

## **VÍNCULO FAMILIAR HOMOAFETIVO: igualdade e não-discriminação à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

**ALEPH HASSAN COSTA AMIN**

Doutor e Mestre em Direito Humanos e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFPA

Advogado e Professor universitário de Direito Administrativo, Direito Ambiental e Direitos Humanos. Pesquisa desenvolvida na área de Direito Administrativo e Direito Ambiental, mais especificamente no que tange a gestão e política hídrica no contexto jurídico

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6048-9088>

e-mail: [alephamin@gmail.com](mailto:alephamin@gmail.com)

**GABRIEL SOUZA DE SANTOS**

Bacharel em Direito graduado pela Universidade da Amazônia – UNAMA

Advogado licenciado, servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (Chefe da Unidade Regional de Arrecadação da Comarca de Itaituba), ex-membro da Clínica Acadêmica de Direitos Humanos da UNAMA (CADHU), ex-membro da Comissão de Diversidade e

População LGBTI da OAB/PA

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0886-4076>

e-mail: [advogadogabrielsantos@gmail.com](mailto:advogadogabrielsantos@gmail.com)

**Recebido em:** 26/02/2021

**Aprovado em:** 08/06/2022

### **RESUMO**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão de jurisdição contenciosa e consultiva do Sistema Convencional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tem o especial condão de influenciar o direito interno brasileiro, posto que entre as suas competências está a de estabelecer (interpretar) o sentido e o alcance das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); pacto de que o Brasil é signatário. À vista disso e do notório cenário de omissão legislativa acerca dos direitos das pessoas LGBTI, levantou-se, pois, a seguinte questão-problema: de que forma a jurisprudência da Corte IDH reconhece o vínculo familiar homoafetivo? A justificativa precípua que orienta o estudo é a compreensão de que o desconhecimento das conquistas obtidas no plano nacional ou internacional obsta o exercício pleno das liberdades individuais e da paridade (jurídica) de que merece toda pessoa humana. Adotou-se por metodologia para tanto a pesquisa pura de caráter teórico com enfoque bibliográfico e empírico jurisprudencial, e, ainda, análise documental, empregando-se o método indutivo e análise qualitativa. Nessa senda, observou-se que decorre do princípio da igualdade e não-discriminação a vedação de qualquer discriminação em razão da orientação sexual, pelo que a família constituída por casais homoafetivos é protegida pela Convenção sob o direito à vida privada e familiar e proteção da família, devendo o Estado garantir, por medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, o acesso aos direitos internacionalmente e internamente reconhecidos.

**Palavras-chave:** vínculo familiar homoafetivo; igualdade e não-discriminação; jurisprudência

interamericana.

## ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court), a body of contentious and consultative jurisdiction of the Inter-American Conventional System for the Protection of Human Rights, has the special ability to influence Brazilian domestic law, since among its competences is to establish (interpret) the meaning and scope of the provisions of the American Convention on Human Rights (ACHR); pact that Brazil is a signatory. In view of this and the notorious scenario of legislative omission regarding the rights of LGBTI people, the following problem question was raised: how does the Court's jurisprudence recognize the homo-affective family bond? The main justification that guides the study is the understanding that the ignorance of the achievements obtained at the national or international level prevents the full exercise of individual freedoms and the (legal) parity that every human person deserves. The pure theoretical research with a bibliographic and empirical jurisprudential approach was adopted by methodology for this purpose, as well as documentary analysis, using the inductive method and qualitative analysis. Along this path, it was observed that the principle of equality and non-discrimination arises from prohibiting any discrimination on grounds of sexual orientation, so that the family consisting of same-sex couples is protected by the Convention under the right to private and family life and protection of family, and the State must guarantee, by legislative, administrative or other measures, access to internationally and internally recognized rights.

**Keywords:** homo-affective family bond; equality and non-discrimination; inter-American jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão de jurisdição contenciosa e consultiva do Sistema Convencional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tem o especial condão de influenciar o direito interno brasileiro, vez que entre as suas competências está a de estabelecer (interpretar) o sentido e o alcance das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); pacto de que o Brasil é signatário. Sua jurisprudência, nesse sentido, é parâmetro para o chamado 'controle de convencionalidade', o qual figura como mecanismo essencial na defesa de direitos, em especial àqueles não reconhecidos formal e expressamente na legislação interna.

Em matéria de direitos civis e políticos voltados às pressas LGBTI particularmente, temas como igualdade e não-discriminação a casais do mesmo sexo e identidade de gênero são objeto de controvérsias e amplas discussões sem que, no entanto, haja concretude no âmbito legislativo. À vista disso, levantou-se a seguinte questão-problema: de que forma a jurisprudência da Corte IDH reconhece o vínculo familiar homoafetivo? Buscou-se, neste particular, identificar quais artigos da CADH – e sua respectiva interpretação – são invocados

na apreciação da questão, bem como os meios pelos quais os Estados podem dar-se valer para dar efetividade aos direitos convencionalmente reconhecidos.

Justifica-se o trabalho no campo pessoal pela compreensão de que pesquisas que se propõem discutir temas afetos a minorias são particularmente importantes para a consecução de direitos. Do ponto de vista social, o trabalho em questão é considerável na medida em que o não conhecimento das conquistas obtidas no plano nacional ou internacional obsta o exercício pleno das liberdades individuais e de direitos já reconhecidos. Sob a ótica jurídica, a discussão proposta aqui se legitima pelo fato de que, na especial missão de amparar minorais, a utilização de instrumentos internacionais na defesa de direitos se revela imprescindível, especialmente quando o legislador interno se mostra pouco comprometido com aquelas.

Objetiva-se, portanto, identificar o conteúdo normativo da CADH a partir da jurisprudência de sua intérprete última, a Corte IDH, no que diz respeito ao reconhecimento do vínculo familiar homoafetivo e os direitos que lhes sejam inerentes, além de demonstrar conquistas no plano interno e o funcionamento do Sistema Convencional Interamericano.

Adotou-se por metodologia a pesquisa pura de caráter teórico com enfoque bibliográfico e empírico jurisprudencial, e, ainda, análise documental, empregando-se o método indutivo e análise qualitativa.

O trabalho se organiza em três partes, intituladas, respectivamente, de “A jurisprudência interna e o reconhecimento do vínculo familiar homoafetivo”; “O Sistema Convencional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”; e “O vínculo familiar homoafetivo e: igualdade e não-discriminação à luz da jurisprudência da Corte IDH”. Na primeira parte aborda-se sinteticamente, em caráter didático, o panorama jurisprudencial e regulamentar do vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo no âmbito interno, em que se destaca a interpretação conforme a constituição realizada pelo STF ao art. 1723 do Código Civil para reconhecer a união estável homoafetiva e a edição da resolução 175/2013 CNJ que veda aos cartórios a não habilitação e celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na segunda parte, apresenta-se o Sistema Convencional Interamericano, a partir de análise bibliográfica e dos documentos internacionais que lhes são referentes, apontando-se a importância da jurisprudência da Corte IDH, órgão judicial do Sistema, para a formulação da consciência dos direitos humanos no Brasil.

Na terceira e última parte, analisa-se, finalmente, os documentos jurisprudenciais de relevância para o tema do trabalho, destacando-se que decorre do princípio da igualdade e não-discriminação a vedação de qualquer discriminação em razão da orientação sexual, pelo que a família constituída por casais homoafetivos é protegida pela Convenção sob o direito à

vida privada e familiar e proteção da família, devendo o Estado garantir, por medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, o acesso aos direitos internacionalmente e internamente reconhecidos.

## 2 A JURISPRUDÊNCIA INTERNA E O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO FAMILIAR HOMOAFETIVO

O Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, debateu a questão homoafetiva no que tange às uniões de fato que se orientam à constituição de família. O fez no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF, de relatoria do ministro Ayres Britto; uma vez que o objeto da controvérsia centrava-se no artigo 1.723<sup>1</sup> do Código Civil, cuja redação não comportava a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os autores pugnavam pela interpretação conforme a constituição do referido artigo para eliminação de qualquer juízo discriminatório; e os opositores argumentavam em desfavor do reconhecimento da entidade familiar homoafetiva com apoio no texto do §3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. As ações, porém, foram julgadas procedentes.

Fora consignado que, à luz do inciso IV do artigo 3º<sup>2</sup> da Constituição Federal, é vedada discriminação em razão do sexo ou da orientação sexual. É objetivo fundamental da República, inclusive, promover o bem de todos sem preconceito de qualquer natureza. Encerra-se também na esfera da autonomia da vontade e da proteção à intimidade e à vida privada a sexualidade das pessoas, na qual o Estado deve se abster de intervir, salvo em estritas hipóteses. Aliás, reputa-se permitido aquilo que não é expressamente vedado; corolário do princípio da legalidade.

No que tange à família, fora registrado que a redação do §3º do artigo 226 da CF/88, que reconhece “[...] a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]”, não pode ser utilizada para desvirtuar o *caput* do artigo, que não emprega sentido determinista no seu texto ao se referir à família. A utilização dos termos ‘homem’ e ‘mulher’, ademais, não

---

<sup>1</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>2</sup> Art. 226 [...]

[...]

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

deve ser parâmetro para uma interpretação reducionista da Constituição, com a qual se frustraria a essência desta – anunciada já em seu preâmbulo – de constituir um Estado Democrático de Direito “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade [...] sem preconceitos [...]”. Família e entidade familiar, aliás, são palavras de perfeita equivalência na jurisprudência do Supremo.

Os ministros acordaram, nesse sentido, a conferir interpretação conforme à constituição ao artigo do Código Civil questionado para eliminar qualquer juízo orientado à discriminação, estabelecendo ser aplicável o regime das uniões estáveis aos casais do mesmo sexo, isso com todas regras e consequências jurídicas a que se submetem os casais heteroafetivos; decisão com eficácia erga omnes e efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e entidades da Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp Nº 1.183.378 - RS, em conformidade com o julgamento acima, firmou o entendimento de que a legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil, não veda expressamente a habilitação e celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo que não se pode obstá-las; isso com leitura constitucional da questão.

O Tribunal destacou que a Constituição homenageia o pluralismo familiar e que os diferentes arranjos familiares merecem igual proteção, inclusive os homoafetivos. É que o tratamento efetivamente igualitário pressupõe o reconhecimento da existência de diferentes contornos sociais

A despeito da omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não poderia se escusar de seu papel contramajorante em defesa das minorias, não olvidada, por certo, a exegese constitucional e legal de que dependem os provimentos judiciais. Até porque não se poderia decretar a perda de direitos civis dessas minorias em razão da consciência excludente dominante.

Nesse sentido e na compreensão de que inexistente diferença entre os conceitos de família e entidade familiar, porque sinônimos, o STJ consignou, pois, que é por meio do casamento que o Estado melhor protege os arranjos afetivos; figura jurídica que também deve ser aplicada aos casais do mesmo sexo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, e considerando os julgamentos acima apresentados, editou a Resolução de nº 175 em 2013 na qual proíbe que os cartórios obstem a habilitação e a celebração de casamento homoafetivo, bem como impeçam a

conversão de união estável em casamento. O referido ato é de expressiva importância, e nele se assentam as uniões hoje celebradas.

A conformação jurisprudencial interna aliada à medida normativa do CNJ tem dado efetividade a direitos civis básicos aos casais do mesmo sexo. A igualdade e não-discriminação tem caminhado, mas não dispensa qualquer provimento convergente à solidificação de direitos tão caros, porque incansavelmente questionados. Merece, pois, atenção o que pensa as Cortes Internacionais, particularmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **3 O SISTEMA CONVENCIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A conjuntura hodierna estabelecida no plano supranacional comporta não apenas blocos de caráter econômico, mas organizações voltadas à democracia, à paz e à promoção da dignidade. Dos organismos que conglobam países comprometidos com a proteção dos direitos humanos, destacam-se a Organização das Nações Unidas (ONU), o Conselho da Europa, a Unidade Africana e a Organização dos Estados Americanos (OEA) – no âmbito dos quais foram construídos sistemas de proteção.

No caso específico da OEA – que emergiu, entre outros princípios, sob a proclamação dos “direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo” (OEA, 1948) –, organizou-se o mecanismo coletivo interamericano de proteção dos direitos humanos, compreendido em dois sistemas, quais sejam: o da Organização dos Estados Americanos – assentado no Pacto de Bogotá (1948) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), o qual funciona como mecanismo político (centrado na Assembleia Geral da OEA) e mecanismo quase judicial (encabeçado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH) – e o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (RAMOS, 2015).

Os membros do Sistema da Convenção – não se pode olvidar – são necessariamente membros do Sistema da OEA. Tal relação é explorada por Ramos (2015, p. 202), que alegoriza os Sistemas como círculos concêntricos, em que o círculo maior representa os Estados signatários do Pacto de Bogotá (Carta da OEA) e o menor, contido no maior, traduz os Estados membros da CADH, que assumiram um maior compromisso com a proteção dos direitos humanos.

A Convenção Americana (CADH), termo inicial do Sistema Convencional, e

também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi celebrada em 1969, mas entrou em vigor somente em 1978, com o depósito do instrumento de ratificação do décimo primeiro Estado a aderir-la; quantum exigido expressamente no próprio Pacto, no seu art. 74.2. O Brasil, em particular, ratificou-a apenas em 1992, inclusive com reserva inicial aos arts. 43<sup>3</sup> e 48-d<sup>4</sup>, e reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) somente em 1998.

A Corte IDH<sup>5</sup> é instituição judiciária autônoma de jurisdição contenciosa e consultiva, que, juntamente com a CIDH, órgão permanente da OEA – assim incorporada pelo Protocolo de Buenos Aires – operacionaliza o Sistema Convencional por expressa previsão da CADH. Ressalte-se que a Comissão Interamericana integra, como visto, a estrutura de ambos os Sistemas e, no exercício de suas competências, deve considerar ‘direitos humanos’ o estabelecido na CADH (para seus signatários) e o consignado na Declaração Americana (com relação aos demais membros da OEA). É o que preceitua o artigo 2 de seu Estatuto.

Saliente-se que a CADH contém 82 artigos, que dispõem, fundamentalmente, sobre direitos civis e políticos. Há, porém, uma cláusula geral de comprometimento com os direitos econômicos, sociais e culturais presente no art. 26. Terezo (2014, p. 52) aponta que o art. 1.1<sup>6</sup> contém as diretrizes para o cumprimento dos direitos naquela consignados, notadamente a obrigação de respeitar os direitos e a de garanti-los, isto é, de concretizá-los.

A operacionalização da proteção convencional interamericana é realizada, como apontado, por dois órgãos, a saber: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão<sup>7</sup> é composta de sete membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em direitos humanos, que são eleitos pela Assembleia Geral da OEA para o exercício de um mandato de quatro anos, reconduzível uma única vez. Entre suas funções estão: estimular a consciência dos direitos humanos nas Américas, formular recomendações aos Estados,

---

<sup>3</sup> Artigo 43. Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

<sup>4</sup> Artigo 48.1. Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção. [...] d. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias. [...]

<sup>5</sup> A natureza jurídica e as funções exercidas pela Corte são apresentadas respectivamente nos artigos 1 e 2 de seu Estatuto.

<sup>6</sup> Artigo. 1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

<sup>7</sup> A composição e a eleição dos membros da CIDH são referenciadas nos artigos 34, 36 e 37 da Convenção Americana.

preparar estudos e relatórios, solicitar informações e atender a consultas dos signatários da Convenção<sup>8</sup>.

Quanto à Corte IDH, esta compõe-se de sete juízes eleitos pelos Estados Partes da CADH entre os nacionais da mais alta autoridade moral e de notória competência em direitos humanos e que preencham os requisitos para exercer as mais altas funções judiciais em seus países – para o cumprimento de um mandato de seis anos, reconduzível uma única vez<sup>9</sup>.

Compete à Corte<sup>10</sup> conhecer de casos que demandem interpretação e/ou aplicação da CADH àqueles que tenham reconhecido a sua competência, bem como atender a consultas dos Estados integrantes da OEA sobre o sentido e o alcance das disposições da Convenção Americana e sobre a compatibilidade de normas internas com esta.

As sentenças da Corte IDH devem ser fundamentadas e não são passíveis de apelação. É cabível, entretanto, pedido de interpretação, no prazo de noventa dias, quando pairar dúvida sobre o decidido. Ressalte-se que somente os Estados Partes e a Comissão podem demandar a Corte nos casos de jurisdição contenciosa; as vítimas, portanto, não têm acesso direto àquela<sup>11</sup>.

A impossibilidade de peticionamento direto ao órgão judicial é herança do antigo modelo (bifásico) do Sistema Europeu de Direitos Humanos, em que o Sistema da Convenção Americana se inspirou (RAMOS, 2015, p. 224). Tal restrição ao direito de ação é criticada pela doutrina em razão de sua morosidade, explica Ramos (2015, p. 224)<sup>12</sup>.

Quanto às queixas de violação à Convenção por Estado Parte, o artigo 44 da CADH estabelece que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, bem como entidade não governamental legalmente constituída em quaisquer dos países membros da OEA, pode apresentar petições junto à Comissão, a qual será examinada quanto ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 46, entre os quais estão o esgotamento dos recursos internos e apresentação no prazo de seis meses a partir da data decisão definitiva violadora, excetuada a hipótese em que seja negado acesso aos recursos internos ou impedido o seu esgotamento.

---

<sup>8</sup> Funções descritas no Artigo 41 da CADH.

<sup>9</sup> A composição e a eleição dos juízes da Corte são descritas nos artigos 52, 53 e 54 da CADH.

<sup>10</sup> Competência prevista nos artigos 62.3 e 64 da CADH

<sup>11</sup> Os artigos 66, 67 e 61.1 da CADH dispõem acerca das sentenças, pedido de interpretação e provocação da Corte.

<sup>12</sup> No âmbito dos Sistema Europeu de Direitos Humanos, a Convenção Europeia (1950), reformada pelo Protocolo nº 11, que extinguiu a Comissão e concedeu direito de ação ao indivíduo para peticionamento direto à Corte Europeia, passou a adotar procedimento monofásico para a apuração de violações. No caso interamericano, a organização bifásica persiste. Há, porém, esforços no sentido de dar ao indivíduo o máximo de participação no procedimento, notadamente a possibilidade de a vítima poder apresentar petição inicial escrita – após a submissão do Informe inobservado da Comissão – e a faculdade de formulação de requerimento de medidas cautelares diretamente à Corte (RAMOS, 2015, p. 245).

Recebida a petição, proceder-se-á a fase conciliatória, em que se busca a solução amistosa e conseqüente celebração de acordo, a ser fiscalizado pela Comissão. Não obtida a conciliação, passar-se-á à fase do Primeiro Informe, em que a CIDH formulará relatório (confidencial) com os fatos e suas conclusões, apresentando-o ao Estado, que terá o prazo de três meses para cumpri-lo (RAMOS, 2015).

Não cumpridas as recomendações formuladas no primeiro relatório, poderá a Comissão acionar a Corte IDH ou apresentar um Segundo Informe ao Estado mediante relatório passível de publicação, o qual, conforme aponta Ramos (2015, p. 235), terá caráter vinculante.

Ramos (2015, p. 235) aponta, ainda, que, em regra, a opção pela edição de um Segundo Informe se relaciona ao fato de o Estado ter ou não reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana. Se reconhecida tal competência, a sentença de mérito da Corte IDH declarando (ou não) a responsabilidade internacional do Estado terá, por certo, caráter vinculante.

A respeito da jurisdição consultiva, esta se manifesta por meio da emissão de opiniões resultantes da interpretação da Convenção Americana, bem como de outros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos nas Américas (artigo 64 da CADH) O sentido e o alcance das disposições da CADH deve ser alcançado a fim de se atingir a melhor proteção dos direitos humanos, não comportando, portanto, interpretação restritiva em prejuízo do indivíduo<sup>13</sup>.

A interpretação é procedida com observância à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, leitura em boa fé e atenção aos objetivos norteadores da CADH, quando houver ambigüidade em razão do idioma do texto original (TEREZO, 2014, p. 173). Podem auxiliar na interpretação, ainda, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como outros instrumentos internacionais, ainda que não ratificados pelo Estado. Ademais, outros documentos sem força de tratado, inclusive elaborados por estudiosos do assunto e que também não tenham sido aprovados pelos Estados, podem auxiliar no processo hermenêutico (TEREZO, 2014, p. 179).

As opiniões consultivas exaradas da Corte Interamericana não têm, contudo, caráter vinculante, tanto para o Estado que formula a consulta quanto para os demais. Não se pode ignorar, porém, que elas exprimem o conteúdo normativo da Convenção. A esse respeito, Ramos (2015, p. 266) destaca que:

[...] o Brasil deve cumprir tais opiniões consultivas, de modo a evitar a futura

<sup>13</sup> O artigo 29 da CADH estabelece as normas de interpretação.

responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso pois o Estado brasileiro, signatário da Convenção, teria sérias dificuldades em justificar a manutenção de determinada interpretação de direito protegido ou mesmo de determinada lei, quando a Corte já tenha se manifestado em contrário no âmbito consultivo

Não se pode ignorar, ainda, a estatura normativa da Convenção Americana no ordenamento jurídico pátrio. Flávia Piovesan (2014, p. 141) destaca que o Supremo Tribunal Federal no julgamento proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343 consolidou a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos – não internalizados com base no §3<sup>o</sup><sup>14</sup> do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal – tem especial tratamento, com status de supralegalidade.

Assim, e estando as normas da Convenção Americana acima da legislação ordinária, mostra-se inequívoca a contribuição da jurisprudência da Corte IDH, intérprete última da CADH, para a formação da consciência dos direitos humanos no Brasil.

#### **4 O VÍNCULO FAMILIAR HOMOAFETIVO: IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um importante instrumento normativo em que se pode (e deve) buscar a tutela de direitos. Esta, internalizada no ordenamento jurídico pátrio com status de supralegalidade, isto é, com posição acima da legislação ordinária, serve como parâmetro ao chamado controle de convencionalidade, que é tarefa precípua do Estado<sup>15</sup>.

Em se tratando especialmente sobre direitos relacionados a grupos socialmente vulneráveis – historicamente oprimidos –, a jurisprudência da Corte IDH é garantidora da esmerada aplicação do conteúdo normativo da CADH, porque reveladora do sentido e alcance das disposições da Convenção.

No tocante às pessoas LGBTI particularmente, a negativa de direitos é notória e a luta para conquistá-los e reafirmá-los uma constante. Ainda que as Cortes Constitucionais de alguns países tenham se manifestado em defesa da igualdade, o caráter estrutural da discriminação impõe barreiras suficientemente rígidas para a não concretização de direitos. Nesse particular, a jurisprudência internacional de direitos humanos assume o importante papel de, juntamente com os esforços internos – notadamente judiciais, no âmbito do controle

---

<sup>14</sup> § 3<sup>o</sup> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45, de 2004)

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos N<sup>o</sup> 7: Controle de Convencionalidade, p. 5.

de constitucionalidade –, contribuir para a solidificação da paridade jurídica de que merece toda pessoa humana.

Mesmo no caso do Brasil, que, como visto, passou a proibir a não realização de casamento homoafetivo com o advento da Resolução 175/2013 CNJ, o debate não se mostra prescindível, mas necessário ao fortalecimento da igualdade e da não discriminação.

Traçadas tais considerações, importa, pois, apresentar quais os principais argumentos sustentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa do vínculo familiar homoafetivo e dos direitos que lhe sejam inerentes, com especial enfoque na recente Opinião Consultiva n. 24 de 2017, que versa sobre identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo; consulta<sup>16</sup> formulado pelo Estado da Costa Rica

É relevante registrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ainda no artigo 1.1, se preocupou em tutelar direitos sem discriminação de qualquer natureza. A interpretação gramatical do referido dispositivo poderia de per si conduzir à conclusão de que a orientação sexual estaria, portanto, entre as categorias protegidas pela CADH:

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

Eliminando possíveis dúvidas quanto à questão, a Corte Interamericana, ao interpretar a expressão “outra condição social” presente na parte final do artigo 1.1, declarou a proteção convencional à orientação sexual e à identidade gênero. Isso porque os critérios em virtude dos quais se proíbe discriminar referidos no artigo supra não estão em um rol taxativo; senão em uma lista meramente exemplificativa. O fez, inclusive, em conformidade com a interpretação adotada em outros sistemas de proteção e em resoluções da própria OEA.

Nesta senda, a Corte IDH tem considerado que o princípio fundamental da igualdade e não discriminação tem ingressado no domínio *ius cogens* no atual estado evolutivo do direito internacional, permeando toda a ordem jurídica, no plano nacional e internacional. Destaca que a noção de igualdade se vincula à própria unidade do gênero humano, sendo inseparável da dignidade essencial à pessoa e, nesse sentido, incompatível com qualquer situação que privilegie um grupo e inferiorize e hostilize outro. Aponta, ainda, que a

---

<sup>16</sup> Na evidenciada consulta, foram apresentadas, entre outras, as seguintes questões:

1. Tendo em vista que a não discriminação por motivo de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da CADH, além do estabelecido no numeral 11.2 da Convenção, contempla essa proteção e a CADH que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?
2. Na hipótese de a resposta anterior ser afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regule os vínculos de pessoas do mesmo sexo, para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam dessa relação?

Convenção não contém uma definição explícita do conceito de discriminação. Porém, inspirada nas definições presentes em outros tratados internacionais, como a da Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância, sugere que se poderia defini-la como:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se assente em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma a religião, a opinião política ou outra índole, a origem nacional ou social, a propriedade, o nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou por resultado anular ou limitar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.

A Corte ressalta, ainda, que os Estados estão obrigados a adotar medidas para prevenir e combater situações de discriminação em suas sociedades, o que implica no dever de proteção em relação à atuação de terceiros que se valam da inércia estatal para manter situações discriminatórias. Consigna também que a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir ‘sem discriminação’ os direitos contidos na CADH, mas que o artigo 24<sup>17</sup> protege o direito à ‘igual proteção da lei’ no âmbito interno. Assim, falar-se-á em violação da Convenção Americana não apenas quando houver discriminação na aplicação de direito presente nela, mas também quando houver discriminação no tratamento jurídico dispensado pela legislação interna ou em sua aplicação.

Especificamente quanto ao direito à igual proteção da lei decorrente do artigo 24, não se pode olvidar o caso *Duque Vs Colombia*, a saber: Angel Alberto Duque viveu relacionamento homoafetivo com J.O.J.G, que se perdurou até a morte deste último em setembro de 2001, ocasionada pela síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA). À vista disso, o Sr. Duque pugnou, em março de 2002, pela concessão da pensão de sobrevivência de seu companheiro à COLFONDOS S.A (Companhia Colombiana Administradora do Fundo de Pensões e Indenizações), a qual lhe foi negada ante a inexistência de previsão legal aplicável a casais do mesmo sexo. A Corte Constitucional colombiana, contudo, passou a admitir, a partir de 2007, a formalização de uniões de fato com base na lei já existente aplicável a casais heteroafetivos, bem como o reconhecimento de direitos previdenciários, uma vez que o direito à pensão, em particular, vem sendo reiteradamente afirmado desde 2010.

Esgotados os recursos internos e realizados os trâmites no Sistema Interamericano, a demandada chegou à Corte IDH, a qual decidiu em 2016 que, não obstante a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia houvesse evoluído no sentido de reconhecer a união civil a casais homoafetivos e direitos de ordem patrimonial e previdenciária, o Estado era

---

<sup>17</sup> Artigo. 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.  
R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 13, n. 2, p. 110-125, jul./dez. 2022.

responsável pela violação ao artigo 24 da Convenção em relação ao artigo 1.1 por não se vislumbrar que os valores retroativos a serem pagos ao Sr. Duque corresponderiam ao montante a que teria direito se não houvesse sido submetido a tratamento diferenciado perante à lei à época<sup>18</sup>, posto que esbarraria em prazos prescricionais, além de que não se poderia afirmar de fato que o benefício lhe seria concedido quando procedido novo pedido.

Vê-se, pois, que o princípio da igualdade e não discriminação é o sustentáculo base da proteção convencional interamericana às pessoas LGBTI. Nele insculpem-se os direitos mais fundamentais da pessoa humana de maneira a se garantir a isonomia há muito perseguida pelos sujeitos daquela minoria.

Quanto ao vínculo familiar especificamente, a Corte assinala que a Convenção não traz um conceito fechado e que o seu sentido deve ser estabelecido reconhecendo-se a importância desta como instituição social originada das necessidades e aspirações mais básicas do ser humano. Aliás, registra que o conceito de família tem variado ao longo do tempo e que atualmente existem diversos contornos de família, que não se limitam, inclusive, à realização de casamento. Nesse sentido, a Corte IDH reconhece que uma família também pode ser formada a partir da reunião de pessoas de diversas identidades de gênero e/ou orientação sexual, e que merece igual proteção.

Debruçando-se particularmente sobre a redação do artigo 17.2 da Convenção que reconhece o “direito do homem e da mulher a contraírem matrimônio e fundar uma família”, a Corte IDH destaca que essa não é a fórmula em que se encerra a maneira como se deve compreender o casamento e a forma de constituição de família. Para a Corte o referido artigo estaria apenas estabelecendo de maneira expressa a proteção convencional de uma modalidade particular de casamento; não a única.

Ademais, qualquer interpretação restritiva que exclua da proteção interamericana o vínculo afetivo entre casais do mesmo sexo frustraria o objetivo e fim da Convenção de promover os direitos humanos sem distinção alguma.

Assim, a Corte concluiu que a Convenção Americana protege em razão do direito à vida privada e familiar (artigo 11.2<sup>19</sup>), bem como do direito à proteção da família (artigo 17<sup>20</sup>), o

---

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Duque Vs. Colombia: Sentencia de Mérito de 26 de fevereiro de 2016, par. 136-139.

<sup>19</sup> 11.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

<sup>20</sup> Artigo 17. Proteção da Família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

vínculo familiar derivado de casais do mesmo sexo, destacando que a existência de voluntariedade em estabelecer relação permanente e formar uma família, independentemente de orientação sexual, implica na existência de um vínculo que merece igualdade de direitos e proteção; corolário da própria dignidade humana. Além de que devem ser protegidos todos os direitos patrimoniais que dele derivem sem discriminação de qualquer índole (artigos 1.1 e 24), ressaltando-se, porém, que obrigação internacional dos Estados não se limita a questões relacionadas a direitos de caráter patrimonial, mas abrange todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, além das obrigações amparadas no direito interno.

Com relação à efetivação desses direitos, a Corte ressalta que existem medidas administrativas, judiciais e legislativas de diversas naturezas hábeis a tanto. O Estado, inclusive, pode estender as figuras jurídicas já existentes em seus ordenamentos aos casais homoafetivos, como, por exemplo, o casamento. A Corte, aliás, reputa que a referida extensão seria o meio mais simples e eficaz para dar efetividade aos direitos oriundos do vínculo familiar de casais do mesmo sexo.

Não há motivo razoável para que se proceda tratamento diferenciado entre casais homoafetivos e heteroafetivos, inclusive quanto à maneira de constituição de família: seja pela união civil de fato ou pelo casamento. A criação de uma figura jurídica que produza os mesmos efeitos, mas que não seja nomeada de casamento apenas para distinguir a natureza do casal é desprovida de sentido, e implicaria em um tratamento discriminatório, porque criadora de uma diferença estigmatizante, em que se enxergaria o casamento como a figura aplicável aos “normais” e a possível nova figura (inominada) aplicável aos “anormais”.

Por fim, a Corte destaca que a falta de consenso existente em alguns Estados quanto ao respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado um argumento válido para negar ou limitar direitos humanos, tampouco para perpetuar a discriminação histórica e estrutural contra essas minorias.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito do que se poderia pensar, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos estão em relação de proximidade com o contexto interno, especialmente

---

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

aqueles que comportam mecanismos judiciais e albergam tribunais internacionais, como no caso interamericano. Isso porque os tratados e convenções internacionais de direitos humanos celebrados (no âmbito daqueles), e devidamente ratificados, se incorporam no ordenamento jurídico com especial estatura, e a jurisprudência daqueles Tribunais é a legítima interpretação de seu conteúdo.

Os integrantes de minorias, em particular, têm o incessante desafio de se afirmar e reafirmar titulares de direitos; e o direito internacional dos direitos humanos, ora para suprir, ora para somar, assume o compromisso de promover a dignidade indistintamente a todos os seres humanos nos países que lhes dão abertura.

No caso das pessoas LGBTI, especialmente quanto ao vínculo afetivo entre pessoas do mesmo sexo, o Sistema Convencional Interamericano tem dado expressiva contribuição à igualdade e não-discriminação. A jurisprudência da Corte IDH, como legítima expressão normativa da Convenção Americana – Pacto de que o Brasil é signatário – tem garantido paridade entre casais heteroafetivos e casais homoafetivos, por entender que a família decorre de contornos multifacetados e que merece, portanto, igual proteção à luz da CADH, que veda tratamento discriminatório.

Diante do exposto, tem-se, pois, por resultado do presente estudo, que decorre do princípio da igualdade e não-discriminação – insculpido nos arts. 1.1 e 24 da CADH – a vedação de qualquer discriminação em razão da orientação sexual, pelo que a família constituída por casais homoafetivos é protegida pela Convenção sob o direito à vida privada e familiar (artigo 11.2) e proteção da família (artigo 17), devendo o Estado garantir, por medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, o acesso aos direitos internacionalmente e internamente reconhecidos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF:

Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito**

**Fundamental 132 Rio de Janeiro.** Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 30 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948**. Capítulo II: Princípios. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm). Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva n. 24 de 26 de novembro de 2017: identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Duque Vs. Colombia: Sentencia de Mérito de 26 de fevereiro de 2016**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Nº 7: Controle de Convencionalidade**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em: 07 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

PIOVESAN, Flávia. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 113-151.

RAMOS, André de Carvalho. O Mecanismo Coletivo Interamericano de apuração de violação de Direitos Humanos. In: RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 201-269.

TEREZO, Cristina Figueiredo. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2014. p. 133- 251.