition of rights does not directly imply its effectiveness. However, such distance between legal recognition and effective guarantee of rights does not diminish the importance of the processes of conquest of rights, nor does it dispense the study of the justice system. The asymmetry between norm and reality warns of the need for dialogical construction of mechanisms that effectively guarantee its symmetry. In the legal sphere, the enforcement of rights is directly involved with the institutions that constitute the justice system. Of these, we chose to highlight the Public Prosecution as one of the institutions responsible for giving concreteness to the constitutional text. In view of its attributions in guaranteeing rights to the LGBTI population, as well as of the serious and repeated violence against this historically vulnerable group, it was sought to verify mechanisms that could potentiate the Public Prosecution's performance in the subject. For this purpose, a bibliographic research was carried out, as well as a documentary analysis of acts, norms and manuals guiding the work of the Public Prosecution. In response, this paper addresses the relevance of the appropriation and application of International Human Rights Law, through the exercise of the control of conventionality by the Public Prosecution, as a tool to broaden its institutional capacity to protect the rights of LGBTI subjects. We emphasize the central role of the Public Prosecution in the task of ensuring this range of rights, which was done from the context of the institution not only as a response vector, but also as part of the problems surrounding gender diversity and sexual orientation. We explore the multilevel dialogue through the language of conventionality, emphasizing the mandatory exercise of the respective control by the Public Prosecution, as well as the use of this mechanism in confronting new human rights agendas by the institution. As final considerations, we systematize a proposal that provides possible ways to increase the control of conventionality in the exercise of the attributions of the Public Prosecution, which was proposed to be carried out through institutionality, seeking to avoid the fragmentation of the Public Prosecution's action in the legal protection of the rights of LGBTI people

Keywords: LGBTI. Public Prosecution. International Human Rights Law. Dialogue of Sources. Control of Conventionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – DA PROTEÇÃO JURÍDICA A PESSOAS LGBTI NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	10
1.1. DO RECONHECIMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	11
1.2. OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA SOBRE A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO À ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO.....	14
1.3. DESENVOLVIMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS DE LGBTI NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	17
CAPÍTULO II - RECONHECIMENTO E DEFESA DOS DIREITOS DE PESSOAS LGBTI NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	19
2.1. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE DO PROBLEMA E DA RESPOSTA NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS DE LGBTI	22
CAPÍTULO III – DA INCORPORAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO APRIMORAMENTO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS DE PESSOAS LGBTI PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	27
3.1. DO DIÁLOGO MULTINÍVEL POR MEIO DO IDIOMA DA CONVENCIONALIDADE.....	29
3.2. DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.....	33
3.3. DA OBRIGATORIEDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	35
3.4. DA UTILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ENFRENTAMENTO DE NOVAS AGENDAS DE DIREITOS HUMANOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Há tantas formas de ser, sentir e se expressar, afetiva e sexualmente, quanto há pessoas no mundo. Algumas dessas maneiras foram, ao longo da história, identificadas pela sigla ‘LGBTI’, que significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais, na intenção de ressaltar a existência para além do universo da chamada heteronormatividade¹.

Contrapostas à heteronormatividade, formas diversas de orientação sexual² e identidade de gênero³, sobretudo nas últimas décadas, vêm ganhando visibilidade social e proteção normativa no contexto regional e global. Para ingressar no tema, desde já é importante saber que os conceitos que envolvem essa diversidade, embora fundamentais para o estudo, são incapazes de espelhar a realidade das experiências de gênero e sexualidade não normativas. Os estudos no campo do gênero e da sexualidade se deparam com uma diversidade que ultrapassa as tentativas de apreender a fluidez que circunda os gêneros e desejos sexuais que subvertem as normas hegemônicas.

Dentre os temas estudados nesse campo, a proteção jurídica dos direitos de pessoas LGBTI irrompe como um dos mais polêmicos, persistentes e desafiadores. Os esforços para garantir relações mais justas e igualitárias, livres de discriminações, são oriundos das mais diversas direções. Mas, como retrata a realidade, o reconhecimento formal de direitos não implica diretamente sua efetivação. Todavia, essa distância entre previsão legal e garantia de direitos não diminui a importância dos processos de conquista de direitos, como também não dispensa o aprofundamento dos estudos sobre o sistema de justiça. Ao contrário, conforme

¹ Na definição de Lauren Berlant e Michael Warner, “[p]or heteronormatividade entendemos aquelas instituições, estruturas de compreensão e orientações práticas que não apenas fazem com que a heterossexualidade pareça coerente – ou seja, organizada como sexualidade – mas também que seja privilegiada. Sua coerência é sempre provisional e seu privilégio pode adotar várias formas (que às vezes são contraditórias): passa despercebida como linguagem básica sobre aspectos sociais e pessoais; é percebida como um estado natural; também se projeta como um objetivo ideal ou moral.”. Em: BERLANT, Laurent e WARNER, Michael. *Sexo em Público*. In: JIMÉNEZ, Rafael M. M. (org.) **Sexualidades Transgressoras**. Barcelona, Icaria, p. 229-257, 2002. p. 230.

² Por ‘orientação sexual’ compreende-se a “capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.”. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Indonésia, 2007, p. 7. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

³ Por ‘identidade de gênero’ compreende-se “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.”. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 7.

pontua Sadek⁴, esse cenário “indica a existência de um desafio assumido pelos grupos sociais que tiveram força política suficiente para conferir para tais direitos o estatuto legal. Em consequência, ainda que não respeitados, não dá no mesmo a presença ou não de direitos formalizados em diplomas legais”. A assimetria entre norma e realidade alerta para a necessidade de construção dialógica de mecanismos que, efetivamente, garantam sua simetria.

A garantia de acesso a um sistema de justiça pautado na defesa dos direitos humanos, um sistema verdadeiramente comprometido com a defesa dos direitos de pessoas LGBTI, é uma das vias pela qual se pode dar concretude ao plano normativo. No âmbito jurídico, a efetivação de direitos está diretamente envolvida com as instituições que compõem o sistema de justiça. Portanto, exigir que essas instituições incorporem a noção de grupos historicamente invisibilizados – aí incluídas as pessoas LGBTI – como sujeitos de direitos é um dos caminhos fundamentais para a garantia da igualdade. E, no campo jurídico, quando tratamos do direito à igualdade, “estamos diante de uma realidade construída através das Constituições, das normas infraconstitucionais e dos tratados internacionais”⁵.

Dentre as instituições que compõem o sistema de justiça, e, portanto, responsáveis por conferir concretude ao texto constitucional, notadamente no que se refere ao alcance dos objetivos da sociedade política brasileira⁶, elegemos destacar o Ministério Público. Em vista de suas atribuições na garantia de direitos à população LGBTI, bem ainda das graves e reiteradas violências contra esse grupo historicamente vulnerabilizado, buscou-se verificar mecanismos que possam potencializar a atuação ministerial no tema. Em resposta, esta pesquisa aborda a relevância da apropriação e aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio do exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público, como ferramenta à ampliação de sua capacidade institucional de tutela dos direitos dos sujeitos LGBTI.

Nesse ponto, é justo destacar que a não incorporação desse controle como prática cotidiana não é resultado exclusivo da resistência dos membros da instituição. Como se

⁴ SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. p. 175.

⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.

⁶ Os objetivos da República a que nos referimos são aqueles previstos no artigo 3º da Constituição de 1988, a saber, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional e da qual possam ser erradicadas a pobreza e a marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais através da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade ou quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL, Senado Federal. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

pretende demonstrar nos capítulos que seguem, há uma baixa compreensão generalizada sobre o funcionamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, portanto, é pertinente ponderar que tampouco o problema se restringe ao âmbito do Ministério Público.

O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e análise de documentos, atos e normas orientadores da atuação do Ministério Público. A investigação está organizada em três capítulos, cujos eixos versam sobre (i) a proteção jurídica destinada a pessoas LGBTI no Direito Internacional dos Direitos Humanos; (ii) o reconhecimento e defesa dos direitos de pessoas LGBTI no Brasil e a atuação do Ministério Público; e (iii) a incorporação do direito internacional no aprimoramento da tutela jurídica dos direitos humanos de LGBTI pela instituição.

No primeiro capítulo, procuramos contextualizar o tema por meio de um breve resgate histórico, social, político e principalmente jurídico dos direitos de pessoas LGBTI no cenário internacional. Para evidenciar o reconhecimento jurídico desses direitos, foi necessário esmiuçar, dentre outros instrumentos normativos e orientadores do sistema global de proteção, os Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

No segundo capítulo, procuramos expor o estado da arte da garantia de direitos de pessoas LGBTI no cenário brasileiro, confrontando a normativa em vigor com os índices de violência a que ainda estão sujeitas essas pessoas. Nesse cenário, apresentamos a interpretação sobre o papel central do Ministério Público na tarefa de assegurar essa gama de direitos, o que se fez a partir da contextualização da instituição não apenas como vetor de resposta, mas também como parte dos problemas que circundam a diversidade de gênero e orientação sexual.

O terceiro capítulo explorou o diálogo multinível por meio do idioma da convencionalidade, destacando-se a obrigatoriedade do exercício do respectivo controle pelo Ministério Público, bem como a utilização desse mecanismo no enfrentamento de novas agendas de direitos humanos pela instituição.

A título de considerações finais, sistematizamos uma proposta que fornece caminhos possíveis para ampliar o controle de convencionalidade no exercício das atribuições do Ministério Público, o que se propôs seja realizado pela via da institucionalidade, procurando-se evitar a fragmentação da atuação do Ministério Público na tutela jurídica dos direitos de pessoas LGBTI.

Por fim, importa reiterar que não se trata de um ataque ao Ministério Público. Afinal, a instituição padece de desafios, internos e externos, que afetam também os demais órgãos

integrantes do sistema de justiça brasileiro, problemas históricos de uma sociedade ainda estruturada em desigualdades de gênero, raça e classe.

Não obstante, esperamos ter conseguido evidenciar, nos campos teórico e fático, a relevância e as peculiaridades no exercício do mencionado controle pelo Ministério Público, de forma a contribuir, por meio da aplicação do Direito Internacional, ao aprimoramento institucional na tutela jurídica dos direitos humanos de pessoas LGBTI. Isso porque, a compreensão dos fatores que contribuem ou representam óbice à aplicação do controle de convencionalidade pode servir à implementação de ações e mecanismos institucionais de aprimoramento do cumprimento de dita obrigação, aumentando, em última instância, a capacidade dessa tutela jurídica.

CAPÍTULO I – DA PROTEÇÃO JURÍDICA A PESSOAS LGBTI NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A orientação sexual e a identidade gênero integram a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.⁷ Os seres humanos, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.⁸

O argumento em favor da extensão dos mesmos direitos a pessoas LGBTI como aqueles de que gozam os demais sujeitos de direitos baseia-se em dois princípios fundamentais que sustentam o Direito Internacional dos Direitos Humanos: igualdade e não discriminação. A proteção das pessoas com base na orientação sexual e na identidade de gênero não exige, portanto, a criação de novos direitos ou do reconhecimento de direitos especiais às pessoas LGBTI.

Partindo-se desses dois princípios, é possível sintetizar cinco obrigações jurídicas centrais do Estado decorrentes do direito de LGBTI de gozar da proteção assegurada pelo regime internacional dos direitos humanos: proteção dos indivíduos de violências homofóbica e transfóbica; prevenção de tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes contra LGBTI; descriminalização da homossexualidade; proibição da discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero; garantia de respeito à liberdade de expressão, associação e reunião pacífica por parte de pessoas LGBTI.⁹

⁷ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p.7.

⁸ Ibid., p. 12.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos.

A história recente sobre a maneira como as orientações sexuais e identidades de gênero distintas da heterossexualidade e da cisgênero vêm sendo encaradas no mundo ocidental evidencia a complexidade cultural, jurídica e científica do tema. Desde a década de setenta, a homossexualidade já não é considerada perversão ou distúrbio pela Associação Americana de Psiquiatria (APA). Este mesmo posicionamento foi adotado em 1975 pela Associação Americana de Psicologia (APA) e, em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) deliberou no sentido da exclusão da homossexualidade do Código Internacional de Doenças ou Transtornos (CID).¹⁰ A partir de 1993, a despatologização passou a constituir premissa para os Estados-membros das Nações Unidas, encerrando um ciclo histórico em que homossexualidade foi rechaçada como pecado, como crime e, mais recentemente, como doença.

1.1. Do reconhecimento jurídico no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

O caso conhecido como *Toonem versus Australia*¹¹, levado por um cidadão australiano ao Comitê de Direitos Humanos da ONU em 1994, constitui importante marco jurídico internacional na proteção contra a violação dos direitos homoafetivos. O Comitê, em interpretação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹², decidiu que as leis que criminalizavam relações homoafetivas na Tasmânia, Estado onde residia o australiano Toonem, violavam as obrigações internacionais que a Austrália havia assumido ao assinar aquele tratado, bem como os direitos humanos de Toonem ao expô-lo ao risco de ser preso ou

Nascidos Livres e Iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Brasília: UNAIDS, 2013. p. 5. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁰ Todavia, as identidades de gênero que englobam travestis e transexuais permaneceram classificadas na edição mais recente do Código Internacional de Doenças ou Transtornos, o CID-10, e a despatologização das identidades trans ainda é uma demanda do movimento trans – e, no Brasil, também do Conselho Federal de Psicologia. Para maiores informações a respeito, ver: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Campanha Despatologização das Identidades Trans**. Disponível em: <<http://despatologizacao.cfp.org.br/sobre/>>. Acesso em: 31 jan. 2018. Ainda a respeito do tema: “[...] a patologização tem servido para reforçar o preconceito existente na sociedade contra esse grupo. Por isso, é preciso olhar a questão sob a perspectiva do direito ao reconhecimento.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 845.779. **Tratamento Social a Ser Dispensado a Transexuais**: Anotações para o Voto Oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/transexuais-re-845779-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 31 de jan. 2018.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

¹² BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

criminalizado por ser homossexual. O Comitê também entendeu que tais leis tinham um efeito ainda mais amplo e danoso ao reforçarem na sociedade o estigma e o preconceito contra homossexuais. O Estado da Tasmânia retirou a lei de todos os seus registros legais e a decisão do Comitê sinalizou, também para países que detinham leis semelhantes, a reprovação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação a legislações atentatórias dos princípios da igualdade e da não discriminação.

Desde então, mais de 30 países caminharam no sentido de retirar de suas legislações a criminalização da homossexualidade. Ao longo dos anos, o Comitê seguiu reafirmando sua posição em decisões semelhantes, consolidando o princípio de que nenhum país está autorizado a cometer discriminação contra pessoas com base em sua sexualidade.

O tema da discriminação com base na orientação sexual foi formalmente suscitado em um foro das Nações Unidas, pela primeira vez, na Conferência Mundial de Beijing, 1995, pela Delegação da Suécia, e retomado durante o processo preparatório para a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, 2001, realizada em Durban, África do Sul.

Após consulta pública e ampla participação da sociedade, o governo brasileiro levou o tema para a Conferência Regional das Américas, 2000, realizada em Santiago do Chile, que compromete todos os países do continente a prevenir e combater todas as formas de discriminação, inclusive por orientação sexual.¹³ Em 2003, o Estado brasileiro propôs à Comissão de Direitos Humanos, pela primeira vez, a expedição de resolução intitulada *Direitos Humanos e orientação sexual*, em que se expressou profunda preocupação quanto à ocorrência de violações de direitos, em todo o mundo, baseadas na orientação sexual.¹⁴

A articulação do conceito de identidade de gênero, por sua vez, foi promovida no direito internacional pela primeira vez apenas anos mais tarde, em 2007, no documento intitulado *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*.¹⁵

A proibição desse tipo de discriminação continuou sendo ressaltada em diversos outros instrumentos no âmbito do Sistema ONU, incluindo informes de relatores especiais¹⁶. Em

¹³ BRASIL. **Brasil sem Homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Comissão Provisória de Trabalho do Conselho Nacional de Combate à Discriminação da Secretaria Especial de Direitos Humanos: Brasília, 2006.

¹⁴ NARRAIN, Arvind. The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity: Six Conceptual Advances enabled by the Principles. Apresentação proferida na APF-UNDP **Conference on the Yogyakarta Principles**: What have we learnt and where to now?. Bangkok, Tailândia. 25 e 26 de abril de 2017.

¹⁵ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007.

¹⁶ Ver, entre outros informes: E/CN.4/2004/49 de 16 de fevereiro de 2004; A/HRC/6/5, 20 de julho de 2007; E/CN.4/2006/16/Add.3 de 28 de fevereiro de 2006; VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72 de 17 de janeiro de 2005;

2008, a Assembleia Geral da ONU adotou *Declaração sobre Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de Gênero*, reafirmando o “princípio de não discriminação, que exige que os direitos humanos se apliquem igualmente a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero”¹⁷.

Em março de 2011, a Colômbia apresentou ao Conselho de Direitos Humanos a *Declaração conjunta para findar os atos de violência e as violações de direitos humanos dirigidas contra as pessoas em função de sua orientação sexual e identidade de gênero* e, em junho do mesmo ano, o Conselho adotou a primeira Resolução das Nações Unidas sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero¹⁸. A resolução foi aprovada por uma margem pequena, mas recebeu significativo suporte dos membros do Conselho de todas as regiões. Sua adoção abriu caminho para o primeiro relatório oficial das Nações Unidas sobre o assunto, preparado pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos.¹⁹

Mencionado relatório evidenciou um padrão de violência sistemática e de discriminação dirigidas às pessoas em todas as regiões do mundo em razão da sua orientação sexual e identidade de gênero, incluindo discriminação no trabalho, na assistência médica e educação, a criminalização, ataques físicos e assassinatos seletivos. O relatório incluiu um conjunto de recomendações aos Estados no sentido de garantir a proteção dos direitos humanos de pessoas LGBTI. Em 7 de março de 2012, os resultados do relatório foram utilizados em painel de discussão no Conselho de Direitos Humanos, demarcando a primeira vez em que um corpo intergovernamental das Nações Unidas presidiu um debate formal sobre o assunto.²⁰

E/CN.4/2003/3 de 13 de janeiro de 2003; A/57/138 de 2 de julho de 2002; E/CN.4/2001/94 de 26 de janeiro de 2001; E/CN.4/2005/60/Add.3 de 22 de fevereiro de 2005.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero**. Assembleia Geral da ONU (A/63/635), 22 de dezembro de 2008.

¹⁸ Apresentada pela Colômbia no Conselho de Direitos Humanos da ONU em 22 de março de 2011. Em junho de 2011, o Conselho aprovou resolução sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, em que expressou “grave preocupação por atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, [cometidos] contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero”. Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/17/L.9 General Assembly of UN, Human Rights Council. 17th session, **Follow-up and implementation of the Vienna Declaration**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/58106434/UN-Resolution-on-SexualOrientation-and-Gender-Identity>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

¹⁹ Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Leis Discriminatórias, Práticas e Atos de Violência contra Indivíduos em Razão de sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero* (A/HCR/19/41). In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Nascidos Livres e Iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos**. Brasília: UNAIDS, 2013, p. 9. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

²⁰ Ibid., p.9.

Apesar de o tema ainda provocar debate político nas Nações Unidas, as obrigações que os Estados têm de proteger as pessoas LGBTI de violações de seus direitos humanos encontram-se bem estabelecidas no direito internacional e são obrigatórias para todos os Estados membros da ONU.²¹

1.2. Os Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero

Após as diversas recomendações, informes e opiniões emitidas por organismos internacionais, a materialização interpretativa dos princípios da igualdade e não discriminação relacionados à identidade de gênero e à orientação sexual apenas foi obtida com a promulgação dos *Princípios de Yogyakarta*, projeto realizado em 2006 pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Serviço Internacional de Direitos Humanos e publicado em março de 2007. O documento foi elaborado a pedido do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados²².

Os Princípios de Yogyakarta aplicam a legislação internacional sobre os direitos à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e nenhum deles deve ser interpretado como restringindo, ou de qualquer forma limitando, os direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais²³.

Em interface com os temas da identidade de gênero e orientação sexual, os princípios dispõem acerca do direito ao gozo universal dos direitos humanos; direito à igualdade e à não discriminação; direito ao reconhecimento perante a lei; direito à vida; direito à segurança pessoal; direito à privacidade; direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade; direito a um julgamento justo; direito a tratamento humano durante a detenção; direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante; direito à proteção contra todas as formas de exploração, venda ou tráfico de seres humanos; direito ao trabalho; direito à seguridade social e outras medidas de proteção social; direito a um padrão de vida adequado; direito à moradia adequada; direito à educação; direito ao padrão mais alto alcançável de

²¹ Ibid., p.63.

²² PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 8.

²³ Ibid., p. 36.

saúde; proteção contra abusos médicos; direito à liberdade de opinião e expressão; direito à liberdade de reunião e associação pacíficas; direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à liberdade de ir e vir; direito de buscar asilo; direito de constituir uma família; direito de participar da vida pública; direito de participar da vida cultural; direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes; e sobre responsabilização (“accountability”) por discriminação.

O documento, organizado sob a forma de vinte e nove princípios e recomendações respectivas, estabelece que:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. [...] A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio [...].²⁴

Sobre o direito ao reconhecimento perante a lei, o documento dispõe que:

As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.²⁵

No que se refere à responsabilização ou *accountability*, o documento recomenda aos Estados a implementação de procedimentos criminais, civis, administrativos e outros, de forma acessível e eficaz, para assegurar a responsabilização dos agentes violadores dos direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero. Orienta, ainda, que as alegações de crimes praticados com base na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima sejam investigadas de forma rápida e completa, eliminando-se quaisquer obstáculos que visem a impedir a responsabilização.²⁶

Em seu Princípio 8, o documento destaca, ainda, que os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para proibir e eliminar tratamento preconceituoso por motivo de orientação sexual

²⁴ Ibid., p.13-14.

²⁵ Ibid., p. 14.

²⁶ Ibid., p. 35.

ou identidade de gênero em cada etapa do processo judicial, nos procedimentos civis e criminais e em todos os outros procedimentos judiciais e administrativos que determinem direitos e obrigações, e de assegurar que a credibilidade ou caráter de uma pessoa como parte interessada, testemunha, defensora ou tomadora de decisões não sejam impugnados por motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero; b) Tomar todas as medidas necessárias e razoáveis para proteger as pessoas de processos criminais ou procedimentos civis que sejam motivados, no todo ou em parte, por preconceito relativo à orientação sexual ou identidade de gênero; c) Implementar programas de treinamento e de conscientização para juízes, funcionários de tribunais, promotores/as, advogados/as e outras pessoas sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.²⁷

Conforme aponta Mauricio Pulecio Pulgarín²⁸, o documento ratifica estandartes legais previstos em instrumentos globais e regionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos e constitui uma fonte doutrinária, ética e normativa necessária para responder juridicamente à inclusão das pessoas LGBTI. A sistematização interpretativa trazida pelo documento tem sido, crescentemente, utilizada como parâmetro normativo por organismos e Cortes internacionais, e também no direito interno de diversos Estados.

Quanto ao grau vinculativo dos Princípios como fonte do direito internacional, há profícuo debate²⁹ no sentido de seu reconhecimento como *soft Law*. Conforme se argumenta, a elaboração dos *Princípios de Yogyakarta* contou com a participação de vinte e cinco especialistas de todo o mundo e seu teor tem sido crescentemente empregado por Estados, organizações e cortes internacionais e, de maneira geral, no direito internacional para enfrentar temas afetos a violações de direitos de pessoas LGBTI³⁰, o que confere ao seu teor grande representatividade global³¹. Os Princípios se apresentam como um consagrado documento que reafirma proibições básicas de direitos humanos extraídas de tratados e convenções internacionais aceitos por diversos países.³² Sua influência no direito internacional é, portanto, inegável, motivo pelo qual devem ser utilizados em complementação aos ordenamentos jurídicos domésticos na resposta a questões sociais “cada vez mais complexas, versáteis e heterogêneas”³³.

²⁷ Ibid., p. 18. Grifos nossos.

²⁸ PULGARÍN, Mauricio Pulecio. Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos. *Revista Análisis Internacional*, n.3, 2011. p. 247.

²⁹ Para maior aprofundamento a respeito, ver: WEGGEN, Ella J.J. *The Yogyakarta Principles Soft Law? Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*. Dissertação. (Mestrado em Direito Internacional Público). State University of Amsterdam, Amsterdam, 2009. Disponível em: <http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2016/10/Thesis_Weggen_Yogyakarta_Principles_Soft_Law.pdf>.

Acesso em: 31 jan. 2018.

³⁰ WEGGEN, 2009. p. 22.

³¹ O’FLAHERTY; FISCHER, 2008, p.233 *apud* PULGARÍN, 2011. p. 248.

³² WEGGEN, 2009, p. 23-24.

³³ PULGARÍN, 2011. p. 249.

1.3. Desenvolvimento da tutela dos direitos de LGBTI no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos tem aprovado em suas sessões anuais, desde 2008, resoluções sucessivas a respeito da proteção de pessoas contra tratamentos discriminatórios baseados em sua orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais se exige a adoção de medidas concretas para uma proteção eficaz contra atos discriminatórios³⁴.

Entretanto, apenas a partir do ano de 2012 a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), beneficiando-se do diálogo com a já assentada jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) na temática³⁵, julgou o primeiro caso relativo a violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual³⁶.

No *leading case Atala Riffo e Filhas contra o Chile*, debateu-se, de forma inédita no histórico da Corte IDH, o direito de uma juíza chilena de quem foi retirada a guarda de suas três filhas, no marco de um processo judicial, por ela ter decidido conviver com sua namorada lésbica. No caso, discutiu-se a responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a senhora Atala, devido à sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia de suas filhas. O caso também analisou a inobservância do interesse superior das crianças, cuja guarda e cuidado foram determinados em descumprimento de seus direitos e com base em supostos preconceitos discriminatórios.

Em sua sentença condenatória ao Chile, estabelece a Corte:

³⁴ Ver: AG/RES. 2653 (XLI-O/11), de 7 de junho de 2011 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), de 8 de julho de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), de 4 de junho de 2009; AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), de 3 de junho de 2008.

³⁵ A Corte EDH enfrenta o tema dos direitos sexuais desde a década de 80 em sua jurisprudência. Em 22 de outubro de 1981, no caso *Dudgeon v. Reino Unido* (Application no. 7525/76), a Corte EDH entendeu que criminalizar a homossexualidade interferia na liberdade do sujeito e, portanto, não estava de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e filhas vs. Chile**. Sentença de 24 de fevereiro de 2012, p. 29.

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. 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 *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.³⁷

Además, el Tribunal ha establecido que 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. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.³⁸

O Tribunal destacou que nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual³⁹. A Corte declarou, por unanimidade, que o Estado Chileno era responsável pela violação do direito à igualdade e a não discriminação, e também pela violação do direito à vida privada em desfavor de Karen Atala Riffo.

Quatro anos mais tarde, o caso *Duque contra Colômbia*⁴⁰ provoca novamente a jurisdição da Corte IDH, que se manifesta sobre o impedimento de acesso do senhor Duque, por motivação discriminatória fundada em orientação sexual, ao recebimento de “pensão de sobrevivência” decorrente da morte de seu parceiro. Na interpretação da CADH, o Tribunal se vale, dentre outras fontes, do direito comparado de países da região e dos *Princípios de Yogyakarta* determina que o Estado violara o direito à igualdade perante a lei em desfavor do senhor Duque⁴¹.

³⁷ Ibid., p. 29.

³⁸ Ibid., p. 30.

³⁹ Ibid., p. 33.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque contra Colômbia**. Sentença de 26 de fevereiro de 2016, p. 30.

⁴¹ “Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del

Em janeiro de 2018, a Corte IDH consolida rico entendimento na matéria ao expedir a *Opinião Consultiva OC-24/17 sobre Identidade de Gênero e Não Discriminação contra Casais do Mesmo Sexo*⁴². A manifestação, decorrente de consulta realizada pela Costa Rica, trouxe ampla análise sobre a obrigação dos Estados, em âmbito administrativo, judicial e legislativo, na realização dos direitos à igualdade e a não de discriminação de pessoas LGBTI, à identidade de gênero e aos procedimentos de alteração do nome, e à proteção internacional dos vínculos de casais do mesmo sexo.⁴³

Na interpretação da Corte sobre os artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24 do Pacto de San José, o Tribunal se apoia não apenas na própria jurisprudência, mas também dialoga com fontes do Sistema Global, decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e, novamente, com os Princípios de Yogyakarta.

Verifica-se, por todo o exposto, que a prática no Direito Internacional dos Direitos Humanos e, mais precisamente, no Sistema Interamericano, já apresenta substancial grau de reconhecimento de direitos e orientações específicas para a implementação de garantias afetas à população LGBTI. A rica evolução interpretativa aqui ilustrada pode e deve, portanto, ser incorporada ao direito doméstico para apoiar a supressão de lacunas ainda existentes na implementação de direitos da população LGBTI. Mencionada incorporação pode contribuir ao aprimoramento da ação estatal no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que inclui, como será enfatizado neste trabalho, a ampliação da tutela dos direitos humanos de LGBTI pelo Ministério Público.

CAPÍTULO II - RECONHECIMENTO E DEFESA DOS DIREITOS DE PESSOAS LGBTI NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A proibição contra a discriminação com base na orientação sexual e identidade de

cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”. Ibid., p. 32-33.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17 sobre Identidade de Gênero e Não Discriminação contra Casais do Mesmo Sexo*. 24 de novembro de 2017.

⁴³ A respeito do alcance da mencionada Opinião Consultiva, a Corte manifesta que: “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.I) 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 marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”. Ibid., § 27. Grifo nosso.

gênero não está restrita ao regime internacional de direitos humanos.

No Brasil, a proteção de pessoas LGBTI encontra respaldo na própria Constituição da República de 1988⁴⁴. Nos termos dos artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso IV, constituem princípio e objetivo fundamentais do Estado Brasileiro a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todos, sem discriminação. Ainda, constitui garantia fundamental, conforme o caput do artigo 5º, a igualdade perante a lei a todas as pessoas, sem quaisquer distinções, da qual decorre, no dizer do inciso XLI, a possibilidade de punição legal a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Atualmente, identifica-se, no país, substancial grau de reconhecimento normativo, jurisprudencial e no desenho das políticas públicas no que se refere aos direitos à igualdade e a não discriminação de pessoas LGBTI. Como exemplo, mencionam-se as legislações estaduais e municipais que preveem o direito ao uso do nome social e à retificação do registro civil por pessoas transexuais; normativas estaduais que preveem sanções a práticas discriminatórias contra pessoas LGBTI; normativas do Ministério da Saúde a respeito da cirurgia de transgenitalização; o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça, das uniões homoafetivas e do direito ao casamento civil por homossexuais; normativas sobre direito previdenciário e casais homoafetivos; o reconhecimento da aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais; a existência, em alguns estados e municípios, de planos de gestão de políticas públicas e de equipamentos (centros de referência e coordenadorias) voltados ao tema da diversidade sexual e de gênero.

A despeito do inegável avanço legislativo, jurisprudencial e no âmbito das políticas públicas, constata-se que as violências e desigualdades decorrentes das diversidades de gênero e de orientação sexual persistem nos cenários doméstico, regional e global, violando, cotidianamente, direitos de pessoas LGBTI.

De acordo com os dados do 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica, publicado pela extinta Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, apenas em 2012 foram registradas pelo governo federal quase 10 mil (9.982) denúncias de violações de direitos humanos de LGBTI.⁴⁵

Estudo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos, divulgado em dezembro de 2014, apontou o Brasil como o país líder no

⁴⁴ BRASIL, Senado Federal. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

⁴⁵ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **2º Relatório Sobre Violência Homofóbica 2012**. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

continente em número de mortes violentas de pessoas trans. Apenas entre janeiro de 2013 e março de 2014, o Brasil registrou 140 casos, seguido do México (40), Venezuela (18), e Colômbia (17).⁴⁶

Segundo o banco de dados⁴⁷ do Grupo Gay da Bahia (GGB), 318 pessoas LGBTI foram assassinadas no Brasil, por motivação homo-lesbo-transfóbica, em 2015.⁴⁸ Contabilizou-se um crime de ódio a cada 27 horas, sendo 52% contra gays, 37% contra travestis, 16% contra lésbicas e 10% contra bissexuais. Conforme apontado na pesquisa, a homofobia motivou, inclusive, o cometimento de crimes contra pessoas não LGBTI: 7% de heterossexuais confundidos com gays e 1% de amantes de travestis.⁴⁹

Ainda conforme levantamento do GGB, a violência anti-LGBTI atinge todas as cores, idades, classes sociais e profissões. Predominam as mortes de LGBTI menores de 29 anos (58%). Menores de 18 anos representam 21%, sugerindo a precocidade da iniciação homoerótica e a grande vulnerabilidade, sobretudo das jovens travestis e transexuais profissionais do sexo. Quanto à raça das pessoas LGBTI assassinadas, 55% eram brancas, 45% negras – e levemente contrário do perfil demográfico do Brasil, as transexuais e travestis, via de regra, oriundas de camadas sociais mais pobres, acentuam um pouco mais essa mesma tendência racial: 57% brancas e 43% pardas e pretas.⁵⁰

Nos termos avaliados pelo GGB, identificou-se que, em geral, travestis são executadas em vias públicas (56%), vítimas de armas de fogo, enquanto gays e lésbicas são assassinados dentro de residências (36%), com o emprego de facas e objetos domésticos, ou em estabelecimentos públicos (8%). Os crimes identificados são considerados pelos pesquisadores como “típicos crimes de ódio”, caracterizados pelo emprego de tortura prévia, requintes de crueldade, uso de múltiplos instrumentos e excessivo número de golpes.⁵¹

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Registro de violência contra as pessoas LGBTI na América**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/docs/Registro-Violencia-LGBTI.xlsx>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

⁴⁷ O levantamento anual realizado pelo GGB é construído a partir de informações remetidas por mais de trezentas Ongs LGBT brasileiras e constitui uma das poucas fontes de dados existentes no Brasil a respeito de homicídios de pessoas LGBTI. Ainda assim, em função da ausência de dados oficiais e da subnotificação da motivação homo-lesbo-transfóbica dos crimes nos registros do Sistema de Justiça Criminal, considera-se que os dados apresentados pelo GGB representam apenas um parâmetro inicial e inferior às estimativas de mortes violentas de pessoas LGBTI. Ver: GRUPO GAY DA BAHIA. **Assassinato LGBT no Brasil: Relatório 2015**. Bahia, 2015. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2016/01/28/assassinato-de-lgbt-no-brasil-relatorio-2015/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

⁴⁸ Nos anos anteriores, o mesmo levantamento apontou 331 mortes em 2014, 314 mortes em 2013 e 338 mortes em 2012. Conforme relatório do GGB, em números absolutos, os estados onde mais pessoas LGBT foram assassinadas em 2014 foram São Paulo (50) e Minas Gerais (30).

⁴⁹ GRUPO GAY DA BAHIA, 2015.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Como exemplos, o relatório destaca os casos de Helmiton Figueiredo, 30 anos, de Cabo de Santo Agostinho, PE, morto com 60 facadas; Inácio José da Silva, 30 anos, de Santa Cruz do Capibaribe, morto com 13 tiros;

A fragmentação e/ou inexistência de informações oficiais é um dos principais problemas enfrentados no estudo dos crimes cometidos contra pessoas LGBTI, dificultando a elaboração de políticas públicas preventivas. Os episódios diários de agressões físicas e homicídios contra LGBTI registrados pelo poder público, sociedade civil e imprensa constituem apenas a vertente mais visível do cotidiano de discriminação e violação de direitos enfrentado por esses grupos espaços públicos, no ambiente familiar e de trabalho, na mídia, na escola e em tantos outros.

Esse cenário assimétrico, em que se vislumbra, por um lado, a substancialidade de normas garantidoras de direitos, mas, por outro, números alarmantes evidenciando a violência contra LGTI, desafia Estado e sociedade a repensarem suas respostas, tão claramente insatisfatórias em relação aos fins a que se propõem.

2.1. O Ministério Público como parte do problema e da resposta na implementação de direitos de LGBTI

Nesse cenário, pretende-se destacar o Ministério Público como instituição constitucionalmente incumbida de trabalhar na prevenção de violações, garantia, proteção e promoção de direitos de LGBTI.

A atuação do Ministério Público está situada no projeto democrático delineado pela Constituição de 1988⁵², marco inaugural de uma república que se ampara, além de outros fundamentos, na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CR/88), sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição⁵³. Em outras palavras, deve-se compreender a atuação do Ministério Público no contexto de um Estado Democrático de Direito fundado em um projeto global de defesa de direitos humanos.

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, constitucionalmente foi atribuído ao Ministério Público o dever de defender a ordem jurídica e o regime democrático, compreendendo-se, neste espaço, a democracia como projeto e como processo. Nos dizeres de

Bruno C. Xavier, esquartejado e cimentado em seu apartamento em Diadema, SP; Pablo Garcez, pedreiro de 35 anos, de Manaus, que teve seu tronco e braços decepados; Cícero Miguel dos Santos, 41, Sertãozinho, PB, que teve seu corpo todo perfurado e marcado a faca com um X nas costas; a travesti Laura Vermont, 18, perseguida por um automóvel pelas ruas de SP e cruelmente espancada, com omissão de policiais da Zona Leste; Andréia Pereira, 40 anos, lésbica, cozinheira no Guarujá, SP, que, espancada até a morte por três homens, teve as costelas, o rosto e o pescoço quebrados. (GRUPO GAY DA BAHIA, 2015)

⁵² BRASIL, 1988.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

Goulart⁵⁴,

a construção da sociedade democrática supõe o processo democrático, que garanta as condições de igualdade e a paridade de armas entre as forças sociais que, na difusão de seus valores e de suas visões de mundo, disputam a hegemonia no âmbito da sociedade civil.

A atuação do Ministério Público deve estar pautada nos princípios e objetivos fundamentais da República brasileira, não apenas como órgão fiscalizador da ordem jurídica, mas como instituição com potencial para transitar por espaços multifacetados dentro e fora do sistema de Justiça. Nas esferas extra e jurisdicional, o Ministério Público deve se orientar pela defesa de uma sociedade fundada em relações sociais participativas e igualitárias. Em termos substanciais, esse movimento implica não apenas a defesa da ordem jurídica nacional, mas também a incorporação e difusão do sistema internacional de defesa de direitos humanos⁵⁵.

Aí reside um dos papéis fundamentais reservados ao Ministério Público brasileiro: funcionar como “canal de demandas sociais, a alargar o acesso à ordem jurídica justa, tornando o Sistema de Administração da Justiça um espaço privilegiado para os conflitos coletivos”⁵⁶, sob pena de se tornar parte de um aparelhamento técnico-burocratizado. A questão determinante para que isso não ocorra é elevar o campo de visão e compreender não apenas que esses conflitos superam os aspectos jurídico-processuais, mas que também a arena de luta não se restringe à ordem jurídica nacional. Isso porque, num mundo globalizado,

torna-se necessária a recontextualização do perfil constitucional do Ministério Público, para habilitá-lo como instituição socialmente relevante no mundo globalizado. Isso implica um novo entendimento da sua função política e a redefinição das formas de atuação e de inserção social. Enfim, implica a construção de nova identidade, ainda que dentro dos parâmetros constitucionais já estabelecidos.⁵⁷

Para dar corporeidade às atribuições do Ministério Público, a CRFB/1988, além de estabelecer como princípios a independência funcional e administrativa da instituição em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inovou ao prever um elenco de instrumentos jurídicos considerados indispensáveis à atuação⁵⁸ na defesa dos interesses coletivos da sociedade (artigos 127 e 129, inc. III) e no zelo pela observância dos direitos

⁵⁴ GOULART, Marcelo. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, p. 49., 1998.

⁵⁵ Ibid., p. 55.

⁵⁶ Ibid., p. 97.

⁵⁷ Ibid., p. 108.

⁵⁸ Na tutela coletiva, o Ministério Público possui importante função investigativa, podendo valer-se, para tanto, do inquérito civil ou do procedimento administrativo, ambos com fundamentos constitucional e legal. O inquérito civil tem previsão nos artigos 129, inc. III, da CRFB/88, e 8º, §1º, da Lei 7.347/85; enquanto o procedimento administrativo está previsto nos artigos 129, inc. VI, da CRFB/88, e 8º da LC 75/93.

constitucionais por parte dos poderes públicos e serviços de relevância pública (art. 129, inc. II). Significa dizer que o Ministério Público dispõe de ferramentas capazes de enfrentar a assimetria ainda persistente entre normas garantidoras e o cenário de violências contra pessoas LGBTI, por meio da tutela coletiva dos direitos e interesses desse grupo historicamente vulnerabilizado.

A utilização desses instrumentos jurídicos varia do campo extra ao jurisdicional, capitaneando possibilidades de atuação em diversas esferas do poder Executivo, Legislativo e Judiciário, além de outros espaços multifacetados de decisão política. Isto confere ao Ministério Público uma singularidade de trânsito não identificada em qualquer outra instituição pública nacional, intersetorialidade esta que favorece o desenvolvimento da vertente positiva-promocional de atuação. E, “na contemporaneidade, a concretização do direito à igualdade implica na implementação destas duas estratégias – promoção da igualdade e políticas de combate à discriminação –, elas não podem ser dissociadas”⁵⁹.

Em âmbito nacional, verifica-se que o Ministério Público brasileiro, por meio de seu Conselho Nacional, tem se posicionado como parte dos conflitos e, atento a seus deveres constitucionais, tem se dedicado a debater, sistematizar e implementar estratégias para cumprir seu papel - embora não tão rápido e eficazmente como demanda a gravidade dos efeitos da persistência das violações de direitos humanos no contexto brasileiro. Para atender a essa necessidade, os membros do Ministério Público, visando a uma atuação responsável e socialmente efetiva, precisam apresentar habilidade e disposição para o diálogo constante com movimentos sociais e outros representantes da sociedade civil.

Nesse sentido, a fim de intensificar o diálogo entre Ministério Público e sociedade – ou seja, funcionar como “canal de demandas sociais a alargar o acesso à ordem jurídica justa” –, o Conselho Nacional do Ministério Público tem realizado, desde 2013, evento intitulado “Encontro Nacional do Ministério Público e os Movimentos Sociais em Defesa dos Direitos Fundamentais”⁶⁰ com o objetivo de promover a “troca de experiências na luta pela efetividade dos direitos”⁶¹.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243.

⁶⁰ Os grupos e fóruns temáticos da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais convidaram a participar do evento, inspirados no formato de roda de conversa, lideranças de movimentos sociais, organizações da sociedade civil, conselhos de direitos, organismos internacionais, membros e servidores do MP e demais instituições públicas atuantes em distintas temáticas, incluindo a dos direitos de pessoas LGBTI.

⁶¹ Objetivos principais dos encontros: I – aproximar os membros do Ministério Público das demandas da sociedade por meio do diálogo aberto, informal, leal e transparente; II – identificar demandas e tendências na defesa dos Direitos Fundamentais; III – auxiliar os membros do Ministério Público a tomar conhecimento de eventuais ameaças a Direitos Fundamentais; IV – contribuir para o aprofundamento da democracia e da participação social, capacitação das lideranças dos movimentos sociais sobre os serviços prestados pelo MP na

Referidos encontros serviram para apontar intermitências na atuação do Ministério Público brasileiro em relação à expectativa social sobre a defesa coletiva dos interesses e direitos de LGBTI, dentre outros grupos e comissões representativas dos mais diversos interesses e direitos fundamentais em debate. Dentre as demandas apresentadas pelos grupos LGBTI, pode-se destacar o reclame pela falta de posicionamento institucional em prol da defesa de direitos LGBTI, notadamente no que se refere ao enfrentamento da LGBTIfobia; ausência de normativas internas garantidoras dos direitos de LGBTI no âmbito dos próprios Ministérios Públicos, o que se revelou principalmente na ausência de normas que assegurem o uso do nome social de pessoas trans no acesso à instituição; falta de formação especializada dos membros para atuarem em conformidade com as especificidades da matéria; ausência da participação de membros do Ministério Público nos Comitês de Enfrentamento à Homofobia nos Estados em que estão instalados, dentre outras diversas demandas.⁶²

Dentre os valores apontados como aqueles que devem fundamentar a relação entre o Ministério Público e os movimentos sociais LGBTI, foram destacados: laicidade, dignidade da pessoa humana, equidade, integralidade dos direitos, transversalidade dos direitos, universalidade dos direitos e inclusão social e produtiva⁶³.

Essa amostragem do universo de demandas apresentadas pelos movimentos sociais representativos dos anseios de pessoas LGBTI, associada às graves cifras sobre violações contra esses grupos, evidencia que, não obstante a presença de farto arsenal de instrumentos e garantias constitucionais à disposição do Ministério Público, sua atuação ainda se encontra majoritariamente pautada numa institucionalidade dissonante com aquela proposta pelo

defesa dos direitos e sobre o modo de acessá-los; V – estabelecer as metas institucionais em temas de reconhecida relevância social, reunindo-se esforços orçamentários e estruturais, tais como comissões, grupos de trabalho, forças-tarefa e outros, a fim de garantir o alcance de resultados.

⁶² Ver relatórios dos quatro primeiros encontros. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **1º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/DireitosFundamentais/Arquivos/Relat%C3%B3rio_do_1_Encontro_Nacional_MP_e_movimentos_sociais.pdf. Acesso em: 02 fev. 2018; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **2º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/LIVRO_2%C2%BA_Encontro_de_Movimentos_Sociais_CNMP_WEB_3.pdf. Acesso em: 02 fev. 2018; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **3º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/completo_3_encontro_de_movimentos_sociais_CNMP_web_4.pdf. Acesso em: 02 fev. 2018. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **4º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Relat%C3%B3rio_4%C2%BA_Encontro.pdf. Acesso em: 02 fev. 2018.

⁶³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014. p. 52.

mandamento constitucional de 1988.

Nesse sentido, dados recentemente coletados em pesquisa⁶⁴ realizada sobre o Ministério Público brasileiro revelaram como seus membros ainda têm dificuldade para se posicionarem ativamente na defesa de uma sociedade pautada em relações sociais igualitárias. Se o texto constitucional de 1988 atribuiu ao Ministério Público uma série de atribuições e instrumentos jurídicos suficientes para superar sua antiga institucionalidade e ainda reforçar seu dever de promover a defesa dos direitos coletivos e sociais, na visão dos entrevistados, a promoção da justiça segue associada prioritariamente à persecução penal⁶⁵. Nesse sentido, segundo resultados, ao serem indagados acerca do principal motivo para terem se candidatado a ingressar na carreira do Ministério Público, quase a totalidade dos membros entrevistados (98%) marcou como resposta “realização da justiça”, opção cujo significado apareceu em outro momento da pesquisa como evidência de uma atuação proeminente no “combate à criminalidade”⁶⁶.

Para compreender as prioridades institucionais, os pesquisadores pediram aos entrevistados que as apontassem a partir de uma lista contendo 24 itens que pretendiam expressar as atribuições do Ministério Público após a Constituição de 1988. Entre as matérias reconhecidas como de menor interesse está a defesa dos direitos das pessoas LGBTI⁶⁷.

Em um país que registra alarmantes índices de violência contra pessoas LGBTI, figurando, inclusive, como o país que mais mata pessoas trans no mundo⁶⁸, referida temática deveria, dentre outras, figurar como parte das prioridades institucionais. Ao colocarem a atribuição de defesa de direitos de pessoas LGBTI – e do enfrentamento ao racismo – nas últimas posições do ranking de prioridades institucionais, as/os entrevistados confirmaram a dificuldade do Ministério Público brasileiro em assumir, como tarefa prioritária, a defesa dos grupos historicamente vulnerabilizados.

A título de conclusão, referida pesquisa apontou que, quase trinta anos após a promulgação da CRFB/1988, o Ministério Público ainda não internalizou as atribuições que lhe foram constitucionalmente conferidas e, portanto, segue atuando em consonância com os

⁶⁴ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. **Ministério Público: Velha instituição com novas funções?.** *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 113, p. 51-82, 2017. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/6654>>. Acesso 02 fev. 2018.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Foram também apontados como temas de menor interesse a defesa dos direitos étnicorraciais (como remanescentes de quilombo e indígenas) e a Justiça Militar.

⁶⁸ BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO Lukas. TMM annual report 2016. *TvT Publication Series*, Vol.14, Oct. 2016, p. 12. Disponível em: <<http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

velhos parâmetros anteriores à 1988, em franca desconsideração à defesa dos direitos de indivíduos e segmentos sociais tradicionalmente excluídos das políticas públicas nacionais, como é o caso das pessoas LGBTI⁶⁹. Neste cenário, o Ministério Público pode ser compreendido como uma estrutura que ainda privilegia a vertente repressivo-punitiva em detrimento da positiva-promocional.

Por outro lado, é justo registrar a existência de ‘ilhas de excelência’ na atuação de membros do Ministério Público na defesa dos direitos de LGBTI. Entretanto, não se identifica amplo direcionamento institucional no sentido do aprimoramento da atuação ministerial na temática. Nesse sentido, tendo o Ministério Público relevante papel como órgão do Poder Público voltado à promoção e defesa de direitos, é preciso investir na mobilização dessa atuação para além das boas práticas isoladas e perenes, e também enfrentar a seletividade temática nos avanços.

Nessa linha, torna-se necessário investigar formas de se enfrentar os desafios internos à atuação do Ministério Público para se lograr uma guinada institucional à efetiva garantia de direitos de LGBTI, extrapolando, assim, essas ‘ilhas de excelência’ e o mero registro de garantias fundamentais em cartilhas, documentos e planos.

Em termos substanciais, esse movimento de guinada institucional demanda, conforme aqui se defende, não apenas a defesa da ordem jurídica nacional, mas também a incorporação e difusão dos parâmetros de promoção e defesa de direitos de LGBTI já alcançados no Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode oferecer parte das ferramentas argumentativas e boas práticas jurídicas necessárias ao aprimoramento institucional do Ministério Público na temática.

Para tanto, importante compreender de que forma esse diálogo com as fontes do Direito Internacional pode alcançar e favorecer o aprimoramento da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos e interesses de LGBTI, o que será investigado no próximo capítulo.

CAPÍTULO III – DA INCORPORAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO APRIMORAMENTO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS DE PESSOAS LGBTI PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

De início, cabe destacar existir um dever jurídico de conformação, em âmbito interno,

⁶⁹ RIBEIRO, 2017.

aos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos⁷⁰. Conforme sintetiza Amartya Sen⁷¹:

Há duas razões principais para exigir que o encontro entre a argumentação racional pública e a justiça vá além das fronteiras de uma região ou de um estado, e elas se baseiam, respectivamente, na pertinência dos *interesses* de outras pessoas para evitar a tendenciosidade e ser equânime com os outros, e na pertinência das *perspectivas* de outras pessoas para ampliar nossa própria investigação dos princípios relevantes, e assim evitar o paroquialismo dos valores e pressupostos insuficientemente examinados da comunidade local.

Amartya Sen⁷² entende que a restrição da discussão acerca das exigências de justiça à determinada localidade incorre no risco de que se desconsidere ou subestime argumentos que podem “não ter surgido nos debates políticos locais ou ficaram apagados nos discursos restritos à cultura local, mas que são extremamente dignos de consideração numa perspectiva imparcial.”⁷³

Amparado em ideias como esta, o paradigma jurídico em torno do princípio da primazia da norma mais benéfica à pessoa humana (*pro persona*) tem sido enfatizado trazendo, ao centro, a potência do diálogo⁷⁴ multinível entre as fontes das jurisdições doméstica, regional e global. Deste diálogo pretende-se extrair as melhores práticas e interpretações voltadas à máxima garantia e realização de direitos de todas as pessoas, em caráter de igualdade e sem discriminação.

Conforme aponta Flávia Piovesan⁷⁵, há transformações em curso que só são possíveis a partir de um elemento nuclear, que é a capacidade dialógica do mundo jurídico em que o desenho aponta ao sistema jurídico multinível. O direito abarca a ordem local, doméstica, mas também a ordem regional e a ordem global, com a difusão de parâmetros, diálogos, permeabilidades mútuas e recíprocas, e com *standards* protetivos que muitas vezes permitem a compensação de déficits nacionais. Os níveis global e regional se somam ao direito doméstico para a proteção da pessoa numa leitura holística e cosmopolita do fenômeno

⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Funag, 2007, p. 410. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

⁷¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 437.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid., p. 438.

⁷⁴ Conforme aponta Alberto do Amaral Júnior, o uso da expressão “diálogo das fontes” inspira-se em trabalho desenvolvido pelo autor Eric Jayme no âmbito do direito internacional privado. Em: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *i*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 12, 2008.

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed. rev. amp. atu.. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

jurídico.⁷⁶

Na América Latina, este diálogo multinível em matérias de direitos humanos se manifesta, com mais clareza, pelo idioma do controle de convencionalidade, que carrega, ao centro de seus fundamentos, os princípios da subsidiariedade das fontes de direito internacional e da proteção à pessoa humana. Como será explorado a seguir, mencionado instituto oferece um novo referente jurisdicional para a efetividade dos direitos humanos no século XXI e contribui à edificação de um direito comum latinoamericano, inclusive em matéria de defesa de LGBTI.

3.1. Do diálogo multinível por meio do idioma da convencionalidade

A expressão ‘controle de convencionalidade’ surge da ideia de ‘controle de constitucionalidade’, diferenciando-se deste quanto ao parâmetro normativo adotado no exercício do controle. No exame de convencionalidade, investiga-se a observância de disposições constantes em tratados e jurisprudência internacionais em matérias de direitos humanos aplicáveis a determinado Estado. Entre os objetivos do controle de convencionalidade, está o de garantir a efetividade de direitos e prevenir que normas internas sejam incompatíveis com o Pacto de San José e suas fontes interpretativas (ou o *corpus iuris* interamericano⁷⁷). O controle de convencionalidade constitui obrigação jurídica decorrente da Convenção Americana e da Convenção de Viena dos Tratados⁷⁸.

Se por um lado a expressão ganha maior protagonismo apenas em anos mais recentes – sobretudo na América Latina –, seu conteúdo trata, ainda que com maior ênfase no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, da largamente debatida aplicação do direito internacional em âmbito interno, ou da obrigação no exercício de controle de normatividade.

⁷⁶ Ibid., p. 129.

⁷⁷ Em seu parecer consultivo OC-24/17, a Corte IDH reitera que o *corpus iuris* do direito internacional dos direitos humanos no qual se baseia para o exercício do controle de convencionalidade concentrado está composto por “uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou reunidas no direito internacional consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como direito, assim como os princípios gerais do direito e um conjunto de normas de caráter geral ou de *soft Law*, que servem como guia de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão os conteúdos mínimos estabelecidos convencionalmente”. Ainda, a Corte se baseia em sua própria jurisprudência. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17 sobre Identidade de Gênero e Não Discriminação contra Casais do Mesmo Sexo**. 24 de novembro de 2017. § 60.

⁷⁸ BAZÁN, VICTOR. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. *Direito Público*, [S.l.], v. 8, n. 41, jan. 2013. ISSN 2236-1766. p. 220. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953/1061>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

Na América, o conteúdo atribuído ao ‘controle de convencionalidade’ vem sendo desenvolvido e reiterado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos há dez anos e encontra-se detalhado em sentenças, opiniões consultivas e resoluções do órgão colegiado⁷⁹.

A jurisprudência interamericana tem concebido o controle de convencionalidade em âmbito interno como uma ferramenta que permite aos Estados concretizarem a obrigação de garantia dos direitos humanos através da verificação da conformidade das normas e práticas nacionais com os parâmetros normativos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, mais especificamente, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) e de suas fontes, incluindo a jurisprudência da própria Corte IDH.⁸⁰ O controle se baseia, portanto, no teor da CADH e de sua interpretação realizada pela Corte IDH no âmbito de suas competências contenciosa e consultiva⁸¹, cujos efeitos alcançam todos os Estados sob a jurisdição da Corte IDH⁸².

A expressão ‘controle de convencionalidade’ aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte IDH no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Anteriormente, o juiz e ex-presidente da Corte IDH, Sergio García Ramírez, em seus votos nos casos *Myrna Mack*⁸³ e *Tibi*⁸⁴, já havia realizado uma aproximação conceitual ao controle de convencionalidade em âmbito interamericano e internamente nos Estados. Entretanto, em *Almonacid Arellano* a Corte IDH sistematiza os principais elementos trazidos na ênfase

⁷⁹ O desenvolvimento interpretativo da Corte IDH relativamente ao controle de convencionalidade encontra-se registrado, dentre outros, nos seguintes casos: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones**. Sentencia de 24 de febrero de 2011; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colômbia**. Sentença de 30 nov. 2012; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai**. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 20 de março de 2013. Voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai**. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 20 de março de 2013.

⁸¹ A Corte IDH considera necessário 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”. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-2/82 sobre O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 24 de setembro de 1982. § 29; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-21/14**. § 31.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017..

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004.

estabelecida pela expressão:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁸⁵

A partir do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte IDH tem desenvolvido o conteúdo e alcance do controle de convencionalidade para chegar a um conceito complexo que compreende os seguintes elementos:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.⁸⁶

No âmbito do Sistema de Justiça, a Corte explicita que os órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os níveis, não devem limitar-se a realizar um exame de constitucionalidade, mas estão também obrigados a exercer *ex officio* o controle de convencionalidade:

por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. No mesmo sentido, ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7:** Control de Convencionalidad. San José, Costa Rica. p. 6.

jurisprudenciales de la Corte Interamericana.⁸⁷

A Corte IDH destaca, ainda, o exercício do controle relativamente à coisa julgada em direito internacional:

cuando existe cosa juzgada internacional, este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.⁸⁸

Em síntese, em sua dimensão concentrada, a Corte IDH realiza o controle diretamente por meio de suas competências contenciosa e consultiva, dimensão que não oferece grande inovação sob as lentes do direito internacional público.

Entretanto, em sua dimensão difusa, o exercício do controle de convencionalidade se impõe diretamente a todas as autoridades públicas judiciais, legislativas e executivas, no âmbito das respectivas competências estipuladas no direito doméstico. Conforme destaca Victor Bazán⁸⁹, esta dimensão representa, talvez, a maior potência e inovação do instituto, uma vez que reclama a obrigação direta de todas as autoridades públicas, incluindo o Ministério Público, de exercer de ofício o controle de convencionalidade, capilarizando e ampliando o alcance dos parâmetros interamericanos no direito interno.

Adicionalmente, a Corte Interamericana destaca a importância da realização do controle de convencionalidade em âmbito interno para evitar que os Estados incorram em responsabilidade internacional, considerando serem estes os primeiros responsáveis pelo cumprimento da tarefa de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a Corte destaca o papel subsidiário do sistema de proteção internacional contencioso e chama atenção para a progressiva incorporação do instituto por parte da jurisprudência constitucional comparada.⁹⁰

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013. No mesmo sentido, conferir: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia**. Sentencia de 30 nov. 2012.

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013.

⁸⁹ BAZÁN, VICTOR. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 41, jan. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953/1061>>. p. 228. Acesso em: 09 fev. 2018.

⁹⁰ “[S]e ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—; de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí, mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el

Ainda sobre a contribuição preventiva do exercício de controle de convencionalidade a partir das interpretações realizadas pela Corte IDH, o Tribunal destaca que os Estados:

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 marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.⁹¹

Em outras palavras, cabe dizer que a utilização preventiva, por juízes, promotores e defensores (dentre outros agentes públicos), dos padrões de proteção estabelecidos internacionalmente, não apenas ampliaria a implementação dos direitos humanos em âmbito interno, mas também diminuiria o número de casos remetidos à análise do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, evitando a sua sobrecarga. Ao SIDH restariam casos de maior complexidade ou emblemáticos.

3.2. Do exercício do controle de convencionalidade no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de convencionalidade, assim como ocorre como o de constitucionalidade, pode ser exercido nas modalidades concentrada ou difusa.

O processo de internalização de tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro data de pouco mais de dez anos. Em breve retrospectiva, em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 estabeleceu que, caso aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional (Art. 5º, §3º da CRFB/88), tratados internacionais que versam sobre matérias de direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico doméstico com valor de emenda à Constituição. Em 2008, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, mas que não tiverem cumprido o rito previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88, detêm natureza *supralegal*, ou seja, abaixo da CRFB/88, mas acima da legislação infraconstitucional.

Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.” Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 20 de março de 2013. Voto do Juiz Eduardo Ferrer MacGregor Poisot.

⁹¹ Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17 sobre Identidade de Gênero e Não Discriminação contra Casais do Mesmo Sexo**. 24 de novembro de 2017. § 27.

Na primeira hipótese – de tratados em direitos humanos que cumprirem o rito do § 3º do art. 5º da CRFB/88, o controle de convencionalidade poderá ocorrer tanto na modalidade concentrada pelo Supremo Tribunal Federal – uma vez terem alcançado *status* de norma constitucional⁹², quanto difusa por todos os demais atores públicos incumbidos de zelar pela observância dos parâmetros convencionais.

Quanto aos demais tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas que não tiverem cumprido o rito previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88 e detiverem, portanto, valor normativo *supralegal* no direito interno, estes seriam passíveis de controle de convencionalidade difuso⁹³ por todos os atores estatais representados nos três Poderes⁹⁴.

Chama atenção, então, o alcance da dimensão difusa do controle de convencionalidade no direito interno brasileiro, que vincula, como já destacado, o exame da compatibilidade de atos e normas aos parâmetros interamericanos por todos os atores públicos do sistema jurídico brasileiro, incluindo o Ministério Público.

Conforme aponta Eduardo Ferrer⁹⁵, juiz da Corte IDH,

embora a figura do controle de convencionalidade tenha se consolidado nos cenários nacionais a partir das cortes supremas de Justiça, ela deve ter sua extensão e cultura ampliadas, não se limitando ao poder judicial, mas alcançando outros órgãos que integram a estrutura de um Estado. Todas as autoridades podem, senão devem, exercer o controle de convencionalidade.

Nesse sentido, a implementação integral dos parâmetros interpretativos proferidos pela Corte IDH reclama o reconhecimento dos atores jurídicos – incluindo o Ministério Público – quanto à obrigatoriedade da observância dos parâmetros interamericanos de promoção e proteção aos direitos humanos.

⁹² Na vertente concentrada, caberia admitir, portanto, o uso de todos os instrumentos também disponíveis ao controle de constitucionalidade perante o STF, incluindo a possibilidade de “ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvencionalidade), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional”. Em: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2008. p. 213. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

⁹³ Ibid. p. 213-214.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013. No mesmo sentido, conferir: **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia**. Sentença de 30 nov. 2012.

⁹⁵ POISOT, Eduardo Ferrer Macgregor. **Controle de convencionalidade deve ser do Estado, diz vice da Corte IDH**. Notícias. Site Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-control-de-convencionalidade-deve-ser-do-estado-diz-vice-da-corte-idh>. Acesso em: 08 fev. 2018

3.3. Da obrigatoriedade do controle de convencionalidade pelo Ministério Público

O dever de conformação do direito interno aos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos impõe, como visto, a obrigação de exercício do controle de convencionalidade ao Ministério Público. A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil constitui parte, vincula a atuação do Ministério Público⁹⁶ e implica que a não observância de suas disposições e do *corpus iuris* interamericano pelo Ministério Público suscita responsabilidade internacional do Estado⁹⁷.

Conforme aponta Bernardes⁹⁸, ainda que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos tenha ingressado formalmente no direito interno por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, o sistema de justiça brasileiro ainda não tem exercido, substancialmente, o controle de convencionalidade, como já ocorre no Judiciário de países como a Argentina e a Colômbia⁹⁹.

Por outro lado, o debate acerca da convencionalidade vem ganhando, nos últimos anos, maior relevo no Judiciário brasileiro, inclusive tangenciando a temática LGBTI. Entretanto, o instituto, suas fontes e a obrigatoriedade de seu exercício persistem pouco conhecidos, estudados e utilizados na atuação do Ministério Público.

Em levantamento realizado por amostragem em documentos orientadores da atuação dos Ministérios Públicos brasileiros¹⁰⁰, identificou-se referência expressa ao tema do controle

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. § 93; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. §. 221; Opinião Consultiva OC-21/14, § 31.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo**. Sentencia de 29 de julio de 1988. § 164; Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. § 197; Opinião Consultiva OC-21/14, § 31.

⁹⁸ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos y Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. **Revista SUR**, v. 8, n. 15. p. 135-156, 2011. p. 143. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46810/sistema_interamericano_derechos_bernardes.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2018.

⁹⁹ Na Argentina e na Colômbia, o Judiciário vem aplicando *ex officio* as decisões dos órgãos do sistema, inclusive aquelas relativas a casos que tratavam de violações ocorridas em outros países, e reconhecendo a hierarquia constitucional dessas disposições. Ver: DI CORLETO e UPRIMNY, 2007 *apud* BERNARDES, 2011. p. 144.

¹⁰⁰ O Ministério Público brasileiro se subdivide em Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar. Para os fins desta pesquisa, em razão das atribuições mais específicas para atuar em matérias afetas aos direitos de LGBTI nas áreas cível, criminal e nas políticas públicas transversais, optou-se por investigar amostra representativa dos Ministérios Públicos estaduais e Ministério Público Federal, e os atos e normas do Conselho Nacional do Ministério Público, que abarcam também os Ministérios Públicos do Trabalho e Militar.

de convencionalidade como parte das atribuições do Ministério Público em apenas um dos documentos pesquisados.

O levantamento baseou-se em:

- (i) seis das edições mais recentes de Manuais de Atuação ou Orientação Funcional dos Ministérios Públicos estaduais de Minas Gerais¹⁰¹, São Paulo¹⁰², Paraná¹⁰³, Maranhão¹⁰⁴, Goiás¹⁰⁵ e Rondônia¹⁰⁶, selecionados de forma a contemplar amostras de todas as cinco regiões brasileiras, e, ainda, conforme sua disponibilidade de acesso ao público por meio virtual;
- (ii) compilação de Atos e Normas orientadoras da atuação do Ministério Público Federal¹⁰⁷, atualizados até dezembro de 2017; e
- (iii) banco de atos e normas editados pelo Conselho Nacional do Ministério Público nos últimos dez anos¹⁰⁸ (recorte temporal inspirado nos cerca de dez anos de menção ao controle de convencionalidade na jurisprudência interamericana).

Como descritores de busca, foram utilizados os termos “convencionalidade” e “San Jose” (em referência ao Pacto de San José da Costa Rica), bem como o radical “interamerican” (de forma a abarcar menções à Corte Interamericana, a tratados interamericanos, ao Sistema Interamericano e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

Em relação ao descritor “convencionalidade”, o termo aparece apenas duas vezes nos documentos pesquisados, conforme ilustrado na Tabela 1 abaixo. O Manual de Atuação do Ministério Público do Maranhão é o único que cita o controle de convencionalidade como parte da competência do órgão, mas restrita à atribuição de defesa dos direitos humanos e sem

¹⁰¹ MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: CEAJ, DIPE, 2015.

¹⁰² CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2010.

¹⁰³ PARANÁ. Ministério Público. Corregedoria-Geral. **Manual de orientação funcional**. Curitiba, 2009.

¹⁰⁴ MARANHÃO. Ministério Público. Corregedoria Geral. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2015.

¹⁰⁵ GOIÁS. Ministério Público. Corregedoria Geral. **Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de Goiás**. Goiânia, 2000.

¹⁰⁶ RONDÔNIA. Ministério Público. Corregedoria Geral. **Manual de Orientação Funcional do Ministério Público de Rondônia**. Porto Velho, 2010.

¹⁰⁷ CORREGEDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Atos e Normas MPF e CNMP**. Brasília, 2017.

¹⁰⁸ A pesquisa foi realizada por meio do sistema de busca virtual do Conselho Nacional do Ministério Público, disponível no endereço <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-resultados>>, e concentrou-se no período de 01 de fevereiro de 2008 a 05 de fevereiro de 2018. Os atos e normas investigados compreenderam: Termos de Cooperação, Notas Técnicas, Enunciados, Emendas Regimentais, Regimento Interno, Instruções Normativas, Portarias Conjuntas, Recomendações, Portarias da Secretaria Geral, Resoluções, Proposições Apresentadas, Resoluções Conjuntas, Portarias da Presidência, Portarias da Corregedoria.

menção acerca da vinculação às interpretações realizadas da Corte Interamericana:

Art. 437. No exercício das atribuições de tutela dos direitos humanos, compete ao membro do Ministério Público, dentre outras providências:

(...)

XIV – promover sempre que pertinente a inserção de normas internacionais de proteção aos direitos humanos em suas manifestações jurídicas e extrajudiciais com o fim específico de promover o controle de convencionalidade.¹⁰⁹

O termo aparece também mencionado, genericamente, no Plano Anual de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público para o ano de 2016. Neste, aponta-se que quatro servidores do CNMP manifestaram interesse em serem capacitados sobre controle de convencionalidade. Entretanto, se por um lado referido instituto foi indicado como uma das matérias demandando melhor formação dos servidores e membros, por outro o tema foi apontado no último nível da escala de prioridades face aos demais assuntos elencados para capacitações.¹¹⁰

Merece destaque, ainda, o Manual do Ministério Público do Paraná, que não traz referência expressa à convencionalidade, mas menciona o “amplo alcance das obrigações convencionais de proteção no Estado brasileiro”¹¹¹, dispondo sobre a vinculação dos três Poderes aos tratados de direitos humanos e destacando a necessidade e valor “da instância internacional para o aperfeiçoamento do regime interno de tutela dos direitos humanos.”¹¹². Entretanto, não há, igualmente, qualquer detalhamento ou ênfase específica à obrigação do Ministério Público de exercício de convencionalidade, tampouco ao conteúdo do instituto.

¹⁰⁹ MARANHÃO, 2015, p. 145-146.

¹¹⁰ No documento constam as necessidades de capacitação que foram apontadas pelas Secretarias, Gabinetes e Comissões do CNMP por meio do instrumento de Levantamento de Necessidades de Treinamento – LNT 2016. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Plano de Capacitação CNMP**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/plano_capitacao.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2018.

¹¹¹ Ibid., p. 241

¹¹² Ibid., p. 241.

TABELA 1 – Descritor: “Convencionalidade”

Instituição	Região	Documento	Ano	Nº de ocorrências	Vinculação Temática
Ministério Público do Estado de Minas Gerais	Sudeste	Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de Minas Gerais	2015	0	
Ministério Público do Estado de São Paulo	Sudeste	Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo	2010	0	
Ministério Público do Estado de Rondônia	Norte	Manual de Orientação Funcional	2010	0	
Ministério Público do Estado do Maranhão	Nordeste	Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado do Maranhão	2015	1	Consta expressamente, mas sem maior detalhamento, como competência no âmbito da atribuição de tutela dos Direitos Humanos.
Ministério Público do Estado do Paraná	Sul	Manual de orientação funcional	2009	0	Obrigações convencionais de proteção no Estado Brasileiro.
Ministério Público do Estado de Goiás	Centro-Oeste	Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de Goiás	2000	0	
Corregedoria do Ministério Público Federal	Federal	Atos e Normas MPF e CNMP	2017	0	
Conselho Nacional do Ministério Público	Federal	Atos e Normas	2008 - 2018	1	Plano Anual de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público do ano de 2016/Temas demandados para capacitação em 2016.

Fonte: A autora (2017).

Se por um lado os achados do levantamento realizado não são exaustivos, é válido dizer que a baixa densidade da inserção do tema do controle de convencionalidade em alguns dos principais documentos, atos e normas orientadores da atuação do Ministério Público, denota que o órgão ainda não incorpora o instituto como obrigação jurídica vinculante às suas atividades cotidianas. Tampouco há uma clara compreensão sobre as formas de incorporação, alcance e utilização dos parâmetros protetivos interamericanos no direito doméstico. Percebe-se, ainda, ênfase aos textos de tratados interamericanos, sem maior elaboração sobre o caráter vinculante das ricas interpretações realizadas pela Corte IDH acerca do teor dessas normas.

Nesse sentido, tendo em vista a não identificação do termo na maior parte dos documentos pesquisados, buscou-se compreender, então, em que medida o teor do instituto do controle de convencionalidade encontra-se abarcado, ainda que genericamente, sob a forma de menções à obrigação de incorporação dos parâmetros interamericanos de proteção aos direitos

humanos à prática ministerial. Para tanto, foram também pesquisadas, conforme apontado, as incidências do descritor “San Jose” e do radical “interamerican”.

Conforme resultados de pesquisa ilustrados nas tabelas abaixo, há maior incidência de referências à Convenção Americana de Direitos Humanos e a tratados interamericanos de direitos humanos, incluindo sua incorporação ao direito brasileiro. Há, igualmente, referência à existência da Corte e Comissão Interamericanas, mas não a entendimentos específicos emitidos pelos órgãos, tampouco à vinculação da atuação do Ministério Público aos parâmetros estabelecidos em âmbito interamericano.

A este respeito, as diretrizes atinentes à prática do MPF trazem, em maior medida, detalhamento procedimental sobre a atuação do órgão face aos procedimentos em âmbito interamericano, enfocando, entretanto, o acompanhamento ministerial de casos em que o Estado brasileiro tenha sido demandado no Sistema Interamericano. A abordagem, portanto, é reativa e pouco elucidativa quanto às possibilidades de utilização das normas e interpretações interamericanas como ferramentas cotidianas, obrigatórias e úteis à atuação dos membros e servidores do Ministério Público em seu dever de tutela de direitos.

O que se identifica, em outras palavras, é que os parâmetros protetivos interamericanos não são apontados, ainda, como efetivos instrumentos de atuação dos Ministérios Públicos, passíveis de incorporação e diálogo direto com as ferramentas atribuídas ao órgão pela CRFB/88.

Tabela 2: Descritor: “Interamerican”

Instituição	Região	Documento	Ano	Nº de ocorrências	Vinculação Temática
Ministério Público do Estado de Minas Gerais	Sudeste	Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de Minas Gerais	2015	8	Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência; Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
Ministério Público do Estado de São Paulo	Sudeste	Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo	2010	0	
Ministério Público do Estado de Rondônia	Norte	Manual de Orientação Funcional	2010	0	
Ministério Público do	Nordeste	Manual de Atuação Funcional do Ministério	2015	1	Texto da Convenção Americana de Direitos Humanos anexado

Estado do Maranhão		Público do Estado do Maranhão			ao manual.
Ministério Público do Estado do Paraná	Sul	Manual de orientação funcional	2009	15	Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos. (Recomendações: Processo Civil em Geral)
Ministério Público do Estado de Goiás	Centro-Oeste	Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de Goiás	2000	0	
Corregedoria do Ministério Público Federal	Federal	Atos e Normas MPF e CNMP	2017	0	PORTARIA PGR/MPF Nº 556, DE 13 DE AGOSTO DE 2014 (Regimento Interno do Gabinete do Procurador-Geral da República/Atribuições da secretaria de cooperação internacional). Resoluções do XVII Encontro Nacional de Procuradores e Procuradorias dos Diretos do Cidadão.
Conselho Nacional do Ministério Público	Federal	Atos e Normas	2008 2018	9	Pessoas portadoras de deficiência/necessidades específicas de saúde; promoção da igualdade étnico-racial; Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Audiências de custódia; Sistema Prisional; Capacitação de Conselheiros; Violência contra a população Trans.

Fonte: A autora (2017).

Tabela 3: Descritor: “San Jose”

Instituição	Região	Documento	Ano	Nº de ocorrências	Vinculação Temática
Ministério Público do Estado de Minas Gerais	Sudeste	Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de Minas Gerais	2015	4	Jurisprudência do STF; Ação Civil Pública sobre Direitos Previdenciários de casal homossexual; Modelo de Parecer sobre Racismo; Referência à Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008.
Ministério Público do Estado de São Paulo	Sudeste	Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo	2010	0	
Ministério Público do Estado de Rondônia	Norte	Manual de Orientação Funcional	2010	0	
Ministério Público do Estado do Maranhão	Nordeste	Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado do Maranhão	2015	1	Texto da Convenção Americana de Direitos Humanos anexado ao manual.
Ministério Público do	Sul	Manual de orientação	2009	0	

Estado do Paraná		funcional			
Ministério Público do Estado de Goiás	Centro-Oeste	Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de Goiás	2000	0	
Corregedoria do Ministério Público Federal	Federal	Atos e Normas MPF e CNMP	2017	0	
Conselho Nacional do Ministério Público	Federal	Atos e Normas	2008 2018	1	Sistema Prisional

Fonte: A autora (2017).

É interessante observar, ainda, as temáticas tangenciadas nas menções aos descritores e radical utilizados na pesquisa. Conforme apontado nas tabelas acima, a interface com o acesso a direitos por pessoas LGBTI aparece em ação civil pública divulgada como boa prática no Manual de Atuação do Ministério Público de Minas Gerais. Na peça, que trata do acesso a direitos previdenciários por casal homossexual, faz-se referência aos artigos 1º e 2º do Pacto de San José da Costa Rica para se adensar a defesa do direito à igualdade e a não discriminação nessa seara. Não há menção, entretanto, ao fato de que impedir o acesso a direitos previdenciários por motivação discriminatória fundada em orientação sexual viola tratado internacional e suscita responsabilidade internacional do Estado brasileiro. A abordagem ao tratado na ação civil volta-se, sobretudo, à sua carga principiológica, sem menção ao seu caráter vinculante.

O tema LGBTI aparece, ainda, uma segunda vez nas buscas realizadas: nos resultados relacionados à incidência do radical “interamerican” nos atos do CNMP, informa-se, em portaria, sobre a indicação de conselheira para acompanhar audiência sobre “Violência contra a População 'Trans' (Travesti, Transexual e Transgênero)” no âmbito do 140º Período Ordinário de Sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, ocorrido em 2010. Não há outras aparições da matéria LGBTI associada a parâmetros interamericanos, menos ainda a obrigações convencionais do Ministério Público na defesa de direitos de LGBTI.

Do exposto, é possível tecer algumas considerações preliminares: (i) se por um lado o levantamento realizado não se pretende exaustivo, ele indica que há algum nível de reconhecimento e conhecimento sobre a importante carga principiológica trazida pelos tratados de direitos humanos, bem ainda sobre seu caráter complementar às normativas de direito interno. Contudo, os resultados das buscas realizadas evidenciam não haver maior entendimento ou consideração de seu caráter normativo vinculante, tampouco acerca de sua operacionalização no direito interno. Em segundo lugar, percebe-se que (ii) as interpretações

realizadas pela Corte Interamericana quando da aplicação dos tratados a casos e temas concretos não são endereçadas, de forma clara, como ferramentas de amparo à atuação do Ministério Público na promoção e defesa de direitos humanos. Em terceiro, evidencia-se (iii) ainda não haver substanciais orientações institucionais aos membros e servidores do Ministério Público sobre a obrigatoriedade, importância e conteúdo do controle de convencionalidade. Por fim, (iv) no que se refere à atuação do órgão no tema LGBTI, se por um lado identificam-se boas práticas ministeriais, por outro elas ainda aparecem de forma pouco volumosa e dissociadas do amparo vinculante oferecido no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Como já destacado, o exercício do controle de convencionalidade constitui atribuição do Ministério Público tanto do ponto de vista do direito internacional quanto sob as lentes do direito interno, uma vez que a realização da missão constitucional do órgão exige a utilização de todas as ferramentas que lhe foram conferidas para zelar pelos direitos protegidos pela CRFB/88. O controle de convencionalidade pelo Ministério Público trata, portanto, de obrigação jurídica inafastável e sua não observância torna o Estado brasileiro passível de responsabilização internacional.

Ante as lacunas preliminarmente mapeadas e a existência da referida obrigação institucional, evidencia-se contexto que suscita a necessidade de aprofundamento e difusão da interface do controle de convencionalidade com as atribuições do Ministério Público brasileiro.

3.4. Da utilidade do controle de convencionalidade no enfrentamento de novas agendas de direitos humanos pelo Ministério Público

Em um de seus escritos a respeito do tema, Sérgio García Ramírez¹¹³, ex-juiz da Corte Interamericana, reitera dizer de Néstor Sagués para ressaltar que, quando bem exercido, o controle de convencionalidade pode constituir “uma ferramenta proveitosa para assegurar a primazia da ordem jurídica internacional dos direitos humanos e edificar um *ius commune* na matéria em âmbito interamericano”¹¹⁴.

Nesse sentido, o diálogo das fontes de direito interno e internacional – neste caso, especialmente aquelas do Sistema Interamericano – mostra-se de especial importância. Nas

¹¹³ RAMIREZ. Sérgio García. El Controle judicial interno de convencionalidad. **Rev. IUS**, Puebla, v. 5, n. 28, p. 123-159, dic. 2011.

¹¹⁴ Ibid., p.127.

palavras de Márcia Nina Bernardes¹¹⁵:

[O] Sistema Interamericano de Direitos Humanos proporciona as bases institucionais para a construção de uma esfera pública transnacional que pode contribuir para a democracia brasileira. Assuntos que não encontram espaço na agenda política nacional podem ser tematizados nesses espaços transnacionais. No entanto, para que o SIDH funcione como esfera pública transnacional, é preciso que seus órgãos gozem de credibilidade e que suas determinações sejam atendidas pelos Estados.

A defesa dos direitos relativos à diversidade sexual é, ainda, agenda recente na trajetória do direito interno brasileiro. Portanto, a incorporação da referida ferramenta pelo Ministério Público possibilita ao órgão potencializar o seu importante papel de promover novos avanços em questões sociais que ainda demandam maior debate.

Conforme demonstrado, os parâmetros protetivos aos direitos de pessoas LGBTI em âmbito interamericano já ultrapassam o desenvolvimento em âmbito interno, sobretudo no que se refere ao grau de detalhamento sobre o alcance dos princípios da igualdade e da não discriminação nas dimensões legislativa, executiva e judicial.

A evolução interpretativa referente à temática LGBTI no âmbito das competências contenciosa (Caso *Atala Rizzo* e Caso *Duque*) e consultiva (OC-24/2017) da Corte IDH inclui, por exemplo, a aplicação dos paradigmáticos Princípios de Yogyakarta e outras fontes de *soft Law*, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e normas de *jus cogens*. Uma vez incorporadas às interpretações da Corte Interamericana, referidas fontes tornam-se não apenas disponíveis à superação de lacunas internas pelo Ministério Público, mas também impõem o dever de atuar à luz das melhores práticas já identificadas pela Corte IDH.

Nesse sentido, o exercício de convencionalidade cria a oportunidade de que se ultrapasse o nível evolutivo já alcançado em âmbito interno acerca de determinado direito.¹¹⁶ Não obstante, o instituto apresenta-se não apenas como dever, mas também como ferramenta de aplicação do princípio *pro persona* pelo Ministério Público para, a partir do diálogo multinível, dirimir conflitos interpretativos atinentes à garantia de direitos de pessoas LGBTI.

Ante os desafios identificados acima na atuação do Ministério Público na defesa dos direitos do aludido grupo, e também da rica construção encontrada na matéria em âmbito

¹¹⁵ BERNARDES, 2011, pp. 136-137. Cabe acrescentar que, para a autora, um dos desafios à credibilidade do Sistema Interamericano é a resistência da comunidade jurídica nacional a incorporar o Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua prática. Nesse sentido, Bernardes conclui que “existe um dever jurídico de nos conformarmos internamente aos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos que vem sendo negligenciado”. Ibid., p. 136.

¹¹⁶ BAZÁN, VICTOR. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. *Direito Público*, [S.l.], v. 8, n. 41, jan. 2013. ISSN 2236-1766. p. 225. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953/1061>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

interamericano, resta claro que o emprego do controle de convencionalidade associado às ferramentas ministeriais é, também, útil à consecução das atribuições constitucionais do órgão.

Por todo o exposto, conclui-se ser fundamental, então, se pensar em estratégias institucionais voltadas a uma maior fiscalização, pelo Ministério Público, da convencionalidade das normas e atos do Poder Público brasileiro incidentes sobre as realidades dos sujeitos LGBTI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento das pessoas LGBTI como sujeitos de direitos encontra amparo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação. Partindo-se desses mandamentos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional impõem aos Estados o dever de proteger pessoas LGBTI de violências baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, bem como de garantir o acesso a todos os direitos de que gozam os demais sujeitos.

Conforme demonstrado, a evolução interpretativa no regime jurídico internacional dos direitos humanos tem caminhado, cada vez mais, no sentido da primazia da norma mais benéfica à pessoa humana, enfatizando, como ferramenta central ao aprimoramento da tutela de direitos, o diálogo multinível entre as fontes das jurisdições doméstica, regional e global. Deste diálogo, extraem-se as melhores práticas e interpretações voltadas à máxima garantia e realização de direitos de todas as pessoas, incluindo a população LGBTI.

Neste trabalho, evidenciou-se como o diálogo multinível, por meio do idioma da convencionalidade, pode apoiar a atuação ministerial no enfrentamento de novas agendas em direitos humanos, incluindo os direitos de pessoas LGBTI.

Como evidenciado da análise de documentos orientadores da atuação do Ministério Público brasileiro, incluindo manuais de atuação de Ministério Públicos estaduais, atos e normas do Ministério Público Federal e Conselho Nacional do Ministério Público, se por um lado o debate acerca da convencionalidade vem ganhando, nos últimos anos, maior relevo no Judiciário brasileiro – inclusive tangenciando a temática LGBTI, por outro o instituto, suas fontes e a obrigatoriedade de seu exercício persistem pouco conhecidos, estudados e utilizados na atuação do Ministério Público.

Restou patente, na pesquisa, a necessidade de desenvolvimento de estratégias

institucionais de ampliação do exercício de convencionalidade pelo Ministério Público, visando, em última análise, o aprimoramento de sua capacidade de tutela de direitos de pessoas LGBTI.

Nesse sentido, sistematizamos propostas que representam, ao nosso ver, caminhos possíveis à ampliação do controle de convencionalidade no exercício das atribuições do Ministério Público, o que se propõe seja realizado pela via da institucionalidade, procurando-se evitar a fragmentação da atuação do órgão na tutela jurídica dos direitos de pessoas LGBTI.

Na esfera do direcionamento institucional, elencamos as seguintes propostas:

- incorporação do tema do controle de convencionalidade a atos, normas, manuais de atuação, notas técnicas, planos de atuação e demais instrumentos orientadores, de forma detalhada, o exercício do controle como obrigação que vincula a atuação do Ministério Público no âmbito de todas as suas atribuições, tendo em vista ser a defesa de direitos humanos um tema transversal;

- a inclusão do tema do controle de convencionalidade como parte das matérias curriculares aos concursos de ingresso nas carreiras do Ministério Público;

- a inclusão do exercício do controle de convencionalidade como parâmetro à aferição de produtividade pelas Corregedorias do Ministério Público, com impacto na progressão de carreira;

- durante a avaliação da proatividade dos órgãos de execução, que a equipe correcional analise e estimule a adoção de postura proativa que valorize e priorize o exercício do controle de convencionalidade, considerando, para tanto, entre outros: (i) a atuação atrelada à proteção e à efetivação não apenas dos direitos e das garantias fundamentais, mas, também, daqueles garantidos pelo sistema interamericano de defesa de direitos humanos; (ii) a realização precedente de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias adequadas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões, como base para a intervenção jurídica qualificada; (iii) a utilização de mecanismos e instrumentos procedimentais adequados às peculiaridades de cada situação;

- o desenvolvimento de atividades de formação a membros e servidores sobre controle de convencionalidade, jurisprudência da Corte Interamericana e demais fontes interamericanas, obrigatórias e optativas, pelas Escolas Institucionais dos Ministérios Públicos;

- a promoção de seminários para o intercâmbio de boas práticas e experiências entre o Ministério Público brasileiro e órgãos do Poder Público de outros países da região.

Relativamente à interface específica com a temática LGBTI, propõe-se:

- o desenvolvimento de estudos, pesquisas e atividades de formação e sensibilização de membros e servidores sobre as temáticas da diversidade de gênero e orientação sexual;
- incorporar nos atos, normas, planos e demais documentos orientadores ministeriais a obrigatoriedade da atuação especializada na promoção e defesa dos direitos de LGBTI sob os parâmetros protetivos alcançados no Direito Internacional dos Direitos Humanos;
- a inclusão do tema ‘promoção e defesa dos direitos de LGBTI’ nos editais dos concursos de ingresso nas carreiras do Ministério Público, bem ainda nos parâmetros de aferição de produtividade considerados para fins de progressão na carreira;
- o desenvolvimento de estudos, pesquisas e atividades de formação sobre a interface do controle de convencionalidade com a utilização das ferramentas próprias de atuação do Ministério Público no tema LGBTI, nas dimensões demandista e resolutive, incluindo as três grandes áreas de atuação no tema: (i) fortalecimento de espaços de diálogo entre poder público e sociedade civil e a inclusão da temática nas políticas públicas; (ii) atuação no juízo criminal relativa a crimes motivados por discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero e na execução penal; (iii) atuação no juízo cível envolvendo (a) direito fundamental de pessoas transexuais a serem tratadas socialmente de acordo com sua identidade de gênero; (b) direito à igualdade no acesso à previdência social; (c) uniões homoafetivas; (d) adoção homoparental;
- a divulgação das sentenças, informes e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos a todos os membros e servidores dos Ministérios Públicos, incluindo aquelas referentes à temática LGBTI (casos *Atala Riffo*, *Duque* e *OC-24/17*);
- a compilação de bancos de boas práticas sobre o exercício de convencionalidade na defesa de direitos de pessoas LGBTI;
- a produção de notas técnicas sobre o direito à identidade e à orientação sexual que incorporem os parâmetros protetivos interamericanos;
- a divulgação dos parâmetros do sistema interamericano não apenas no âmbito da atribuição em direitos humanos, mas também, sob uma lógica de transversalidade e interseccionalidade, nas demais áreas com interface nos principais temas em pauta na questão LGBTI, tais como saúde (tratamentos), infância (direitos da criança e identidade de gênero), família (adoção homoparental, uniões homoafetivas, alteração de gênero em registro civil), criminal (LGBTI em privação de liberdade, persecução penal de autores de crimes motivados por homo-lesbo-transfobia, criminalização seletiva das identidades de gênero), registros (alteração de prenome), cível (acesso à previdência);

- a promoção de campanhas e atividades de formação sobre a igualdade e a não discriminação em relação às pessoas LGBTI internas à instituição, destacando tratar-se de dever jurídico de todos os funcionários públicos, internamente e em relação às pessoas atendidas, agir em defesa da não discriminação e da igualdade;

- o amplo reconhecimento do direito à identidade de gênero no âmbito dos sistemas e procedimentos internos do Ministério Público, incluindo o uso do nome social;

- durante os processos correicionais, que seja aferida a regularidade, resolutividade e, principalmente, a relevância e a eficácia social da atuação ministerial na tutela dos interesses e direitos de pessoas LGBTI;

- após os processos correicionais, que sejam registradas menções elogiosas aos membros subscritores de manifestações judiciais dignas de destaque e/ou trabalhos extrajudiciais que revelem a eficácia social dessa atuação; e, por fim,

- após a consolidação da tutela jurídica de direitos de pessoas LGBTI como matéria prioritária e de relevância institucional, que se proceda à publicização de eventuais práticas, dinâmicas, documentos ou projetos que demonstrem o alinhamento das ações dos órgãos de execução em relação ao planejamento institucional estratégico.

A partir do exposto, acredita-se que a ampliação do controle de convencionalidade pelo Ministério Público, por meio das estratégias preliminares aqui elencadas, pode contribuir não apenas ao aprimoramento da tutela jurídica de direitos de pessoas LGBTI pelo órgão, mas também a outras agendas em direitos humanos e, em última análise, à edificação de um *ius commune* latinoamericano em matéria de proteção aos direitos de todas as pessoas, em caráter de igualdade e sem discriminação.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O diálogo das fontes**: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Belo Horizonte, v. 2, 2008. ISSN 19809484. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27147.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2018.
- BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO Lukas. TMM annual report 2016. **TvT Publication Series**, v. 14, Oct. 2016. Disponível em: <<http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 41, jan. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953/1061>>. Acesso em: 09 fev. 2018.
- BERLANT, Laurent e WARNER, Michael. Sexo em Público. In: JIMÉNEZ, Rafael M. M. (org.) **Sexualidades Transgressoras**. Barcelona, Icaria, p. 229-257, 2002.
- BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: Aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Revista SUR**. Edição v. 8, n. 15, p. 135-156, 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46810/sistema_interamericano_direitos_bernardes.pdf>. Acesso em 01 de fevereiro de 2018.
- BRASIL, Senado Federal. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.
- BRASIL. **Brasil sem Homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Comissão Provisória de Trabalho do Conselho Nacional de Combate à Discriminação da Secretaria Especial de Direitos Humanos: Brasília, 2006.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **2º Relatório Sobre Violência Homofóbica 2012**. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.)

Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Funag, 2007. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Campanha Despatologização das Identidades Trans.** Disponível em: <<http://despatologizacao.cfp.org.br/sobre/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **1º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/DireitosFundamentais/Arquivos/Relat%C3%B3rio do I Encontro Nacional MP e movimentos sociais.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. **2º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/LIVRO 2%C2%BA Encontro de Movimentos Sociais CNMP WEB 3.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. **3º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/completo 3 encontro de movimentos sociais CNMP web 4.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. **4º Encontro Nacional do Ministério Público e movimentos sociais:** em defesa dos Direitos Fundamentais / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Relat%C3%B3rio_4%C2%BA_Encontro.pdf> Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. **Plano de Capacitação CNMP.** Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/plano_capacitacao.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

CORREGEDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Atos e Normas MPF e CNMP.** Brasília, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

_____. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

_____. **Caso Gelman Vs. Uruguay.** Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

_____. **Caso Gelman Vs. Uruguai.** Supervisão de Cumprimento de Sentença.

Resolução de 20 de março de 2013.

- _____. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
- _____. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- _____. **Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- _____. **Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colômbia.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- _____. **Caso Atala Rizzo e filhas vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- _____. **Caso Duque contra Colômbia.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016.
- _____. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- _____. **Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- _____. **Caso Mendoza y otros Vs. Argentina.** Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.
- _____. **Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- _____. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- _____. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- _____. **Caso Tibi Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004.
- _____. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad.** San José, Costa Rica.
- _____. **Opinião Consultiva OC-2/82 sobre O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 24 de setembro de 1982.
- _____. **Opinião Consultiva OC-21/14 sobre Direitos e Garantias de Crianças no Contexto de Migração e/ou Em Necessidade de Proteção Internacional.** 19 de agosto de 2014.
- _____. **Opinião Consultiva OC-24/17 sobre Identidade de Gênero e Não Discriminação contra Casais do Mesmo Sexo.** 24 de novembro de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOIÁS. Ministério Público. Corregedoria Geral. **Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de Goiás**. Goiânia, 2000.

GOULART, Marcelo. **Ministério Público e democracia: teoria e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Assassinato LGBT no Brasil: Relatório 2015**. Bahia, 2015. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2016/01/28/assassinato-de-lgbt-no-brasil-relatorio-2015/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

MARANHÃO. Ministério Público. Corregedoria Geral. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2008. p. 213. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: CEAF, DIPE, 2015.

NARRAIN, Arvind. The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity: Six Conceptual Advances enabled by the Principles. Apresentação proferida na APF-UNDP **Conference on the Yogyakarta Principles: What have we learnt and where to now?**. Bangkok, Tailândia. 25 e 26 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Nascidos Livres e Iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos**. Brasília: UNAIDS, 2013. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Comitê de Direitos Humanos. **Toonen v. Australia**, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

_____. **Declaração sobre Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero**. Assembleia Geral da ONU (A/63/635), 22 de dezembro de 2008.

_____. A/HRC/17/L.9 General Assembly of UN, Human Rights Council. 17th session, **Follow-up and implementation of the Vienna Declaration**. Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/58106434/UN-Resolution-on-SexualOrientation-and-Gender-Identity>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Registro de violência contra as pessoas LGBTI na América**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/Registro-Violencia-LGBTI.xlsx>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

PARANÁ. Ministério Público. Corregedoria-Geral. **Manual de orientação funcional**. Curitiba, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed. rev. amp. atu.. São Paulo: Saraiva, 2016.

POISOT, Eduardo Ferrer Macgregor. **Controle de convencionalidade deve ser do Estado, diz vice da Corte IDH**. Notícias. Site Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-controle-de-convencionalidade-deve-ser-do-estado-diz-vice-da-corte-idh>. Acesso em: 08 fev. 2018.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Indonésia, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

PULGARÍN, Mauricio Pulecio. Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos. **Revista Análisis Internacional**, n.3, 2011.

RAMIREZ. Sérgio Garcia. El Controle judicial interno de convencionalidad. **Rev. IUS**, Puebla, v. 5, n. 28, p. 123-159, dic. 2011.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. **Ministério Público: Velha instituição com novas funções?**. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/6654>>. Acesso 02 fev. 2018.

RONDÔNIA. Ministério Público. Corregedoria Geral. **Manual de Orientação Funcional do Ministério Público de Rondônia**. Porto Velho, 2010.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

SÃO PAULO. Ministério Público. Corregedoria-Geral. **Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 845.779. **Tratamento Social a Ser Dispensado a Transexuais**: Anotações para o Voto Oral do Ministro Luís Roberto Barroso.

Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/transexuais-re-845779-voto-barroso.pdf>>.
Acesso em: 31 jan. 2018.

WEGGEN, Ella J.J. **The Yogyakarta Principles Soft Law? Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law**. Dissertação. (Mestrado em Direito Internacional Público). State University of Amsterdam, Amsterdam, 2009. Disponível em: <http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2016/10/Thesis_Weggen_Yogyakarta_Principles_Soft_Law.pdf>.
Acesso em: 31 jan. 2018.