

IIDH

IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



CON EL APOYO DE:



O DIREITO HUMANO AO RESPEITO
**PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL E
PELA IDENTIDADE DE GÊNERO**
NO CARIBE E NA AMÉRICA LATINA:

SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS

O direito humano ao respeito pela orientação sexual e pela identidade de gênero no Caribe e na América Latina: Situação atual e perspectivas



O DIREITO HUMANO AO RESPEITO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL E PELA IDENTIDADE DE GÊNERO NO CARIBE E NA AMÉRICA LATINA

SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

MIRANDA CASSINO

LUCAS CIARNIELLO IBÁÑEZ

SELENE PINEDA

LEONARDO RAZNOVICH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito
y el Tratamiento del Delincuente
Com o apoio de International Bar Association

© 2021, Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Todos os direitos reservados.

306.766

Z17 Instituto Interamericano de Derechos Humanos

O direito humano ao respeito pela orientação sexual e pela identidade de gênero no Caribe e na América Latina: Situação atual e perspectivas / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Eugenio Raúl Zaffaroni, Leonardo Raznovich et al. –

San José, C.R. : IIDH, 2021 140 p. : 28 x 22 cm

ISBN 978-9930-514-28-3

1. Derechos humanos. 2. Orientación sexual. 3. Identidad de género. 4. O Caribe. 5. América Latina. I. Miranda Cassino. II. Lucas Ciarniello Ibáñez. III. Selene Pineda. IV. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente

As ideias apresentadas neste livro são de responsabilidade exclusiva dos autores e não eles correspondem necessariamente aos do IIDH ou de seus doadores. É permitida a reprodução total ou parcial dos materiais aqui publicados, desde que não haja são alterados, os créditos correspondentes são atribuídos e uma cópia da publicação é enviada ou reprodução para o editor.

Produção

José Thompson J.

DIRETOR EXECUTIVO

Luis Hernández e Lucrecia Molina

Serviço Editorial

Autores

Eugenio Raúl Zaffaroni

Leonardo Raznovich

Pesquisadores

Miranda Cassino

Lucas Ciarniello Ibáñez

Selene Pineda

Tradução

Gabriela Sancho

Diagramação

Walter Meoño Segura

Capa e artes finais

Gidget Monge

Impressão

Litografía Versalles S.A.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Caixa postal 10.081-1000, San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
Correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO 1

1.	APRESENTAÇÕES INSTITUCIONAIS	9
A.	Instituto Interamericano de Direitos Humanos	9
B.	Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente.....	11
C.	International Bar Association.....	13
2.	INTRODUÇÃO.....	15
3.	SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS.....	17
4.	AGRADECIMENTOS INSTITUCIONAIS	19
5.	NOTAS METODOLÓGICAS	20
A.	Formação do Comitê de Pessoas Especialistas	20
B.	Elaboração da ferramenta de coleta de dados	21
C.	Coleta de dados e a elaboração do relatório preliminar	22
D.	Jornadas de discussão.....	24
6.	A título de conclusão deste capítulo introdutório	28

CAPÍTULO 2

1.	JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA	31
A.	Panorama jurisprudencial e o contexto da OEA	31
B.	O caso contencioso Atala Riffo e crianças Vs. Chile (Sentença de 24 de fevereiro de 2012).....	33
C.	O caso contencioso Duque Vs. Colômbia (Sentença de 26 de fevereiro de 2016).....	36
D.	O caso contencioso Flor Freire Vs. Equador (Sentença de 31 de agosto de 2016).....	38
E.	Parecer Consultivo OC-24/17 (24 de novembro de 2017): <i>identidade de gênero</i>	41

F.	Parecer Consultivo OC-24/17 (24 de novembro de 2017): casais do mesmo sexo	45
G.	Caso Azul Marín e outra Vs. Peru (Sentença de 12 de março de 2020)	46
2.	CRIMINALIZAÇÃO NA EUROPA COLONIZADORA	47
A.	Descriminalização iluminista na Europa continental	48
B.	Descriminalização nos códigos independentes	49
C.	Exceções históricas na região	49
D.	Criminalização colonial britânica	50
E.	As constituições e as leis coloniais intangíveis	52
F.	A Coroa como última instância judicial do Caribe	53
G.	Declarações de inconstitucionalidade	55
H.	A Corte Interamericana e a criminalização primária	57
I.	Direito constitucional comparado latino-americano	58
3.	CAPACIDADE ETÁRIA E SEXUALIDADE NÃO HEGEMÔNICA	60
A.	A capacidade etária para exercer a sexualidade	60
B.	Proteção ou proibição?	61
C.	Problemas da capacidade etária nas legislações	61
D.	Relações sexuais entre <i>maiores e menores de idade</i>	63
4.	CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA	63
A.	A lei e a realidade do exercício do poder punitivo	63
B.	Criminalização secundária arbitrária em toda a região	65
C.	A criminalização primária formal no Caribe	66
D.	A criminalização secundária policial	67
E.	<i>Fobia LGBTI ou outros motivos?</i>	69
F.	Os direitos humanos do pessoal policial	71
5.	AGRESSÕES A PESSOAS LGBTI	72
A.	Homicídios de ódio	72
B.	Precisão do conceito de <i>crime de ódio</i>	74
C.	Outras agressões contra pessoas LGBTI	75
D.	Agressões de grupos homofóbicos	76
E.	Agressões do grupo familiar e suicídio adolescente	78
6.	A INCIDÊNCIA DA DISCRIMINAÇÃO SOCIAL PARANOICA	81
A.	A discriminação paranoica e a saúde pública	81
B.	Práticas discriminatórias de funcionárias e funcionários públicos	82

C.	Discriminação judicial.....	83
D.	Agressões e cultura preconceituosa paranoica.....	84
E.	Reforço dos preconceitos fóbicos.....	85
F.	O <i>feminismo</i> como impulso igualitário positivo.....	86
G.	Discursos fóbicos ou <i>contemporaneidade do não contemporâneo</i>	88
H.	Terapias de conversão.....	91
7.	A DISCRIMINAÇÃO NA MARGINALIZAÇÃO: PRISÕES.....	93
A.	Seletividade discriminatória dupla.....	93
B.	A sexualidade nas prisões.....	94
C.	As pessoas LGBTI na prisão.....	95
D.	As chamadas <i>visitas íntimas</i>	96
8.	OUTRAS VARIÁVEIS DA DISCRIMINAÇÃO.....	97
A.	Discriminação trabalhista.....	97
B.	Docentes com dificuldades.....	98
C.	Medidas contra a discriminação trabalhista.....	99
D.	Controles psicotécnicos de ingresso.....	101
E.	A educação antidiscriminatória.....	102
F.	Discriminação migratória e de refugiados.....	103
G.	Discriminação nas forças armadas.....	104
H.	Privacidade das vítimas de crimes.....	106
I.	Discriminação em matéria de identidade.....	106
9.	MEDIDAS POSITIVAS PÚBLICAS.....	110
A.	Políticas públicas contra a homofobia.....	110
B.	Objecções à qualificação dos crimes de ódio.....	111
C.	Organismos estaduais de luta contra a discriminação.....	112
10.	DIREITOS DE CASAIS DIVERSOS.....	113
A.	O matrimônio igualitário.....	113
B.	O casamento e o Parecer Consultivo da Corte IDH.....	115
C.	Reconhecimento de uniões de fato.....	116
11.	DISPOSIÇÕES LEGAIS DE NATUREZA MUITO DIVERSA.....	118
A.	Visão sobre o conjunto legislativo.....	118
B.	Argentina, Bolívia, Brasil.....	118
C.	Chile, Peru, Equador, Colômbia, Panamá.....	119
D.	Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Estados da região.....	121
12.	IMPULSOS DA SOCIEDADE CIVIL.....	122

A. Avanços e dificuldades	122
B. ONGs na região	125
C. Festivais e marcha do orgulho.....	126

CAPÍTULO 3

1. REFLEXÕES E CONCLUSÕES	127
A. Leque de situações	127
B. Criminalização primária.....	127
C. Criminalização secundária	128
D. Prevenção de agressões	130
E. A qualificação dos crimes de ódio.....	130
F. Casais diversos	134
G. Outras discriminações	134
H. Ações da sociedade civil	135

ANEXO	137
--------------------	-----

1. APRESENTAÇÕES INSTITUCIONAIS

A. Instituto Interamericano de Direitos Humanos

No âmbito da comemoração do quadragésimo aniversário do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), é muito gratificante oferecer esta obra às pessoas interessadas nos direitos humanos, particularmente nos das pessoas sexualmente diversas. Com ela, culmina-se um processo de pesquisa que se estendeu por mais de um ano no que foi analisado, em primeiro lugar, a persistência de tipos penais criminalizadores das relações entre pessoas do mesmo sexo no Caribe anglófono, para depois incursionar no estudo de outras figuras penais (ou relacionadas), assim como das práticas e procedimentos que atentam contra os direitos daqueles que fazem parte das comunidades LGBTI na América Latina.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) estabeleceu claramente a inadmissibilidade da discriminação por orientação sexual ou por identidade de gênero. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos o afirmou tanto nas resoluções emitidas em casos individuais quanto nos trabalhos e relatórios da Relatoria sobre os direitos das pessoas LGBTI; também a Corte Interamericana de Direitos Humanos o determinou em sentenças tão relevantes quanto as dos casos *Atala Riffo e crianças Vs. Chile* e, mais recentemente, *Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru* e no parecer consultivo “Identidade de gênero e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo”, OC-24/17, de particular importância na matéria.

No entanto, como é demonstrado na presente publicação, as pessoas LGBTI continuam sofrendo discriminação, perseguição e violência na América Latina e no Caribe, fenômenos suscitados às vezes ao amparo de normas penais primárias ou secundárias e, ocasionalmente, por práticas que pretendem ser justificadas com considerações jurídicas ou pseudojurídicas. É necessário evidenciar que tais normas e práticas são contrárias às obrigações adquiridas pelos Estados no âmbito do Sistema Interamericano

de Direitos Humanos, cuja mera existência pode implicar sua responsabilidade internacional. Neste contexto, esta obra -que é importante em si mesma- também procura criar consciência sobre a necessidade de modificar ou derrogar essa normativa e frear essas práticas para estar em sintonia com os padrões do SIDH.

Para o IIDH, esta pesquisa é duplamente significativa. Por um lado, reafirma o compromisso institucional com a geração de doutrina derivada da evolução do SIDH a partir da interpretação dinâmica dos instrumentos e direitos de seus órgãos de proteção. Por outro, reafirma que o Instituto, conforme o estabelecido em seu Âmbito Estratégico, busca procura impulsionar o reconhecimento e valorização das diversidades.

O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD), instituição amiga e próxima, foi um parceiro inestimável para culminar esta pesquisa; por sua vez, a International Bar Association (IBA) se constituiu em um apoio essencial para desenvolvê-la. Expressamos nossa gratidão e reconhecimento a ambas as entidades.

Da mesma forma, o IIDH deseja ressaltar o trabalho decisivo dos pesquisadores e pesquisadoras liderados por Eugenio Raúl Zaffaroni e Leonardo Raznovich, com o apoio de Lucas Ciarniello Ibáñez e Selene Pineda, e de todas as pessoas que, de sua geografia ou especialidade, nutriram as descobertas que agora são oferecidas neste livro. Sem dúvida, uma grande equipe para o desenvolvimento deste processo.

Do mesmo modo, destacamos a importância da participação de especialistas nas atividades virtuais que permitiram compartilhar, corroborar ou retificar os resultados da pesquisa em um primeiro momento e registramos nossa gratidão por seu compromisso e pelas valiosas contribuições que possibilitaram que esta publicação se tornasse uma realidade, como acontece agora.

Finalmente, o IIDH deseja dedicar esta obra à coragem na luta de milhares de pessoas que enfrentam dia a dia atos e normas com os que procuram lhes negar seus direitos a ser e amar: adolescentes e jovens que vivem incompreensão ou assédio em seus lares ou nos centros educativos, àqueles que o sofrem nos âmbitos privado ou público de seus locais de trabalho; àqueles que devem sobreviver-lhe na rua, simplesmente por se mostrar diferentes. Em suma, a todas as pessoas que lutam para superar o escárnio

e enfrentam cotidianamente a ameaça da violência apenas por sua identidade de gênero ou sua orientação sexual.

San José, Costa Rica, dezembro de 2020.

José Thompson J.

DIRETOR EXECUTIVO.

B. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente

O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD) tem o prazer de apresentar esta publicação, resultado de uma aliança estratégica entre nossa instituição, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) e a International Bar Association (IBA) promovida com o propósito de realizar uma pesquisa para evidenciar a situação dos direitos das pessoas LGBTI na região e impulsionar espaços de diálogo e reflexão sobre o caminho percorrido para superar a discriminação estrutural que afeta estas populações, assim como sobre as tarefas pendentes e as ações necessárias para atendê-las.

Este projeto não teria sido possível sem a dedicação, o apoio e a liderança do Diretor do IIDH, José Thompson, do Presidente da IBA, Horacio Bernardes Neto, do Diretor Emérito do ILANUD, Elías Carranza, dos coordenadores da pesquisa, Raúl Eugenio Zaffaroni e Leonardo Raznovich, e da equipe de pesquisa formada por Lucas Ciarniello, Carla Moore, Hilda Orsolya Szotyori, Ana Selene Pineda Neisa e Miranda Cassino. A todas estas pessoas, assim como a todos aqueles que participaram e enriqueceram as diferentes etapas deste projeto, gostaria de estender nosso sincero agradecimento em nome do ILANUD.

Da mesma forma, gostaria de aproveitar esta oportunidade para prestar uma sincera homenagem, através desta publicação, a todas as pessoas que sofrem diferentes formas de violência e exclusão por sua orientação sexual e identidade de gênero e àqueles que lutam para reivindicar seus direitos a uma vida livre de violência e discriminação.

Provavelmente, a contribuição mais significativa destas páginas é centrada na análise crítica realizada, a partir de um enfoque fundamentalmente jurídico sobre a criminalização e as diversas formas de discriminação que afetam estas populações.

A referida análise é nutrida por algumas das principais descobertas evidenciadas na pesquisa mencionada, realizada na América Latina e no Caribe, assim como pelas reflexões e questionamentos de representantes da sociedade civil, da academia, de ativistas, de representantes de organizações sociais e de instituições públicas da região, os quais participaram de diferentes etapas deste projeto.

Nos próximos parágrafos também é feito um repasse com relação a alguns avanços no âmbito do Sistema Interamericano, principalmente a partir do desenvolvimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) sobre a orientação sexual e a identidade de gênero como categorias proibidas de discriminação. Estes avanços evidenciam, por outro lado, que as transformações necessárias exigem maior vontade política para garantir o cumprimento de referidas resoluções judiciais, questão particularmente relevante se for levado em conta que estas decisões não apenas afetam o caso concreto, mas que devem ser entendidas como referências orientadoras para os Estados da região em matéria de proteção de direitos humanos. Ao respeito, convém destacar a importância do fortalecimento do controle de convencionalidade, entendido como a obrigação que os Estados têm de verificar a conformidade das normas e práticas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Jurisprudência da Corte IDH.

Há 45 anos, o ILANUD atua na América Latina e no Caribe em áreas de prevenção do crime e justiça penal, através de atividades de capacitação, assistência técnica e projetos de pesquisa orientados para a aplicação do âmbito de direitos e obrigações das Nações Unidas em contextos complexos, a partir de um enfoque de direitos humanos. No desenvolvimento do nosso mandato, esta publicação dá conta de nosso compromisso com a proteção de direitos fundamentais de todas as populações em contato com os sistemas judiciais e chama a atenção sobre a dívida histórica da região quanto à necessidade de ajustar os âmbitos jurídicos para eliminar as normas que criminalizam e discriminam de forma direta e velada as populações que não se ajustam aos padrões heteronormativos dominantes em nossas sociedades.

Os desafios não são poucos e, infelizmente, o reconhecimento de direitos fundamentais através de instrumentos internacionais não basta. Prevenir a violência, a discriminação e a criminalização, que afeta desproporcionalmente determinados segmentos da população em nossa região, ultrapassa as meras mudanças normativas e o alcance de uma política criminal a nível nacional. Estas tarefas são sem dúvida imprescindíveis,

mas também é necessário articular uma política social que atenda ao mesmo tempo a profunda desigualdade que limita o desenvolvimento humano sustentável em nossas sociedades e que afeta de maneira grave as populações que enfrentam múltiplas condições de vulnerabilidade. Superar a brecha entre o reconhecimento formal de direitos e sua realização deve ser um compromisso que devemos assumir a partir do nosso papel na sociedade e como cidadania. Em suma, somente a mobilização social e democrática poderá alcançar as mudanças que nossos povos exigem.

Em suma, confiamos que esta publicação oferecerá insumos para impulsionar as mudanças necessárias em nossos países, para avançar em direção a sociedades mais justas e inclusivas, nas que não deixamos ninguém para trás na garantia de seus direitos fundamentais.

San José, Costa Rica, dezembro de 2020.

M.Sc. Douglas Durán Chavarría

DIRETOR DO ILANUD

C. International Bar Association

É uma verdadeira honra e privilégio para a International Bar Association (IBA) poder apresentar a publicação do relatório final da pesquisa “*O direito humano ao respeito pela orientação sexual e pela identidade de gênero no Caribe e na América Latina - Situação atual e perspectivas*”. Esta pesquisa e a publicação de seus resultados são o fruto de uma aliança estratégica entre nossa associação, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) e o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD).

A IBA nasceu da convicção de que uma organização integrada pelas ordens de advogados do mundo podia contribuir para a estabilidade e a paz globais através da administração de justiça e do fortalecimento do estado de direito. Nos 70 anos, desde a sua criação, a IBA evoluiu de uma associação composta exclusivamente por ordens de advogados e sociedades de advogados para uma que incorpora advogados internacionais individuais e escritórios de advocacia completos. Na atualidade, a IBA está composta por 190 ordens e sociedades de advogados que abrangem mais de 170 países, incluindo 80.000 advogados da maioria dos principais escritórios de advocacia do mundo. Ao longo dessas décadas, a IBA desenvolveu uma experiência

considerável na prestação de assistência à comunidade jurídica global e, através de seus membros, influenciou o desenvolvimento da reforma do direito internacional. É neste espírito que se enquadra o papel e decisão da IBA de aderir à aliança que permitiu levar adiante com sucesso esta pesquisa.

Neste âmbito, a pesquisa foi lançada em 2017 com um objetivo específico que era contribuir para a eliminação, no continente americano, dos resquícios coloniais de legislação que criminaliza atividades sexuais consensuais entre dois adultos do mesmo sexo. Para tanto, a pesquisa buscou evidenciar referida legislação e outros mecanismos institucionais de discriminação e violência contra as pessoas LGBTI ou percebidas como tais e avaliar o impacto social destes mecanismos. O relatório final supera em muito este objetivo. O material coletado mostra graves violações aos direitos humanos que afetam as pessoas LGTBI na região. O relatório aqui publicado evidencia que esta minoria de pessoas não só enfrenta situações de criminalização, concentradas na região do Caribe, mas que também é vítima de discriminação estrutural em toda a América Latina, incluindo a região do Caribe. A IBA tem orgulho de poder apresentar um relatório que, sem dúvida, se tornará uma fonte de recursos para a luta efetiva, orientando ações no direito interno e, eventualmente, a via internacional, não só contra a criminalização, mas também contra a discriminação estrutural que afeta as pessoas LGTBI na América Latina e no Caribe.

Este projeto não teria sido possível sem a dedicação e trabalho dos dois coordenadores da pesquisa: o Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Eugenio Raúl Zaffaroni e o oficial da IBA Leonardo J. Raznovich. O esforço de concretização de um projeto de semelhante envergadura é um mérito que lhes deve ser reconhecido da mesma forma que àqueles que participaram e enriqueceram as diversas etapas deste projeto com seu trabalho e intervenção. Em nome da IBA, estendo o mais sincero reconhecimento e agradecimento a todos eles.

Finalmente, gostaria de compartilhar, em meu nome e no da IBA, o mais afetuoso cumprimento e transmitir nosso apoio a todas as pessoas LGTBI da América Latina e do Caribe que ainda sofrem o horror da criminalização nas mãos de governos que herdaram essas leis da época do Império Britânico e que, no terceiro milênio, resistem absurdamente a aboli-las. Nosso cumprimento e apoio também vai encaminhado àquelas pessoas que sofrem outras formas de violência e exclusão em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero, as quais, por ser menos arcaicas e violentas,

não deixam de constituir uma afronta intolerável à dignidade humana para toda nação que proclame ser governada pelo estado de direito.

São Paulo, Brasil, dezembro de 2020

Horacio Bernardes Neto

PRESIDENTE DA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

2. INTRODUÇÃO

Este relatório compila os resultados de uma pesquisa realizada durante os anos de 2017 e 2019 na América Latina e no Caribe, com base em um esforço conjunto entre o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD), o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) e a *International Bar Association* (IBA). A coordenação da coleta de informação proveniente dos países do Caribe anglófono foi assumida pelo Dr. Leonardo Raznovich,¹ enquanto a coordenação para os países da América Latina, assim como a redação da análise da informação compilada apresentada no Capítulo 2, esteve a cargo do Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.²

O propósito do projeto consistiu em destacar dados para estabelecer as modalidades que podem assumir as violações ao direito à igualdade e aos princípios de não discriminação contra pessoas LGBTI³ em toda a região e evidenciar alguns dos motivos pelos quais revestem este caráter. Ao mesmo tempo, o projeto se propôs a expor os esforços legislativos, administrativos, políticos e sociais que procuram

1 O Dr. Leonardo Raznovich foi docente e Diretor do curso de Direito e Resolução de Disputas no Reino Unido e docente de Direito nas Ilhas Cayman, Vice-Presidente do Comitê de LGTBI da IBA e atualmente é advogado na Inglaterra e País de Gales e Relator da IBA em matéria de LGTBI para o Caribe.

2 O Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni foi Diretor do ILANUD e Ministro da Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). Atualmente é Juiz da Corte IDH e Professor Emérito da UBA. Recebeu 45 títulos de Doutor Honoris Causa de universidades europeias e americanas.

3 Sem prejuízo das diferentes categorizações que existem para nomear a comunidade de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo, para os fins do presente Estudo, será feita alusão em alguns parágrafos à sigla LGTBI ao fazer referência a estas populações. O anterior, em conformidade com o estabelecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao criar a Unidade especial para os direitos das pessoas lésbicas, gays, trans, bissexuais e intersexo. Com isso, não é pretendido em absoluto homogeneizar essas populações ou desconhecer a multiplicidade de termos e identidades com as quais diferentes pessoas podem se sentir reconhecidas ou identificadas.

evitar estas violações de direitos humanos e avançar rumo à igualdade das pessoas LGBTI, avaliando sua eficácia, bem como as dificuldades que enfrentam nesta parte do mundo. No caso particular do Caribe anglófono, a pesquisa buscou identificar as figuras legislativas que criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo e sua eventual aplicação judicial ou administrativa.

Através da análise reflexiva do material compilado ao longo da pesquisa, foi alcançada uma aproximação às graves violações aos direitos humanos que afetam as pessoas LGBTI na região. Assim, foi possível identificar alguns dos nós críticos que restringem de maneira desproporcional a garantia de direitos de populações que enfrentam situações de criminalização e discriminação estrutural na América Latina e no Caribe, a fim de fornecer insumos para orientar eventuais ações de incidência que permitam eliminar as barreiras que restringem o exercício pleno de direitos destas pessoas.

Da mesma forma, foi possível expor algumas das contradições existentes entre as normas internas de alguns países e a jurisprudência e recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, bem como com o âmbito de direitos e obrigações do Sistema das Nações Unidas. E, finalmente, foi conseguido sugerir alguns caminhos ou estratégias de superação destas situações lamentáveis, levando em conta as dificuldades que poderiam aparecer no momento de sua implementação.

Deve-se levar em conta que ao longo deste relatório serão encontradas referências a casos e países que são sempre assinaladas com valor de exemplificação, não é pretendido expor quantitativamente a totalidade de violações a direitos humanos de pessoas LGBTI nos países da região. Pelo contrário, este modo de exemplificação utilizado ao longo do relatório resultou suficiente para os objetivos deste trabalho consistentes em reflexões, conclusões e recomendações para evitar ou pôr fim a essas violações e, de uma forma mais geral, contribuir para uma mudança cultural que tenda a eliminar ou, pelo menos, a evidenciar e tender a mitigar os preconceitos que alimentam a discriminação de suas vítimas, ainda fortemente vigentes na região.

3. SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS

Eugenio Raúl Zaffaroni:

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Nacional do Litoral e advogado pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, ambas instituições argentinas. É Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires e recebeu Doutorados *Honoris Causa* de 46 universidades europeias e americanas.

Foi nomeado Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015 para o período 2016-2022 e iniciou suas funções em 1.º de janeiro de 2016. Foi Ministro da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (2003-2014) e atuou na judicatura durante mais de duas décadas. Foi eleito Deputado da Cidade de Buenos Aires e Presidente de Bloco do “Frepasso” (1997-2000), Presidente da Comissão de Redação da Convenção Constituinte (1996) e terceiro Vice-Presidente da Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte.

Atuou como Diretor Geral do Instituto Latino-Americano de Prevenção do Crime das Nações Unidas (ILANUD) e como Procurador Geral de Justiça da província de San Luis. Também trabalhou como Interventor do Instituto Nacional de Luta contra a Discriminação, Xenofobia e Racismo.

Miranda Cassino:

Licenciada em Ciência Política pela Universidade de Buenos Aires, mestre em Direitos Humanos pela Universidade Nacional de Tres de Febrero, Argentina, e doutoranda em Ciências Sociais pela Universidade Nacional de Quilmes (Argentina). Atua como docente de pós-graduação em temáticas de gênero e violências nas Universidades Nacionais de Quilmes e Lanús. É pesquisadora do Centro de Estudos em História, Cultura e Memória (Observatório de Memória, Gênero e Direitos Humanos) da Universidade Nacional de Quilmes.

Trabalhou durante vários anos no INADI (Instituto Nacional contra a Discriminação), em particular no projeto de concepção e implementação do Plano Nacional contra a Discriminação (EACDH-PNUD-INADI). É consultora especializada em matéria de

educação em direitos humanos e temas vinculados às diversas formas de discriminação e racismo. Atualmente trabalha como assessora em educação na Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Nação.

Lucas Ciarniello Ibáñez:

Advogado pela Universidade Nacional de Rosário (Argentina), mestre em Ciências Forenses pela Universidade de Valência (Espanha) e doutorando em Ciências Penais pela Universidade de San Carlos da Guatemala. Atua como assessor especialista na Direção Nacional de Investigação do desaparecimento de crianças como consequência da ação do terrorismo de Estado, Comissão Nacional pelo Direito à Identidade, Secretaria de Direitos Humanos da Nação.

Trabalhou como assessor especializado em temas de violência institucional e responsável pela Unidade de Registro de Atos de Tortura, Desaparecimento Forçado de Pessoas e outras Violações Graves aos Direitos Humanos, da Direção Nacional de Assuntos Jurídicos em Matéria de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos da Nação. Atuou representando legalmente a Secretaria de Direitos Humanos da Nação, a Associação Civil Avós da Praça de Maio e vítimas do terrorismo de Estado na Argentina, como pleiteante, em causas em que crimes contra a humanidade foram investigados e julgados nas localidades de Rosário, San Nicolás e Paraná (Argentina).

Selene Pineda:

Advogada pela Pontifícia Universidade Javeriana (Bogotá, Colômbia), mestre em Estudos Latino-Americanos pela Universidade Autônoma de Madri, Espanha, e bolsista da Fundação Carolina. Desde o ano de 2010, está vinculada ao Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD). Atualmente atua como pesquisadora e coordenadora de projetos na referida instituição, que tem sua sede em San José, Costa Rica. Suas linhas de trabalho são focadas fundamentalmente em sistemas de justiça penal, sistemas penitenciários e populações que enfrentam condições particulares de vulnerabilidade, a partir de um enfoque de gênero e de direitos humanos.

Em sua trajetória profissional, conta com experiência como consultora em diversas instituições, entre elas: o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), a Universidade para a Paz, criada a pedido das Nações Unidas, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), particularmente em temas relacionados com direitos humanos e acesso à justiça.

Leonardo Raznovich:

Advogado pela Universidade de Buenos Aires em 1995 (Argentina), também obteve um mestrado em Direito (LL.M.) pela Escola de Direito da Universidade de Harvard em 1997 e finalmente seu doutorado pela Universidade de Oxford em 2003. Atualmente, trabalha como advogado na ordem da Inglaterra e País de Gales depois de ter sido chamado e admitido pela Ordem de Advogados dessas jurisdições (Honorable Society of the Inner Temple) em 2010. Desde 1995, tem adquirido experiência em jurisdições de direito civil e de direito comum em arbitragens e litígios internacionais nas áreas de direito público e privado, com ênfase em direitos humanos e liberdades civis.

Foi Diretor de Direito (2008-2010) e docente (até 2012) da Universidade de Canterbury Christ Church do Reino Unido e atuou como docente na Escola de Direito Truman Bodden das Ilhas Cayman até 2015. Também foi docente visitante Lovells de Direito Anglo-Americano (2002-2003) da Faculdade de Direito da Universidade Heinrich Heine de Düsseldorf, Alemanha, da Universidade Católica de Valparaíso do Chile (2007) e professor convidado em universidades dos Estados Unidos, França e China. Atualmente é membro do Conselho de Diversidade e Inclusão da International Bar Association, entidade na qual atuou antes como Vice-Presidente do Comitê de Direito de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgênero e Intersexo até 2018.

4. AGRADECIMENTOS INSTITUCIONAIS

A equipe de autoras e autores deste trabalho deseja agradecer profundamente todos os integrantes do Comitê de Pessoas Especialistas, que acompanharam as diferentes etapas desta pesquisa. A partir de agora, nenhuma das pessoas que integram esse Comitê é responsável pelos erros ou opiniões deste Relatório.

Da mesma forma, queremos estender este agradecimento às instituições que confiaram desde o início nesta pesquisa e nas contribuições que ofereceram e que estão explicitadas neste texto. Acreditamos que nosso trabalho não teria sido possível sem o compromisso da International Bar Association, do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente. A contribuição das pessoas que integram e dirigem estas instituições resultou decisiva para poder levar adiante este trabalho. Esta pesquisa não teria sido possível sem a liderança de José Thompson J., Douglas Durán Chavarría e Horacio Bernardes Neto.

Desejamos agradecer especialmente à Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Elizabeth Odio Benito, por ter oferecido sua valiosa contribuição e compromisso que permitiram levar adiante as instâncias finais desta pesquisa. Da mesma forma, agradecemos profundamente a boa predisposição do pessoal da Corte IDH para a organização das Conferências e do Seminário Internacional.

Por fim, nosso profundo agradecimento ao Diretor Emérito do ILANUD, Elías Carranza, por ter apoiado este trabalho desde o seu início. O apoio e compromisso de Elías no início desta pesquisa foi imprescindível para poder avançar e alcançar nosso objetivo.

5. NOTAS METODOLÓGICAS

A. Formação do Comitê de Pessoas Especialistas

A pesquisa começou em maio de 2017 e foi realizada em diferentes etapas. Em uma primeira, procedeu-se à formação de um Comitê de Pessoas Especialistas como estratégia que oferece diversas vantagens na hora de criar ferramentas de coleta de dados e na elaboração de um relatório final. Ou seja, o Comitê permitiu uma espécie de validação das diferentes instâncias da pesquisa ao ser avaliadas por pessoas com longa trajetória na temática. Para tanto, pessoas conhecedoras da temática foram selecionadas por sua formação acadêmica ou sua experiência de trabalho.

Esta estratégia metodológica facilitou a obtenção de opiniões com um nível de profundidade na avaliação dos fatos e situações analisadas que possibilitou reunir

conhecimentos, conteúdos e juízos inovadores e complexos com relação à temática. O juízo de especialistas representa uma opinião informada de pessoas não apenas com trajetória no tema, mas que são reconhecidas por outras como “especialistas” e que podem fornecer evidência, suporte e avaliações informadas.

Neste sentido, o Comitê de Pessoas Especialistas foi consultado em duas instâncias da pesquisa, em um primeiro momento para o aprimoramento da ferramenta de coleta de dados e, em uma segunda instância, para a revisão do relatório preliminar. Da mesma forma, foi possível contar com sua participação nas jornadas de discussão anteriores à elaboração deste relatório final.

O Comitê de Pessoas Especialistas esteve integrado por Daniel A. Borrillo⁴, Juan E. Méndez⁵, Myrta Morales Cruz⁶, Wendy Singh⁷, Maurice Tomlinson⁸ e Robert Wintemute⁹.

B. Elaboração da ferramenta de coleta de dados

Posteriormente, procedeu-se à elaboração de uma ferramenta de coleta de dados constituída por um protocolo de perguntas mediante as quais se pretendeu abordar

-
- 4 Daniel Borrillo, professor de Direito da Universidade de Paris Nanterre, pesquisador do CERSA Paris II e do Centro Multidisciplinar de Bioética da Universidade Federico II de Nápoles. Autor de diversos ensaios e estudos sobre o tema do congresso, atualmente realiza uma pesquisa sobre o direito de asilo para as minorias sexuais na União Europeia.
 - 5 Juan E. Méndez, advogado argentino, professor de Direitos Humanos, Washington College of Law, American University, ex-Relator Especial das Nações Unidas sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. É Comissário da Comissão Internacional de Juristas. Tem uma ampla trajetória a nível internacional como acadêmico e jurista em temas de justiça transicional, prevenção do genocídio e crimes atrozes, direitos das pessoas privadas de liberdade e direito à integridade pessoal.
 - 6 Myrta Morales Cruz, graduada em Governo e Francês pela Universidade de Georgetown (EUA) e em Direito pela Universidade de Porto Rico, com mestrados em Direito pela Faculdade de Direito de Harvard e pela Universidade de Oxford e em Sociologia do Direito pelo Instituto Internacional de Sociologia do Direito de Oñati, atualmente é professora adjunta da Universidade Interamericana de Porto Rico, onde dirige o Centro para a Educação e Participação do Cidadão, que ela fundou em 2013.
 - 7 Wendy Singh, licenciada em Letras pela Universidade das Índias Ocidentais, licenciada em Direito pela Universidade de Londres, conta com um mestrado em Direito e Diplomacia, com especialização em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Fletcher School of Law and Diplomacy.
 - 8 Maurice Tomlinson, advogado e professor jamaicano de Direito. Atualmente, é analista sênior de Políticas da Rede Jurídica Canadense sobre o HIV/AIDS. Maurice é um eminente ativista pelos direitos das pessoas LGBTI e das pessoas que vivem com HIV no Caribe há mais de 20 anos.
 - 9 Robert Wintemute, professor de Direitos Humanos no King’s College, suas áreas de pesquisa são focadas em direitos humanos, discriminação por orientação sexual e a lei e leis antidiscriminatórias.

os diferentes pontos problemáticos da temática. O questionário foi organizado em cinco segmentos:

- a. igualdade e não discriminação;
- b. criminalização;
- c. acesso à justiça e sistema judicial;
- d. situações de violência e/ou discriminação;
- e. situação de pessoas trans e intersexo.

Procurou-se elaborar um protocolo extremamente amplo que abrangesse uma multiplicidade de situações e problemáticas vinculadas a violações a direitos das pessoas LGBTI. Este questionário consiste em cinquenta e quatro perguntas orientadoras e está incluído como anexo ao presente relatório.

As pessoas que compõem o Comitê de Especialistas receberam o protocolo de perguntas para ser aperfeiçoado com suas contribuições ou observações. As respostas ao protocolo foram trabalhadas em cada país da região do Caribe e América Latina por diferentes organismos não governamentais dedicados à defesa e promoção dos direitos das pessoas LGBTI.

C. Coleta de dados e a elaboração do relatório preliminar

O procedimento de coleta de dados começou em outubro de 2017 e se estendeu por 14 meses. Foi precedido pela realização de um levantamento com organizações não governamentais dedicadas à temática com sede nos diferentes Estados da região. Depois, foi estabelecido contato com cada uma destas ONGs a fim de convidá-las a participar da pesquisa.

As organizações que aceitaram participar receberam o protocolo de perguntas e foram orientadas no trabalho de respondê-lo. Sem entrar em particularidades em cada um dos relatórios recebidos, vale a pena destacar que, em alguns Estados, as ONGs se organizaram de maneira tal que respondessem ao protocolo em conjunto (Brasil, Nicarágua, Costa Rica).

Na região do Caribe, foi estipulado que, além das pesquisas à distância, nos países da Guiana, Jamaica e Barbados, fossem enviadas pesquisadoras de campo para realizar um trabalho. Sem o intuito de aprofundar nas tarefas realizadas pelas pesquisadoras

de campo, que podem ser consultadas em seus respectivos relatórios, que fazem parte da versão digital do presente relatório como anexos, o trabalho consistiu em identificar diferentes organizações da sociedade civil ou referentes delas para poder realizar entrevistas semiestruturadas tendo como base o protocolo de cinquenta e quatro perguntas. As pesquisadoras foram as seguintes:

- a. Selene Pineda¹⁰, que realizou seu trabalho na Guiana.
- b. Carla Moore¹¹, que esteve trabalhando na Jamaica.
- c. Hilda Orsolya Szotyori¹², que desenvolveu suas tarefas em Barbados.

Com relação à região da América Latina, a coleta de dados esteve a cargo de Lucas Ciarniello Ibáñez¹³. O trabalho foi realizado à distância através do contato com diversas organizações não governamentais com sede nos diferentes Estados. Lamentavelmente, não houve resposta por parte das ONGs contatadas em alguns Estados e recorreremos a dados constantes nos relatórios de homofobia de Estado da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo (ILGA).

Levando em consideração as particularidades mencionadas na coleta da informação, o enfoque deste estudo é fundamentalmente qualitativo, neste sentido considera elementos do conceito de pesquisa-ação, enquanto pretende chamar a atenção sobre problemas sociais que afetam determinados segmentos da população, a fim de propiciar as mudanças que sejam consideradas necessárias. Quanto às técnicas de pesquisa utilizadas para a compilação de informação, recorreu-se a entrevistas semiestruturadas, enquetes enviadas aos atores-chave e pesquisa de mesa e revisão documental. As exceções, como já assinalado, foram Jamaica, Barbados e Guiana, onde uma pesquisa de campo foi realizada. Tanto para as pesquisas de campo quanto para as feitas à distância, o protocolo de perguntas foi a ferramenta fundamentalmente utilizada.

10 Selene Pineda, advogada pela Pontifícia Universidade Javeriana, Bogotá, Colômbia e mestre em Estudos Latino-Americanos pela Universidade Autônoma de Madri, Espanha. É pesquisadora do ILANUD.

11 Carla Moore, pesquisadora, ativista e professora adjunta do Instituto de Estudos sobre o Gênero e Desenvolvimento, Unidade Mona, Universidade das Índias Ocidentais.

12 Hilda Orsolya Szotyori, licenciada em Direito pela Universidade de Liverpool e atualmente está em processo de se tornar advogada no Canadá. Como ex-refugiada romena, possui uma perspectiva única sobre a importância de viver em uma nação onde os direitos básicos, as liberdades e os direitos civis estão ao alcance de todos igualmente.

13 Lucas Ciarniello Ibáñez, advogado pela Universidade Nacional de Rosário, Santa Fé, Argentina, e mestre em Ciências Forenses pela Universidade de Valência, Espanha.

Conseqüentemente, a elaboração do relatório, tanto preliminar quanto final, não pretendeu se ajustar às normas de um trabalho escolástico e tampouco está proposto a documentar ou realizar uma revisão exaustiva sobre as graves violações aos direitos humanos que afetaram as pessoas LGBTI na região durante o período de estudo. A aproximação a esta problemática foi realizada através de uma análise reflexiva do material compilado, dirigida a identificar os nós críticos que restringem de maneira desproporcional a garantia de direitos de populações que enfrentam situações de criminalização e discriminação estrutural na América Latina e no Caribe, a fim de fornecer insumos para orientar eventuais ações de incidência que permitam eliminar as barreiras que restringem o exercício pleno de direitos destes grupos.

D. Jornadas de discussão

Uma vez encerrada a etapa de coleta de dados, procedeu-se à análise dos mesmos e à elaboração de um relatório preliminar entre abril e dezembro de 2019. Elaborado o relatório preliminar e aperfeiçoado pelas sugestões e observações dos integrantes do Comitê de Pessoas Especialistas, foi planejada a realização da etapa seguinte. Esta foi realizada em três jornadas, as quais consistiram em duas Conferências fechadas e um Seminário Internacional aberto ao público.

Durante os dias 23 e 24 de outubro de 2020, as duas Conferências aconteceram e, no dia 28 de outubro do mesmo ano, foi desenvolvido o “Seminário Internacional sobre Diversidade Sexual e Direitos Humanos”, aberto ao público em geral e transmitido por redes sociais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As Conferências foram programadas com o objetivo de gerar um intercâmbio de ideias entre pessoas acadêmicas, especialistas na temática e integrantes de organizações da sociedade civil dedicadas à promoção e defesa dos direitos de pessoas LGBTI. A fim de ordenar a discussão nas Conferências, uma lista de cinco perguntas orientadoras foi enviada a cada um dos participantes, a partir das quais se procedeu ao documento de discussão. Este documento se trata do relatório preliminar da pesquisa que foi observado e enriquecido previamente pelos integrantes do Comitê de Pessoas Especialistas.

As pessoas participantes das Conferências foram Juan E. Méndez, Carla Moore, Hilda Orsolya Szotyori, Edwin Cameron¹⁴, Joel Simpson¹⁵, Diana Maffia¹⁶, Pedro Paradiso Sottile¹⁷, Robert Wintemute, Margarita Salas¹⁸, Jean Wyllys¹⁹, Victoria Vasey²⁰, Maurice Tomlinson, Greta Pena²¹, Daniel Borrillo, Mauro Cabral²², Michael Kirby²³, Adrian Saunders²⁴, Jason Jones²⁵ e integrantes de organizações da sociedade civil. Com relação ao Seminário, o painel esteve formado por pessoas de alto perfil institucional,

-
- 14 Edwin Cameron foi Juiz na África do Sul entre 1994 e 2019 e Juiz da Corte Constitucional durante onze anos. Ele é Juiz inspetor de prisões e reitor da Universidade de Stellenbosch. Ajudou a garantir a inclusão da orientação sexual na Constituição da África do Sul em 1994.
 - 15 Joel Simpson, Diretor Geral da SASOD - sociedade contra a discriminação por orientação sexual com sede na Guiana. Joel é advogado, ativista e defensor de direitos humanos e mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Nottingham.
 - 16 Diana Maffia, doutora em Filosofia (UBA), docente de “Filosofia Feminista” da Faculdade de Filosofia da UBA, Diretora da pós-graduação em “Gênero e Direito” da Faculdade de Direito da UBA, Diretora do Observatório de Gênero na Justiça do Conselho da Magistratura da Cidade de Buenos Aires, Argentina.
 - 17 Pedro Paradiso Sottile, Diretor Executivo da ILGALAC, advogado argentino, ativista e defensor de direitos humanos das pessoas LGBTI.
 - 18 Margarita Salas, atual comissária LGBTIQ+ da Costa Rica. Margarita é mestre em Administração Pública pela Universidade de Harvard e licenciada em Psicologia pela Universidade da Costa Rica. Conta com ampla experiência em organizações de desenvolvimento a nível nacional e internacional em temas de gênero, tecnologias da informação e comunicação e economia social. Tem uma longa trajetória como ativista feminista LGBTI e foi cofundadora de várias organizações LGBTI e cofundadora e Presidente do partido VAMOS da Costa Rica, do qual foi candidata a deputada no ano de 2018.
 - 19 Jean Wyllys, professor e pesquisador do Instituto de Pesquisa Afro-Latino-Americano do Centro Hutchins da Universidade de Harvard. Jornalista e político brasileiro. É um defensor ativo dos direitos das populações LGBTI.
 - 20 Victoria Vasey, Diretora do Departamento Legal da organização Human Dignity Trust. Graduada em Oxford, tem um mestrado em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário pela Universidade de Paris II (Pantheon-Assas). Victoria tem uma ampla experiência em casos de litígio estratégico em matéria de direitos humanos em diferentes jurisdições europeias, perante a Corte Europeia de Direitos do Homem, Comitê Europeu de Direitos Sociais e perante órgãos de tratados das Nações Unidas.
 - 21 Greta Pena, Presidente da organização 100% Diversidade e Direitos. Estudou Direito e Jornalismo, é militante pela igualdade na política e na organização que dirige. Desenvolveu seu trabalho em questões penais e de família. Suas áreas de trabalho estão vinculadas aos direitos humanos, gênero, diversidade, infância, deficiência e liberdade de expressão.
 - 22 Mauro Cabral é um ativista transgênero argentino pelos direitos das pessoas intersexo e trans. É Codiretor da GATE (Ação Global para a Igualdade Trans) e signatário dos Princípios de Yogyakarta.
 - 23 Michale Kirby, jurista e acadêmico australiano, foi Juiz do Tribunal Superior da Austrália.
 - 24 Adrian Saunders é Presidente do Tribunal de Justiça do Caribe. Nascido em São Vicente e Granadinas, licenciado em Direito pela Universidade das Índias Ocidentais (Cave Hill), obteve seu certificado em formação jurídica pela Escola de Direito Hugh Wooding de Trinidad e Tobago.
 - 25 Jason Jones, ativista gay de Trinidad e Tobago, reivindicou com sucesso a constitucionalidade dos artigos 13 e 16 da Lei de crimes sexuais, que proibia as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo.

estas foram: a Baronesa Helena Kennedy²⁶, Ana Helena Chacón Echeverría, Flavia Piovesan, Víctor Madrigal Borloz e Adrian Saunders e Eugenio Raúl Zaffaroni.

Estas atividades foram programadas a fim de colocar em discussão as principais descobertas da pesquisa e, assim, enriquecer o relatório preliminar.

Conforme já foi mencionado, as intervenções tanto nas conferências quanto no seminário estiveram orientadas por cinco perguntas que, de forma geral, atravessam os grandes nós problemáticos deste relatório. As pessoas participantes das diferentes jornadas escolheram aprofundar alguns dos eixos propostos, e isso permitiu enriquecer as conclusões e reflexões às que o relatório chega a partir dos dados recolhidos. Essas perguntas foram as seguintes:

- a. É possível pensar em uma agenda regional comum (América Latina e Caribe) a partir das organizações da sociedade civil para procurar a defesa e garantia de direitos das pessoas LGBTI? Se for viável, quais deveriam ser os temas centrais? Que estratégias de ação deveriam ser priorizadas tanto em instâncias nacionais quanto regionais e como deveriam ser coordenadas?
- b. É possível pensar estratégias de ação para incidir na ação das forças de segurança dos países da região? Que estratégias de ação poderiam ser propostas para conter as formas de violência exercidas pela polícia contra pessoas LGBTI? Considera viável a concepção de áreas especializadas dentro das forças de segurança, poderes judiciais ou ministérios públicos?
- c. Uma das maiores preocupações apresentadas pelas organizações da sociedade civil se refere à ausência de dados ou estatísticas oficiais com relação aos crimes cometidos contra pessoas LGBTI. Que iniciativas considera que deveriam ser impulsionadas para melhorar a compilação de estatísticas a nível nacional e regional? É viável pensar na concepção de um sistema de informação administrativo e judicial que estabeleça critérios de convergência e comparabilidade de dados com relação aos crimes cometidos nos países da região?
- d. A criminalização é uma relíquia deixada pelo Império Britânico nos países que fizeram parte dele. A permanência destes tipos penais também recai sobre a Coroa Britânica, particularmente a partir do caso *Boyce* decidido pelo Conselho

26 A Baronesa Helena Kennedy se retirou por alguns minutos antes de sua intervenção citando problemas de agenda.

Privado do Reino Unido (UKPC - por suas siglas em inglês) no ano de 2003. Efetivamente, a Coroa Britânica, com o conselho de seu Conselho Privado, é um dos obstáculos legais para a mudança nos países que a mantêm como corte final de apelações. Que responsabilidade cabe à Coroa Britânica sob o direito internacional por estas ações e qual seria o caminho mais idôneo para determiná-la e visibilizá-la?

- e. Com relação aos Estados que se recusam a derrogar estes tipos penais ou implementar decisões da Corte Interamericana tais como o OC-24/17, que responsabilidade lhes cabe sob o direito internacional por tal negativa e qual é o caminho mais idôneo para determinar tal responsabilidade? Seria importante outra opinião/decisão da Corte Interamericana com relação à criminalização depois do OC-24/17?

A seguir, são detalhados os pontos nodais de concordância sobre os quais os intercâmbios e reflexões foram articulados:

1. Foi acordado que a pesquisa constitui uma contribuição fundamental para a compreensão e visibilização das situações de violação de direitos humanos que atravessa a comunidade LGBTI, assim como uma ferramenta fundamental para planejar agendas de trabalho e diretrizes de políticas públicas.
2. Também houve acordo em que a abordagem segundo tipos de criminalização (primária e secundária) constitui uma contribuição fundamental para a conceitualização, análise e tratamento adequado da situação dos direitos humanos da comunidade LGBTI.
3. Foi acordado que as diferentes formas de discriminação, maus-tratos, torturas e outras negações de direitos da comunidade LGBTI podem ser considerados heranças culturais, administrativas e legais dos colonialismos.
4. Com relação a este ponto, alguns dos países do Caribe anglófono que foram colônias britânicas continuam sujeitos à resolução final de certas questões por parte da Coroa Britânica e seu Conselho Privado, a qual insiste em manter a validade das leis coloniais acima das constituições de nações independentes e dificulta o progresso dos direitos da comunidade LGTBI. Algumas pessoas participantes contribuíram com sua visão com relação ao que fazer diante desta situação, em particular indagar sobre a possível violação do direito internacional.

5. Finalmente, foi acordado que as diferentes formas de discriminação, maus-tratos, torturas e outras negações de direitos da comunidade LGBTI são expressões de violência naturalizada e institucionalizada que impactam de forma diferenciada sobre pessoas com orientação sexual diferente e sobre pessoas com identidades e expressões de gênero não hegemônicas.

Durante os três dias, foi utilizado um serviço de relatoria a cargo de Miranda Cassino²⁷. Assim, foi possível coletar e sistematizar as contribuições realizadas por parte das pessoas participantes ao longo destes encontros. Muitas das contribuições realizadas se encontram incorporadas no presente documento final, e outras fazem parte das conclusões, na forma de propostas para a realização de uma agenda de estratégias de incidência nos países da região.

6. A TÍTULO DE CONCLUSÃO DESTE CAPÍTULO INTRODUTÓRIO

Como já foi explicado, a presente pesquisa foi realizada mediante consultas, relatórios e entrevistas, orientados por um protocolo de perguntas a organizações não governamentais e pessoas, mas desde sua origem não foi programada com o objetivo de produzir um *survey* que esgote dados sobre a situação das pessoas LGBTI na América Latina e no Caribe.

O objetivo principal foi detectar as diversas formas e modalidades das diferentes violações de direitos humanos que prejudicam as pessoas LGBTI, da magnitude dos danos que decorrem ou podem decorrer delas. Trata-se de uma pesquisa de *factos* e de sua *avaliação jurídica*, o que nos obriga a nos deslocar constantemente da realidade social ao normativo e vice-versa, o que, embora deveria ser regra constante em todo o direito, em matéria de direitos humanos se torna absolutamente inescusável, com a consequente dificuldade que esta metodologia realista impõe.

Consequentemente, toda contribuição que permita aprofundar a reflexão e melhorar nossas conclusões e recomendações será bem-vinda pela totalidade dos participantes

27 Miranda Cassino é licenciada em Ciência Política e mestre em Direitos Humanos. É docente de pós-graduação em temas de gênero e violências (UNLa-UNQ). Trabalhou durante vários anos no INADI (Instituto Nacional contra a Discriminação), em particular no projeto do Plano Nacional contra a Discriminação (EACDH-PNUD-INADI). Desde 2010, é coordenadora de conteúdos de formação da Secretaria de Direitos Humanos da Nação (Argentina).

da pesquisa. A natureza - ao mesmo tempo complexa e dinâmica - da questão tratada exige que sejamos extremamente conscientes das limitações de nosso conhecimento e da necessidade de seu enriquecimento constante com novos dados e reflexões.

Deve-se ter em conta que o principal objetivo desta pesquisa está diretamente vinculado à elaboração de uma agenda regional de ações de incidência, ou seja, ao planejamento de propostas contextualizadas para a abordagem dos nós problemáticos evidenciados ao longo do relatório. Quando falamos em contextualizar as propostas, referimo-nos a que somos conscientes da existência de diferenças sociais, políticas e culturais que se manifestam nas diferentes práticas de violação de direitos a pessoas LGBTI. A partir da informação coletada ao longo da pesquisa, é possível observar que, embora exista certa transversalidade nas práticas discriminatórias, estas são realizadas seguindo certos padrões estruturais segundo as diferentes regiões e inclusive os diferentes Estados.

Por último, vale ressaltar que este relatório recebeu contribuições do Comitê de Pessoas Especialistas desta pesquisa. Muitos de seus comentários foram acrescentados ao texto final e também foram debatidos durante as jornadas.

1. JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA

O presente relatório começa com uma seleção de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes à temática que teve por objetivo esta pesquisa. O propósito deste primeiro segmento é poder fazer referência aos principais pronunciamentos deste órgão jurisdicional de grande influência na região, para depois abordar a análise dos dados obtidos nos diferentes Estados.

A. Panorama jurisprudencial e o contexto da OEA

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) referente à igualdade e não discriminação por motivos de diversidade sexual, especificamente, é concretizada em - pelo menos - quatro sentenças em casos contenciosos e um Parecer Consultivo: os casos *Atala Riffo e crianças Vs. Chile* (2012), *Duque Vs. Colômbia* (2016), *Flor Freire Vs. Equador* (2016) e *Azul Rojas Marín Vs. Peru* (2020), e o Parecer Consultivo OC-24/17 (2017).

É digno de surpresa que até 2012 apenas um caso contencioso com referência específica a este assunto tivesse chegado à Corte IDH. Sem dúvida, o levantamento desta questão perante o órgão jurisdicional regional de direitos humanos se deve, em grande parte, ao trabalho constante das ONGs dedicadas ao tema, cuja crescente organização permitiu que suas lutas fossem traduzidas em políticas de Estado.

Porém, as medidas de reconhecimento e proteção à população LGBTI ainda resultam incipientes e recentes, uma vez que, somente em 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitiu o primeiro relatório com interesse e abrangência para os Estados membros da OEA sobre violência contra pessoas LGBTI. A este respeito, deve-se ter em mente a particularidade do nosso sistema regional de proteção, no qual casos contenciosos chegam à jurisdição da Corte IDH após um longo processo de seleção realizado pela CIDH.

De qualquer forma, existem decisões anteriores da Corte IDH referentes à não discriminação em geral que devem ser consideradas como antecedentes da jurisprudência particularizada sobre esta forma de discriminação. Neste sentido, é necessário citar os Pareceres Consultivos n.º 04/1984 e n.º 18/2003, nos quais o Tribunal reafirma que a igualdade é condição essencial da dignidade da pessoa, proibindo qualquer medida que considere um grupo de pessoas superior a outro. Além disso, a Corte estabelece uma relação direta entre as obrigações previstas nos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), pois no primeiro, proíbe a discriminação no exercício dos direitos consagrados no texto jurídico internacional, enquanto na segunda disposição, estabelece a proibição da discriminação não apenas com relação aos direitos listados na CADH, mas também em todas as normas aprovadas pelos Estados e em sua aplicação.

Com relação às obrigações impostas pelos direitos à igualdade e à não discriminação, a Corte IDH estabeleceu algumas regras gerais para os Estados: abster-se de incluir em seu ordenamento jurídico normas discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios sobre diferentes grupos; revogar as normas de caráter discriminatório; combater as práticas discriminatórias e adotar normas e ações necessárias para reconhecer e garantir a igualdade efetiva de todas as pessoas perante a lei.

A incorporação da discriminação por orientação sexual à agenda do órgão jurisdicional regional foi precedida de sua incorporação aos órgãos políticos regionais, iniciada em 3 de junho de 2008, quando a Assembleia Geral da OEA aprovou a Resolução n.º 2.435 (XXXVIII-0/08), intitulada *Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero*. Em 2009, a Assembleia Geral insistiu no tema mediante a Resolução n.º 2504 (XXXIX-0/09) que, com o mesmo título, solicitou aos Estados que adotassem medidas para responsabilizar criminalmente quem perpetrasse atos de violência contra pessoas, em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Em 2010, o tema foi retomado com a Resolução AG/RES. 2600 (XL-0/10), que reiterou as anteriores e, além disso, determina que os Estados devem adotar garantias de não repetição e de acesso à justiça e decide que a CIDH estude a possibilidade de elaborar um relatório temático e inclua a questão em sua sessão ordinária.

Em 2011, foi emitida a Resolução n.º 2653 (XLI-0/11) que determina que os Estados implementem políticas públicas contra a discriminação por motivos de orientação sexual e identidade de gênero. Ao mesmo tempo, determinou que a CIDH inclua o

tema em seu plano de trabalho, apresente um relatório sobre a matéria elaborado com a ajuda dos Estados e que, em cooperação com o Comitê Jurídico, realize um estudo sobre as implicações jurídicas e os aspectos conceituais e terminológicos que compõem a questão.

A Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da Assembleia Geral da OEA apresentou um projeto de resolução em maio de 2013 reiterando as provisões das resoluções anteriores e solicitando à CIDH que estudasse as leis e disposições vigentes nos Estados membros da OEA que limitem os direitos humanos das pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero, para que, a partir desse estudo, fosse elaborado um guia.

Finalmente, em 5 de junho de 2013, a Assembleia Geral da OEA aprovou a *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, que inclui uma referência clara à orientação sexual, identidade e expressão de gênero, como formas proibidas de discriminação. Nessa Convenção, os Estados aderentes são instados a adotar políticas públicas especiais e ações afirmativas para promover condições equitativas de igualdade de oportunidades; a tomar medidas legislativas que proíbam a discriminação e a intolerância; a estabelecer sistemas políticos e jurídicos que contemplem a diversidade; e a adotar medidas judiciais que promovam o acesso à justiça para as vítimas da discriminação.

Neste contexto gerado nos órgãos políticos regionais, a Corte IDH inaugurou sua jurisprudência, de acordo com a tendência claramente marcada pela Assembleia Geral da OEA.

B. O caso contencioso Atala Riffo e crianças Vs. Chile (Sentença de 24 de fevereiro de 2012)

Este caso está relacionado ao processo de guarda e custódia de três crianças que foi tramitado na justiça chilena, promovido pelo pai das crianças com o objetivo de negar à mãe autoridade parental, em função de que ela vivia com sua companheira do mesmo sexo, considerando que isso causaria sérios danos à saúde mental de suas filhas. O caso foi objeto de intenso litígio que chegou à Corte Suprema de Justiça do Chile, que decidiu conceder a custódia ao pai das três crianças em uma decisão

dividida em 3 a 2, visto que, após o divórcio, a esposa e mãe das crianças convivia com uma pessoa do mesmo sexo.

Os argumentos da justiça chilena (em suas diferentes instâncias) podem ser resumidos nos seguintes pontos:

- A convivência da mãe com sua companheira do mesmo sexo alteraria a normalidade da rotina familiar, privilegiando os interesses e o bem-estar pessoal da mãe, em detrimento do bem-estar emocional e processo de socialização adequado das filhas. A mãe teria então privilegiado seu bem-estar e interesse pessoal em detrimento do cumprimento do papel materno, em condições suscetíveis de afetar o desenvolvimento posterior das crianças. Os argumentos do pai resultam mais favoráveis ao interesse superior das crianças, uma vez que assumem grande importância no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional.
- A eventual confusão de papéis sexuais que pode ocorrer nas crianças devido à falta no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino constitui uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores em relação aos quais devem ser protegidas.
- É evidente que o ambiente familiar excepcional das crianças difere significativamente do de seus colegas estudantes e de suas relações no bairro em que vivem, expondo-as ao isolamento e à discriminação que afetarão igualmente seu desenvolvimento pessoal.

Perante a Corte IDH, foi levantada a questão de que a decisão da justiça chilena e os argumentos anteriores responsabilizavam o Estado pelo tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar da mãe e das crianças. Foi a opinião unânime da Corte IDH no caso em que o Estado do Chile violou desse modo o princípio da igualdade e a proibição da discriminação enunciados nos artigos 1.1 e 24 da Convenção.

Com relação ao direito à igualdade e não discriminação, a Corte estabeleceu que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela CADH com a expressão *outra condição social*, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção. Em função disso, a CADH proscree qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Consequentemente, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por indivíduos,

deve diminuir ou restringir, de forma alguma, os direitos de uma pessoa em função de sua orientação sexual.

A Corte IDH observou que embora o *interesse superior da criança* seja um fim legítimo, a mera referência a ele em abstrato, sem provar concretamente os riscos ou danos que a orientação sexual da mãe pode acarretar para as crianças, não pode servir como um argumento idôneo para a restrição do exercício de todos os direitos humanos sem qualquer discriminação pela orientação sexual, ou seja, o interesse superior da criança em abstrato não pode ser usado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai devido à orientação sexual de qualquer um deles. Desta forma, o julgador não pode levar em consideração essa condição social como elemento para decidir sobre uma guarda ou custódia.

A Corte constatou que, no âmbito das sociedades contemporâneas, estão ocorrendo mudanças sociais, culturais e institucionais, orientadas a desenvolvimentos mais inclusivos de todas as opções de vida dos seus cidadãos, o que é evidenciado na aceitação social de casais inter-raciais, mães ou pais solteiros ou casais divorciados, que não eram aceitos pela sociedade em outras épocas. Neste sentido, o direito e os Estados devem apoiar o avanço social, caso contrário, corre-se o sério risco de legitimar e consolidar as diversas formas de discriminação violadoras dos direitos humanos.

A Corte IDH afirmou que a orientação sexual de uma pessoa se encontra vinculada ao conceito de liberdade e a conseqüente possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido a sua existência, conforme suas próprias opções e convicções. Portanto, a vida afetiva com cônjuge ou companheiro(a) permanente, que envolve - logicamente - as relações sexuais, é um dos principais aspectos desse âmbito ou círculo de intimidade.

Finalmente, cabe assinalar que, ao mencionar que a interpretação do artigo 1.1 da CADH, que em *outra condição* também abrange a orientação sexual, a partir deste caso serviu para que a jurisprudência do tribunal tratasse dos demais casos e também do que foi expresso no OC 24/2017.

C. O caso contencioso Duque Vs. Colômbia (Sentença de 26 de fevereiro de 2016)

A Corte IDH condenou o Estado da Colômbia por violar o direito à igualdade perante a lei e à não discriminação de Ángel Duque, por não permitir que ele tivesse acesso em condições de igualdade à pensão de sobrevivência após a morte de seu companheiro em 2001, por se tratar de um casal do mesmo sexo.

O senhor Duque conviveu com seu companheiro até que este último faleceu em 15 de setembro de 2001. O companheiro do senhor Duque, o senhor J.O.J.G., era filiado à Companhia Colombiana Administradora de Fundos de Pensões e Rescisões (COLFONDOS S.A.). No ano seguinte ao do falecimento do Sr. J.O.J.G., exatamente em março de 2002, o senhor Duque solicitou por meio de uma carta que lhe fossem indicados os requisitos para obter a pensão de sobrevivência de seu companheiro. Em 3 de abril de 2002, a COLFONDOS respondeu afirmando que ele não possuía a condição de beneficiário em conformidade com a lei aplicável para ter acesso à pensão de sobrevivência.

Em 26 de abril de 2002, diante da resposta negativa oferecida pela COLFONDOS, o senhor Duque intentou uma ação de tutela para que seu direito fosse reconhecido e que fosse paga a substituição da pensão a seu favor como mecanismo transitório enquanto se iniciava a respectiva ação judicial. Em 5 de junho de 2002, o Décimo Tribunal Civil Municipal de Bogotá negou a tutela promovida, entendendo que *o demandante não reúne as qualidades que a lei exige para ingressar em substituição ao falecido na pensão e que nenhuma normatividade neste sentido reconheceu nem mesmo por via judicial qualquer direito aos casais homossexuais*. A mesma sentença acrescentou que *a inconformidade do demandante pode ser resolvida através dos processos judiciais assinalados na lei (via procedimento administrativo contencioso) e/ou da interposição dos recursos de reposição e apelação nos termos legais contra a disposição emanada em 3 de abril de 2002 da COLFONDOS. O conflito que o demandante expõe é de natureza legal e não cabe recorrer à ação de tutela para a sua resolução, para que por esta via seja reconhecida essa pensão, à qual deve acessar por meio de procedimento ordinário, para que eventualmente dito direito lhe seja reconhecido*. A resolução anterior foi impugnada pelo senhor Duque e confirmada em sua totalidade em 19 de julho de 2002 pelo 12.º Tribunal Civil da Região de Bogotá.

A normativa colombiana vigente na época da ocorrência dos fatos indicava que eram beneficiários da pensão de sobrevivência *de forma vitalícia, o cônjuge ou a companheira ou companheiro permanente sobrevivente* (Lei 100, de 23 de dezembro de 1993) e que, *para todos os efeitos civis, denomina-se União Conjugal de Fato, a formada entre um homem e uma mulher que, sem estarem casados, formam uma comunhão de vida permanente e singular. Do mesmo modo, (...) o homem e a mulher que fazem parte da união conjugal de fato são denominados companheiro e companheira* (Lei 54, de 28 de dezembro de 1990).

Somente a partir do ano de 2007, a instância judicial suprema da Colômbia reconheceu jurisprudencialmente o direito de pensão aos casais do mesmo sexo, bem como o seguro social e os direitos de propriedade, declarando que a Lei 54, de 1990, ao regulamentar a união conjugal de fato, também se aplica a casais do mesmo sexo. Posteriormente, determinou o mesmo para a cobertura do sistema de segurança social em saúde do regime contributivo. Da mesma forma, a jurisprudência colombiana decidiu que mesmo que a morte de um dos membros do casal do mesmo sexo tivesse acontecido antes da notificação da sentença C-336, isso não significa que a pensão de sobrevivência não poderia ser negada e que, além disso, esses casais deveriam dispor dos mesmos meios de para atestar sua união permanente que os pertinentes para os casais heterossexuais.

Ao decidir o caso, a Corte IDH considerou que negar o acesso em condições de igualdade à pensão de sobrevivência constituiu um ato ilícito internacional, motivo pelo qual declarou o Estado responsável pela violação do direito à igualdade e não discriminação contido no artigo 24 da CADH, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, estabelecendo as medidas de reparação e não repetição correspondentes e habituais em suas sentenças condenatórias.

Neste caso, a Corte IDH ratificou que a expressão *qualquer outra condição social* do art. 1.1 da CADH inclui a discriminação por orientação sexual.

Cabe observar que aqui também especificou o conceito de *discriminação*, entendendo que a diferença de tratamento tem esse caráter quando carece de justificativa objetiva razoável, ou seja, quando não persegue um fim legítimo e não existe uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim perseguido. Isto implica que a eventual restrição de um direito exige uma fundamentação rigorosa,

devendo ser particularmente graves os motivos que um Estado esgrime para limitar um direito.

Visto que o Estado não ofereceu nenhuma explicação satisfatória sobre a necessidade de estabelecer a diferença de tratamento no caso, o tribunal concluiu que a diferenciação estabelecida nos artigos 1.º da Lei 54, de 1990, e 10 do Decreto 19.889, de 1994, que excluía os casais do mesmo sexo da pensão de sobrevivência era discriminatória e violadora do artigo 24 da CADH.

Finalmente, cabe mencionar que esta não foi uma decisão mediante a qual a Corte IDH se aprofundou ou avançou muito nos direitos de igualdade e não discriminação em matéria de diversidade sexual, uma vez que praticamente reafirmou a jurisprudência que havia adotado no caso *Atala Riffo* comentado anteriormente.

Nesta sentença, a Corte IDH tampouco levou em consideração os complexos elementos contextuais de discriminação existentes na sociedade e na jurisprudência colombiana, mas se limitou a uma análise normativa da problemática. Os padrões sociais de exclusão estrutural que poderiam ter sido objeto de análise nesta jurisprudência, a fim de avançar mais na defesa da população LGBTI, surgiram posteriormente, com o OC/24 de 2017.

D. O caso contencioso Flor Freire Vs. Equador (Sentença de 31 de agosto de 2016)

Homero Flor Freire ingressou na Força Terrestre Equatoriana com o posto de Subtenente da Cavalaria Blindada em 7 de agosto de 1992. Na época de sua separação das forças terrestres, ocupava o posto de Tenente e servia na Quarta Zona Militar.

O caso tem sua origem nos fatos ocorridos em 19 de novembro de 2000, nas dependências do Forte Militar Amazonas, localizado na cidade de Shell, na Província de Pastaza, que suscitaram um processo disciplinar na jurisdição militar. Com relação a esses fatos, foram mantidas duas versões incompatíveis, a respeito do qual a Corte IDH determinou que não dispunha de elementos probatórios suficientes que lhe permitissem descartar nenhuma delas.

Com efeito, com relação a esses fatos, vários funcionários militares afirmaram que nesse dia teriam visto o peticionário Flor Freire e um soldado tendo relações sexuais

no quarto do Tenente do Forte Militar. Esta versão foi acatada nas decisões que foram posteriormente adotadas pelos diversos órgãos que intervieram no caso.

Por sua vez, o senhor Flor Freire negou terminantemente a versão anterior, explicando que em 19 de novembro de 2000 estava cumprindo suas funções de Oficial da Polícia Militar. Segundo seu relato, por volta das 5h20 desse dia, nos arredores do ginásio de esportes da cidade de Shell Mera, ele percebeu que um soldado estava em estado de embriaguez e teria tido problemas com algumas pessoas que assistiam ao baile que acontecia em dito lugar *colocando em risco sua integridade física e também a honra e prestígio de sua função militar*. Por tal motivo, teria decidido transferi-lo dos arredores do ginásio para o Forte Amazonas. Ao entrar no complexo militar, o senhor Flor Freire conta que o havia deixado na Guarda Militar a cargo dos oficiais de guarda. No entanto, nesse momento o soldado teria tentado retornar ao local onde a festa era realizada, motivo pelo qual o senhor Flor Freire teria optado por transferi-lo para seu quarto, onde havia uma cama adicional para que ele pudesse dormir ali. O senhor Flor Freire manifestou que, pouco depois de entrar em seu quarto, um Major teria entrado sem autorização *de forma arbitrária e violenta*, para informá-lo de que *tinha problemas* e ordenar-lhe a entrega de sua arma. Ao solicitar uma explicação, o Major teria lhe informado que *“havia testemunhas que [o] havia[m] visto em situação de homossexualidade”*.

Segundo a versão do peticionário, sua dispensa se deveu a uma vingança por suas decisões de reduzir os gastos indevidos e corruptos na força, uma vez que era o encarregado das compras de alimentos e outros produtos no forte militar onde trabalhava.

O peticionário prestou uma declaração livre em 19 de novembro de 2000 perante o Grupo de Inteligência n.º 4 sobre o ocorrido, onde foi coletada sua versão dos fatos. Segundo a suposta vítima, pouco depois, começou a receber pressões para solicitar baixa ou aposentadoria voluntária.

O regulamento então vigente contemplava uma sanção menos grave para os *atos sexuais ilegítimos* e mais grave para os *atos de homossexualidade*, motivo pelo qual a CIDH alegou o caráter discriminatório dessa diferença de tratamento perante a Corte IDH. Além disso, a CIDH sustentou que, *no processo específico, tanto na atividade probatória quanto na motivação judicial, estiveram presentes vieses e preconceitos discriminatórios com relação à aptidão de uma pessoa para exercer*

suas funções dentro de uma instituição militar em função de sua orientação sexual real ou percebida.

Em síntese, nesse caso, é discutida a responsabilidade internacional do Estado como consequência de decisões que levaram à separação do senhor Homero Flor Freire como funcionário militar da Força Terrestre Equatoriana, com base no Regulamento de Disciplina Militar então vigente e, especialmente, na norma que sancionava atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo com destituição do serviço.

A CIDH alegou que, no processo seguido, o peticionário teria violado a garantia de imparcialidade e que a demanda de tutela apresentada não teria constituído um recurso efetivo para proteger seus direitos. Durante o processo, o peticionário não apenas negou a veracidade do ato sexual com outro homem, mas também afirmou consistentemente que ele não se identifica como homossexual.

Resulta destacar que a Corte IDH ratificou nesta sentença que a orientação sexual se encontra vinculada ao conceito de liberdade e a consequente possibilidade de toda pessoa se autodeterminar e escolher livremente as circunstâncias que dão sentido a sua existência, conforme suas próprias opções e convicções. Neste sentido, a orientação sexual de uma pessoa dependerá de como ela se autoidentifique e, portanto, para o tribunal, a única coisa relevante no momento de definir sua orientação sexual é a forma como o peticionário se identifica. Contudo, para a decisão do caso, o que era determinante para a Corte IDH era se o peticionário havia sido separado da força em razão de uma orientação sexual diversa, sem importar se esta era real ou percebida por terceiros.

Nesse sentido, a Corte assinalou que é possível que uma pessoa resulte discriminada pelo motivo da percepção que as outras pessoas tenham sobre sua relação com um grupo ou setor social, independentemente de isso corresponder à realidade ou à autoidentificação da vítima. Como outras formas de discriminação, a discriminação por percepção tem por objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa que é reduzida à única característica que lhe é imputada, sem que outras condições pessoais importem.

Em sua defesa, o Estado alegou que, na época dos fatos, não existia uma obrigação internacional de considerar a orientação sexual uma categoria proibida de discriminação. A Corte IDH se encarregou deste argumento, respondendo que as obrigações consagradas

na CADH - entre elas a proibição da discriminação - devem ser cumpridas pelos Estados que fazem parte desde o momento em que ratificam o tratado, reafirmando que a proibição de discriminação e a obediência ao princípio da igualdade perante a lei são obrigações de cumprimento imediato.

Em particular com relação à discriminação por orientação sexual, a Corte IDH reiterou nesta sentença que a alegada falta de consenso no interior de alguns países na época dos fatos quanto ao pleno respeito aos direitos das minorias sexuais não pode ser levada em conta como argumento válido para negar ou restringir seus direitos às pessoas afetadas ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que estas minorias sofreram. Ademais, a Corte também observou que, na época dos fatos, esta forma de discriminação estava constitucionalmente proibida no direito interno do Estado.

Consequentemente, a Corte IDH concluiu que a separação do peticionário das Forças Armadas constituiu um ato discriminatório na medida em que se baseou na aplicação de normas internas que sancionavam de forma mais severa os *atos de homossexualidade* em comparação com os *atos sexuais não homossexuais*. Consequentemente, declarou o Estado do Equador internacionalmente responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei e da proibição de discriminação estabelecidos no artigo 24 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2 desta.

E. Parecer Consultivo OC-24/17 (24 de novembro de 2017): *identidade de gênero*

Ao tratar do casamento igualitário (VIII, 2) e do direito à identidade autopercebida (IX, 9), nos referimos a este Parecer Consultivo da Corte IDH de novembro de 2017, notificado em 9 de janeiro de 2018, sobre *identidade de gênero e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo*, emitido em resposta a uma solicitação apresentada pelo Estado da Costa Rica que buscava responder a cinco perguntas em torno a estes dois temas.

Dada a importância que este documento tem para toda a questão de discriminação por orientação sexual, paramos para expor de modo sintético suas principais considerações, para além das breves referências anteriores.

Neste

OC, a Corte IDH se referiu ao contexto relacionado aos direitos das pessoas LGBTI, especificando que elas constituem uma minoria que tem sido historicamente vítima de discriminação estrutural, estigmatização, diversas formas de violência e violações de seus direitos fundamentais. Este reconhecimento jurisprudencial por parte da instância jurisdicional regional significou um avanço qualitativo com relação às decisões nos casos contenciosos anteriores, uma vez que formulou uma conceituação geral da situação de fato de todo este grande grupo de pessoas.

Para responder aos pontos da consulta, o tribunal formulou também considerações gerais sobre o princípio da igualdade e não discriminação, o direito à identidade de gênero, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito ao nome e os procedimentos para mudança de nome e outros dados de identidade por motivos de gênero, à proteção convencional do vínculo entre casais do mesmo sexo, bem como aos mecanismos pelos quais o Estado poderia proteger famílias diversas.

Quanto ao princípio de igualdade e não discriminação, a Corte reiterou, em conformidade com as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da CADH, os critérios de interpretação estabelecidos no artigo 29 da referida Convenção, o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Resoluções da Assembleia Geral da OEA e dos organismos das Nações Unidas, que a orientação sexual e a identidade e a expressão de gênero são categorias protegidas pela Convenção.

Assim - insistiu com mais detalhes - qualquer norma, ato ou prática discriminatória por orientação sexual, identidade ou expressão de gênero resulta proibida pela CADH. Consequentemente, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, proveniente de autoridades e funcionários estatais ou de indivíduos, podem diminuir ou restringir, de forma alguma, os direitos de uma pessoa em função de sua orientação sexual, sua identidade ou expressão de gênero.

No que diz respeito à *expressão de gênero*, o Tribunal reiterou o que foi assinalado no caso Flor Freire Vs. Equador, no sentido de que é possível que uma pessoa seja discriminada pela percepção que as outras tenham sobre sua relação com um grupo ou setor social, independentemente de isso corresponder à realidade ou à autoidentificação da vítima, em função de que, neste suposto, a pessoa também é reduzida à única característica que lhe é imputada, sem que outras condições pessoais importem.

Essa insistência e perfeição conceitual é de grande importância prática (como evidenciado nesta pesquisa), pois os preconceitos paranoicos e suas conseqüentes fobias são muito frequentemente utilizados para desqualificar as pessoas em sua aptidão laboral ou profissional, como recurso perverso no âmbito das atuais sociedades extremamente *competitivas*, para além do fato de que a imputação de sexualidade não convencional responda à realidade.

Em outro sentido, especificamente com relação ao alcance do direito à não discriminação por orientação sexual, a Corte indicou que esta não era limitada à condição de homossexual em si, mas que inclui sua expressão e as conseqüências necessárias no projeto de vidas das pessoas. Neste sentido, por exemplo, os atos sexuais são uma maneira de expressar a orientação sexual da pessoa, motivo pelo qual se encontram protegidos dentro do mesmo direito à não discriminação por orientação sexual.

O tribunal também afirmou que a vida afetiva com o cônjuge ou companheiro(a) permanente, incluindo as relações sexuais, é um aspecto central do âmbito ou círculo de intimidade, sobre o qual opera a orientação sexual da pessoa, dependendo da identidade estabelecida de acordo com como a pessoa se autoidentifique.

Para a Corte IDH, o reconhecimento da identidade de gênero está necessariamente vinculado à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que deva estar sujeita à sua genitalidade.

Por outro lado, o Tribunal considerou que o direito à identidade e, em particular, à manifestação da identidade, também se encontra protegido pelo artigo 13 da CADH, que reconhece o direito à liberdade de expressão. A partir desta perspectiva, interferir arbitrariamente na expressão da identidade pode implicar na violação desse direito.

Neste sentido, a falta de reconhecimento da identidade de gênero ou sexual poderia resultar em censura indireta às expressões de gênero que se afastam dos padrões heteronormativos, o que implicaria no envio de uma mensagem generalizada alertando as pessoas para se afastarem dos ditos padrões *tradicionais*, que não contarão com proteção legal e o reconhecimento de seus direitos em igualdade de condições com relação a quem responde a eles.

Visto que a identidade de gênero é um elemento constitutivo da identidade das pessoas, seu reconhecimento pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, tortura, maus-tratos, direito à saúde, à educação, emprego, moradia, acesso à segurança social, bem como o direito à liberdade de expressão e de associação.

Neste ponto, a Corte IDH assinalou que *o reconhecimento da identidade das pessoas é um dos meios [que] facilita o exercício dos direitos à personalidade jurídica, ao nome, à nacionalidade, ao registro civil, às relações familiares, entre outros direitos reconhecidos em instrumentos internacionais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana.*

Acrescentou que o direito à identidade tem *um valor instrumental para o exercício de determinados direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de tal maneira que sua plena vigência fortalece a democracia e o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, para os quais se constitui em um meio para o exercício de direitos em uma sociedade democrática, comprometida com o exercício efetivo da cidadania e com os valores da democracia representativa, facilitando assim a inclusão social, a participação cidadã e a igualdade de oportunidades.*

Em conformidade com o exposto, o Tribunal concluiu que o direito de cada pessoa a definir de forma autônoma sua identidade sexual e de gênero e a que os dados que figuram nos registros, bem como nos documentos de identidade, sejam conformes ou correspondam à definição que tiver de si mesma, encontram-se protegidos pela CADH nas disposições que garantem o livre desenvolvimento da personalidade (artigos 7 e 11.2), o direito à privacidade (artigo 11.2), o reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3) e o direito ao nome (artigo 18).

Em resposta à primeira pergunta levantada pela Costa Rica, a Corte concluiu que a mudança de nome, a adequação da imagem, bem como a retificação da menção de sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade - para que sejam consistentes com a identidade de gênero autopercebida -, são um direito protegido pelas seguintes normas da CADH: artigo 18 (direito a um nome), e também artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade) e 11.2 (direito à privacidade).

Como consequência do exposto, em conformidade com a obrigação de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (artigos 1.1 e 24 da Convenção) e com o dever de adotar as disposições do direito interno (artigo 2 da Convenção), a Corte IDH afirmou que os Estados têm a obrigação de reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins.

F. Parecer Consultivo OC-24/17 (24 de novembro de 2017): *casais do mesmo sexo*

No que diz respeito à proteção convencional do vínculo entre casais do mesmo sexo, a Corte IDH assinala que a CADH protege o vínculo familiar derivado de uma relação de casal do mesmo sexo, conforme o art. 11.2 (direito à proteção da vida privada e familiar) e o artigo 17 (direito à proteção da família).

Com base nos artigos 1.1 e 24 (direito à igualdade e à não discriminação), o Tribunal também entende que os direitos patrimoniais derivados do vínculo familiar devem ser tutelados sem qualquer discriminação com relação aos casais de pessoas heterossexuais, em conformidade com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24).

Sem prejuízo do exposto, esta jurisprudência entende que a obrigação internacional dos Estados transcende as questões vinculadas unicamente a direitos patrimoniais e se estende a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, bem como aos direitos e obrigações consagrados no direito interno de cada Estado, decorrentes dos vínculos familiares de casais heterossexuais.

Sobre os mecanismos pelos quais o Estado poderia proteger as famílias diversas, a Corte observou que existem medidas administrativas, judiciais e legislativas de índole diversa que podem ser adotadas pelos Estados para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo.

A Corte IDH insiste em que os artigos 11.2 e 17 da CADH não protegem unicamente um modelo particular de família, motivo pelo qual nenhuma destas disposições pode ser interpretada de forma excludente dos direitos ali estabelecidos para nenhum grupo de pessoas.

O Tribunal acrescentou que se um Estado decide que para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo não é necessária a criação de novas figuras jurídicas e, portanto,

opta por estender as instituições existentes aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo - incluindo o casamento -, em conformidade com o princípio *pro persona* contido no artigo 29 da CADH, tal reconhecimento implicaria que essas figuras estendidas também estariam protegidas pelos artigos 11.2 e 17 da Convenção. O Tribunal considerou que este seria o meio mais simples e eficaz de garantir os direitos derivados do vínculo entre casais do mesmo sexo.

Por outro lado, a Corte reiterou sua constante jurisprudência na medida em que a alegada falta de consenso no interior de alguns países com relação ao pleno respeito pelos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado um argumento válido para negar ou restringir os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que estas minorias sofreram.

No que se refere à instituição do casamento, a Corte IDH assinalou que estabelecer um tratamento diferente entre casais heterossexuais e do mesmo sexo quanto à forma como podem constituir uma família - seja por meio de união conjugal de fato ou casamento civil - não consegue superar um teste de igualdade estrito pois, na opinião do tribunal, não existe uma finalidade convencionalmente aceitável para impor esta distinção.

Consequentemente, a Corte IDH indicou que não era convencionalmente admissível a existência de dois tipos de uniões solenes para consolidar juridicamente a comunhão de convivência heterossexual e homossexual, uma vez que, desse modo, ficaria configurada uma distinção baseada na orientação sexual das pessoas, que resultaria discriminatória e, portanto, incompatível com a Convenção Americana. O tribunal ressaltou as situações transitórias a que nos referimos antes.

G. Caso Azul Marín e outra Vs. Peru (Sentença de 12 de março de 2020)

Azul Rojas Marín nasceu em 30 de novembro de 1981. Em 25 de fevereiro de 2008, foi detida ilegalmente. Nessa época, ela se percebia como um homem gay. Atualmente, percebe-se como mulher.

No dia 25 de fevereiro de 2008, nas primeiras horas da madrugada, a senhora Rojas Marín estava caminhando sozinha para casa quando uma viatura da polícia se

aproximou, um de seus ocupantes lhe perguntou para onde estava indo e lhe disse: “A esta hora? Cuidado porque está tarde”. Poucos minutos depois, os agentes estatais voltaram, revistaram-na, espancaram-na e obrigaram-na a entrar na viatura policial enquanto gritavam palavras obscenas: “*cabro concha de tu madre*”. Os insultos e palavras depreciativas com clara referência à sua identidade de gênero continuaram enquanto ela esteve detida. Foi levada para a Delegacia de Casa Grande, onde foi despida à força, espancada em várias ocasiões e foi vítima de tortura e violação sexual, pois os agentes estatais introduziram um cacetete em seu ânus em duas ocasiões.

A Corte determinou que a detenção de Azul Rojas Marín foi ilegal, à luz do artigo 7 da Convenção Americana, uma vez que não foram cumpridos os requisitos estabelecidos pelo Código Processual Penal Peruano para as detenções com fins de identificação. Da mesma forma, indicou que, na ausência de um motivo conforme à lei pelo qual a senhora Rojas Marín foi submetida a um controle de identidade e a existência de elementos que apontam para um tratamento discriminatório por motivos de orientação sexual ou expressão de gênero, a Corte deve presumir que a detenção da senhora Rojas Marín foi realizada por motivos discriminatórios. Portanto, foi uma detenção manifestamente arbitrária. Finalmente, a Corte assinalou que não informaram à senhora Rojas Marín os motivos de sua detenção.

Após a análise das declarações da vítima, do exame médico legal, dos pareceres periciais psicológicos, da análise de sangue e roupas da vítima, bem como de vários indícios de tratamento discriminatório contra a vítima, a Corte concluiu que a senhora Rojas Marín foi despida à força, espancada em várias ocasiões, os agentes estatais fizeram comentários depreciativos sobre sua orientação sexual e foi vítima de violação sexual. A Corte examinou a intencionalidade, a gravidade do sofrimento e a finalidade do ato e concluiu que a série de abusos e agressões sofridas por Azul Rojas Marín, incluindo a violação sexual, constituiu um ato de tortura por parte de agentes estatais.

2. CRIMINALIZAÇÃO NA EUROPA COLONIZADORA

Os países da região abrangida sofreram colonizações há quinhentos anos, em sua maioria espanhola e portuguesa e, em menor medida, inglesa, francesa e holandesa. Uma importante corrente antropológica e histórica pré-colonial informa - incluindo testemunhos dos colonizadores, tais como a *Apologética História Sumária* do frei

Bartolomé de las Casas (ou Casaus) - que as pessoas com orientação sexual que hoje identificamos como LGBTI não eram reprimidas ou estigmatizadas nas culturas nativas, mas inclusive avaliadas positivamente. Estas práticas bateram de frente com a cultura e a legislação dos países colonizadores, que ao longo da história europeia havia se tornado brutal e sádica com relação a estas pessoas.

Na *Espanha*, as Leis V e VI do Título V do Livro III do *Fuero Juzgo* penalizavam a sodomia com castração e morte; não menos cruel era a Lei II do Título XXI da Partida Sétima, arrastando essas penas até as Leis I e II do Título XXX do Livro XII da *Novísima Recopilación*. Em *Portugal*, o Título XIX do Livro V das *Ordenações Manuelinas* continha regras análogas, além de punir o homem que se vestisse de mulher e a mulher que se vestisse de homem (Título XXI do Livro V), que foram reproduzidas nas *Ordenações Afonsinas* (Título XVII do Livro V).

Na Inglaterra, a punição de ser enterrado vivo por atos sexuais com judeus de ambos os sexos, animais e sodomitas remonta a um tratado de um autor duvidoso, aparentemente do século 14, conhecido como *Fleta* e cujo título é *Commentarius juris Anglicani*, em que outro autor de pouco tempo depois - também duvidoso - se inspirou para escrever seu tratado, conhecido como *Britton (Summa de legibus Anglie que vocatur Bretone)*, estabelecendo a punição de ser queimados vivos para os sodomitas, feiticeiros, renegados e não crentes. Em 1533, uma lei estabeleceu a pena de morte para os sodomitas (*buggery* em inglês), que incluía a penetração anal de um homem em uma mulher, em outro homem ou em um animal, derogada durante o reinado da Rainha Maria e reimplantada em 1563 e que permaneceu vigente até a Lei dos *crimes contra as pessoas* de 1861, que estabeleceu a pena de dez anos a prisão perpétua. Entre 1800 e 1836, cerca de 58 pessoas foram executadas em função desta lei.

A. Descriminalização iluminista na Europa continental

O Código Penal revolucionário francês de 1791 inaugurou a despenalização da sodomia na Europa continental, o que foi seguido pelo Código Napoleônico de 1810 e, assim como este, por outros códigos europeus continentais, que se limitaram a cominar penalmente o escândalo público, ao contrário da Inglaterra e do País de Gales, que mantiveram a incriminação até 1967.

B. Descriminalização nos códigos independentes

Estas duas linhas legislativas europeias tiveram um efeito claro sobre as legislações da região. Com exceções, o modelo francês foi adotado na maioria da região de colonização espanhola, portuguesa e francesa; assim, os dois primeiros códigos penais latino-americanos se referiam sempre à *moral pública*, mas não a atos privados. O Código do Império do Brasil de 1831 tipificava no art. 280 as ações contrárias à moral, mas somente cometidas *em lugar público*. O Código Santa-Cruz da Bolívia de 1830 seguia o mesmo critério em seu art. 484, e seu art. 487 tipificava o exibicionismo público, mas apenas diante de pessoas do sexo oposto. O Haiti sancionou diretamente o Código Napoleônico. Na Argentina, desde o Estatuto de 1817, todas as suas constituições contêm uma norma que só admite a ingerência do Estado na *moral pública*.

Na legislação independente, a sodomia nunca foi criminalizada na Argentina, Brasil, El Salvador, Haiti, México (federal), Paraguai, República Dominicana e Venezuela, ou seja, *a maioria da população da região* de colonização não inglesa viveu sob a tradição de códigos penais que não criminalizavam a sodomia desde a independência.

C. Exceções históricas na região

Embora não desde a independência, mas no processo de codificação posterior, a despenalização destas condutas ocorreu na Guatemala (em 1871), Honduras (1899), Peru (1924) e Uruguai (1934). As últimas descriminalizações são as da Colômbia (1980), Equador (1997), Chile (1999), Costa Rica (2002), Nicarágua (2007) e Panamá (2008). Em Cuba, a referência a *atos homossexuais* foi derogada em 1987. A criminalização é mantida apenas em alguns códigos militares (Brasil, Venezuela e República Dominicana). De qualquer forma, atualmente, os atos sexuais ou manifestações de orientação sexual e/ou identidade de gênero não hegemônica não estão tipificados penalmente em nenhum destes países.

Contudo, é necessário esclarecer que a chamada questão da *má vida*, trazida da Itália e da Espanha, que se difundiu pela região na época do positivismo reducionista - biológico e racista - e depois levou a leis e projetos de *estado perigoso sem crime ou pré-criminal*, posteriormente concretizado em legislações copiadas do lamentável exemplo da *Lei de Vagabundos e Meliantes* espanhola de 1933 (depois substituída na Espanha pela *Lei de Periculosidade* franquista), que permitia a criminalização

de pessoas LGBTI à margem da legislação penal codificada (assim na Venezuela de 1936 a 1997).

Tampouco se deve acreditar que as pessoas LGBTI não foram materialmente punidas e submetidas a vexames em função de legislações nos países que desconheciam a criminalização primária ou a *periculosidade sem crime*, porque, até o final do século passado, muitos se valeram de uma normativa que não chama muito a atenção dos acadêmicos do direito em razão de uma suposta e falsa incidência punitiva - e também porque recai preferencialmente sobre pessoas consideradas *marginais* e de camadas pobres de nossas sociedades, que é a *legislação contravencional*.

Em certo sentido, esta legislação é mais violadora das garantias individuais do que a criminalização penal ou por *periculosidade*, porque deixa as decisões policiais libradas, abrindo um enorme espaço para a arbitrariedade e discricionariedade seletiva, ao mesmo tempo que possibilita a geração de *caixas* ou fontes de arrecadação autônoma das agências executivas do sistema penal, por meio de extorsão ou pagamento de *impunidade* (assim na Argentina até 1994).

Nos últimos anos, difundiu-se entre os penalistas acadêmicos a ideia de que o direito penal deve ser tratado por *velocidades*, correspondendo as maiores limitações e garantias às ameaças de penas mais graves e vice-versa. Esta tese ignora que as legislações de contravenção têm muito mais importância como configuradoras dos comportamentos sociais do que as leis penais por crimes graves, uma vez que estes últimos são excepcionais e o público se informa deles pelos meios de comunicação, enquanto a legislação de ilícitos menores é a que abre espaço para o exercício do poder punitivo que é exercido e vivenciado cotidianamente de forma direta e sem publicidade.

D. Criminalização colonial britânica

Ao contrário das leis propriamente criminais dos países de colonização espanhola, portuguesa, francesa ou holandesa, a tipificação da sodomia é mantida nos países do Caribe de língua inglesa, que receberam a legislação colonial britânica.

Como se sabe, a população dos países do Caribe é, em grande parte, resultado do crime contra a humanidade conhecido como tráfico de escravos, ou seja, da montagem

colonial de um sistema de produção *escravocrata*. Neste sentido, Moore²⁸ aponta que o paradigma da “antinegitude” deve ser levado em conta como problema basal dos Estados com população majoritariamente negra, assim como a hipermasculinização, as masculinidades tóxicas e a misoginia, que estão na raiz da violência contra a comunidade LGBTI.

Os funcionários destes países costumam argumentar que uma das dificuldades para a despenalização da sodomia é que ela era condenada pelos próprios ancestrais africanos das populações atuais, o que parece ser falso levando em conta o testemunho de antropólogos da estatura de Evans-Pritchard quanto aos hábitos sexuais dos guerreiros africanos. Tudo indicaria que essas práticas desapareceram na África nas primeiras décadas do século passado, quando os europeus tomaram o controle do interior do continente, ou seja, que a perseguição penal destas condutas seria também o produto da irrupção das brutais leis coloniais.

Com efeito: quase toda a codificação penal colonial inglesa foi inspirada no código da Índia de 1860 (original de Thomas Babington Macaulay), que tipificou a sodomia no artigo 377 do seguinte modo: *Quem voluntariamente tiver relações carnis contra a ordem da natureza com qualquer homem, mulher ou animal será castigado com cadeia perpétua, ou com prisão de qualquer classe, por um período que pode se estender a dez anos, e também estará sujeito a multas. A penetração é suficiente para constituir a relação carnal necessária para o crime descrito nesta seção.*

Este tipo penal é claramente uma violação do princípio da legalidade por sua extrema generalidade, chamado *atentado à honestidade* - embora também registre outros nomes -, difusamente conceituado como *relações sexuais antinaturais por uma pessoa que use o órgão sexual para despertar ou satisfazer o desejo sexual*.

Nesta matéria, o código de Macaulay finalmente adotado seguiu o modelo da metrópole que - como vimos - a partir de 1861 derogou a pena de morte na Inglaterra e no País de Gales para os sodomitas, substituindo-a pela prisão. Esta lei foi reformada em 1885 pela Criminal Law Amendment Act, que estendeu o tipo penal a qualquer prática sexual entre homens, e não apenas ao sexo anal. Estas leis vigoraram na metrópole inglesa até 1967 e são as que legitimaram a condenação de Oscar Wilde

28 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

e, muito depois, a prisão e castração do cientista Alan Turing, pai da computação, que foi torturado até provocar seu suicídio em 1954.

Esta é a matriz que — com pequenas variáveis — até a atualidade mantém a tipificação de atos sexuais ou manifestações de orientação sexual não hegemônica nos países caribenhos, apesar das repetidas observações do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

A vigência destas leis coloniais nesses países - independentes há mais de meio século - é explicada em seu direito positivo, em função de uma complexa questão de ordem constitucional, que remonta às condições de sua independência e que merece ser mencionada.

E. As constituições e as leis coloniais intangíveis

As independências dos primeiros quatro países (Jamaica, Trinidad e Tobago, Guiana e Barbados) foram concedidas na década de 60 do século passado pelo Reino Unido. Ao fazê-lo, o Parlamento Britânico delegou à Coroa e ao Conselho Privado a promulgação das constituições destes países (ao contrário do que ocorreu com Austrália, Canadá e Nova Zelândia), ou seja, que o poder constituinte não surgiu de seus povos, mas da Coroa. No exercício do poder constituinte delegado pelo Parlamento Britânico, a Coroa manteve a vigência de todas as leis coloniais, mas desde que fossem compatíveis com as novas constituições.

Até aí, tudo resulta compreensível, mas foi incluída nos próprios textos constitucionais uma cláusula (*saving clause* ou *cláusula de isenção geral*) que proíbe toda impugnação constitucional às leis coloniais vigentes na época da independência, mesmo que fossem contrárias à declaração de direitos e garantias das novas constituições.

É óbvio que esta *cláusula*, entendida literalmente, entra em contradição aberta com a disposição segundo a qual essas leis coloniais permanecem em vigor desde que sejam compatíveis com a constituição. Claramente, é necessário compatibilizar ambas as normas para lhes dar um alcance racional.

F. A Coroa como última instância judicial do Caribe

Mas outra curiosidade sobre os processos de independência dos países do Caribe é que, desde que não renunciasses a ela, a última de suas instâncias judiciais continuava sendo a Coroa, com o conselho do Comitê Judicial do Conselho Privado da Coroa com sede em Londres. É relevante notar, seguindo Raznovich²⁹, que estes juízes britânicos não usam o tipo de interpretação constitucional restritiva dos direitos fundamentais ao abordar e tomar decisões como membros da Suprema Corte do Reino Unido, mas sim nos casos do Caribe, conforme ilustrado pela decisão em *Suratt* de 2007. Por estes motivos, é necessário um estudo aprofundado da responsabilidade da Coroa Britânica por estas decisões.

Ao levantar este tema, em 2003, de que a pena de morte como pena obrigatória para o homicídio revestia o caráter de cruel, desumana e degradante, sendo incompatível com a constituição de Trinidad e Tobago, primeiro admitiu a consideração, mas no ano seguinte em *Boyce* (2004) resolveu o contrário, reafirmando que a lei colonial (a menos que tenha sido modificada após a independência de acordo com o precedente estabelecido no caso *Lambert Watson*) era intangível, apesar de sua incompatibilidade constitucional. Com relação a esta questão, Saunders³⁰ acrescentou que decisões tais como as mencionadas em *Suratt* e *Boyce* podem ser esclarecidas em função de que os juízes que as tomam não vivem nas jurisdições sobre as que julgam e, em muitos casos, nunca pisaram nelas em suas vidas; logo, eles olham para seus cidadãos à distância daqueles com quem nunca se cruzarão ou nunca terão que dar explicações de suas decisões. Neste sentido, o Juiz britânico Hoffmann reconheceu este dilema de legitimidade ilustrando com sua própria experiência ao dizer publicamente como foi extraordinário que sua primeira visita a Trinidad e Tobago, em 2003, tivesse ocorrido nove anos depois que ele começou a servir como membro do Conselho Privado.

Em 2001, a *Corte de Justiça do Caribe* foi criada entre 12 países (Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Granada, Guiana, Jamaica, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, Suriname, Trinidad e Tobago, Dominica e São Vicente e Granadinas) e, em seguida, Barbados, Belize, Guiana e Dominica renunciaram à jurisdição do Conselho Privado para reconhecer essa corte como última instância. Deste modo, a justiça caribenha finalmente começou a se tornar independente da Grã-Bretanha, pelo menos em relação

29 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

30 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

a estas nações. Contudo, apesar desta ruptura com a Corte Imperial de Londres, o *direito comum* ainda mantém sua autoridade e impede o avanço dos direitos humanos em alguns casos.

Em 2018, no caso *Nervais*, a Corte de Justiça do Caribe voltou a conhecer a questão da pena de morte como condenação obrigatória, resolvendo no sentido correto - ao contrário do anterior do Conselho Privado britânico -, entendendo que as duas normas não seriam contraditórias, mas desde que fosse dada prioridade ao mandato que condiciona a vigência das leis coloniais à sua compatibilidade com a constituição, uma vez que, do contrário, os cidadãos seriam perpetuamente privados de direitos. Neste sentido, o voto majoritário do Juiz Saunders especifica: *Este não pode ser o significado atribuído a essa disposição, uma vez que frustraria para sempre os princípios básicos subjacentes de que a Constituição é a lei suprema e que o poder judicial é independente*. A Corte de Justiça do Caribe confirma esta decisão em *McEwan Vs. Guiana*, terminando assim, finalmente, nas nações sobre as quais tem jurisdição o efeito da *cláusula de isenção geral* (particularmente em Barbados e Guiana) que proibia qualquer impugnação constitucional às leis coloniais. Isso aparece em contraste com o Conselho Privado britânico para quem, de acordo com *Boyce*, as leis sancionadas durante o império pela Coroa estão acima das constituições e, por isso, permanecem em vigor mesmo quando sejam compatíveis com a constituição em virtude da *cláusula de isenção geral*, até que sejam modificadas.

A sentença em *McEwan et al Vs. Guiana* estabelece que:

Ao blindar as leis pré-independência do escrutínio judicial, as Saving Clauses acarretam graves desafios para as Cortes e para o constitucionalismo. O conceito consagrado de supremacia constitucional é seriamente corroído pela noção de que uma Corte se veja impossibilitada de ponderar se uma lei pré-independência, ou qualquer lei, é inconsistente com um direito humano fundamental.

Esta sentença que anula a interpretação das “*saving clauses*” de *Boyce* para as quatro jurisdições sobre as quais o Tribunal de Justiça do Caribe é a última instância, declarou que a lei colonial sobre a inadequação da vestimenta (*cross-dressing*) era inconstitucional, uma vez que, entre outras coisas, transgredia o princípio de igualdade perante a lei ao negar às pessoas trans o direito de expressão e funcionava como uma ferramenta útil para justificar o assédio à comunidade trans. Tal conclusão se sustenta, de acordo com seu primeiro parágrafo, em que □ as diferenças são tão naturais quanto

respirar. (...) A sociedade civilizada tem a responsabilidade de abrir espaço para as diferenças entre os seres humanos. Só assim podemos respeitar adequadamente a humanidade de cada pessoa”.

G. Declarações de inconstitucionalidade

A vigência das leis coloniais que tipificam a sodomia e o atentado à honestidade também são incompatíveis com as constituições, de modo que deveriam ter o mesmo destino que a previsão da pena de morte fixa, embora, até o presente momento, isso só pareça ter ocorrido em 2016 em Belize e em Trinidad e Tobago em 2018 (esta decisão de primeira instância foi apelada pelo governo).

A decisão de primeira instância de Belize que declarou a criminalização inconstitucional ordenou acrescentar o seguinte parágrafo: *Esta seção não se aplicará aos atos sexuais consensuais entre adultos em privado*. O governo de Belize apelou da decisão e, em dezembro de 2019, a Corte de Apelações de Belize rejeitou a apelação do Governo e declarou a criminalização inconstitucional e nula de nulidade absoluta e insanável. Em seu voto, o Juiz Samuel Lungole-Awich disse que a proibição constitucional da discriminação com base no sexo inclui a discriminação por orientação sexual e que isso dá à palavra *sexo* um significado *amplo e liberal*. O tribunal determinou que a expressão sexual faz parte do direito constitucional à liberdade de expressão e, portanto, também protege a orientação sexual.

A justiça de primeira instância de Trinidad e Tobago declarou *inconstitucionais, ilegais, nulas, de nulidade absoluta, inválidas e sem efeito algum, na medida em que criminalizam qualquer ato que constitua uma conduta sexual consensual entre adultos*. Esta última sentença se encontra em revisão na Corte de Apelações e eventualmente chegará ao Conselho Privado que, se confirmada, terá consequências para o Caribe anglófono que ainda mantém este Conselho Imperial como última corte de apelações.

Com relação a esta questão, Wintemute³¹ sustentou que para a eliminação destas criminalizações no Caribe parece haver três possibilidades, a saber: 1) modificar a legislação; 2) litigar em tribunais nacionais ou na Corte de Justiça do Caribe ou perante o Conselho Privado (um pronunciamento por parte do Conselho Privado poderia ter

31 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

influência no Caribe que permanece sob sua jurisdição); e/ou 3) levar algum caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação à via parlamentar, sustentou que “não aconteceu que aprovassem leis reconhecendo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo sem ter abolido leis antissodomia ou sem ter leis antidiscriminatórias. Nenhum país reconheceu o amor de um casal do mesmo sexo enquanto, ao mesmo tempo, proibia a expressão sexual desse casal”.

Consequentemente, até o presente, a tipificação da sodomia e do *atentado à honestidade* (embora registre várias denominações diferentes) é mantida no Caribe, conforme a matriz colonial assinalada antes.

Entre outras particularidades, em Antígua e Barbuda, um procurador se confessou homofóbico; outro considerou que é necessário tempo para que se possa chegar à despenalização; em Granada, um *referendo* foi realizado em 2016, no qual a maioria se manifestou contra a igualdade de gênero, o que é atribuído às *igrejas*, que argumentaram que tal igualdade levaria à desincriminação e, eventualmente, ao casamento igualitário. Contudo, cabe advertir que, em Dominica, o bispo católico instou publicamente a despenalização entre adultos. Da mesma forma, na Guiana, alguns líderes religiosos e, em particular, o líder da igreja católica rejeitaram publicamente a discriminação contra as pessoas LGBTI.

Em relação ao *referendo*, é bom observar que os direitos humanos não podem estar sujeitos à opinião da maioria: não cabe nenhuma dúvida de que, se houvesse um *referendo* em tempos inquisitoriais, a maioria teria se pronunciado para que as *bruxas* continuassem sendo queimadas, e se houvesse na Alemanha nazista sobre a discriminação dos judeus, o resultado teria sido favorável a ela.

Uma racionalização verdadeiramente curiosa - motivo falso - circulou nos países do Caribe para dar a entender que a punição da sodomia não era discriminatória. Assim, foi dito que, se a definição deste tipo consiste na penetração *per anum*, esta pode ocorrer tanto de um homem para outro homem quanto para uma mulher, de modo que não se trataria de uma norma dirigida contra as pessoas LGBTI. Essa lógica perversa tenta ignorar que a criminalização de um ato sexual privado entre pessoas adultas viola direitos humanos sem distinção de gênero ou orientação sexual.

Obviamente, estes falsos raciocínios pertencem à categoria dos que, em tempos de punição de casamentos mistos nos Estados Unidos, sustentava-se que não afetavam a liberdade de celebrar casamentos, porque os brancos e os afro-americanos podiam se casar entre eles.

Tal como Kirby levantou³², consideramos que “as cortes nacionais de todos os países do Caribe acabarão eventualmente por aceitar que a criminalização é incompatível com qualquer princípio relativo a direitos humanos fundamentais e que os Estados devem eliminar esta criminalização. Mas se trata de uma questão urgente”.

H. A Corte Interamericana e a criminalização primária

Ao considerar a questão dos Estados que relutam em derrogar estes tipos penais, os participantes manifestaram a importância de contar com uma instância regional de proteção de direitos humanos de tamanha hierarquia. Méndez³³ considera que “é muito marcante a grande legitimidade, especialmente em âmbitos judiciais, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem em nosso continente. Essa é uma vantagem que outras regiões não têm”. Mesmo quando alguns participantes das Conferências assinalaram como problema evidente a extrema lentidão do processamento dos casos no Sistema Interamericano, seu lugar fundamental é reconhecido de forma unânime e, inclusive, instaram a implementação de reformas que possam agilizar estes trâmites e avaliar a possibilidade de apresentar uma solicitação de parecer consultivo perante a Corte IDH sobre o tema da criminalização de relações sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo nas jurisdições do Caribe anglófono que ainda as tipificam.

Com relação à viabilidade da decisão da Corte Interamericana na matéria, Wintemute³⁴ assinalou que é difícil porque alguns países não se submeteram à competência jurisdicional. O especialista propôs considerar a viabilidade de encontrar um momento oportuno para que a Corte se expresse no sentido de que a Convenção não permite a existência de leis de penalização. Na perspectiva dele, resultaria valioso contar com uma sentença sobre uma lei penal que fosse clara e que fosse vinculante.

32 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

33 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

34 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

Com relação à questão de se devemos usar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Kirby³⁵ considerou que “devemos usar tudo o que esteja ao alcance” e que nada é fútil enquanto alguns países continuam tendo leis de criminalização contra pessoas LGBTI. O especialista considerou que, por se tratar de leis que respondem a uma categoria jurídica distinta, devem receber tratamento distinto e específico. Nas palavras de Kirby:

“O direito é construído com base em categorias, portanto, se um país penaliza as relações sexuais homossexuais, não pode ao mesmo tempo ter uma lei contra a discriminação de pessoas homossexuais. () A questão é que os advogados pensam em categorias e a categoria da antidiscriminação ou do casamento igualitário é diferente da categoria de criminalização. Se não existe uma decisão específica da Corte Interamericana com relação à ilegalidade perante a Convenção Americana da existência destas leis penais, é algo que valeria a pena fazer”.

Por sua vez, sustentou que uma sentença deste tipo influenciaria os juízes (embora não implique obrigatoriedade sobre o modo como devem interpretar suas Constituições), enquanto é um princípio fundamental que os juízes tratarão na medida das suas possibilidades de adaptar a expressão e interpretação das leis locais de forma a harmonizar os dois sistemas, a Constituição nacional e o sistema de proteção internacional ou regional.

I. Direito constitucional comparado latino-americano

Ao contrário dos casos mencionados dos países do Caribe, no restante da região, considera-se - pela doutrina e pela jurisprudência constitucional - que as constituições, ao estabelecer o princípio de igualdade, proíbem as discriminações por orientação sexual, embora em seus textos não seja mencionada de forma particularizada. Visto que a criatividade hierarquizante dos seres humanos não conhece limite, quando as constituições mencionam as diferentes formas de discriminação que condenam, normalmente não têm escolha senão apelar à analogia e, portanto, quando a proibição de discriminação por orientação sexual não é especificada, os intérpretes a consideram

35 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

abrangida por referência a outras causais de discriminação proibidas em função do princípio de igualdade.

Nesta matéria, Piovesan³⁶ ressaltou que o direito a uma vida livre de violência com base na orientação sexual e identidade de gênero atribui ao - Estado responsabilidades jurídicas, tais como devidas diligências para prevenir, investigar, punir e reparar”. E destacou: -existe uma correlação muito direta entre as normas que criminalizam e a violência contra as pessoas LGBTI. As normas promovem uma mensagem social de hostilidade, de discriminação da violência e de tolerância a estas violações de direitos”.

Na Argentina, embora a Constituição Nacional não a mencione expressamente, entra no direito constitucional através da incorporação dos tratados de direitos humanos com a mesma hierarquia normativa da Constituição (inc. 22 do art. 75, conforme a reforma de 1994) e de acordo com a interpretação assinalada pela Corte Interamericana. A Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires (1996) a menciona expressamente (art. 11).

No Brasil, embora não esteja expressamente mencionada na Constituição Federal, encontra-se expressamente enumerada nas constituições dos Estados de Alagoas de 2001 (art. 2.1), do Distrito Federal de 1993 (art. 2.5), de Mato Grosso de 1989 (art. 10.3), do Pará de 2007 (art. 3.4), de Santa Catarina de 2002 (art. 4.4) e de Sergipe de 1989 (art. 3.2).

O artigo 14 da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 proíbe expressamente a discriminação por orientação sexual, assim como o art. 11.2 da Constituição do Equador. Este último texto contém também várias disposições relevantes para esta matéria: consagra o direito de tomar decisões livres, informadas, responsáveis e voluntárias com relação à sua sexualidade, vida e orientação sexual (art. 66.9), protege a confidencialidade com relação à vida sexual (art. 66.11), estabelece o dever de todo equatoriano de respeitar e reconhecer as diversas orientações sexuais (art. 83.14).

O art. 1.º da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos proíbe a discriminação com base em preferências sexuais. Esta mesma proibição está consagrada nas seguintes constituições dos Estados mexicanos: Campeche de 2005 (art. 7), Chihuahua de 2013

36 Intervenção no Seminário Internacional do dia 28 de outubro de 2020.

(art. 4), Coahuila de 2013 (art. 7), Colima de 2012 (art. 1), Durango de 2013 (art. 5), Guanajuato de 2015 (art. 1), Michoacán de 2012 (art. 1), Morelos de 2016 (art. 1 bis), Nuevo León de 2016 (art. 1), Oaxaca de 2016 (art. 4), Puebla de 2011 (art. 11), Querétaro de 2016 (art. 2), Quintana Roo de 2010 (art. 13), San Luis Potosí de 2014 (art. 8), Sinaloa de 2013 (art. 4 bis), Sonora de 2013 (art. 1), Tlaxcala de 2012 (art. 14), Veracruz de 2016 (art. 4), Yucatán de 2014 (art. 2) e Zacatecas de 2012 (art. 21).

3. CAPACIDADE ETÁRIA E SEXUALIDADE NÃO HEGEMÔNICA

A. A capacidade etária para exercer a sexualidade

A necessidade óbvia de proteger crianças e adolescentes de condutas criminosas de pedófilos e afins impõe e legitima a tipificação dessas condutas criminosas. Contudo, estas tipificações racionais devem ser observadas com cuidado, para evitar que, sob o pretexto dessa criminalização, não sejam filtradas nas leis novas - ou velhas - formas de criminalizar a conduta das pessoas LGBTI ou de limitar sua sexualidade.

O direito se vê obrigado a *habilitar* o exercício da sexualidade humana por motivos etários, estabelecendo limites de forma objetiva, o que tem consequências no campo do direito penal. O direito penal é um ramo jurídico especialmente resistente às ficções ou presunções *juris et de jure* (que não admitem prova em contrário), mas que não pode deixar de estabelecer limites etários fixos em seus tipos, por motivos elementares de segurança jurídica.

O próprio regime de responsabilidade criminal de crianças e adolescentes se vê obrigado a estabelecer uma idade mínima, que varia na legislação comparada, e sabemos que a demagogia punitivista faz com que, quando um politiquero procure obter votos, postule limites etários inferiores como meio de satisfazer o desejo punitivo do cidadão comum. Em última análise, o direito penal comparado se encontrou nesta matéria diante do dilema de estabelecer uma *prova de maturidade emocional* difusa e arbitrária ou de estabelecer uma idade mínima de responsabilidade e, conseqüentemente, hoje se inclina para o segundo caminho em nossa região.

Algo análogo acontece com a capacidade da pessoa de decidir sobre sua conduta sexual, apesar de que a fixação de uma idade mínima de capacidade para a prática da

sexualidade signifique que para o direito de uma pessoa, desde o primeiro minuto do dia de seu aniversário de nascimento, é capaz de decidir sobre seu corpo, mas dois minutos antes não o era, o que não resulta muito racional. Simplesmente, trata-se de uma *ficção forçada* em que o direito penal deve incorrer, apesar de sua rejeição generalizada a este gênero de recursos, visto que outras soluções seriam muito mais complexas e prejudiciais à legalidade estrita e à conseqüente previsibilidade da população em geral sobre a qualidade lícita ou ilícita de suas condutas.

B. Proteção ou proibição?

Como toda *ficção jurídica*, também não é possível negar seus inconvenientes. Em primeiro lugar, deve-se ter cuidado para que, sob o pretexto de tutela, a pessoa não seja privada de seu direito à sexualidade, seja qual for sua orientação e/ou identidade e/ou expressão de gênero.

Mas, além disso, o direito também frequentemente incorre em uma discriminação perigosa entre a idade da capacidade de decidir a prática da sexualidade heteronormativa e a própria das pessoas LGBTI, que ultrapassa o âmbito da *ficção necessária para a tutela*, com conseqüências *discriminatórias* que, em suma, nada mais fazem do que proibir a sexualidade adolescente de orientação sexual não hegemônica, mediante a ameaça de pena à pessoa que a compartilhe, permitindo-lhe apenas a prática da sexualidade que não corresponde à sua orientação.

É irracional que algumas legislações submetam a pena os adolescentes a partir dos 16 anos, por exemplo, que lhes permitam contrair matrimônio ou celebrar contratos a partir dessa idade (algumas com autorização de pais ou judiciais), que lhes permitam votar, mas os considerem inabilitados para decidir sobre sua sexualidade até os 18 anos ou mais, quando sua orientação sexual não seja heteronormativa.

C. Problemas da capacidade etária nas legislações

A legislação comparada na região é altamente díspar. Nos países do Caribe, a circunstância de manter a tipificação da sodomia e do tipo difuso que, via de regra, a acompanha, complica mais as coisas, porque a princípio não existe limite etário para

o consentimento das relações homossexuais, uma vez que são sempre criminosas (Guiana, Barbados, Dominica, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia).

Além disso, em alguns países, se for praticada entre uma pessoa com mais de 18 anos e uma pessoa com idade menor que essa, a pena pode ser perpétua (Antígua e Barbuda). Quanto às relações sexuais entre crianças, a eventual despenalização não inclui as praticadas por crianças do mesmo sexo (Trinidad e Tobago). De qualquer forma, contribui para agravar o problema de que, conforme o direito de vertente anglo-saxã, a idade de responsabilidade penal das crianças e adolescentes é muitas vezes difusa.

Na maioria dos países onde as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo não são criminalizadas, isso não significa que a questão deixa de ser complexa em vários sentidos.

A idade de consentimento pleno para relações sexuais em geral varia de 14 anos (Brasil) a 18 anos (República Dominicana) e a idade intermediária de 16 anos (Nicarágua). Mas embora não sejam formuladas distinções com relação à orientação sexual, em alguns deles a *corrupção de menores* é tipificada de forma difusa, sem especificar em que consistem concretamente os atos de corrupção, o que deixa um enorme âmbito de arbitrariedade jurisprudencial, que possibilita que todos os atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo sejam considerados típicos de *corrupção*, o que tem ocorrido com demasiada frequência.

Assim, em alguns de nossos países (Argentina), embora a idade de consentimento relevante seja 13 anos, considera-se crime a relação sexual com uma pessoa menor de 16 anos somente se tirar vantagem de sua imaturidade, mas seguidamente o tipo difuso de *corrupção* se estende até os 18 anos (antes de 1999 até os 22 anos), o que levou à criminalização de atos simplesmente homossexuais e mesmo heterossexuais considerados *prematuros* por uma jurisprudência vacilante. Diante da falta de precisão típica, atos *prematuros* e inclusive o sexo oral com consentimento pleno foram considerados indeterminados. Algo semelhante acontece no Chile, porque o consentimento de relações sexuais está estabelecido em 14 anos, mas a sodomia é punível até os 18 anos.

D. Relações sexuais entre *maiores e menores de idade*

Por outro lado, nos casos mencionados em que as relações LGBTI não são admitidas antes dos 18 anos ou mais, levanta-se o caso em que os dois partícipes fossem menores, sendo um absurdo que ambos recebessem penas como vítimas e agressores ao mesmo tempo.

Para resolver isto, um código tipifica estas relações apenas quando uma pessoa fosse mais jovem do que essas idades, e a outra mais velha. No Paraguai, por exemplo, o artigo 138 do Código Penal estabelece que será punido com pena privativa de liberdade ou multa aquele que, sendo maior de idade, pratique atos sexuais com pessoa do mesmo sexo menor de dezesseis anos. Isso não resolve o problema, porque no caso de uma relação de casal contínua que tivesse começado quando ambos eram menores dessa idade, se uma das pessoas atingisse o limite de idade, teoricamente deveria deixar de ter relações sexuais com a outra pessoa, até que esta também atingisse a mesma idade. É óbvio que esta solução não é razoável.

Diante dessa curiosa questão, a não menos curiosa engenhosidade legislativa às vezes incorreu em novas ficções: as relações com crianças menores de 15 anos são penalizadas se a pessoa maior de idade ultrapassar a idade da menor em cinco anos ou mais, mas também as de uma pessoa entre 15 e 18 anos, se a diferença de idade da mais velha for de sete anos ou mais, ou seja, que são típicas as relações sexuais entre homem ou mulher de 17 anos com homem ou mulher de 24 anos (Costa Rica).

4. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

A. A lei e a realidade do exercício do poder punitivo

Se chamarmos *poder punitivo* ao que exerce um castigo sobre uma pessoa, cabe advertir que a lei penal impõe um *dever ser* que habilita o seu exercício para todos os casos de condutas humanas que tipifica, o que é denominado *criminalização primária*.

Mas esta habilitação não pode advir apenas de leis penais formais (cujo objetivo manifesto é a punição), mas também de outras leis que são punitivas apenas *tacitamente*,

ou seja, existem leis que manifestamente têm outros objetivos (sanitários, fiscais, preventivos, etc.), mas o poder que habilitam pode ser usado punitivamente.

Conseqüentemente, se quisermos considerar todo o exercício real ou possível de poder punitivo em uma sociedade - e não ficar no formal e expresso legalmente -, nada mais podemos fazer do que proceder por exclusão. Visto que a coerção estatal não é unicamente punitiva, *poder punitivo será o que não se enquadre nas outras formas de coerção estatal.*

Estas formas de coerção, presentes em todas as sociedades - inclusive nas pré-estatais -, e que não são poder punitivo, são a *reparadora* (direito civil, trabalhista, etc.) e a *coerção direta administrativa* (que é exercida diante de um perigo iminente ou em curso).

Em síntese, pela realidade social, ou seja, pelo que qualquer cidadão sente como uma ameaça limitadora de seu espaço de liberdade social, podemos dizer que toda cominação ou exercício efetivo de poder que não se enquadre na *reparação* ou responda a necessidades de *coerção administrativa direta* é poder punitivo.

Mas o poder punitivo não é exercido mecanicamente nem poderia ser, ou seja, as leis o habilitam no que é chamado *criminalização primária*, mas, como esta, é sempre um projeto - *um dever ser* - amplíssimo que nunca pode ser exercido completamente na forma em que a criminalização primária a projeta, motivo pelo qual as agências policiais devem necessariamente *selecionar* as pessoas sobre as que efetivamente recairá e que, em nenhum caso, podem ser todas as que o exorbitante projeto de criminalização primária pretende abranger.

Portanto, o poder punitivo, por motivos estruturais - ou seja, não por motivos conjunturais de simples falhas dos sistemas penais em particular - é sempre exercido *seletivamente* pelas agências executivas (polícias), que são as que *selecionam* as pessoas vulneráveis a seu poder; isto é o que se chama *criminalização secundária*.

Embora a seletividade possa ser maior ou menor - e às vezes francamente irritante - em função das características particulares de cada sistema penal, deve ficar claro com relação a isso que a criminalização secundária é sempre policial, pois não são os juízes - e menos os legisladores - quem exerce o poder punitivo: os últimos

apenas habilitam o seu exercício, e os juízes - se cumprem bem a sua função - podem delimitá-lo ou contê-lo, mas não saem à rua procurando pessoas para criminalizar.

Consequentemente, é claro que isso não significa que, pelo fato de que nos países da região cujas leis nunca tipificaram - ou já não tipificam - a sexualidade que não é cis-heteronormativa, o poder punitivo não seja exercido sobre esta, por ação ou omissão de funcionários estatais, valendo-se de outros pretextos normativos.

Em toda a região, quem deseja conhecer a realidade do exercício do poder punitivo em geral não pode ficar no mero nível de análise das normas - que apenas abrem um espaço de seleção - sem observar como esta é realizada, uma vez que, em geral, pode-se afirmar que em toda ordem *a lei e a realidade costumam - com muita frequência - se distanciar escandalosamente na região.*

B. Criminalização secundária arbitrária em toda a região

Na realidade social da região, embora sejam registradas diferenças importantes de grau no comportamento das agências executivas (polícias) com relação à população LGBTI, estas nem sequer se devem às habilitações legais para que as agências policiais exerçam poder punitivo.

A informação reunida mostra que a perseguição policial às pessoas LGBTI □ em especial a pessoas trans, embora não apenas delas □ não exige nenhuma base legal determinada que a habilite, uma vez que a circunstância de que não existam tipos penais ou contravencionais não a impede. Esta é a experiência reunida de vários países da região, sem muita distinção entre os de tradição jurídica continental e inglesa.

Assim, as leis sobre *vadiagem* são empregadas como pretexto em vários países (Barbados, Trinidad e Tobago), em outros, apela-se aos tipos penais de exibições obscenas para intimidar casais do mesmo sexo que fazem demonstrações de amor em praças e outros lugares, inclusive por parte dos guardas municipais ou de *serenazgo* (Peru), disposições referentes a escândalo público, ordem pública ou ataques à moral e proteção da infância (Paraguai), faculdades de detenção policial preventivas (Jamaica), habilitação para detenções para *verificação de antecedentes* (Argentina), etc.

Não é de forma alguma necessário que uma lei formal criminalize a conduta das pessoas LGBTI ou qualquer sexualidade não convencional, para que estas pessoas sejam objeto de um exercício de poder punitivo.

Embora em muitas ocasiões se utilize de legislação contravencional, à qual - como dissemos -, em geral, presta-se pouca atenção na doutrina e na jurisprudência, essas leis nem sequer são necessárias, senão que qualquer norma que habilite as polícias a deter pessoas, seja qual for a função manifesta dessa norma, é usada na região para vitimizar essas pessoas com privações de liberdade, moléstias, humilhações e extorsões.

Inclusive, parece que em um país nem sequer esta base legal existe, ou seja, apenas se procede por resquício de legislação derogada, mas que se converteu em costume policial (Venezuela, cuja lei de vagabundos foi derogada em 1997).

Em outro país (Argentina), a polícia teve a faculdade de legislar e julgar contravenções durante mais de um século, existindo inclusive uma seção especial de *moralidade* no organograma policial. Estas faculdades arbitrárias foram derogadas em 1997, mas agora são utilizadas as disposições da lei de drogas - que penaliza o simples porte para consumo - e a já mencionada habilitação para deter para suposta *verificação de antecedentes*. Muito piores resultam tipos contravencionais, como *oferta e demanda de sexo em via pública*, a conduta indefinida de *vaguear* (Argentina) ou as faculdades de detenção por suspeita de crime ainda não cometido (Jamaica).

Qualquer disposição legal mais ou menos *aberta* ou indefinida é aproveitada para exercer poder punitivo sobre pessoas LGBTI, como, por exemplo, as disposições que proíbem vestir roupas do *outro sexo*, o que em princípio não seria crime, a menos que tivesse um *propósito impróprio*, indefinição que foi usada inclusive por juízes para rejeitar a presença de uma pessoa trans na sala do tribunal, quando precisamente o seu caso estava sendo julgado (Guiana).

C. A criminalização primária formal no Caribe

Em geral, não são registrados casos - ou são muito poucos - de criminalização primária formal, ou seja, de condenações por relações consensuais entre adultos, pelo menos pela informação oficial oferecida e corroborada por algumas organizações não

governamentais (Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Granada, Dominica, Guiana, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, Trinidad e Tobago).

De qualquer forma, como o mesmo tipo é aplicável a casos que no direito continental são de estupro (acesso carnal com crianças) e as estatísticas não distinguem, apenas dados absolutos estão disponíveis. De qualquer forma, ao que parece não é registrado com muita frequência e em alguns podemos dizer que não é formalmente criminalizado, embora existam algumas dúvidas (Jamaica).

O desuso destas leis costuma ser um argumento esgrimido pelos Estados caribenhos perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU (Antígua e Barbuda, Granada, Santa Lúcia), embora uma pessoa tenha sido condenada em Granada a seis anos de prisão em 2011. De qualquer forma, é reconhecido que essas leis servem para que as polícias persigam as pessoas LGBTI, em alguns casos pratiquem extorsão (Belize, Dominica) ou as submetam a humilhações ou ridicularização nos escritórios policiais (São Vicente e Granadinas, Antígua e Barbuda, Trinidad e Tobago), embora as acusações costumem ser retiradas mais tarde. Um escândalo estourou em Dominica com a prisão de dois homens que chegavam em um cruzeiro.

Sobre este assunto, Borrillo³⁷ considera relevante a experiência europeia de passar da penalização da homossexualidade para a penalização da homofobia. Neste sentido, recupera diversas fontes jurisprudenciais, entre elas a sentença no caso *Dudgeon Vs. Reino Unido*. No caso, o Governo sustentou que não havia discriminação no Reino Unido porque se tratava de uma legislação que não era aplicada. O Tribunal Europeu considerou que, independentemente da eficácia da norma, a própria existência de uma legislação repressiva constitui uma violação do artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos sobre a proteção da vida privada.

D. A criminalização secundária policial

À margem de qualquer habilitação legal, as polícias costumam impor penas ilícitas às pessoas LGBTI. Trata-se de um fenômeno generalizado que se tenta reduzir mediante cursos e instrução especial às polícias, mas estes são realizados insistindo insuficientemente no tema na Argentina, Costa Rica, Brasil e Paraguai, sem que outros

37 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

países tenham conhecimento desta instrução em particular. Ao que parece, existem alguns esforços na Jamaica, Antígua e Barbuda, Barbados, Granada, Dominica, Guiana, São Cristóvão e Névis e Santa Lúcia.

Quanto a protocolos especiais para supostos de revistas pessoais, exceto na Costa Rica, não parece haver nenhum e, portanto, estas tendem a resultar humilhantes, em particular para mulheres trans, que são revistas por homens.

Os abusos policiais contra pessoas LGBTI recolhidos na pesquisa são numerosos e indicam a enorme frequência destes fatos, que parecem estar normalizados. Um caso de detenção arbitrária e maus-tratos foi apresentado perante a CIDH (Peru). Ao que parece, mulheres lésbicas e trans são molestadas na Costa Rica e atos de intimidação policial são reconhecidos, assim como na Nicarágua. A polícia comete tratamentos cruéis na Venezuela, especialmente nos estados de Carabobo, Aragua e Mérida, que as vítimas não denunciam, por ignorância e pela demora e ineficiência dos trâmites. Casos de estupro, assédio verbal e ameaças são registrados na Jamaica. Casais de mulheres são intimidados na Argentina, onde uma mulher foi condenada por beijar sua esposa, aduzindo resistência posterior à autoridade. Intimidação de mulheres trans, detenções arbitrárias e o estupro de um homem em uma delegacia na Guiana foram denunciados. A intimidação verbal parece generalizada em São Vicente e Granadinas e em Granada. Em Barbados, uma pessoa trans foi forçada a se despir na frente de homens e ridicularizada porque tinha genitais masculinos e seios; depois foi conduzida ao tribunal, e os oficiais usaram luvas para evitar tocar em seu corpo. Em Belize, policiais despiram dois homens gays e os levaram para a delegacia, onde devolveram suas roupas. Em Antígua e Barbuda, duas pessoas foram espancadas e uma perdeu a visão de um olho, mas também um chefe da polícia de alto escalão está sendo processado por assediar sexualmente seus jovens subordinados. Também houve violência policial na Jamaica, onde foi denunciado o espancamento de um homem que acabou morrendo no dia seguinte.

Embora não sejam registradas mortes nas instalações da polícia, houve motins de presos com multiplicidade de mortes (68 em Carabobo, Venezuela; 14 na Nicarágua), entre os quais se suspeita que havia gays. Na Jamaica, ocorreram alguns distúrbios conhecidos como “distúrbios dos preservativos” em 1997. Aconteceu depois que foi sugerido que preservativos deveriam ser distribuídos nas prisões devido às altas taxas de propagação do HIV/AIDS. Os guardas abandonaram o trabalho deixando os

presos alvoroçados. Os suspeitos de ser homossexuais foram assassinados. Os guardas também são suspeitos de permitir que os outros internos matassem seus amantes para que não houvesse evidência de sua atividade homossexual. Ao final, morreram 16 presos, certamente vários homossexuais, e 20 presos resultaram feridos.

E. Fobia LGBTI ou outros motivos?

A repetida experiência criminológica regional não permite compartilhar a opinião expressa por alguns dos informantes, segundo a qual estas atitudes policiais responderiam unicamente a *fobias LGBTI*, apesar de reconhecer que esta desempenhe um importante papel motivador.

Em geral, é muito difícil que um fenômeno complexo, como o abuso e o exercício ilegal de poder punitivo pelas polícias da região, seja abordado como produto de um único fator.

O problema mais grave para os Estados da região é sua crescente fragilidade, em consequência do fato de sua arrecadação ser pluralizada, ou seja, surgem diferentes entidades que arrecadam por conta própria e, como é natural, requerem um poder coercitivo que escapa aos desejos da própria cúpula política dos Estados. Isto costuma ser definido como *corrupção* e, portanto, minimizado em sua significação política, porque, ao reduzi-lo a uma *questão penal*, esquece-se que, na realidade, é um enfraquecimento da própria soberania estatal.

Assim, as primeiras a se tornarem autônomas são as polícias, que arrecadam por conta própria e ameaçam com o exercício de um poder punitivo também próprio. Este é o primeiro passo para uma deterioração do poder estatal que, lamentavelmente, a maioria dos países da região sofre em diferentes graus. Quando o enfraquecimento dos Estados é acentuado por efeito da fragmentação da arrecadação, e seu poder vai se degradando em maior medida, surgem outras entidades arrecadoras que também exercem poder punitivo: o chamado *crime organizado*, grupos de autodefesa, parapoliciais, etc.

As pessoas LGBTI, pelo estado particular de vulnerabilidade em que se encontram, são uma fonte de benefícios, especialmente as que exercem a prostituição, as quais costumam ser obrigadas a pagar uma *contribuição* - o que acontece com a prostituição

de rua, mesmo heterossexual -, mas também com outras que podem ser facilmente extorquidas: o simples fato de deter uma pessoa pode causar um conflito familiar gravíssimo, descrédito profissional, colocar em risco sua fonte de trabalho, etc.

A tudo isto se deve acrescentar que existe uma cultura policial difundida imposta regulamentária ou consuetudinariamente que obriga o pessoal a realizar e registrar um número mínimo de procedimentos, mesmo que não tenham nenhum sentido prático ou preventivo do crime, mas cujas cifras são computadas para justificar sua atividade perante os superiores, para que estes deem prova de uma suposta eficácia perante as cúpulas políticas e também para serem levadas em conta como méritos para a promoção de seus chefes. Esta atividade policial sem objetivo social prático é conhecida em vários países - no jargão policial - como *fazer números ou estatística*.

Por outro lado, a *fobia LGBTI* é frequentemente desmentida como única motivação, entre outras coisas porque condutas bissexuais ou de sexualidade não hegemônica são frequentemente registradas pelos próprios funcionários policiais. Assim, em alguns países, são registrados atos sexuais não heteronormativos - particularmente sexo oral - com pessoas trans detidas e também casos de estupro de homens gays.

Estas considerações não descartam completamente, nem muito menos, o fator *fobia LGBTI* porque - como se sabe - a prática de atos sexuais não hegemônicos não a exclui, mas ocasionalmente serve para reforçar a identidade sexual *machista* do agressor ou como rejeição de sua própria orientação sexual. De qualquer maneira, obrigam a reconhecer que não pode ser considerado o único fator determinante das agressões policiais às pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diferentes da cis-heteronormatividade.

É aconselhável levar em conta esta circunstância, porque manifesta que este tipo de agressões não será eliminado unicamente com instrução especializada ao pessoal policial, mas exige soluções mais integrais, como a recuperação do monopólio da arrecadação e do exercício do poder punitivo por parte de nossos Estados, o que não é nada simples, porque se trata de um problema que abrange toda a política criminal estatal e inclusive as questões de soberania territorial.

F. Os direitos humanos do pessoal policial

Pelo que foi dito anteriormente, fica claro que a conduta policial com relação às pessoas LGBTI não é um problema simples de resolver. Não se trata unicamente de erradicar fobias, mas tampouco unilateralmente do problema geral de fragilização do Estado, senão que nesta plurifatorialidade também concorrem questões que dizem respeito à saúde do próprio pessoal policial, visto que algumas das condutas registradas nos relatórios não podem nem menos ser consideradas erros de conduta graves ou inclusive abertamente patológicos.

Aqui entram em jogo outras violações de direitos humanos que repercutem e condicionam em grande medida não apenas as discriminações que nos ocupam aqui, mas também um leque muito mais amplo de condutas violadoras de direitos humanos. Por mais paradoxal que pareça, *nossos Estados costumam violar direitos humanos mediante violações de direitos humanos, e uma delas é a dos que correspondem aos trabalhadores policiais.*

Em quase todos os nossos países, os direitos humanos trabalhistas mais elementares dos trabalhadores policiais são violados. Assim, é proibida a eles a sindicalização, são impedidos de formular petições coletivas, sendo um serviço civil se pretende impor-lhe uma ordem militar, estão sujeitos a um sistema de sanções arbitrário, não podem discutir horizontalmente suas condições de trabalho ou seu salário, ou seja, carecem de todos os direitos inerentes aos trabalhadores e aos demais funcionários públicos.

Mas além de seus direitos trabalhistas, seu direito à saúde é afetado, uma vez que as doenças ocupacionais não são reconhecidas e, em geral, devem enfrentar situações de risco e traumáticas sem a devida assistência psicológica posterior, não sendo incomum que a demanda deste atendimento seja considerada um sinal de fraqueza, contrário ao *machismo* predominante na cultura corporativa.

A responsabilidade das cadeias de comando pelos crimes cometidos pelo pessoal policial não pode ser presumida ou convertida em responsabilidade objetiva incompatível com as garantias penais, mas não pode ser descartada a possível *responsabilidade culposa das cúpulas políticas*, quando se valem de forças policiais que por sua autonomização, por sua falta de preparo profissional, por inadequação de seus equipamentos ou por seu baixo nível de saúde mental, estresse ou experiências traumáticas não tratadas, que mais parecem hordas do que forças de segurança. Em

tal caso, a responsabilidade penal pela conduta negligente das cúpulas corporativas e políticas não pode ser descartada.

5. AGRESSÕES A PESSOAS LGBTI

A. Homicídios de ódio

Em toda a região, é chocante a dificuldade da falta de estatísticas e de registros completos com relação a homicídios em que pessoas LGBTI são vitimizadas, apesar de que vários organismos internacionais que observaram esta indiferença oficial bastante generalizada e exigiram ou aconselharam a implantação de sistemas de compilação de dados, o que deu alguns resultados isolados até o momento (a Guiana implantou um registro em 2017).

Cabe esclarecer que a falta de estatísticas e - mais ainda - de pesquisa de campo em matéria de homicídios, não é exclusiva das vitimizações de pessoas LGBTI, mas um defeito compartilhado por todos os nossos países, onde a pouca informação oficial disponível é sempre de fidelidade duvidosa e coletada sem objetivo preventivo. Sabe-se que nenhuma estatística é *ingênua*, mas sim que toda pressupõe certa hipótese ou, pelo menos, certo objetivo prático que, no caso dos homicídios, presume-se que será tentar evitá-los ou reduzi-los.

Portanto, para que esta informação atenda a esse objetivo, não deve ser reduzida a uma contabilidade numérica, mas devem ser realizadas com critério técnico e conforme o conhecimento social. Não deixa de chamar a atenção o descuido neste sentido, que configura uma importante omissão de nossos Estados - e um prejuízo à vida por omissão -, diante dos altos índices de homicídios dolosos de alguns de nossos países.

Em qualquer caso, embora não seja possível verificar com precisão a frequência destes fatos em cada país, os relatórios de ONGs, algumas estatísticas oficiais de homicídios que introduzem alguns poucos dados diferenciais, as notícias jornalísticas e os depoimentos de vítimas e militantes de direitos humanos nos permitem aproximar desta mórbida realidade na região, revelando sua alta frequência.

No caso do Brasil, entre 2016 e 2017, os homicídios que vitimizaram pessoas LGBTBI aumentaram 40%, visto que neste último ano foram informadas 445 mortes (43% homens gays, 42% pessoas trans e 43% mulheres lésbicas). 37% foram cometidos em residências privadas, 56% na via pública e 6% em estabelecimentos de acesso público. Em menos de 25% dos casos o assassino foi identificado e em menos de 10% foi condenado penalmente. A maioria dos homicídios foi cometida entre desconhecidos ou relações casuais, e apenas 4% entre parceiros estáveis.

Na Colômbia, foram informadas 109 mortes em 2017, com um aumento sobre o ano anterior e também cometidas por grupos armados. Entre as vítimas, 45 gays e 35 mulheres trans.

No Peru, entre 2015 e 2016, foram registrados pelo menos 8 homicídios, mas 43 casos de tortura e maus-tratos físicos também foram informados. Outra informação indica um aumento dos homicídios em 2015, com 14 mortes e 65 casos de violência.

Na Venezuela, indica-se que foram 18 os homicídios de pessoas da comunidade LGBTBI em função de sua orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero entre junho de 2015 e maio de 2016.

No México, 137 homicídios de pessoas da comunidade LGBTBI foram relatados oficialmente entre 1995 e 2005; ultimamente, continuam sendo cometidos homicídios de gays e pessoas trans que, segundo as ONGs, ficam impunes e a polícia atribui as mortes às vítimas.

Na Costa Rica - embora (não?) se consigne o período abrangido, 23 homicídios de homens gays e oito de pessoas trans são mencionados. Aparentemente, neste último país os autores foram mais detectados, assinalando-se a frequência de menores, com quem as vítimas mantinham relações de confiança.

Outros dados parciais de diferentes países não deixam de ser particularmente alarmantes, como, por exemplo, quatro homicídios, um envolvendo gasolina (Belize), outro homicídio denunciado que a polícia não considera de ódio (Belize), três homicídios, entre eles o de um jovem de 18 anos (Santa Lúcia) e, calcula-se, segundo uma fonte, uma morte mensal na Jamaica.

Embora, certamente em todos estes casos as vítimas sejam pessoas LGBTBI, não é possível estabelecer quantos destes homicídios configuram o que é conhecido

criminologicamente como *crimes de ódio*, segundo o conceito mais aceito no meio acadêmico. De qualquer forma, é alarmante a elevada vitimização de pessoas com orientação sexual não cis-heteronormativa.

Em relação à vitimização letal de pessoas LGBTI, a jurisprudência de alguns países do Caribe admitiu uma excludente que denominam *pânico gay* (Santa Lúcia, Jamaica, Dominica e Guiana), que não fica claro se no direito continental equivale a uma legítima defesa *incompleta* ou com *excesso* ou a uma pretensa imputabilidade por medo. De qualquer forma, parece ultrapassar os limites da legítima defesa do direito penal continental (em particular a estrita necessidade do meio defensivo), em função de um suposto medo extremo.

B. Precisão do conceito de *crime de ódio*

A notável carência de informação oficial assinalada, pelo fato de as estatísticas não registarem ou indicarem todos os casos de vitimização fatal de pessoas do grupo LGBTI, faz com que resulte ainda mais impossível para nós caracterizar as diferentes modalidades de cada caso. Assim, não podemos saber exatamente quais são verdadeiros supostos de crimes de ódio *stricto sensu*, para diferenciá-los dos que respondem a outras motivações ou características.

Entende-se - conforme o critério criminológico mais comum - que crime de ódio é o cometido contra qualquer pessoa do grupo *odiado*, sem que o autor leve em conta ou esteja interessado em sua identidade ou individualização, como forma de amedrontar todo a comunidade da qual a pessoa faz parte (qualquer pessoa gay ou trans pelo fato de sê-lo, em geral, embora não necessariamente desconhecida para a pessoa homicida). O crime de ódio pode servir como mensagem a qualquer comunidade discriminada, segundo as sociedades e seus preconceitos particulares: imigrante, extracomunitário europeu, judeu, cigano, etc.).

Consequentemente, em nosso caso, estão excluídos do conceito os homicídios resultantes de violência entre casais, bem como os cometidos com dolo exclusivo de roubo, aproveitando situações de vulnerabilidade da vítima. Nestes últimos supostos, no caso desejável de um registro minucioso de fatos, cabe esclarecer que tampouco seria fácil distingui-los dos *crimes de ódio* puros, porque também neles, por *ocasião do homicídio*, pode surgir a *ocasião do roubo*, ao contrário do que acontece quando um

homicídio é cometido *em ocasião do roubo*, ou seja, em muitos casos será complicado estabelecer se a motivação determinante foi o roubo ou o homicídio.

A pista da frequência de *homicídios de ódio* em sentido estrito é proporcionada pela circunstância de que na maioria destes crimes os sujeitos ativos tivessem sido desconhecidos ou eventualmente relacionados - sem conhecimento prévio - às pessoas que resultam vítimas. Apesar de que este dado não seja determinante para permitir uma quantificação relativamente precisa, trata-se de um bom indicador de tendência.

Em um país, a *crueidade* foi assinalada como indicadora dos *crimes de ódio* (Costa Rica), o que consideramos mais distante como indicador: a *crueidade* costuma ser um qualificador que revela *ódio*, mas nem todo crime de ódio é cometido com crueldade, longe disso.

Assim, entre os aspectos fundamentais a trabalhar para a proteção dos direitos da comunidade LGBTI aparece a questão da tipificação dos crimes de ódio. Sustentou-se que existem poucas pesquisas que definam o que é um crime de ódio, que não existe consenso com relação às suas características. Neste sentido, Maffia³⁸ assinalou a relevância da produção de dados com inclusão da comunidade travesti/trans no momento de definir de indicadores para a coleta de dados, pois, por exemplo, no caso do transfemicídio suas características diferem marcadamente das características de outros crimes violentos (local do fato, características, etc.). Ao mesmo tempo, assinalou que estes indicadores devem ser unificados para permitir a comparação e medição do impacto das políticas públicas.

C. Outras agressões contra pessoas LGBTI

A frequência de *agressões físicas* a pessoas do grupo LGBTI costuma ser muito alta na região e, praticamente, não existe nenhum país em que não sejam relatadas. Neste caso, é muito mais comum que provenham de pessoas desconhecidas, o que revela que são penalmente ferimentos como verdadeiros *crimes de ódio*, sendo de todos os tipos: garrafadas, tijoladas, ferimentos com arma branca, ataques de mascarados, inclusive estupros e tentativas de estupro, etc.

38 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

As mais comuns e de menor gravidade lesiva são as *agressões verbais* em lugares públicos, incluindo ameaças, recentemente proferidas por um Presidente da República (Brasil). Em um país, estima-se que 33% dos homens gays recebem esse tipo de agressão todos os meses (Antígua e Barbuda), assinalando a maior vulnerabilidade de pessoas trans e gays e menor de lésbicas (Belize). Em outro, denúncias de violação de direitos de pessoas gays e lésbicas são registradas, entre fevereiro de 2013 e 2014, em 97 casos (Peru), o que demonstra claramente uma frequência muito maior, dada a *cifra* não denunciada.

Cabe observar que a cifra não denunciada é maior porque não é raro que as polícias se neguem a receber denúncias (Antígua e Barbuda), que não prestem a devida atenção aos relatos de agressões físicas contra pessoas LGBTI ou que não sejam investigadas (São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, Trinidad e Tobago, Dominica). De qualquer forma, é bastante comum que não sejam denunciadas, levando em conta que as pessoas LGBTI geralmente temem a polícia. É óbvio, portanto, que as agressões registradas são apenas uma ínfima parte das que acontecem, ou seja, o número de denúncias está longe de refletir a frequência real destes fatos.

Para precisar um pouco mais os conceitos e as dificuldades das investigações com propósitos preventivos, devemos esclarecer que os homicídios, em geral e quando não existe uma profusão deles e de desaparecimentos de pessoas, são o que a criminologia chama de *cifras duras*, porque quase todos os que ocorrem são registrados, embora não sejam esclarecidos. Em vez disso, as lesões - e mais ainda, os crimes contra a propriedade - têm o que mencionamos aqui antes, que é uma *cifra obscura* (*dark figure* ou *schwarze Figur*), de fatos não registrados, que geralmente são a grande maioria dos casos. As estatísticas nestes últimos casos - bem como quando os homicídios deixam de ser *cifras duras* - são indicativas da atividade do sistema penal, mas não da frequência de infrações na realidade social.

D. Agressões de grupos homofóbicos

Embora inúmeras agressões brutais tenham sido registradas, como a já mencionada queima de um jovem com gasolina na Venezuela e outras não menos criminais no Brasil, Peru, Argentina, Paraguai, Costa Rica e Nicarágua. Contudo, estas agressões nem sempre - nem muito menos - provêm de grupos organizados violentos que, em geral, não existem ou são difíceis de detectar.

Contudo, em todos os países as campanhas de alguns grupos religiosos assumem linguagem violenta e de incitação à violência (Jamaica, Paraguai, Costa Rica), ocasionalmente aberta. Na Jamaica, foi causado o incêndio das instalações de uma ONG e, na Guiana, um líder religioso cristão chegou a sustentar publicamente que, como a homossexualidade *é um vício aprendido*, seria necessário colocar todos os gays em uma ilha para evitar o contágio. Estas organizações estão penetrando na política (Brasil, Caribe, Costa Rica), amparando-se na liberdade religiosa. Contudo, um pastor *antigay* foi proibido de entrar na Jamaica em 2018. Em países onde essa penetração não é forte, atuam alguns grupos *skinheads* que se fingem de *neonazistas*, mas que geralmente operam por imitação e têm pouca formação política (Argentina).

Assinalou-se que a escalada para a instalação de uma política de Estado de extermínio começa com manifestações isoladas e inorgânicas, alcança maior grau de avanço quando surgem e se difundem grupos organizados, com publicações e propaganda e vão cooptando políticos e personalidades da cultura, propõem em uma etapa seguinte políticas de extermínio ao Estado, até que, finalmente, o Estado as adota.

Quanto à discriminação que nos ocupa, até o presente não existem grupos demasiado orgânicos, uma vez que os próprios grupos religiosos não penetram em toda a sociedade ou todos os religiosos - nem muito menos - participam dessa atitude, e aqueles que habitualmente o fazem não costumam passar de invocações supostamente dogmáticas. Pode-se dizer que estamos longe de trilhar o caminho até uma política de Estado de extermínio.

Pelo contrário, na nossa região, a luta pelos direitos das pessoas LGBTI não enfrenta - pelo menos até o presente - movimentos orgânicos que queiram impor uma *política de Estado de extermínio*, mas, pelo contrário, trata-se de lutar pelo desmantelamento de uma política de Estado da discriminação e, conseqüentemente, o dano advindo dos grupos homofóbicos existentes consiste em que estes tenham a possibilidade de conter ou adiar o desbaratamento da discriminação em curso.

De qualquer maneira, é necessário prestar atenção a seu comportamento e especialmente à sua penetração política, uma vez que não se deve descartar o risco de uma futura dinâmica desfavorável das relações de poder nas nossas sociedades, embora a ocorrer implicaria necessariamente a falência de nossas estruturas democráticas, ou seja, ultrapassaria em muito a mera questão da discriminação por orientação sexual ou

identidade de gênero, para se projetar em todo o panorama político democrático da região.

Resta, contudo, a questão de saber se a Jamaica não estaria dando sinais de estar dando passos que vão para além da contenção ou adiamento do desbaratamento da discriminação em curso. Sua classe política apresenta um alto grau de permeabilidade à pressão de grupos religiosos, o que é ilustrado pela reforma constitucional de 2011 cujo novo artigo 13 (12) estabelece que nada contido na Lei de Crimes contra as Pessoas (sigla em inglês OAPA) relacionado com sodomia, abortos ou publicações obscenas será considerado incompatível com as disposições da Carta de Direitos Fundamentais da Constituição ou em contravenção desta. Esta reforma efetivamente elimina a cláusula geral mencionada anteriormente (ver *saving clause* no Cap. 2, ponto 2.F), o que é positivo, mas infelizmente a mantém para os crimes sexuais. Este último é alarmante, pois o poder judiciário é impedido de velar pela supremacia dos direitos e garantias da Constituição apenas nesta matéria, o que por si só marca uma ruptura com dois princípios básicos e fundamentais do sistema democrático: a supremacia da Constituição e a separação de poderes enquanto as leis contra a sodomia podem ser anuladas apenas por outra lei do parlamento da Jamaica sem o devido controle de constitucionalidade pelo poder judicial.

E. Agressões do grupo familiar e suicídio adolescente

Em geral, as discriminações como a racista ou a religiosa são percebidas desde a infância, e as famílias - que compartilham a vitimização discriminatória - costumam preparar as pessoas a partir dessa idade e servir de escudo protetor emocional para elas.

A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero tem a particularidade de geralmente se manifestar muito mais tarde, somente quando a orientação sexual da pessoa, que carece de todo o preparo prévio para rejeitá-la, é revelada na adolescência ou na puberdade.

Os adolescentes e as adolescentes que se encontram nessa situação em uma sociedade com profundos preconceitos contra as pessoas LGBTI, ao longo da infância receberam e até internalizaram a estigmatização de sua orientação sexual ou identidade de gênero por parte de seu próprio ambiente familiar e também de seu pequeno ambiente (escola, bairro, etc.), o que torna sua situação particularmente traumática - em um

difícil momento psicológico evolutivo - e, precisamente por isso, encontram-se em maior necessidade - e ao mesmo tempo carência - de um escudo emocional que possibilite sua resiliência.

Infelizmente, muitas vezes a reação da família, ao invés de suprir esta necessidade, reage de forma agressiva, provocando rejeição e mortificação e até forçando a submissão às absurdas terapias de conversão, das quais trataremos depois.

Em contextos culturais preconceituosos, a família reage com repreensões que privam a pessoa de um desenvolvimento ou amadurecimento relativamente normal de sua afetividade, gerando fortes sentimentos de culpa e traumas difíceis de superar posteriormente, o que muitas vezes torna a família longe de ser um lugar seguro, pois passa a ser uma séria ameaça para o(a) adolescente no desenvolvimento de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Em casos extremamente graves, a discriminação e a rejeição familiar chegam a gerar situações de abandono, como expulsão da casa paterna ou materna (Jamaica), a ameaças de morte contra filhos gays ou filhas lésbicas, inclusive de filicídio pelo filho ser gay (Peru, em janeiro de 2019), de ferir filhos (Trinidad e Tobago), de submissão a estupros supostamente *corretivos* a mulheres lésbicas (Antígua e Barbuda), todos os quais fazem com que, frequentemente, em sociedades ou círculos altamente preconceituosos, a família deva ser considerada como um ambiente de risco real para estas pessoas (Paraguai, Guiana).

Neste sentido, Madrigal³⁹ refere-se ao processo de despatologização iniciado há quatro décadas, que vem desconstruindo essas noções, mas tem sido um processo lento. Vale lembrar que somente em 2019 a disforia de gênero é retirada do capítulo de doenças mentais e passada para condições sexuais, garantindo que o apoio dos sistemas públicos seja permitido em todos os processos de afirmação de identidade. Ele considera que o problema é que todas estas classificações marcam sulcos profundos na mentalidade da profissão médica e da psicologia e disciplinas relacionadas. O especialista sustenta que se trata de situações muito estendidas, inclusive relacionadas a práticas terríveis de tratamento cruel, desumano e degradante como as chamadas terapias de conversão, e considera que se trata de um trabalho de grande esforço que

39 Intervenção no Seminário Internacional do dia 28 de outubro de 2020.

exige um trabalho sustentado da política pública, do trabalho judicial e da legislação para garantir a desconstrução.

Por sua vez, Cabral⁴⁰ sustenta que, embora o Parecer Consultivo 24/17 não inclua especificamente referências à intersexualidade, inclui a proteção contra qualquer forma de patologização que não seja consentida pela própria pessoa e considera possível fazer interpretações progressivas do Parecer Consultivo. Assim, destaca que no 1º Fórum Regional Intersexo, na Declaração de San José da Costa Rica, o Parecer Consultivo é usado pressupondo que inclui a população intersexo na medida em que fala de população LGBTI, embora não mencione especificamente a proibição das intervenções. Estes tipos de práticas foram consideradas formas de tortura, maus-tratos, penas cruéis, desumanas e degradantes no relatório do Relator contra a Tortura, Juan Méndez, de 2013. Com relação a esta questão, Cabral sustenta que as intervenções normalizadoras em menores intersexo são realizadas em todos os países da região: “o que vemos em relação a pessoas trans quanto a pessoas intersexo quanto a menores que expressam sua sexualidade, sua identidade e sua expressão gênero de maneira diversa do padrão, é que existe uma guerra contra a infância e que essa guerra está afetando seriamente a saúde e o bem-estar, mas também o acesso a direitos de menores em diferentes países”.

É muito difícil estabelecer em que medida estas agressões do ambiente familiar, combinadas com a intimidação entre colegas no ambiente escolar e a rejeição do ambiente de bairro ou dos grupos habituais de jovens, são determinantes de suicídios adolescentes, embora a existência destes finais mórbidos seja reconhecida no Peru, Venezuela, Guiana, Colômbia e Jamaica e alguns casos estejam sendo investigados na Costa Rica.

A circunstância de os casos não serem relatados em outros países não significa de forma alguma que eles não ocorram, porque a investigação do suicídio em geral sempre apresenta dificuldades, entre outras coisas porque nem todos os suicídios são conscientes, visto que certos jogos ou a exposição a riscos elevados costuma esconder suicídios inconscientes. Essas dificuldades se apresentam maiores nos casos de suicídios adolescentes pelas dificuldades criadas no desenvolvimento da orientação sexual ou da identidade de gênero, visto que estas motivações geralmente

40 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

são invisibilizadas, até mesmo por ação dos próprios familiares, que os consideram vergonhosos e preferem deixá-los como *inexplicáveis*.

Apesar destas dificuldades, algumas pesquisas empíricas foram realizadas no Brasil, revelando uma tendência maior a se pensar em suicídio entre os adolescentes na fase de desenvolvimento de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

6. A INCIDÊNCIA DA DISCRIMINAÇÃO SOCIAL PARANOICA

A. A discriminação paranoica e a saúde pública

Embora a discriminação das pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero nem sempre se traduza em agressões da entidade de algumas das mencionadas, de qualquer forma, exerce um grave efeito perturbador na esfera afetiva de quem as sofre.

O ser humano não é um ente que se desenvolve e salta para a vida adulta em partes, ou seja, que, embora haja uma esfera afetiva e outra intelectual, a perturbação do desenvolvimento emocional de alguém cuja orientação sexual ou identidade de gênero é questionada, rejeitada e estigmatizada, não pode deixar de ferir sua personalidade de forma integral. A eventual baixa do desempenho escolar por distúrbios emocionais, as relações conflituosas com o ambiente, em casos mais graves a vitimização por assédio escolar entre colegas, a rejeição e até a agressão aberta ou tácita na família interfere e priva o adolescente da possibilidade de aproximação e comunicação humana com a qual a socialização geralmente ocorre nesta fase da vida.

A saúde pública, em suma, nada mais é do que a das pessoas que integram uma sociedade. Quando boa parte dessas pessoas considera que a orientação sexual ou identidade de gênero de outras pessoas constitui um perigo para sua existência, é bastante claro que adotam uma atitude paranoica que indica certa deterioração do padrão de saúde mental geral. Mas quando esses preconceitos paranoicos se traduzem na discriminação de adolescentes com orientação sexual não heteronormativa ou por sua identidade de gênero, tem-se a sensação de que a parte paranoica da sociedade discriminadora está determinada em preparar pessoas para se comportarem neuroticamente em sua interação social. Em síntese: quem se afasta do fenômeno não

pode deixar de observar que *a parte menos sã dessa sociedade está determinada em impedir a evolução saudável de outros.*

Não se trata de um fenômeno que afete um pequeno grupo, porque desde os famosos relatórios *Kinsey* de meados do século passado, sabe-se que se trata de uma porcentagem significativa de pessoas, por mais que os números precisos sejam discutidos. Consequentemente, o impacto das atitudes paranoicas discriminatórias e as reações que provoquem repercutem necessariamente sobre a interação social em geral, ou seja, que operam sobre o nível de saúde mental de toda a sociedade. Não é nada bom o grau de saúde mental de uma sociedade em que uma alta porcentagem se comporta neuroticamente de forma discriminatória sobre outra porcentagem, que por sua vez condiciona para reações também neuróticas.

B. Práticas discriminatórias de funcionárias e funcionários públicos

É óbvio que as agressões de todos os tipos contra pessoas do grupo LGBTI se encontram *diretamente relacionados ao grau de discriminação preconceituosa ou paranoica de cada sociedade*, o que também terá que ser projetado no plano institucional, pois as pessoas que se dedicam à política suja muitas vezes se dobram aos preconceitos para obter mais votos □ assim como as pessoas mercenárias que só buscam *índices de audiência* nos meios de comunicação □, o que reforça atitudes sociais paranoicas, repercutindo no funcionalismo ou, pelo menos, dificultando que este tome consciência da natureza discriminatória de seus comportamentos. É bom ter presente que as práticas discriminatórias são *mores ou costumes* sociais, que devem ser desmantelados para introduzir outras de coexistência não lesiva ou conflitiva, o que requer um chamado à reflexão □ por assim dizer □, que se vê dificultado pela reiteração dos discursos paranoicos, às vezes das cúpulas políticas do Estado (Brasil, Venezuela, Caribe).

Isto faz com que em toda a região inúmeras condutas discriminatórias sejam observadas de funcionários(as) públicos em âmbitos que nada têm a ver com as polícias.

Assim, chamar as pessoas pelo nome sem atentar à sua identidade de gênero ou desconhecer os casais do mesmo sexo (países do Caribe anglófono, Paraguai, Peru, Venezuela, Guatemala, Nicarágua, etc.); negar às pessoas LGBTI o direito de doar sangue, considerando-as *grupos de risco* (assim na Colômbia até a sentença do Tribunal Constitucional de 2012; até as novas regulamentações do México em

2012, do Chile em 2013, do Peru em 2018); opor dificuldades nos registros civis para registrar famílias com pessoas de identidade trans, exigindo ilegalmente ordens judiciais (Argentina); e, o que é mais frequente, que são os comentários e opiniões homofóbicas de funcionários públicos, inclusive pelos meios de comunicação, muitas vezes invocando supostos valores cristãos (Antígua e Barbuda, Barbados, Jamaica). Em geral, todas estas condutas do funcionalismo não são matéria de nenhuma sanção, especialmente em países onde não estão previstas em disposições antidiscriminatórias e, menos ainda, nos que conservam a criminalização primária das condutas sexuais não heteronormativas (Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, Jamaica, Guiana). Em outros países, estes fatos começam a ser objeto de denúncias (Costa Rica perante a Defensoria dos Habitantes), embora, também na Costa Rica, haja uma tendência crescente de invocar o princípio da objeção de consciência para se negar a levar adiante casamentos entre pessoas do mesmo sexo, prática à qual a Sala Constitucional estaria dando cobertura.

C. Discriminação judicial.

Além da discriminação expressa e aberta por parte de pessoas funcionárias, deve-se ter especial cuidado com a que podem praticar juízes e promotores, cuja conduta pode ser - depois da policial - a mais perigosa para qualquer grupo estigmatizado e nem sequer sempre de forma consciente.

À margem de qualquer alucinação que pretenda fingir que os magistrados carecem de ideologias e de valores pessoais que incidem em suas decisões, o certo é que em qualquer magistratura de um Estado de direito convivem pessoas com ideologias, formação, origem social diferentes e também com suas respectivas experiências de vida. Da mesma forma, estas pessoas não são alheias aos preconceitos que existam na respectiva sociedade.

Nesse sentido - e sem incorrer em discriminações abertas (embora estas tenham sido observadas na Guiana) - não deixa de se observar que em demasiadas sentenças condenatórias, os hábitos e modos de vida das pessoas julgadas são levados em conta, pelo menos como critério para quantificar a pena, mas em alguns casos - mais problemáticos - como supostas provas da acusação em relação à responsabilidade de crimes, que podem muito bem ser homicídios, roubos, etc.

Assim como existe uma tendência a afastar toda suspeita □ e linha de investigação □ com relação a quem aparece como o *bom pai de família*, o contrário acontece com quem carece de hábitos de trabalho, não fica claro como suprem suas necessidades ou leva uma vida que se desvia dos padrões comuns.

Neste segundo sentido, a vinculação estereotípica inimiga das pessoas LGBTI com o lúgubre, sujo, marginal, até esotérico, tende a fazê-las *suspeitas* quando aparecem no ambiente de algum crime. Não é verdade que este risco seja mais acentuado no caso de juízes *populares* (jurados) do que nos juízes técnicos, porque □ como foi assinalado antes □ estes também fazem parte da mesma sociedade e não estão isentos de seus preconceitos, embora nem sequer seja necessário que estes preconceitos cheguem a seu plano consciente.

D. Agressões e cultura preconceituosa paranoica

Apesar do exposto anteriormente, é inegável que nossas sociedades avançaram neste sentido, ou seja, que o movimento que se preparava, mas que se precipitou a partir de *Stonewall* em 1969, difundiu-se pelo mundo e chegou também à região.

Este avanço se manifesta na região especialmente com os numerosos casos de pessoas cuja orientação sexual e/ou identidade de gênero não hegemônicas é publicamente conhecida e - no entanto - avançam em suas carreiras e na própria função política, o que não se reduz exclusivamente a militantes ou ativistas pelos direitos das pessoas LGBTI: a prefeita recém-eleita de Bogotá é casada com uma mulher que, por sua vez, é deputada nacional; em 2012, uma ativista LGBTI do Equador foi nomeada para o ministério da saúde; no México, em 1997, a primeira legisladora LGBTI foi eleita; no Chile, em 2013, um deputado gay; no Uruguai, em 2017, a primeira legisladora trans; no Brasil, um deputado gay, e o Presidente Lula da Silva participou de uma conferência LGBTI. Em Antígua e Barbuda, o Primeiro-Ministro nomeou uma mulher lésbica como senadora.

É saudável em termos de coexistência social plural e democrática que haja cada vez mais pessoas que valorizem o outro ou a outra pela capacidade de serviço, deixando de lado sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Apesar de tudo isso, não se pode deixar de observar que o Brasil posteriormente elegeu um presidente homofóbico e, além disso, estes progressos não são do mesmo nível em todos os países e nem sequer em todo o território em países grandes (costumam ser maiores nas grandes cidades), como tampouco em todas as ordens. As mudanças culturais são lentas, a erradicação dos componentes sociais paranoicos exige tempo e os impulsos saudáveis vão permeando as sociedades de forma desigual, segundo seus diferentes estamentos e corporações.

Como regra geral, em toda sociedade saudável, a agressão a uma pessoa em situação de vulnerabilidade provoca indignação e rejeição, como acontece com as agressões a idosos ou a pessoas com deficiência, pois são desvalorizadas como atos de crueldade intoleráveis, que se expressam nas próprias leis, que cominam com penas mais graves para atos contra pessoas em situação de vulnerabilidade.

No caso das pessoas LGBTI, os preconceitos neutralizam a vivência desta crueldade na cultura local, mediante a difusão do suposto perigo que esse setor social representa, que é estigmatizado como *inimigo* que precisa ser destruído para preservar os valores sociais dominantes.

E. Reforço dos preconceitos fóbicos

Os preconceitos de *ódio* são socialmente mantidos e reforçados de várias maneiras, como ser a simbolização da orientação sexual não cis-heteronormativa como crime (mesmo que a pena não seja aplicada ou isso não seja feito com frequência), a identificação ou confusão midiática desta sexualidade com a *pedofilia* (embora a maioria dos pedófilos não sejam gays ou lésbicas), a difusão impune de expressões, chacotas, estereótipos, espetáculos e música *antigay* (“*destruam os gays*” diz uma canção popular na Jamaica e canções com letras semelhantes em São Vicente e Granadinas), a impunidade do assédio entre colegas nas escolas ou de tratamentos ridicularizantes ou humilhantes por parte de policiais e demais funcionárias e funcionários, a indiferença institucional diante das agressões, etc.

Nos últimos tempos, campanhas de ódio religioso têm sido observadas na região (Costa Rica, Jamaica) ou que postulam supostas *terapias de reorientação sexual* que inclusive tentaram aplicar a presos em um projeto de lei de 2016 (Brasil). Embora a Igreja Católica nos últimos anos tenha manifestado uma abertura considerável e positiva

a partir de sua cúpula eclesial - que coincide com várias manifestações sincréticas de religiosidade popular na região -, o mesmo não acontece com alguns dos grupos pentecostais, que as consideram *diabólicas* ou patológicas em discursos fóbicos que, ocasionalmente, por motivos eleitorais, passam a fazer parte de campanhas políticas com alta incidência legislativa (Brasil, Costa Rica).

Nos países onde mais se avançou na redução dos preconceitos fóbicos, de qualquer forma estes ainda permanecem na sociedade e, embora a frequência de agressões abertas seja menor, isso não significa que as pessoas deixam de sofrer discriminações por sua orientação sexual ou identidade de gênero nos ambientes de trabalho, educação, habitação e saúde (Argentina, Peru, Paraguai, Nicarágua, etc.). Estas agressões se manifestam na rejeição para empregos, no adiamento de promoções, na demissão de professores, no incômodo ou intolerância em certos bairros, em conjuntos habitacionais, no tratamento diferenciado nos centros de saúde públicos, etc.

Evidentemente, a discriminação em matéria de saúde chega ao máximo quando cria dificuldades para as campanhas contra o HIV-AIDS, visto que ninguém quer admitir a prática de uma orientação sexual não heteronormativa em países em que pelo menos formalmente é criminalizada (Santa Lúcia), onde a organização de ONGs dedicadas ao tema nem sequer foi possível (São Cristóvão e Névis) e o ódio da população alcança níveis elevados: 17% contra 28% de aceitação e 39% de meramente tolerantes (Barbados).

F. O feminismo como impulso igualitário positivo

É inegável que nos últimos tempos houve um avanço notório na luta das mulheres pela igualdade de direitos.

Esta luta, levada adiante em toda a região, é o resultado de um longo processo que começou com a consagração dos direitos civis primeiro, eleitorais depois, e agora é coroado buscando a eliminação do *patriarcado* vigente em nossas sociedades. Em nossos dias, sua luta determinada procura chegar, finalmente, a obter a igualdade plena de direitos, que lhe foi negada pelo saber patriarcal, que dominou em todos os campos, sobrevivendo a todas as mudanças de paradigmas, por mais radicais que parecessem.

Quando o mundo deixou de lado o paradigma teocrático e passou para o positivista cientista do reducionismo biológico e racista, a situação da mulher não se modificou nesse novo paradigma. Vale lembrar que, desde a própria origem do positivismo, Augusto Comte considerava a família como a *célula social* de sua *sociedade científica*, mantendo a mulher subordinada ao homem como garantia de seu conceito particular de *ordem*.

Posteriormente, os *cientistas* continuaram considerando a mulher um ser humano *inferior* e mesmo sua menor incidência no crime era atribuída a essa inferioridade, pois o que se manifestava no crime no homem, na mulher o fazia na prostituição (Lombroso). A ideia da mulher como um *homem incompleto* passou da *costela de Adão* ao reducionismo biológico sem grandes mudanças.

Até menos de um século atrás, em grande parte da região, as mulheres não podiam dispor livremente de seu patrimônio sem o controle ou autorização de um homem, ou seja, nem sequer os direitos civis eram reconhecidos de forma plena, resquício de sua consideração ancestral como ser humano não pleno. Até há menos de setenta anos, as mulheres de toda a nossa região também não tinham direito de votar ou ser eleitas, ou seja, eram privadas dos direitos políticos.

Como é óbvio - e reiteramos - a lei positiva não basta para mudar a realidade quando o poder real permanece nas mãos de quem pode exercê-lo discriminatoriamente. A lei não é onipotente e, se os dados da realidade são dispensados, o direito se converte em um discurso hipócrita. A igualdade formal da mulher não se traduzia em igualdade real, porque o patriarcado continuava imperando; a igualdade formal - legal - apenas pavimentou o caminho para sua luta pela igualdade real, que agora se encontra plenamente difundida.

Para além de todas as discussões teóricas que possam ocorrer - dada a disparidade de discursos própria de todo movimento complexo - a luta das mulheres não pode ser separada da luta das pessoas LGBTI por seus respectivos direitos. Esta inseparabilidade se impõe por motivos históricos elementares e até antropológicos, visto que ambas as discriminações provêm de uma mesma fonte: o *patriarcado*.

Nossos colonizadores impuseram o verticalismo estrito de suas sociedades europeias, empoderando os homens como agentes da ortodoxia de ordem e da honra e para isso, trazendo com seu poder colonial as pautas de *ortodoxia sexual* que haviam fixado

na Europa por volta do século X e que puniam a mulher que se afastava de seu papel queimando-a, mas fazendo arder na mesma fogueira o homem que desdenhava seu papel dominador ao praticar uma sexualidade *heterodoxa*.

A verticalização corporativa das sociedades europeias, com sua ortodoxia sexual imperativa - a sociedade ordenada na forma de exército - foi a condição necessária para que as potências europeias se lançassem genocidamente sobre a América e a África. Assim, no mesmo fogo arderam as bruxas e os heterodoxos religiosos e sexuais europeus, e esse fogo foi também o combustível dos genocídios colonialistas americanos e africanos.

Desde então e até o presente, o mundo não conheceu nenhuma ideologia negadora de direitos humanos que não reprimisse simultaneamente a mulher e a todas as pessoas sexualmente *heterodoxas*.

As lutas antidiscriminatórias costumam ser enviesadas por questões menores, mas quem impõe as discriminações sempre o faz em bloco, não se divide, porque tem consciência de que seu objetivo é a sociedade hierarquizada verticalmente, não igualitária, mas homogeneizadora. Por isso, todo movimento reacionário e retrógrado se esforça para legitimar todas as discriminações imagináveis e, no que diz respeito ao nosso tema, isto tem sido verificado ao longo de toda a história, desde a mais remota até a relativamente mais recente: o nazismo perseguia *gays*, mas também subestimava a mulher como *reprodutora*.

Esta *macroperspectiva* não pode ser ignorada ao dimensionar a luta pelos direitos humanos tanto das mulheres quanto das pessoas LGBTI, pois ambas fazem parte □ nada menos □ que de uma verdadeira transformação civilizatória de caráter político democrático indiscutível. É sempre bom dimensionar a magnitude de qualquer luta para além das reivindicações particulares e urgentes de cada setor, para ter consciência da natureza do poder que está sendo enfrentado.

G. Discursos fóbicos ou *contemporaneidade do não contemporâneo*

Como vimos, toda ideologia discriminatória exige um componente paranoico que identifica um *inimigo*, que desvaloriza atribuindo-lhe características negativas que o tornam *extremamente perigoso* e que se concretizam em um estereótipo *odioso*, que

serve para neutralizar qualquer gesto de comisseração ou piedade. Este estereótipo nega a pessoa do *outro* estereotipado: deixa de ser a pessoa concreta, para passar a ser visto unicamente como um ente que faz parte de um grupo inimigo e perigoso e, portanto, que precisa ser neutralizado e, em casos extremos, eliminado.

Assim como no caso da pretensa inferioridade da mulher, o estereótipo negativo ou o *inimigo* da pessoa com orientação sexual ou identidade de gênero não hegemônicas foi alimentado com diferentes elementos, conforme o paradigma próprio de cada época histórica, ou seja, conforme os diferentes momentos culturais que foram proporcionando elementos discursivos de natureza diversa para a desvalorização humana destas pessoas.

No caso de Barbados, por exemplo, Szotyori⁴¹ sustenta que □ existe uma ideologia fundamentalista cristã respeitada pela maioria da população □ e que as pessoas se sentem autorizadas quando discriminam e levam adiante ações contra a comunidade LGBTI. Cabral⁴² considera que, no caso das pessoas trans e intersexo, elas se encontram em uma situação de profundo perigo, entre outras coisas pelos chamados movimentos conservadores antigênero que incluem as igrejas (católicas e diversas igrejas evangélicas), partidos e grupos de direita. Estes grupos religiosos têm em comum a vontade de não reconhecer direitos para a comunidade LGBTI e instam seus Estados e comunidades (por meio de várias estratégias) a sustentar essa convicção.

A verdade é que hoje, em nossas sociedades, não existe um único discurso que alimente os preconceitos paranoicos contra as pessoas LGBTI, mas argumentos diferentes e contraditórios aparecem de forma que, à primeira vista, parece completamente desorganizada e inorgânica.

Aprofundando mais na questão, embora se verifiquem a desordem e a inorganicidade citadas, observa-se que seus conteúdos não são de forma alguma novos, mas sim, o curioso é que provêm de todos os momentos históricos prévios em que, com bases diferentes, a sexualidade não cis-heteronormativa foi estigmatizada e penalizada.

Diante desta heterogeneidade discursiva que se concretiza em um acúmulo de discursos de diferentes momentos do passado, não se pode negar a impressão de que,

41 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

42 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

no momento de os conteúdos absurdos dos discursos discriminatórios anteriores se tornarem inegáveis e, na ausência de um novo discurso, apela-se para a mistura e sobreposição desordenada de todos os anteriores.

Neste sentido, é extremamente curioso que hoje ressurja o apelo ao religioso por parte de alguns grupos de pastores e de alguns setores atrasados da Igreja Católica, embora já não seja sua cúpula. Praticamente, trata-se de um retorno aos tempos medievais, quando a sexualidade não convencional era considerada um *vício* e, portanto, como a escolha por um pecado que, se estendido, faria com que todos fossem homossexuais ou algo parecido e, desse modo, a humanidade se extinguisse.

Este argumento - que soa ridículo hoje - não deixa de estar na base das invocações religiosas ortodoxas de prática apenas reprodutiva da sexualidade, mas a ameaça que esgrime está pressupondo - inevitavelmente - a *plurisssexualidade* de todos os seres humanos: se a homossexualidade fosse um vício adotado por escolha, todos os seres humanos seriam potencialmente homossexuais e estariam tentados a incorrer na sodomia e abandonar a sexualidade cis-heteronormativa. É curioso e extremamente paradoxal, mas este argumento - que provém de tempos mais antigos - coincide neste sentido com algumas teorias contemporâneas, que a partir de perspectivas radicais afirmam a *pansexualidade humana* hoje.

Cabe esclarecer com relação à condenação bíblica de *Sodoma e Gomorra* que, no campo teológico e há muitos anos, tem sido sustentado por alguns estudiosos da matéria, que a sanção bíblica não se deve à prática da sodomia, mas à violação das regras de hospitalidade, ou seja, de cuidado e respeito aos hóspedes, transgredida pelos habitantes ao pretender realizar uma agressão sexual contra hóspedes.

Mas, à medida que a cultura mudou a partir do século XVIII, passou-se ao *cientificismo*, e as condutas sexuais não convencionais foram *patologizadas* de forma tão ridícula a nossos olhos quanto os argumentos anteriores contra a sodomia.

Para verificar a coerência discursiva de cada momento, é bom lembrar que a superioridade racial e a legitimação do patriarcado passaram pelas mesmas etapas: primeiro foram fundadas na verdade de fé, mas depois na superioridade *científica* da raça colonizadora mais evoluída e do homem sobre a mulher.

Ambroise Tardieu, um dos maiores expoentes da medicina legal francesa, sustentava em 1880 que a homossexualidade masculina era detectada por sinais anais nos *passivos* e *formato de pera* na cabeça do pênis nos *ativos*. A teoria da degeneração de Morel deu sua contribuição, o biologismo lombrosiano lhe deu popularidade e, assim, os colonizados e as mulheres foram considerados inferiores, os mestiços classificados como degenerados e os que praticavam sexualidades não convencionais como doentes.

Estas aberrações foram sustentadas pelos acadêmicos de nossa região até meados do século passado, inclusive em tratados importantes difundidos em nossas universidades. Nossos *cientistas* - e especialmente nossos criminologistas - não foram menos homofóbicos que os inquisidores. Com certo senso de humor, um historiador uruguaio sustentou que, nesta matéria, a mulher de comunhão diária coincidiria completamente com seu marido médico positivista ateu.

Na segunda parte do século passado, o mencionado *relatório Kinsey* tirou o véu da realidade, *Stonewell* fez perder o medo e, em 1974, a *American Psychiatric Association* abandonou o controle social médico dos homossexuais, seguida pela *American Psychological Association* e, finalmente, em 1993, a OMS eliminou a orientação sexual de sua lista de doenças. Somado a isso, somente em 2019 as identidades trans e de gênero diverso foram despatologizadas com a adoção oficial da Classificação Internacional de Doenças, 11.^a revisão (CID-11).

Mas hoje a argumentação fóbica de nossa região acumula o discurso supostamente *teológico* com o supostamente *científico* e, desta forma, são alguns grupos cristãos homofóbicos os que defendem as terapias pseudocientíficas de conversão sexual. Pretende-se com isso a existência de tratamentos *científicos de cura do pecado*, ou seja, um verdadeiro *contemporâneo do não contemporâneo*, que mistura a Idade Média teocrática com o reducionismo cientificista ateu do século XIX.

H. Terapias de conversão

À margem do que é oferecido como “terapia”, alguns casos curiosos foram registrados, como o de um pastor que foi condenado por estupro por tentar extrair um *espírito homossexual* de jovens, aduzindo que estava fazendo isso pelo bem das vítimas (Granada).

Fora destes supostos de fraude sexual, em geral — como acabamos de ver — estas supostas *terapias* são oferecidas por alguns grupos religiosos, embora não oficialmente (Barbados, Granada, Jamaica).

Os anúncios desses grupos provocaram reações do Conselho de Psicólogos na Costa Rica, enquanto os organismos públicos de saúde se manifestaram contra no Paraguai.

Na Argentina, a Lei 26.657 (lei da saúde mental) proíbe este tipo de tratamentos. No Brasil, a resolução 1/99 do Conselho Federal de Psicologia proibiu as chamadas *curas gay*, mas em 2013 a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados - presidida por um pastor homofóbico - aprovou um projeto para revogar essa resolução, que depois foi abandonado.

No Equador, atos que tendam a modificar a orientação sexual são proibidos e considerados tortura pelo Acordo Ministerial n.º 767.

Em 2019, um projeto de lei estava sendo tramitado no México para proibir estas terapias e punir com até três anos de prisão quem as pratique.

À margem dessas chamadas “terapias”, aparentemente algumas pessoas jovens *trans* foram psiquiatrizadas e internadas por suas famílias no hospital psiquiátrico da Nicarágua, o que constitui uma sobrevivência total da velha patologização.

A patologização da orientação sexual e identidade e expressão de gênero heterodoxas e a submissão a estas *torturas* tem consequências psicológicas gravíssimas, fazendo introjetar a ideia de uma inferioridade biológica, de uma doença crônica que impede a concretização de vínculos afetivos e que, embora os traumas graves que permanecem como sequela destas manipulações possam ser superados depois, quase sempre a pessoa sentirá a cicatriz emocional de ter sido privada de uma etapa afetiva importante de sua vida.

7. A DISCRIMINAÇÃO NA MARGINALIZAÇÃO: PRISÕES

A. Seletividade discriminatória dupla

A criminalização secundária na região é altamente seletiva, pois salvo alguns crimes muito graves contra a vida ou sexuais que beiram a patologia e casos de perseguição política - produto da nova variável chamada *lawfare* -, a prisionização recai sobre pessoas das camadas mais pobres da sociedade que, por sua formação precária, só costumam cometer crimes grosseiros contra a propriedade (boa parte sem nenhuma força ou violência) ou sobreviver com o comércio a varejo de tóxicos proibidos ou semelhantes.

Além disso, a maioria da população penal da região não está condenada, mas submetida a prisão preventiva. Nestas condições, as prisões tendem a se transformar em campos de concentração, com uma superlotação penal que ocasionalmente dobra a capacidade das celas.

Por outro lado, a desproporção entre pessoal penitenciário e presos costuma ser enorme, o que denota que os funcionários perdem o controle interno dos estabelecimentos, cuja ordem hierárquica dentro dos muros passa para as mãos dos próprios presos, com as gangues dominando o restante.

Embora sejam registradas diferenças entre os vários países, esta tendência geral é manifesta, movida por um punitivismo midiático sobre o qual estão montados políticos inescrupulosos que o traduzem em leis irracionais e intimidação de linchamento midiático aos juízes.

No caso do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve que dispor medidas provisórias para resolver a situação gravíssima das prisões do Rio de Janeiro e do Recife. Com relação à Argentina, também insistiu em sua jurisprudência sobre o término e as condições de procedência da prisão preventiva.

Conseqüentemente, no que se refere à situação das pessoas LGBTI nas prisões, deve-se levar em conta que nos encontramos diante de supostos de discriminação plural ou múltipla: (a) por um lado, a seletividade penal, que é exercida através da seleção policial de pessoas conforme *estereótipos criminais*, que configuram os meios de comunicação resumindo neles os preconceitos discriminatórios de toda a

sociedade e, particularmente em nossa região, os de natureza classista e racista; (b) por outro lado, a discriminação que estas pessoas sofrem ao serem selecionadas na criminalização secundária, como discriminação na prisionização em função de sua orientação sexual e identidade de gênero.

B. A sexualidade nas prisões

À margem da situação anterior, a prisão é uma *instituição total*, assim como o hospício e outras.

Instituição total é aquela em que as pessoas são obrigadas a realizar dentro dela todas as atividades que realizam na vida livre nos diferentes lugares (trabalho, recreação, educação, etc.).

A internação nestas instituições tem sempre um *efeito deteriorador de carácter regressivo*, uma vez que remete os adultos às etapas superadas de sua vida - à infância ou à adolescência -, porque tudo o que a pessoa adulta fazia mais ou menos livremente em sua vida livre, na instituição total é novamente regulamentado, controlado ou proibido como em sua infância ou adolescência.

Visto que a população carcerária é quase exclusivamente jovem, um aspecto fundamental da sua vida livre é a sexualidade, que na prisão se torna controlada ou privada de oportunidades, o que sempre se apresentou como problema, pelo menos desde o momento em que, no final do século XVIII e início do XIX, as penas privativas de liberdade passaram a ser o eixo de todos os sistemas penais do mundo.

É muito difícil penetrar na enorme quantidade de formas conflitivas - às vezes de consequências graves - que assume a sexualidade prisional, tanto porque a maioria dos protagonistas prefere guardar silêncio sobre suas práticas quanto pelas lendas que circulam ao respeito.

De qualquer forma, são conhecidos casos de estupros e também de formação de casais. Quanto às primeiras, as denúncias não costumam ser registradas, seja porque os funcionários são cúmplices, porque não as recebem ou porque as vítimas temem represálias (Antígua e Barbuda, Barbados, Belize). É reconhecido que os estupros anais são frequentes em prisões com superlotação e amontoamento (Granada, Guiana),

afetando especialmente presos jovens. Ocasionalmente, os próprios funcionários omitem qualquer medida, porque temem represálias dos presos quando estes são liberados (Jamaica).

Estas são algumas das poucas informações que conseguem ser filtradas, embora em geral estes fatos sejam conhecidos em outros países (Nicarágua, Venezuela), sendo assinaladas também *brigas de casais por ciúmes* (Venezuela), mas - como disse - rege a este respeito uma norma geral de silêncio. Nos poucos casos em que alguns funcionários concordam em falar com muita confidencialidade, formulam explicações insólitas quanto a sua inoperância, como que *existem presos que se acostumam e gostam* (Costa Rica).

C. As pessoas LGBTI na prisão

O amontoamento, produto da superlotação das prisões, faz com que as condições das pessoas LGBTI, ao serem alojadas com o resto da população, sejam vulneráveis aos abusos sexuais.

Em alguns países, quase não existe alojamento separado (Venezuela, Peru, Brasil, Nicarágua, Paraguai, Trinidad e Tobago, Antígua e Barbuda, Barbados, Guiana). Uma interna trans questionada sobre sua situação na prisão do Rio de Janeiro se limitou a responder que não tinha problemas com os homens porque usava *camisinha* (preservativo).

Nos poucos casos em que as pessoas LGBTI são alojadas em pavilhões separados, na Jamaica de forma oficiosa, são discriminadas pelo resto dos presos, que resistem a ter qualquer contacto com a população isolada, de modo que estas pessoas se vêm privadas dos benefícios concedidos aos outros presos (Jamaica), motivo pelo qual muitas delas rejeitam a possibilidade de tratamento diferenciado ou a separação de pavilhões. Na audiência recente perante a CIDH sobre a situação de direitos de pessoas LGBTI privadas de liberdade na América Latina, a representante de Almas Cautivas, Ani Vera, assinalou como muitas mulheres trans preferem estar em centros de detenção masculinos porque em sua situação de vulnerabilidade, o trabalho sexual é a única fonte de ingresso e sustento na prisão.

Sabe-se que um dos problemas mais sérios da vida prisional - como geradora de contenciosidade - são as chamadas *revistas*, nas quais os funcionários irrompem nos pavilhões e não só intervêm e bagunçam os poucos pertences dos presos, mas também realizam inspeções corporais, inclusive anais. Em poucos países existem protocolos diferenciados e normas diferentes para revistas de pessoas trans (Costa Rica, o Serviço Penitenciário Federal Argentino), embora também neles pareça haver algumas dificuldades para respeitar a identidade de gênero (Argentina).

D. As chamadas *visitas íntimas*

Uma das medidas que foram adotadas há mais de meio século nas administrações penitenciárias para aliviar os problemas de sexualidade nas prisões e para sustentar os vínculos afetivos dos presos foram as chamadas *visitas íntimas*, originalmente planejadas em dependências especiais e com reserva e privacidade.

Cabe observar que, nos casos de casamento ou união estável, a proibição da sexualidade do preso em geral viola o princípio de intranscendência ou personalidade da pena, uma vez que priva a outra pessoa, que não está apenada, do exercício de sua sexualidade.

Contudo, esta medida não está autorizada em todos os países, uma vez que não existe nem sequer para casais de sexos diferentes em vários deles (Venezuela, Peru, Nicarágua, Guiana, Antígua e Barbuda, Trinidad e Tobago, Jamaica e presume-se que tampouco nos outros países do Caribe). Além disso, a privação destas visitas onde são admitidas, como a admissão irregular delas onde não estão autorizadas, converte-se em uma fonte de corrupção em algumas prisões.

As visitas íntimas com pessoas do mesmo sexo são admitidas na Argentina, embora às vezes algumas dificuldades e demoras sejam encontradas na prática. Na Costa Rica não eram permitidas, até que em 2011 a Sala Constitucional da Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade dessa proibição. Na prática, assinala-se que algumas discriminações ocorrem nas filas para acessar as visitas.

Sobre esta questão, Méndez⁴³ destaca a importância da implementação efetiva e completa das Regras de Bangkok sobre detenção de mulheres e, de forma mais ampla,

43 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

das Regras Nelson Mandela. Considera que é muito importante que o Estado garanta assistência médica incondicional às mulheres detidas e às pessoas LGBTI detidas: assim, mesmo quando no direito interno possa proibir, por exemplo, a interrupção da gravidez, a mulher detida deve ter essa opção, especialmente se foi vítima de estupro.

Por fim, acrescenta que “o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade inclui não só o direito à saúde, mas também a prevenção da doença”, o que inclui as situações em que pessoas trans são suspensas de tratamentos hormonais ao ingressar em um estabelecimento prisional e que pode ter consequências muito graves para sua saúde; situações de isolamento solitário de pessoas LGBTI em casos de detenção migratória; ou, por exemplo, de deterioração permanente da saúde por falta de assistência médica (como no caso recente de uma pessoa trans que sofreu sequelas permanentes na Argentina).

8. OUTRAS VARIÁVEIS DA DISCRIMINAÇÃO

A. Discriminação trabalhista

A orientação sexual ou identidade de gênero não é uma causa de demissão ou obstáculo de acesso ou promoção no trabalho ou na função pública, de modo que não deveria ser esgrimida formalmente para discriminar. Visto que não poderia ser usada abertamente, em toda a região consta que é praticada de modo dissimulado, aduzindo outros motivos (assim na Argentina, Costa Rica, Paraguai, Venezuela, Peru, Brasil, México e países do Caribe).

A primeira dificuldade é a de acesso ao emprego, mas depois a de promoção ou progresso no emprego escolhido. Em sociedades cada vez mais competitivas e problemáticas quanto à demanda de trabalho, com elevados índices de desemprego e difusão nutrida e insistente de valores *meritocráticos*, é perfeitamente imaginável que para progredir ou *escalar* profissionalmente, quem se considere concorrente seja denegrido, sendo um dos alvos preferidos dos inescrupulosos a orientação sexual ou a identidade de gênero não heteronormativa. Considere-se que *suspeitas* sobre a sexualidade são sugeridas inclusive entre os próprios heterossexuais, tentando anexar rótulos de orientação sexual não hegemônica entre eles mesmos em qualquer concorrência no trabalho ou profissional.

É claro que quanto mais profundos e arraigados sejam os preconceitos paranoicos que existam em uma sociedade, as dificuldades mencionadas - e outras - aumentarão, obrigando muitas pessoas a esconder sua orientação sexual e/ou identidade de gênero e outras a sofrer o estigma e o menosprezo.

Em geral, a segunda variável é observada como violadora da dignidade e dos direitos humanos, mas não se pode deixar de notar que a primeira variável também é uma violação, uma vez que a necessidade de ocultar a orientação sexual, disfarçá-la e muitas vezes até mesmo simular uma sexualidade que não é a sua própria, é uma ferida aberta ao pleno desenvolvimento da personalidade e, sempre, uma base falsa na relação e interação com as outras pessoas que, em certa medida, se traduz em um certo grau de inautenticidade em todos os vínculos pessoais (de companheirismo, amizade, camaradagem, etc.).

B. Docentes com dificuldades

Um caso particular de discriminação trabalhista é o dos docentes de escolas primárias e secundárias - exceto no universitário - que se vêm obrigados a esconder sua orientação sexual, especialmente em estabelecimentos religiosos - embora não apenas nestes - sob pena de ser expulsos ou fortemente atrasados na carreira e na atribuição de tarefas e horários de aulas, que repercutem sobre seu salário e o reconhecimento profissional.

Ocasionalmente, os docentes também costumam ser fortemente criticados por sua orientação sexual por autoridades e colegas, e muitas vezes até mesmo objeto de chacotas pelos próprios alunos. Tem havido casos de protestos e exigência de afastamento de sua tarefa por parte de famílias que consideram que colocam os filhos e filhas em *perigo moral*, etc.

Fatos desta natureza são relatados em quase todos os países (Argentina, Peru, Venezuela, Brasil, Nicarágua, Paraguai, nações da região do Caribe, etc.). Esta forma de discriminação trabalhista que atinge os docentes com orientação sexual LGBTI é uma variante da discriminação do grupo e, portanto, sua intensidade está diretamente relacionada ao grau de penetração do componente preconceituoso em cada sociedade.

Contudo, em um país onde parece ter havido avanços consideráveis na redução dos preconceitos paranoicos, episódios de exigência *moral* insólita e contraditória não

deixaram de ser registrados, inclusive fora da questão da discriminação por orientação sexual, porque em um estabelecimento religioso uma docente foi expulsa por ser mãe solteira (Argentina), o que provocou fortes rejeições que chegaram aos meios de comunicação.

C. Medidas contra a discriminação trabalhista

As medidas contra a discriminação trabalhista são quase sempre de eficácia relativa, dada a natureza oculta dela. Contudo, é importante dispor pelo menos de uma base normativa que a proíba, rejeite ou condene, sendo tarefa própria da casuística judicial descobri-la debaixo dos múltiplos pretextos que a dissimulam.

Neste sentido, existem disposições legislativas de hierarquia normativa diferente que a condenam em vários países, de resoluções ministeriais até decretos executivos e leis formais.

Assim, na Argentina e quanto à administração pública, esta discriminação é considerada proibida por decreto de 2006, na Cidade Autônoma de Buenos Aires por disposição de 2015, na Cidade de Rosário por portaria de 1996. Na Bolívia, está abrangida pela Lei contra o Racismo de 2010. O Brasil registra leis de quase todos os Estados que proíbem expressamente a discriminação trabalhista por orientação sexual (consideram que está vigente o 12.º Princípio de Yogyakarta e a Convenção n.º 111 da OIT incorporada à legislação interna). Na Costa Rica, vários decretos foram emitidos no mesmo sentido, enquanto em Cuba e no Equador é proibida pelo Código do Trabalho e na Venezuela pela Lei Orgânica do Trabalho. Em El Salvador, vários decretos foram editados quanto a emprego público. O México a proíbe na Lei Federal contra a Discriminação e, além disso, é penalizada pelo Código Penal Federal, assim como pelo Código Penal da Nicarágua.

Em outros países, a proibição está compreendida nas disposições e punições da discriminação por orientação sexual em geral, embora não mencione expressamente a discriminação trabalhista. A jurisprudência também a considerou proibida em alguns países, como a Colômbia.

Uma medida interessante e útil para tentar prevenir esta forma de discriminação é a adotada pelo Ministério do Trabalho do Brasil, que proibiu os empregadores de

solicitar documentos ou informações sobre a sexualidade de seus empregados ou candidatos.

A situação dos países caribenhos contrasta com as normativas e esforços assinalados antes, porque não só a discriminação trabalhista por orientação sexual não é sancionada, mas nem sequer é expressamente proibida e, inclusive em alguns casos, é expressamente excluída da proteção legal contra discriminação trabalhista (Trinidad e Tobago). Isto não é de se estranhar, levando em consideração que a criminalização primária da orientação sexual não hegemônica é mantida. Exceções a este quadro situacional podem ser constatadas na Jamaica, cuja lei proíbe a discriminação com base na orientação sexual, mas apenas para o setor público, e em Barbados, onde uma lei sancionada em agosto de 2020 (Employment [Prevention of Discrimination] Act 2020) proíbe discriminação no emprego, incluindo o sexo e gênero do empregado.

No entanto, sim é de se estranhar que a Coroa Britânica, cujo Conselho Privado atua como a última instância judicial do Caribe em várias jurisdições e cujos juízes são quase os mesmos que integram a Suprema Corte do Reino Unido, tenha insistido em manter a discriminação por orientação sexual nas decisões que foram tomadas neste milênio. Por exemplo, em 2007, no caso da exclusão legislativa de proteção legal contra a discriminação por orientação sexual em Trinidad e Tobago, a Corte de Apelações havia falhado em que tal exclusão violava o princípio de igualdade da constituição. Contudo, o Conselho Privado da Coroa em *Suratt*, em uma decisão preocupante, reverteu essa decisão e declarou tal exclusão constitucionalmente válida. Apesar disso, parece haver algumas iniciativas positivas em Antígua e Barbuda.

Na Argentina, algumas medidas isoladas de caráter positivo foram adotadas, pois uma lei da província de Buenos Aires e também várias portarias municipais estabelecem cotas trabalhistas de emprego para pessoas *trans*. É importante ressaltar que a Cota Trabalhista Travesti-Trans foi recentemente estabelecida no setor público, o que garante um mínimo de 1% da totalidade de cargos e contratos para pessoas travestis, transexuais e transgênero.

Cabe entender que, amparada na base normativa de todos estes países, a casuística jurisprudencial na justiça trabalhista estaria em melhores condições de desmascarar os pretextos com os quais se quer ocultá-la, especialmente nos supostos de demissões, mas de qualquer forma isto não impede sua prática no caso de discriminação no acesso ao emprego.

Neste último suposto, não deixa de ser útil alguma limitação às condições que são anunciadas na publicidade de procura de emprego, com o uso de diferentes eufemismos que servem para excluir qualquer candidato que se manifeste ou seja suspeito de uma orientação sexual heterodoxa (*viril, boa aparência, tratamento delicado, etc.*).

D. Controles psicotécnicos de ingresso

Com frequência, o ingresso na administração pública está sujeito a exames de caráter psicológico de diferente intensidade, com o risco de possíveis interferências indevidas na orientação sexual das pessoas e em outros dados de sua privacidade.

Embora seja correto que um Estado queira ter uma burocracia com bom nível de saúde mental e que esta seja condição de capacidade ou idoneidade para o desempenho de uma função pública, isso não significa que interferências na privacidade dos candidatos possam ser legitimadas, o que, muitas vezes, ferem sua dignidade humana.

Cabe ter presente que foi difundido inclusive o emprego de avaliações de valor científico mais do que questionável, como os casos em que os candidatos são submetidos à prova do chamado *polígrafo* ou *detector de mentiras*. Estes procedimentos são realizados em alguns países inclusive para a nomeação de juízes e promotores, obrigando o futuro magistrado a se submeter a esta degradação de sua autoestima. Não fará mal respeitar a dignidade dos cidadãos, que para acessar a sua difícil função devem se submeter a um procedimento que - além do seu valor mais do que duvidoso - fere a sua própria dignidade.

Não basta proibir as perguntas ou os dados diretamente vinculados à orientação sexual da pessoa nos exames ou laudos psicológicos, para que esta não resulte de fato um obstáculo para o perito indagá-la, quando lhe é permitido fazê-lo margeando o tema, mediante a apelação a conceitos nebulosos que permitem inferi-la.

Sabe-se que a psicologia e a psiquiatria não são de forma alguma ciências exatas, e que muito é discutido em seus âmbitos e depende das escolas e correntes do respectivo campo do conhecimento. O impacto da relatividade das opiniões periciais é muito menor quando o exame se limita a descartar patologias graves - o que é racional, uma vez que não é recomendável que uma administração seja nutrida de magistrados ou funcionários psicóticos -, mas o terreno se torna extremamente mais escorregadio

quando se pretende estabelecer perfis de personalidade como condição de idoneidade para a função.

Portanto, não é possível conceder ao perito responsável pelos exames psicotécnicos de ingresso à administração um poder onímodo quanto à interferência na privacidade das pessoas.

Este é um recurso pelo qual uma discriminação *de fato* por orientação sexual pode ser filtrada, à margem do que disponham as leis e regulamentos, motivo pelo qual se deve estar particularmente atento à forma como é praticado e aos limites que se devem impor a esta atividade.

Cabe observar que a atividade pericial em sede judicial está controlada pelos peritos partidários que podem ser designados pela defesa, mas neste tipo de intervenções para estabelecer a idoneidade de uma pessoa para o desempenho de uma função, não existem peritos partidários e, portanto, a pessoa fica em mãos exclusivas de um único perito, sem que caiba descartar inclusive a possibilidade de que seja uma pessoa consciente ou inconscientemente *LGBTIfóbica*.

E. A educação antidiscriminatória

É bem conhecida a importância da difusão de valores igualitários na educação primária e secundária para a formação das novas gerações no respeito aos direitos humanos e na coexistência social saudável.

É bastante claro que a luta pela igualdade tem um caráter cultural; o direito é apenas uma manifestação que pode orientar uma cultura, mas no fundo, todos sabemos que esta não terá que descartar seus preconceitos paranoicos, senão através de um processo educativo de esclarecimento e de incorporação de valores igualitários. Assim, é fundamental cuidar da educação em valores da infância e da adolescência.

Apesar de que o exposto seja uma obviedade ou verdade de La Palisse, aqueles que sustentam critérios discriminatórios paranoicos e suas respectivas fobias, também conscientes de sua importância para o futuro, não deixam de obstaculizar o avanço da difusão dos valores igualitários, criando dificuldades e gerando diferentes tipos de agitações nos estabelecimentos educativos.

A estas dificuldades acrescenta-se que o apoio oficial é muitas vezes regateado, embora nem sempre, apesar do interesse de algumas autoridades em evitar conflitos que superficialmente consideram desnecessários.

Enquanto isso, episódios de assédio escolar entre colegas costumam ser registrados em diferentes países (Venezuela, Peru, Santa Lúcia, Trinidad e Tobago, Granada, Guiana, Jamaica). A falta de formação e preparação adequada de setores da própria docência - que também são produto de uma educação prévia deficiente em direitos humanos -, faz com que estes não sejam conscientes do enorme prejuízo que estas condutas produzem na personalidade de meninos e meninas ou adolescentes vitimizados.

Tampouco é estranho que, ocasionalmente, esbarre em políticas públicas incoerentes ou contraditórias. No Paraguai, em 2017, foi proibida a circulação de materiais impressos que difundiam em instituições educativas o que os movimentos de oposição à igualdade chamam de *ideologia de gênero*, o que entra em contradição com a lei contra o assédio escolar, apesar de que esta tampouco se refira especificamente ao gênero ou à identidade sexual.

Em 2012, algumas tentativas foram feitas em Belize e na Jamaica para introduzir a educação sexual, mas foram derrogadas por pressão de alguns grupos evangélicos. Em Barbados, os meninos são obrigados a usar calças e as meninas vestidos.

Existem alguns programas em outros países (Costa Rica), enquanto na Argentina é introduzido mais por iniciativa dos próprios docentes, impulsionados por suas próprias organizações gremiais, nas quais predomina uma clara consciência ao respeito. Desde 2006, existe na Argentina a Lei que criou o Programa Nacional de Educação Sexual Integral, que como um de seus múltiplos objetivos tem o de identificar as diversas interpretações históricas sobre a sexualidade e seus correlatos nas práticas pedagógicas para promover a reflexão permanente sobre as próprias interpretações e concepções da sexualidade. A aplicação desta lei tem sido extremamente difícil desde sua sanção em todo o país.

F. Discriminação migratória e de refugiados

Em geral, não costumam ser registradas discriminações que, pela orientação sexual, dificultem o direito de transitar entre os países da região. Fazem exceção algumas

circunstâncias - bastante curiosas - em alguns países do Caribe, como Trinidad e Tobago, cuja lei de imigração proíbe o ingresso de homossexuais no país, motivo pelo qual uma organização religiosa pentecostal impetrou que a entrada de Elton John fosse impedida em 2007, embora sem sucesso. Em Belize vigora uma lei semelhante e seus funcionários migratórios, em 2007, deportaram um grupo de russos, posteriormente detiveram dois homens e, em 2011, duas mulheres.

A Comunidade do Caribe (CARICOM, sigla em inglês que significa *Comunidade do Caribe e Mercado Comum*), originalmente fundada por quatro Estados (Barbados, Jamaica, Guiana e Trinidad e Tobago), estabelecida pelo *Tratado de Chaguaramas*, vigente desde 1.º de agosto de 1973. Cabe pensar que estas discriminações migratórias também cessaram na região caribenha, uma vez que, em 2016, a Corte de Justiça do Caribe interpretou que os Estados da Comunidade do Caribe (CARICOM), precisamente por motivo do Tratado de Charaguaramas, estão proibidos de impedir a entrada de pessoas LGBTI somente por sua orientação sexual.

Em matéria de refugiados, em geral os países da região são regidos pela Convenção de 1951 sobre o *Estatuto dos Refugiados* e seu *Protocolo* de 1967. A Lei 26.165 (Argentina) de 2006 contempla especialmente como possíveis refugiados os perseguidos por orientação sexual. Embora o Brasil não inclua expressamente esta perseguição na lei, por interpretação jurisprudencial ela foi incorporada e em 2002 dois cidadãos colombianos ameaçados de morte em seu país receberam refúgio.

Na Costa Rica e outros países esta forma de perseguição também não é expressamente mencionada, mas a verdade é que casos de recusa de refúgio também não são relatados por ela.

G. Discriminação nas forças armadas

Em geral, sempre foi evidente uma forte rejeição à admissão de pessoas LGBTI nas Forças Armadas, não apenas da região. A ideia de que a cultura profissional militar é incompatível com as orientações sexuais e identidades de gênero não cis-heteronormativas é amplamente mantida, apesar de que práticas desta natureza sejam conhecidas nestes corpos em todos os países. Para além das lendas, cabe lembrar que, em tempos em que valores paranoicos dominavam, grandes *escândalos ocorreram*. *Um nos Estados Unidos na escola da marinha em Newport, Rhode Island, que levou*

o então subsecretário da Marinha e depois o Presidente Franklin Roosevelt a iniciar uma caça às bruxas de marinheiros e oficiais homossexuais no início do século passado e que só chegou ao conhecimento público mais de meio século depois, na década de 1980. Outro na Alemanha, que envolvia o próprio herdeiro da Coroa e depois Kaiser alemão e, anos depois, em 1942, outro na Argentina, conhecido como o caso dos *cadetes*, que inclusive incluiu tragicamente uma instigação ao suicídio de um dos cadetes, realizada pelo próprio pai.

A presença de pessoal militar de orientação sexual não heteronormativa agora é admitida na Argentina, na Colômbia (sentença de 1999 e, depois, no exército, desde 2015), no Chile desde 2012, no Brasil, Costa Rica é admitida em seus policiais (não tem forças armadas), o que não significa que estas pessoas não tenham algumas dificuldades no desenvolvimento de suas carreiras.

Na Bolívia e Venezuela ainda não é admitida e, neste último país, algumas expulsões e tratamentos degradantes foram registrados. No Peru, a punição à homossexualidade nas forças armadas foi declarada inconstitucional.

O México mantém uma posição ambivalente, porque embora não a proíba nem sancione, a verdade é que algumas expulsões foram registradas por motivos de orientação sexual.

No Paraguai não existe uma disposição que permita expressamente a incorporação de pessoas com orientação sexual não heteronormativa, mas em 2010 o Legislativo rejeitou por ampla maioria um projeto de lei que proibia o ingresso de pessoas LGBTI nas forças armadas e de segurança e, em 2011, o regulamento que proibia a homossexualidade na polícia foi modificado.

Nos países do Caribe, embora não existam proibições expressas, geralmente se acredita que as pessoas LGBTI ocultam sua condição ao ser incorporadas às forças armadas, o que parece muito provável, dada a criminalização dessas condutas em suas leis penais.

H. Privacidade das vítimas de crimes

Em geral, a privacidade das vítimas de crimes não é cuidada quando estas são de orientação sexual LGBTI. Os meios de comunicação - e não necessariamente os *marrons* ou sensacionalistas - costumam empregar uma linguagem discriminatória, mais ou menos dissimulada segundo o país e o grau de difusão de preconceitos paranoicos e *fobias LGBTI*, uma vez que o sensacionalismo muitas vezes prevalece em busca de *índices de audiência*.

Em homenagem à liberdade de expressão, não existem normas que limitem estas estigmatizações públicas das vítimas de crimes, e as atitudes variam segundo os interesses dos meios de comunicação, as decisões dos editores e o perfil dos jornalistas e diretores de serviços de notícias.

Em certa medida, essas violações de privacidade contribuem para reforçar o estereótipo negativo do imaginário paranoico, que entende que a sexualidade não convencional está inserida em um submundo lúgubre e marginal, até mesmo perigoso e patológico, muitas vezes com o resultado de criminalizar midiaticamente a vítima, mesmo que não visem especificamente essa finalidade, senão que respondam a objetivos preferencialmente crematísticos por meio do *índice de audiência* escandaloso.

Em um país, observa-se que as histórias referentes às pessoas LGBTI parecem ter perdido interesse nos últimos tempos (Jamaica), o que não é estranho, uma vez que na medida em que os preconceitos paranoicos vão perdendo força, estas notícias despertam menos interesse mórbido, embora este nunca desaparecerá completamente no que se refere à sexualidade, sem se limitar à sexualidade não heterossexual, porque os crimes desta natureza cometidos ou vitimizando heterossexuais continuam despertando curiosidade pública e a mídia inescrupulosa continua a explorá-la.

I. Discriminação em matéria de identidade

Toda pessoa tem direito a que o Estado reconheça a identidade de gênero que corresponde à sua *autopercepção* e a que, conseqüentemente, faça-o constar em sua documentação.

Contra a *aberração ideológica* que tenta considerar o *gênero* como uma *ideologia*, não se pode deixar de advertir que o *ideológico* é, em suma, a negação de sua realidade. O *sexo* é biológico, mas o *gênero* é uma construção social; sua negação responde claramente a uma ideologia segundo a qual *não haveria mais que dois gêneros, correspondentes exatamente aos dois sexos*. Aqueles que discursam negando a realidade social do *gênero*, não pretendem nada além da imposição de sua ideologia *binária*.

Cabral⁴⁴ oferece uma perspectiva de suma relevância ao propor a introdução de uma análise desagregada sobre a situação de direitos humanos das diferentes comunidades: ou seja, uma análise que seja capaz de identificar as situações de direitos humanos e violações aos direitos humanos com base na orientação sexual e aquelas que têm como base a identidade e a expressão de gênero e aquelas que têm como base as características sexuais. Essa desagregação exige ainda outros instrumentos de análise. Por exemplo, a introdução de um termo como “cisgênero” que permita distinguir situações. Assinala a importância de poder distinguir entre pessoas trans heterossexuais ou homossexuais e pessoas cis heterossexuais ou homossexuais, pois dessa maneira nos aproximamos ao relacionado à discriminação estrutural que afeta as pessoas trans.

Em relação ao movimento intersexo, a introdução de categorias específicas é fundamental para conhecer qual é a situação da comunidade intersexo na América Latina e no Caribe (como, por exemplo, ter as características sexuais como uma base sobre a qual ocorrem um conjunto de violações aos direitos humanos). E acrescenta que se identificarmos a comunidade intersexo com a comunidade LGTBI, tudo o que tem a ver com as demandas específicas do movimento intersexo resulta excluído ou minimizado de maneira sistemática. Portanto, quando se trata de pessoas trans ou pessoas intersexo, as violações aos direitos humanos que ocorrem na intersecção entre os sistemas jurídico-normativos e psicomédico são uma preocupação de primeira ordem para nossos movimentos.

Por sua vez, Maffia⁴⁵ considera que existem muitas questões aplicadas às identidades de gênero que são vinculadas a não estar fixas, a mudar através do tempo, a ser exploradas, a depender do reconhecimento nos meios sociais nos quais se desenvolvem. E que muitas das soluções que ofereçamos depois dependem dessas definições. Em sua perspectiva, a condição travesti-trans é a que disputa o pensamento binário cis-

44 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

45 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

heteronormativo de uma forma que gays e lésbicas não disputam, na qual se revela que o binarismo é uma deficiência das políticas nas quais se institucionalizam e determinam a carência de outros tipos de políticas. Finalmente, em conformidade com estes levantamentos, Madrigal⁴⁶ sustenta a importância de uma perspectiva interseccional, responsável por processos dinâmicos nos que as experiências de vida distintas e únicas de pessoas ocorrem em um determinado lugar, em um determinado momento e que variam em relação ao tempo. Assim, destaca a situação de pessoas idosas com diversidade de gênero que construíram vidas livres e iguais dentro de suas comunidades e estão enfrentando hoje sistemas de assistência e de aposentadoria que não estão preparados e que são insensíveis a suas necessidades.

Uma vez deixada de lado a ideologia binária e, portanto, reconhecida a realidade do gênero como construção social, cabe a cada pessoa assumir sua identidade de gênero conforme o modo como a percebe e a identifica, ou seja, segundo sua autopercepção de gênero, com a qual interage na sociedade.

Conforme este critério, alguns países seguem as diretrizes delineadas no Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (OC-24/17 de 24 de novembro de 2017), que entende que as disposições da Convenção Americana exigem que as retificações de documentação devam ocorrer mediante trâmites rápidos, sem custo, se possível diretamente em sede administrativa e sem exigência de exames médicos ou similares, mas apenas conforme a *identidade autopercebida* (Costa Rica, Argentina).

No entanto, isso não significa que todas as dificuldades práticas foram eliminadas nesses países. Assim, por exemplo, na Argentina, onde a lei é praticamente um modelo nesta matéria, quando se trata de retificar nomes em certidões de nascimento de filhos menores ou em certidões de casamento, uma ordem judicial é exigida, o que complica o trâmite.

É óbvio que a situação é ainda pior onde não existe nem sequer uma lei que garanta este direito (Nicarágua, Paraguai, países do Caribe), ou onde se exige um complicado processo judicial e, além disso, o atestado médico (Venezuela). Em um país, as sentenças são registradas em favor deste direito elementar das pessoas *trans*, mas não são muito precisas quanto aos requisitos (Peru).

46 Intervenção no Seminário Internacional do dia 28 de outubro de 2020.

A preferência pelos trâmites administrativos e não judiciais se deve ao fato de esta □ como todas as discriminações □ ser sofrida em maior medida por aqueles que são vítimas de discriminação múltipla, geralmente classista, decorrente da elevada estratificação social e polarização de riqueza de nossas sociedades.

É claro que as pessoas que têm maiores recursos podem acessar as instâncias judiciais sem dificuldade, enquanto as de menores recursos têm muitíssima dificuldade, não só por ser responsável por honorários profissionais, mas também pelo tempo que as tramitações exigem e que devem subtrair-lo de suas atividades de trabalho, muitas vezes de subsistência.

Existem várias iniciativas para resolver problemas próprios de todas as pessoas que exigem que seu corpo e documentação correspondam a sua identidade de gênero autopercebida, mas que não foram recebidas na região.

Assim, existem casos em que, no momento de registro do nascimento, aparecem dúvidas quanto à configuração genital, variável primordial para o registro do gênero na documentação oficial, não obstante que, conforme a legislação vigente, é necessário fazê-lo com um nome masculino ou feminino. Posteriormente, quando as dúvidas são esclarecidas, muitas vezes o nome deve ser retificado, trâmite que poderia muito bem ser evitado permitindo que o recém-nascido pudesse ser registrado com nome *neutro* nesses casos. Em nenhum país da região esta possibilidade é admitida.

Outra dificuldade é que quase não existe registro na região de que tratamentos e intervenções de redesignação sexual sejam oferecidos nos serviços de saúde, motivo pelo qual os casos conhecidos ocorrem em consultórios de medicina privada, com o consequente custo que, evidentemente, as pessoas de menores recursos não podem arcar. Em grau semelhante, existem problemas no acesso a terapias hormonais.

Cabe acrescentar que esta carência de serviços públicos gera outro risco, que é o de alguns consultórios irresponsáveis, fora de todas as regras da arte médica, intervenções praticadas em locais inadequados e até alguns casos de charlatanismo, com resultados altamente prejudiciais e às vezes letais.

9. MEDIDAS POSITIVAS PÚBLICAS

A. Políticas públicas contra a homofobia

Os governos dos diferentes países não permaneceram indiferentes diante das pressões das ONGs, da sociedade civil e de boa parte da população. Conseqüentemente, uma série de medidas políticas de importância diferente e transcendência prática foram implementadas contra as discriminações por orientação sexual, que não podem ser ignoradas e que, obviamente, é necessário reforçar.

Assim, no Brasil, o *Conselho Nacional de Combate à Discriminação* foi criado em 2001 e, em 2011, especificou-se que incluía pessoas LGBTI, uma vez que a lei antidiscriminatória 7.716 de 1989 não incluía a discriminação por orientação sexual. Por outro lado, os juízes do Rio Grande do Sul criaram um *Observatório contra a Homofobia*.

Na Costa Rica, foi instituído o *Dia Nacional contra a Homofobia* e está em andamento um projeto de lei antidiscriminatória que agrava os crimes por ódio. Na Argentina, foi criado o *Instituto Nacional de Luta contra a Discriminação, Xenofobia e Racismo*, que se ocupa do tema. No Paraguai, um projeto de lei antidiscriminatória está tramitando. O Brasil estabelece sanções por conduta discriminatórias em vários estados: São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Piauí, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, DF, Alagoas, Bahia, Pará, Paraíba. O Equador multou e inabilitou um candidato em 2013 por conduta discriminatória.

As penas dos crimes de ódio são agravadas na Argentina, em alguns códigos mexicanos, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Peru, Uruguai. No Brasil, existe um projeto de penalização de crimes de ódio desde 2014. Na Argentina, a Lei antidiscriminatória 23.592 de 1988 não incluía expressamente o crime de ódio por orientação sexual no agravante, mas foram incluídos pela Lei 2.6791 de 2012. Na Venezuela, apesar das dificuldades tantas vezes assinaladas, em 2017 foi sancionada a *Lei Constitucional contra o Ódio, pela Convivência Pacífica e pela Tolerância*, embora tenha sido muito questionada.

Não existem disposições semelhantes no Caribe, embora se observe que seria possível enquadrá-las em outras normativas (Trinidad e Tobago). Em Belize, parece haver um projeto de lei. Em Granada, foi proposto incluir a orientação sexual entre as

condutas discriminatórias em 2014, e um pastor escreveu em um jornal de grande circulação que esse projeto era obra de Satanás. Contudo, as constituições, embora não mencionem estas discriminações, segundo suas cartas as proíbem (Dominica, Guiana), o que apresenta o problema constitucional mencionado antes.

Santa Lúcia foi o único país da América que, em 2008, se opôs à declaração da Assembleia Geral que afirmou a proteção internacional dos direitos humanos para pessoas LGBTI. Apesar disso, sua lei trabalhista proíbe demitir por motivo de orientação sexual. A *Lei de Igualdade de Oportunidades* de Trinidad e Tobago exclui a orientação sexual das categorias protegidas contra a discriminação. Contudo, na Jamaica a legislação proíbe a discriminação com base na orientação sexual, mas apenas para o setor público, e em Barbados, uma lei sancionada em agosto de 2020 (Employment [Prevention of Discrimination] Act 2020) proíbe discriminação no emprego, incluindo a discriminação com base no sexo ou no gênero da pessoa.

B. Objeções à qualificação dos crimes de ódio

Cabe observar que a tipificação penal dos discursos discriminatórios e o agravante nos crimes de ódio foi criticada por certa parte da doutrina, aduzindo que se tratava de criminalização de ideias políticas.

O mesmo problema foi levantado em vários países e continentes pelo motivo do crime de *negacionismo*, em particular da Shoá. Com o mesmo critério, pretendeu-se considerar contrária aos princípios de um direito penal de garantias a qualificação de agravamento dos crimes de ódio, especialmente os que prejudicam a vida e a integridade física das pessoas.

Não entramos aqui na discussão do *negacionismo*, porque não é o objetivo da presente pesquisa, mas com relação aos crimes de ódio a crítica carece de fundamento, uma vez que não se trata de um simples agravamento da culpabilidade pela mera motivação, mas de um prejuízo objetivamente maior que a do tipo puro de homicídio e ferimentos que não seja de ódio.

O conteúdo injusto de um crime é medido pelo grau de afetação de bens jurídicos. Assim, resulta que um crime é mais contrário à ordem jurídica quando fere dois bens jurídicos do que quando fere apenas um.

É por este motivo que o injusto do crime de ódio é maior do que o de um homicídio ou ferimento do tipo básico, porque precisamente dois bens jurídicos são feridos nestes crimes, a saber: a vida ou integridade física da vítima, mas também, como o autor lhe é em princípio indiferente à identidade desta e a escolhe apenas para enviar uma mensagem a todo o grupo ao que ela pertence, soma ao ferimento anterior a afetação à liberdade que todas as pessoas que integram essa comunidade e que percebem o homicídio ou os ferimentos como crime de ameaças, ou seja, como uma mensagem de poder limitador forte e sangrento de seus âmbitos de liberdade social.

C. Organismos estaduais de luta contra a discriminação

Existem diversos organismos que os Estados criaram na região para garantir a igualdade de oportunidades e sancionar as discriminações, embora nem todos concedam a mesma importância à discriminação por orientação sexual.

Na Argentina, o organismo responsável é o mencionado INADI, criado em 1988 e fortalecido na década passada. Na Costa Rica, a *Defensoria dos Habitantes da República* e o *Comissariado Especial para Pessoas LGBTI*. Na Nicarágua, a *Procuradoria para a Defesa dos Direitos Humanos*. No Brasil, o *Conselho Federal de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*, dependente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, além de numerosas comissões estaduais e municipais. No Peru, o *Ministério da Mulher e Populações Vulneráveis* e a *Defensoria do Povo*. Na Venezuela, a *Defensoria do Povo*. No México, o *Conselho Nacional para Prevenção da Discriminação*, criado por lei em 2003.

Embora nem todas estas instituições sejam igualmente eficazes, uma vez que muitas dependem dos poderes executivos e, portanto, sofrem as consequências das diversas e inevitáveis vicissitudes políticas, sua mera existência indica um certo grau de consciência oficial dos problemas e — pelo menos — o reconhecimento de suas falhas e omissões na matéria.

No Caribe, praticamente não existem organismos desta natureza. Na Jamaica, a *Defensoria Pública* e o *Mecanismo de Denúncias de Clientes do Ministério da Saúde* são mencionados como próximos desses objetivos. Cabe delimitar que embora a *Defensoria Pública* não tenha sido criada com este propósito em mente, ela tem se

interessado nestes temas. Por exemplo, fez apresentações importantes, infelizmente sem sucesso, a fim de ser admitida como parte interessada no levantamento de inconstitucionalidade dos tipos penais contra a sodomia; demanda que se encontra em curso na Jamaica movida por Maurice Tomlinson. Como visto, em Trinidad e Tobago, a orientação sexual e a identidade de gênero não estão incluídas na *Lei de Igualdade de Oportunidades*.

10. DIREITOS DE CASAIS DIVERSOS

A. O matrimônio igualitário

Sabe-se que o estereótipo negativo construído cultural e midiaticamente - e sustentado pelos discursos paranoicos, ultimamente de alguns grupos religiosos - pretende que todas as pessoas com orientação sexual não hegemônica são doentes promíscuas, incapazes de estabilizar relações afetivas.

À margem da óbvia falsidade deste estereótipo fóbico inerente ao preconceito paranoico mencionado antes, a verdade é que toda pessoa tem o direito a que sua afetividade seja respeitada e protegida pelos Estados, seja qual for sua orientação sexual. Todo Estado tem o dever elementar de proteger a saúde mental de seus habitantes e, para isso, a garantia legal de estabilidade de seus vínculos afetivos desempenha um papel fundamental.

Um enorme passo está sendo dado na região com a introdução do chamado *casamento igualitário* em vários países. Além de prover a referida tutela, o efeito simbólico desta instituição é muito maior que o de outras medidas, uma vez que prioriza os vínculos afetivos sem distinção de orientação sexual e, portanto, não só desbarata os preconceitos paranoicos, mas também difunde - especialmente entre os adolescentes no processo de desenvolvimento de sua identidade - a perspectiva de uma existência plena, com o reconhecimento de sua afetividade pertinente, facilitando culturalmente o desenvolvimento de sua esfera afetiva sem regateios irracionais.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo, em igualdade de condições ao das pessoas cis-heterossexuais, foi estabelecido na *Argentina* em 2010, no *México* em 2010 na Cidade do México, e depois seguido por 18 Estados (por lei em Baja California Sur,

Campeche, Coahuila, Colima, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca e San Luis Potosí; por decisão administrativa, estes casamentos são registrados em Baja California, Chihuahua e Quintana Roo e, em função da sentença da Corte Suprema em Aguascalientes, Chiapas, Jalisco, Nuevo León e Puebla); no *Uruguai* desde 2012; no *Equador* desde 2019; Costa Rica desde 2020; no *Brasil* por sentença constitucional desde 2011; e na *Colômbia*, também por sentença constitucional desde 2016. Em síntese: a maior parte da população da região se encontra amparada pela instituição do casamento igualitário.

Um amplo debate também foi aberto com a discussão sobre a possibilidade de esses casais ou mesmo pessoas LGBTI solteiras adotar meninos ou meninas, questão sobre a qual surgiram novos surtos paranoicos que, embora tenham sido absolutamente negados pela ciência, não deixaram de ser reiterados nos meios de comunicação em massa. De qualquer forma, a adoção é admitida em todos os países que reconhecem o casamento igualitário (Argentina, Colômbia, México, Uruguai e Brasil), com exceção do Equador, por impedimento constitucional.

No Chile existe a união civil entre pessoas do mesmo sexo desde 2015, a adoção é permitida desde 2019 e existe um projeto de casamento em discussão. Na Costa Rica, a situação de incerteza gerada pela Suprema Corte ao declarar inconstitucional a limitação do casamento do Código Civil às pessoas de sexo diferente, mas concedendo ao legislativo dez e oito meses para regulá-lo legalmente, deu-se por encerrada com a entrada em vigor do casamento igualitário em maio de 2020.

Nos demais países, não se avançou nesta matéria (entre eles Paraguai, Peru, Venezuela, Guatemala, Nicarágua, etc.). A Venezuela rejeitou o registro de um casamento igualitário de venezuelanas casadas na Argentina. Dada a criminalização primária no Caribe, não existe nenhum indício neste sentido em nenhum de seus países. Contudo, deve-se mencionar que existe uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à falta de legislação para casais de um mesmo sexo na Jamaica e recentemente o Primeiro-Ministro de Barbados anunciou um referendo sobre este tema.

A ausência de casamento igualitário também costuma criar problemas graves de ordem patrimonial, uma vez que fora dos países que o estabelecem - e, portanto, resolvem o regime de bens da mesma forma que no casamento heterossexual -, nos demais se deve lançar mão de diferentes instituições como testamentos, diferentes tipos de

sociedades, etc., sem prejuízo de que os direitos hereditários venham a ser afetados pela parte indisponível ou *legítima* dos bens que corresponde aos herdeiros forçosos.

B. O casamento e o Parecer Consultivo da Corte IDH

Cabe observar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, sobre identidade de gênero e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, estabeleceu que a única instituição não discriminatória nesta matéria é o casamento nas mesmas condições que para os casais heterossexuais.

A Corte entendeu que embora o art. 17.2 da Convenção Americana de *maneira literal reconhece o “direito do homem e da mulher a contrair casamento e constituir família”, essa formulação não estaria levantando uma definição restritiva de como o casamento deve ser entendido ou como uma família deve ser constituída. Para a Corte, o artigo 17.2 estaria estabelecendo de forma expressa a proteção convencional de uma modalidade particular do casamento. Na opinião da Corte, essa formulação tampouco implica necessariamente que essa seja a única forma de família protegida pela Convenção Americana.*

A Corte acrescentou que *uma interpretação restritiva do conceito de “família” que exclua o vínculo afetivo entre casais do mesmo sexo da proteção interamericana frustraria o objeto e fim da Convenção. A Corte lembra que o objeto e fim da Convenção Americana é “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”, sem nenhuma distinção.*

A Corte deixou aberta a possibilidade de que Estados que tenham obstáculos constitucionais possam adotar outras formas de estabilizar relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, como a união civil: *esta Corte não pode ignorar que é possível que alguns Estados devam vencer dificuldades institucionais para adequar sua legislação interna e estender o direito de acesso à instituição do casamento às pessoas do mesmo sexo, especialmente quando medeiam formas rígidas de reforma legislativa, suscetíveis de impor um trâmite não isento de dificuldades políticas e de passos que exigem certo tempo. Visto que estas reformas são fruto de uma evolução jurídica, judicial ou legislativa, que vai abrangendo outras zonas geográficas do continente e são consagradas como interpretação progressiva da Convenção, esses*

Estados são instados a impulsionar realmente e de boa fé as reformas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para adequar seus ordenamentos, interpretações e práticas internos.

De qualquer forma - e por se tratar de uma situação transitória - a Corte advertiu que essas instituições devem garantir os mesmos direitos que o casamento: *os Estados que ainda não garantam às pessoas do mesmo sexo seu direito de acesso ao casamento estão igualmente obrigados a não violar as normas que proíbem a discriminação destas pessoas devendo, portanto, garantir-lhes os mesmos direitos derivados do casamento, no entendimento de que sempre se trata de uma situação transitória.*

C. Reconhecimento de uniões de fato

Há muito tempo, os direitos aos conviventes de fato não unidos em casamento são reconhecidos em toda a região, o que evitou muitíssimas situações de evidente injustiça e desamparo.

Não existem motivos para desconhecer os mesmos direitos aos casais de conviventes do mesmo sexo que aos de sexos diferentes tampouco unidos em casamento, o que é efetivamente feito em alguns países, como Costa Rica e Argentina, mas não em outros (Venezuela, Nicarágua, Paraguai) e menos ainda no Caribe, onde as relações entre pessoas do mesmo sexo são criminalizadas. Vale ressaltar que, em vários destes últimos países, a legislação e a jurisprudência conferiram uma série de direitos aos casais heterossexuais que vivem em concubinato. Não existe motivo para que tais direitos não sejam estendidos aos casais de conviventes de mesmo sexo que também vivem em concubinato (Barbados, Belize, Jamaica).

Esta discriminação tem consequências notórias quanto à segurança social, especialmente no que diz respeito ao atendimento da saúde. Portanto, embora em alguns países o direito à segurança social seja reconhecido de forma bastante ampla, da mesma forma que para os casais de sexo diferente, quase totalmente (Argentina, Brasil, Costa Rica), em outros estes direitos são negados (Venezuela, Peru, Nicarágua, Paraguai, em todo o Caribe).

Em conformidade com o anterior, os mesmos países que reconhecem direitos aos casais do mesmo sexo (Costa Rica, Argentina, Brasil), em caso de falecimento, respeitam o

direito do sobrevivente à pensão, enquanto outros o negam (Venezuela, Nicarágua, Paraguai, todos os países do Caribe). No Peru, desde agosto de 2020, a segurança social é reconhecida ao sobrevivente de um casal do mesmo sexo, mas apenas para casos de trabalhadores da saúde que faleceram por COVID-19.

Cabe observar que o desamparo das pessoas em casal com outra do mesmo sexo em algumas partes da região é total: não têm acesso à possibilidade de casamento, portanto, não são reconhecidas em nenhum regime de bens do tipo de sociedade conjugal ou análogo, sua relação estável é absolutamente ignorada pelo Estado, carecem de qualquer direito à segurança social, o atendimento à saúde do convivente não está garantido e o outro convivente paga e, em caso de falecimento, ficam totalmente desvalidos porque a pensão que é concedida aos conviventes heterossexuais não é concedida a eles.

Não cabe descartar que, em alguns casos, esta brutal discriminação obedeça a motivações econômicas das administrações, que mediante ela economizam no pagamento de serviços e pensões, o que não é expresso ou manifestado publicamente, mas que não pode deixar de ser levado em consideração como motivação, no fundo, verdadeira e decisiva.

A estas discriminações, ocasionalmente, costuma-se acrescentar outra mais aberrante: tentou-se desvalorizar a vida em casal com outra pessoa do mesmo sexo em sentenças, a ponto de considerar que o pai ou mãe divorciado que mantêm uma relação com outra pessoa do mesmo sexo é indigno para obter a guarda dos filhos menores e mesmo para visitá-los (Chile, Jamaica). Neste último, ainda se aplicam precedentes das décadas de 70, 80 e 90 de decisões judiciais das cortes de apelações da Inglaterra⁴⁷, que não têm mais valor jurídico dentro do Reino Unido, pois o Parlamento Britânico alterou as leis de família justamente para corrigir a aberrante desvalorização destas sentenças judiciais. Por exemplo, isso é ilustrado pela sanção da Human Fertilisation and Embryology Act 2006, a qual permite que casais de mulheres de um mesmo sexo sejam consideradas legalmente mães de uma criança, com exclusão do pai biológico ou doador de esperma. Esta lei reflete a intenção clara do Parlamento Britânico de reconhecer a paternidade aos casais do mesmo sexo, embora a reforma tenha sido

47 Por exemplo: *In re D (An Infant) (Adoption: Parent's Consent)* [1977] AC 602, 629; *S v S (Custody of Children)* (1980) 1 FLR 143; *In re P (A Minor) (Custody)* (1983) 4 FLR 401; *C v C (A Minor) (Custody Appeal)* [1991] 1 FLR 223).

insuficiente, uma vez que não inclui casais de homens de um mesmo sexo. Mesmo assim, precedentes judiciais anteriores à reforma legislativa⁴⁸ continuam sendo usados como precedentes legais na Jamaica, pois nunca foram formalmente revisados pela Câmara dos Lordes ou pela Suprema Corte do Reino Unido. Mesmo quando no Chile não existiam impedimentos desta natureza nas legislações, houve casos em que as sentenças judiciais acolheram este critério de extrema discriminação, que teve que enfrentar inclusive a jurisprudência internacional⁴⁹.

11. DISPOSIÇÕES LEGAIS DE NATUREZA MUITO DIVERSA

A. Visão sobre o conjunto legislativo

Seria injusto desconhecer outras normas de hierarquia muito diversa e referentes a assuntos muito diversos, mas que contribuem para neutralizar os preconceitos fóbicos e paranoicos de nossas sociedades.

Assim como é necessário chamar a atenção dos Estados quando falham ou omitem as medidas necessárias de proteção e garantias dos direitos humanos, também é de equidade elementar reconhecer os esforços positivos realizados.

Visto que as disposições são de hierarquia muito distinta e - sobretudo - referidas a múltiplas matérias, é difícil classificá-las e dotá-las de certa unidade, pois não têm outro objetivo senão superar normativas discriminatórias e, ocasionalmente, reforçar o avanço da consciência igualitária. Devido a esta dificuldade sistemática, iremos mencioná-las por países.

B. Argentina, Bolívia, Brasil

Argentina: (a) O artigo 2.º da Lei 25.529 de 2009 sobre *Direitos do paciente em relação aos profissionais e instituições médicas* proíbe a discriminação por orientação sexual no atendimento aos profissionais da saúde. (b) O art. 8.º da Lei 26.862 - *Lei de*

48 Por exemplo, In re D (An Infant) (Adoption: Parent's Consent) [1977] AC 602, 629.

49 Atala Riffo Vs. Chile, Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Reprodução Medicamente Assistida - de 2013 proíbe a discriminação por orientação sexual no acesso às técnicas de reprodução assistida. (c) A Resolução 1507/2015 do Ministério da Saúde derogou a proibição de doar sangue para os homens gays, com efeito para todo o país.

Bolívia: (a) O art. 7.º da Lei 2.298 - *Lei de Execução Penal* - de 2001 proíbe a discriminação por orientação sexual na execução de penas. (b) O art. 1.º da Resolução Ministerial 668/2006 proíbe esta discriminação no acesso ao atendimento médico.

Brasil: (a) O art. 1.º da Lei 10.216 de 2001 proíbe a discriminação por orientação sexual contra as pessoas com deficiência mental. (b) O art. 2º da Lei 11.340 de 2006 (conhecida como *Lei Maria da Penha*) consagra o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, independentemente de sua orientação sexual. (c) O art. 4.º da Ordem Executiva 7272/2010 estabelece o desenvolvimento de ações que respeitem a diversidade sexual entre os objetivos do *Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional* (PNSAN). (d) O art. 3.º da Lei 12.414 de 2011 inclui a orientação sexual entre os dados sensíveis que os bancos de dados de créditos comerciais não estão autorizados a registrar. (e) O art. 17 da Lei 12.852 de 2013 - *Estatuto da Juventude* - protege os jovens de 18 a 29 anos da discriminação por orientação sexual. (f) O art. 18 da Lei 13.146 de 2015 - *Estatuto das Pessoas com Deficiência* - dispõe que os serviços de saúde pública para estas pessoas devem garantir o devido respeito à sua orientação sexual. (g) O art. 6.º da Lei 13.344 prevê a proteção a vítimas do tráfico de pessoas, atendendo às suas necessidades, entre outros motivos, em função de sua orientação sexual.

C. Chile, Peru, Equador, Colômbia, Panamá

Chile: (a) O art. 3.º da Lei 20.418 de 2010 estabelece que toda pessoa tem direito à confidencialidade de suas *preferências sexuais* e de sua *conduta sexual*. (b) O art. 2.º da Lei 20.609 de 2012 (*Lei de Medidas contra a Discriminação*) inclui a orientação sexual na definição de discriminação arbitrária. (c) A Regra Geral Técnica n.º 146 do Ministério da Saúde, que regula os procedimentos para doação de sangue, estabelece que a seleção de doadores deverá ser feita sem nenhuma discriminação com base na orientação sexual. (d) O art. 1.º da Lei 18.838 modificada pela Lei 20.750 de 2014, que cria o *Conselho Nacional de Televisão*, define o pluralismo incluindo o respeito às diversas orientações sexuais. (e) O art. 150 do Código Penal, em 2016,

tipificou como crime todo ato de tortura com base na orientação sexual da vítima, entre outros motivos. (f) O art. 7.º da Lei 20.845 de 2006 (*Lei de Inclusão Escolar*) inclui a orientação sexual entre os motivos de discriminação que proíbe nas escolas, fazendo referência a todos os grupos no âmbito da Lei n.º 20.609 (*Lei de Medidas contra a Discriminação*).

Peru: (a) O art. 19 da Ordem Executiva n.º 027/2015 proíbe a discriminação com base na orientação sexual no acesso aos serviços de saúde e tratamento. (b) Numerosas jurisdições, distritos, províncias e regiões promulgaram normativas locais contra a discriminação com base na orientação sexual: assim, Amazonas, Ancon, Apurímac, Ayacucho, Castilla, Chiclayo, Chancamallo, Cutervo, Huamanga, Huancavelica, Huancayo, Huánuco, Ica, Jesus María, Jesús Nazareno, Junín, La Libertad, Lamas, Loreto, Madre de Dios, Matahuasi, Miraflores, Moquegua, Moropó, Nueva Requena, Pachacamac, Picota, San Martín, San Miguel, Santa Anita, Santa María del Mar, Santiago del Surco, Ucayali, entre outros.

Equador: (a) O art. 6º da Lei 100/2003 (*Código da Juventude e da Adolescência*) proíbe a discriminação por orientação sexual, entre outros motivos. (b) O art. 27 da Lei 67/2006 (*Lei Orgânica da Saúde*) proíbe a discriminação por orientação sexual em relação à difusão de informações de saúde sexual e reprodutiva. (c) O art. 61 da *Lei Orgânica de Comunicações* de 2013 define como conteúdo discriminatório toda discriminação por orientação sexual. (d) O art. 12 do Código Penal, desde 2014, proíbe qualquer forma de violência com base na orientação sexual contra pessoas privadas de liberdade. (e) O art. 151 do Código Penal tipifica como crime todo ato de tortura definido em termos amplos, perpetrado com a intenção de modificar a orientação sexual de uma pessoa, ou seja, as chamadas *terapias de conversão*.

Colômbia: (a) Entre 1993 e 2016, grande parte dos avanços alcançados pelas pessoas LGBTI foi obtida por meio da Corte Constitucional. (b) A Prefeitura da Cidade de Bogotá resumiu a maioria das decisões da Corte em um diagrama atualizado até o ano de 2016. A Cidade de Bogotá implementou regulamentações de políticas públicas para promover a igualdade no âmbito local, entre as quais se encontra o Acordo 371/2009.

Panamá: (a) O art. 3.º da Lei 820 (*Lei sobre o HIV e a AIDS*) de 2012 proíbe a discriminação por orientação sexual. (b) O art. 1.º da Resolução Ministerial 671/2014 proíbe esta discriminação no acesso aos serviços de saúde.

D. Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Estados da região

Costa Rica: (a) O art. 123 do Código Penal, modificado pela Lei 8189 (2001), penaliza a tortura com base na *opção sexual*. (b) O Decreto n.º 33877 de 2007 derogou a Ordem Executiva n.º 1993, que proibia os homens gays e bissexuais de doar sangue. (c) O art. 5.º da Ordem Executiva n.º 38999 de 2015 estabelece que estabelece que os organismos competentes do Poder Executivo devem reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo, garantindo que gozem de licenças para cuidar da pessoa companheira por doença ou comparecer a seus funerais.

El Salvador: (a) Os arts. 3.º e 6.º do Decreto n.º 40/2004, que regulamenta a Lei do HIV, proíbe a discriminação por orientação sexual em assuntos de saúde pública. (b) O Acordo 202/2009 do Ministério da Saúde e Assistência Social estabelece medidas para erradicar todas as formas de discriminação por orientação sexual nos serviços de saúde pública.

Guatemala: O art. 10 do *Código da Infância e da Juventude* de 1996 proíbe a discriminação das crianças por sua orientação sexual ou pela de seus pais.

Nicarágua: (a) O art. 3º da Lei 830/2012 sobre HIV e AIDS proíbe a discriminação por orientação sexual. (b) O art. 1.º da Resolução Ministerial 671/2014 proíbe esta discriminação no acesso aos serviços de saúde.

República Dominicana: (a) O art. 2.º da Lei 49/2000 (*Lei Geral da Juventude*) proíbe a discriminação por orientação sexual. (b) O art. 11 do Código de Procedimento Penal (2007) estabelece que os juízes e os promotores devem levar em conta as circunstâncias particulares de cada pessoa envolvida em cada caso, mas não podem basear suas decisões com base em sua orientação sexual. (c) O art. 2.º da Lei 135/2011 (*Lei sobre o HIV-AIDS*) proíbe esta discriminação.

México: (a) O art. 1.º da *Lei Federal de Prevenção e Eliminação da Discriminação* (2013) inclui as *preferências sexuais* como um dos motivos proibidos de discriminação. Isto faz com que todas as disposições da legislação federal aplicável aos atos de discriminação contemplem esta motivação. (b) O art. 9.º foi modificado em 2014 para proibir qualquer tipo de violência baseada na forma de vestir, falar ou fazer gestos ou assumir publicamente suas *preferências sexuais*. (c) A Normativa 253/2012, emitida pela Secretaria de Saúde, levantou a proibição da doar sangue para homens gays

e cissexuais. (d) O art. 5.º da *Lei Geral de Vítimas* (2013) estabelece um enfoque diferencial especializado quanto às reparações concedidas às vítimas de crimes motivados em sua orientação sexual.

Jamaica: a legislação proíbe a discriminação com base na orientação sexual, mas apenas para o setor e, desde o início do novo século, a polícia da Jamaica tem protocolos contra a discriminação com base na orientação sexual em relação às vítimas de crimes, embora nenhuma destas medidas tenha sido implementada de forma efetiva na prática cotidiana.

Barbados: uma lei sancionada em agosto de 2020 (*Employment [Prevention of Discrimination] Act 2020*) proíbe discriminação no emprego, incluindo a discriminação em função do sexo ou gênero da pessoa.

12. IMPULSOS DA SOCIEDADE CIVIL

A. Avanços e dificuldades

Desde o final do século XIX, várias organizações da sociedade civil surgiram no hemisfério norte em defesa dos direitos inerentes à sexualidade, sendo uma das pioneiras uma sociedade secreta inglesa chamada Ordem de Queroneia. Estes esforços assumiram um caráter internacional europeu incipiente com a *World League for Social Reform* em 1928.

Enquanto isso, nos Estados Unidos, a *Society for Human Rights* foi organizada em 1924.

Na Alemanha, a luta de Magnus Hirschfeld e seu *Wissenschaftlich-humanitäres Komitee* (WhK, 1897) pelos direitos de homossexuais (homens e mulheres) e pessoas transgênero e pela derrogação do parágrafo 150 do Código Penal alemão foi brutalmente desbaratada com o genocídio nazista e seu *triângulo rosa* (*rosa Winkel*) criminoso, embora a criminalização alemã tenha se mantido vigente até trinta anos após o fim da guerra, para evitar o pagamento de indenizações às vítimas do genocídio *rosa*.

A partir dos anos 60 do século passado, diferentes movimentos sociais contra a discriminação por orientação sexual começaram a aparecer nos Estados Unidos que,

com certa aproximação, poderiam distinguir-se entre aqueles que consideravam que pessoas com orientação sexual diferente da heteronormativa poderiam ser admitidas com igualdade de direitos nas estruturas sociais atuais e vigentes - geralmente caracterizados como *reformistas* — e aqueles que se identificavam com outras minorias discriminadas - especialmente os afro-americanos - e que postulavam uma mudança social profunda, considerados *revolucionários*.

Esta última vertente teve expressão mundial ao repercutir no movimento europeu de 1968, contemporâneo aos fatos do *Stonewall Riot* de Greenwich Village, que deu origem ao *New York Gay Liberation Front* (1969).

Como era de se esperar, estes movimentos influenciaram nossa região em diferentes níveis, mas não mecanicamente. O movimento europeu de 1968, por exemplo, deu origem ao mórbido *68 mexicano*, que teve outro sentido local totalmente diferente.

No entanto — e apesar das ditaduras de *segurança nacional* da década seguinte - os ativistas latino-americanos não cessaram e começaram a aparecer organizações locais, algumas esporádicas, mas que gradativamente foram abrindo caminho para uma atitude mais positiva de nossas sociedades contra as discriminações por orientação sexual.

As próprias ditaduras genocidas de nossos próprios países, embora fossem todas *LGBTIfóbicas*, adotaram diferentes graus de atitudes repressivas com relação à orientação sexual não hegemônica, algumas sendo mais *intolerantes* que outras: invasões de locais, detenções arbitrárias em massa, criminalização contravencional, etc. Mas mesmo nos piores casos, sempre houve resistência por parte de grupos com a organização precária que as circunstâncias permitiam, cujo valor militante e pioneiro deve ser destacado. Existe agora literatura suficiente ao respeito nas livrarias especializadas.

No hemisfério norte, é interessante apontar que o âmbito das sociedades de consumo contribuiu em grande medida para o progresso social nesse sentido, que logo percebeu o considerável mercado oferecido pelas pessoas de orientação sexual não hegemônica, que se tornaram visíveis midiaticamente, embora algumas vezes com personagens estereotipados infelizes.

Em nosso hemisfério sul, embora não cheguemos a configurar verdadeiras sociedades de consumo — e consequentes Estados de bem-estar — a ampliação da base de

cidadania real provocou aumentos consideráveis do consumo em alguns períodos de desenvolvimento e, portanto, nosso capitalismo periférico imitou no que pôde o do norte.

Apesar do que foi dito, não se pode deixar de observar que também ocorrem alguns retrocessos em nossa região, visto que o avanço da igualdade para as pessoas LGBTI esbarra em resistências.

Tradicionalmente, as resistências provinham da Igreja Católica e de alguns grupos remanescentes do reducionismo biológico arraigados na medicina. Mas na atualidade, a cúpula da Igreja Católica marca uma tônica diferente (o Papa Francisco convidou a equipe de pesquisadores para lhe apresentar as conclusões preliminares da pesquisa em uma audiência privada no Vaticano em abril de 2019), enquanto os profissionais acólitos do reducionismo biológico - apesar de alguns ressurgimentos - não têm maior crédito no meio acadêmico. Da resistência retardatária tradicional restam grupos católicos de extrema direita, alguns grupos evangélicos e alguns enclaves racistas desprestigiados academicamente. Estes últimos se vêm inclusive obrigados a dissimular sua ideologia originária.

A maior resistência que se registra na atualidade contra a igualdade de direitos para as pessoas com orientação sexual não hegemônica procede de alguns grupos religiosos que - em coincidência com a variável financeira do capitalismo mundial - professam uma concepção abertamente *meritocrática* à qual concedem uma dimensão teológica, segundo a qual o bem-estar físico e financeiro é um prêmio divino e, conseqüentemente, a pobreza um castigo pelos pecados (a chamada *teologia da prosperidade*).

Não é exagero pensar que - paradoxalmente - esta resistência participa de um fundo ideológico comum com a vertente *revolucionária* de reivindicação de direitos dos anos sessenta do século passado, uma vez que ambas concordariam que não é possível incorporar socialmente as pessoas com orientação ou identidade sexual não hegemônica à vida social com as atuais estruturas de poder. Sobre essa base comum, os *revolucionários* do século passado propunham desbaratar essas estruturas para incorporar essas pessoas, enquanto os *teólogos da prosperidade* propõem reafirmá-las, criminalizando essas pessoas.

B. ONGs na região

Na atualidade, existem várias organizações não governamentais em toda a região que se ocupam dos direitos das pessoas LGBTI. À margem das que têm esse objetivo específico, outras ONGs de direitos humanos se mostram sensíveis ao tema e abrem programas de atividades ou participam dos programas das especializadas.

Algumas das ONGs que focam sua atividade na região nestes direitos e abrangem a totalidade da população LGBTI, enquanto também existem as que se dedicam mais precisamente a alguns dos subgrupos da população afetada. Existem também as que dedicam preferencialmente sua atenção às pessoas afetadas pelo HIV-AIDS.

Em alguns países grandes, existem ONGs provinciais, estaduais e regionais. Com relação à situação nos países do Caribe, deve-se assinalar que existe uma *Rede do Caribe Oriental*.

Estas ONGs funcionam sem maiores dificuldades em vários países, contudo, ocorrem alguns episódios bastante curiosos. Assim, na Argentina, a ONG mais antiga foi condenada pela justiça a indenizar um homem que sofreu ferimentos em um ato convocado por ela, deturpando a jurisprudência da Corte Suprema, que se viu na necessidade de revogar a sentença civil condenatória. Também em 2017, mulheres foram detidas por escrever nas paredes com aerossol, o que é comum nas ruas da cidade.

Em geral, não são registradas intimidações às ONGs no Paraguai, Nicarágua, Costa Rica, Uruguai, Brasil, embora alguma ameaça isolada seja denunciada neste último país. Aparentemente, sofrem mais dificuldades na Venezuela e no Peru.

Em outros tempos, foram perseguidas em alguns países (Argentina), ao negar-lhes o registro e o reconhecimento como pessoas jurídicas, o que obviamente é uma forma de censura. Fora destes episódios distantes, não parecem ocorrer outros de natureza semelhante na região.

As maiores dificuldades são registradas no Caribe, onde costuma haver intimidações, motivo pelo qual as ONGs preferem não ser muito públicas, não chamar a atenção com anúncios nas fachadas (Barbados) ou não insistir em temas excessivamente polêmicos (Antígua e Barbuda). Em um, os meios de comunicação as desqualificam (Dominica) e também ocorre a chamada *desqualificação por afiliação* (Jamaica, Guiana), estigmatizando as pessoas que cooperam ou trabalham nelas. Em um

destes países ocorrem episódios de desqualificação pública por parte de organizações reacionárias, que não são proibidas (Santa Lúcia).

C. Festivais e marcha do orgulho

Na Costa Rica (San José), são organizados marchas e festivais em que as pessoas que contribuíram para o avanço dos direitos igualitários são premiadas, elegendo-as *marechais* masculinos e femininas. Também, em 17 de maio — Dia Internacional de Luta contra a Homofobia, Bifobia e Transfobia —, os edifícios públicos são iluminados.

No Peru, acontece a marcha anual do orgulho LGBTI e também um festival de cinema, bem como um festival de arte cênica. Na Venezuela, a marcha do orgulho LGBTI é organizada em Caracas, mas também em várias outras cidades do país; um ciclo de cinema e uma exposição da diversidade sexual também são realizados, com participação de muitos artistas.

No Brasil, a *pride* de São Paulo é bastante conhecida, sendo replicada em muitos estados e municípios ao longo do país; 17 de maio também é reconhecido como Dia Nacional contra a Homofobia.

Na Argentina, a marcha do orgulho e o festival de cinema *Asterisco* também têm alguns anos, o que costuma ser complementado com atividades em diferentes centros culturais.

No Caribe não existe este tipo demonstrações públicas em Antígua, Bermuda, Granada e São Vicente e Granadinas, embora elas aparentemente sejam realizadas em Belize e Trinidad e Tobago, mas em locais fechados ou com acesso restrito (por exemplo, Montego Bay, Jamaica, desde 2018). Mais pública é a marcha do orgulho organizada pela JFLAG ou esportes na praia organizados pela Universidade das Índias Ocidentais. Em Barbados, também existem eventos públicos e, na Guiana e no Suriname, a marcha do orgulho é realizada todos os anos em março.

Estas atividades, bem como a difusão da literatura sobre o tema, têm um importante papel simbólico. Existem livrarias especializadas em alguns de nossos países (por exemplo, no Brasil e Argentina). A literatura sobre o tema tem sido muito abundante nos últimos anos, sobretudo em matéria de direito e de história. A difusão deste material é indispensável para impulsionar a mudança cultural defendida.

1. REFLEXÕES E CONCLUSÕES

A. Leque de situações

Depois de percorrer os relatórios fornecidos, aparece uma diversidade de situações que vão da criminalização formal das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo ao reconhecimento pleno da condição discriminatória de privação de qualquer direito sob este pretexto.

Não faltam opiniões superficiais que atribuem este mosaico normativo e social a diferenças *culturais*, que também são esgrimidas como argumento para legitimar a própria discriminação por orientação sexual.

Além do convencimento de que as diferenças culturais na América Latina e no Caribe não são tão profundas quanto pretendido, a Corte IDH expressou com toda a razão que a circunstância de que grupos ou setores internos de um país resistem ao avanço do princípio da igualdade, isso não pode ser um argumento válido para impedir, interromper ou obstaculizar sua vigência. Este raciocínio é de racionalidade elementar, uma vez que se da existência de uma corrente de opinião em um país - ou inclusive de uma maioria - dependesse da vigência dos direitos humanos, isto significaria diretamente sua total derrogação. De fato, os direitos humanos são consagrados na Declaração Universal de 1948, diante do pânico suscitado por crimes gravíssimos e massivos cometidos com aprovação ou indiferença de maiorias.

B. Criminalização primária

Nesse sentido - e no primeiro extremo das situações delineadas - não cabe dúvida de que é necessário levar adiante uma campanha pela despenalização da sodomia nos países do Caribe. Esta deve ser focada, embora não exclusivamente, no plano jurídico

e não deve cessar até a abolição total de todo tipo penal que criminalize de forma direta ou indireta a intimidade sexual consentida entre adultos de um mesmo sexo no continente americano. Para tal efeito, é sugerido empregar todos os recursos rápidos dos direitos internos para obter essa abolição até deixar aberta a via internacional.

No plano internacional, a CIDH teve a oportunidade de celebrar uma audiência com relação à Jamaica e, ao final desta, a Comissão, na forma de um relatório preliminar, fez um chamado para a derrogação destes tipos penais. A publicação do relatório está prevista para os próximos meses. Por isso, em vista da negativa da Jamaica de derrogar estas normas e os elementos recolhidos por esta pesquisa, sugere-se que a CIDH, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 64 da CADH, solicite à Corte IDH um parecer consultivo sobre:

- A convencionalidade destes tipos penais à luz da CADH e outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis no continente americano.
- A responsabilidade internacional com consequências legais que lhe couber aos diferentes sujeitos do direito internacional responsável pela origem e pela manutenção da validade no direito interno destes tipos penais.

C. Criminalização secundária

É muito mais difícil propor medidas para eliminar a criminalização secundária das sexualidades não convencionais, embora isso não signifique que se deva abaixar os braços. Acima de tudo, é necessário realizar uma pesquisa complexa, mas não impossível, das normas que a legitimam, seja de caráter contravencional, como as que são dissimuladas com outras finalidades manifestas, mas que resultam úteis para criminalizar, com o objetivo de impulsionar sua derrogação ou reforma.

Da mesma forma, a fim de evitar sua criminalização formal inclusive em países que não a tipificam, seria necessário revisar as leis que assinalam diferentes limites etários para a sexualidade heterossexual e para as que respondem a orientações sexuais não convencionais, com o objetivo de propugnar uma igualação que impeça o exercício da sexualidade punindo o mais velho. Nos casos de relações entre pessoas que ultrapassam o limite etário e as que não o ultrapassam, é necessário incorporar um elemento subjetivo do tipo de aproveitamento da pessoa menor para evitar punir a sexualidade que se parte de relações afetivas que devem ser protegidas pelo direito.

Resulta muito mais árduo tomar medidas que previnam a criminalização policial arbitrária, com pouca ou nenhuma base legal, uma vez que isso depende do grau de autonomização das agências policiais e de seus respectivos interesses de arrecadação própria. Este é um problema que exige medidas de espectro político mais amplo, não sendo objetivo desta pesquisa propor soluções desta natureza.

De qualquer forma - e não neste único aspecto - é sempre saudável que o Estado recupere o monopólio do poder punitivo onde o tenha perdido, que não o perca nos países onde o preserva e, em geral, que os direitos humanos trabalhistas dos trabalhadores policiais sejam reconhecidos e sua formação seja aperfeiçoada. Obviamente, trata-se de recomendações de têm caráter político criminal geral, que ultrapassam em muito o propósito do presente trabalho, porque resultariam no próprio aperfeiçoamento dos Estados de direito e da qualidade das democracias de nossos países.

Contudo, é possível tomar algumas medidas mais diretamente vinculadas ao tema que, embora não poderão proporcionar uma solução total a estas violações de direitos humanos, podem pelo menos contribuir para amenizá-las, como dar cursos para o pessoal policial, estabelecer protocolos para os casos de detenção de pessoas LGBTI e, fundamentalmente, reforçar os serviços jurídicos aos que estas pessoas possam recorrer nos supostos de detenções arbitrárias e abusos, bem como tornar eficazes as instituições que recebem as denúncias correspondentes.

Neste sentido, Méndez⁵⁰ sustenta que o Estado tem a obrigação de proteção de pessoas marginalizadas ou vulneráveis e, por isso, deve examinar e reforçar todo o âmbito legal, normativo e socioeconômico que aprofunda o dano e perpetua a discriminação. Assim, é necessário que sejam adotadas medidas de capacitação e sensibilização do pessoal penitenciário, policial, assim como de juízes, promotores e defensores oficiais, que devem ser realizadas de forma periódica e de acordo com o estabelecido pela Convenção contra a Tortura no sentido de revisão periódica das práticas das instituições como medidas de prevenção da tortura.

50 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

D. Prevenção de agressões

A prevenção de homicídios e outros crimes de ódio demandam, acima de tudo, estabelecer o quadro situacional em cada país, ou seja, empreender pesquisas criminológicas de campo e aperfeiçoar o sistema de estatísticas oficiais que sirva de base para o desenho e implementação de políticas públicas que levem em conta as necessidades e características próprias das pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversa. Isto permitiria estabelecer sua frequência, as zonas geográficas em que se concentrem, as características dos agressores, as circunstâncias que aumentam os riscos de vitimização e outras que, em conjunto, indicarão as medidas concretas de prevenção em cada país. Isso responde a uma regra elementar: não é possível prevenir algo que é desconhecido.

Portanto, o primeiro passo deve ser pesquisar o fenômeno e poder estabelecer com certeza quais são os verdadeiros crimes de ódio e as vitimizações que respondem à delinquência comum que só se aproveita do estado de vulnerabilidade das pessoas LGBTI. Esta distinção é fundamental, porque a prevenção de homicídios e ferimentos por ódio deve ser matéria de medidas preventivas diferentes das que devem ser tomadas para evitar a vulnerabilidade vitimizadora das pessoas LGBTI diante do crime comum contra a propriedade, por exemplo.

Méndez⁵¹ destacou a necessidade de criar ferramentas metodológicas que permitam que a informação estatística que vá sendo compilada resulte útil para os fins da luta pela igualdade, incluindo a importância de garantir a participação das organizações e pessoas afetadas pela discriminação anti-LGBTI.

A construção de sistemas de informação sensíveis à experiência das vítimas, sua compilação fidedigna e a comparabilidade dos resultados deve guiar um processo de convergência regional para a prevenção destas práticas violadoras de direitos.

E. A qualificação dos crimes de ódio

Embora não acreditemos que tenha efeito preventivo, mas sim simbólico, é perfeitamente justificável pelo duplo prejuízo de bens jurídicos que implica. De fato, tem efeito

51 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

preventivo e, por isso, recomenda-se a tipificação dos discursos que incitam ao ódio e à violência.

No caso de se individualizar grupos homofóbicos violentos, é necessário, além da prevenção e, conforme o caso, da inteligência policial, prever que o sistema penal não se limite à prisionização, mas inclua trabalhos sociais e cursos de conscientização social. É particularmente difícil desarmar estes grupos quando a homofobia é combinada com grupos políticos autonomizados (parapoliciais, etc.). Em tais casos, a homofobia escapa das medidas concretas e limitadas, para fazer parte de um problema político muito maior.

As agressões familiares e o eventual suicídio adolescente devem ser pesquisados com recursos mais técnicos, mas é fundamental reforçar e apoiar financeiramente as ONGs que prestam atendimento e orientação psicológica aos adolescentes e, por sua vez, alertam os docentes.

A relevância da mudança cultural, da educação em direitos humanos e a capacitação de agentes públicos é considerada fundamental pelo conjunto de pessoas que contribuíram com esta pesquisa. Um problema importante em relação a esta questão foi planejado por Jones⁵², que assinalou os limites de trabalhar com a comunidade “quando somos delinquentes que estamos soltos, de acordo com a lei” (em referência à situação do Caribe anglófono) Em sentido semelhante, expressou-se Wyllys⁵³, que destacou que -a visibilidade em si mesma tem um impacto importante, mas principalmente conseguir abrir espaços no tecido legislativo. Temos que conseguir que essa visibilidade não vá aumentar a violência e estar preparados para as reações dos reacionários à medida que ganhamos visibilidade e espaços de poder-.

Na mesma linha, deve-se aprofundar a reflexão sobre os modos de desenvolver capacitações de qualidade e impacto para agentes públicos, focadas na educação em direitos humanos e direitos LGBTI alinhadas com a perspectiva de Saunders⁵⁴: -os juízes acessam suas magistraturas portando os mesmos preconceitos e pensamentos estereotipados que prevalecem no resto da população. É por isso que quando recebem casos e lhes são apresentados dados objetivos, análises científicas e boas práticas

52 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

53 Intervenção na Conferência do dia 23 de outubro de 2020.

54 Intervenção no Seminário Internacional do dia 28 de outubro de 2020.

internacionais o valorizam muito-. Refere que para tirar o máximo proveito dos programas de educação judicial é recomendável fazê-lo em parceria com as academias de capacitação dos juízes ou com associações judiciais e enfatiza que -é preciso ter muito cuidado na estruturação dos programas e que os participantes devem ter uma relação direta entre o tema de interesse e seus próprios desejos pessoais para melhorar sua competência como juízes, para se aperfeiçoar como juízes-.

Tudo o que possa ser feito midiaticamente para esclarecer a população em geral e neutralizar o efeito dos preconceitos paranoicos e suas fobias consequentes será pouco. Trata-se de uma luta cultural na qual é necessário formar grupos de comunicadores sociais que permitam operar com estratégias mais apuradas que as habituais. Os funcionários que adotam atitudes discriminatórias e os próprios juízes em que os preconceitos assinalados anteriormente são filtrados - inclusive inconscientemente - não são produtos individuais espontâneos, mas pessoas que os incorporam como resultado da construção social da realidade produzida através dos meios de comunicação.

Neste sentido, não se pode deixar de destacar a importância do trabalho realizado pela Corte de Justiça do Caribe, pelos tribunais de Belize e pela Alta Corte de Trinidad e Tobago, cujas decisões no último lustro consagram preceitos internacionais de respeito da dignidade humana, igualdade e não discriminação das pessoas deste grupo. Lamentavelmente, com eles é preciso contrastar as decisões do Conselho Privado da Coroa Britânica. Este último se converteu em um Cérbero das normas coloniais, impondo a validade das antigas leis coloniais sobre as constituições dos novos estados independentes. Isso não é neocolonialismo judicial puro a países independentes, senão que nem sequer se ajustam ao sistema constitucional colonial que o outrora Império Britânico projetara e aplicara por séculos a suas colônias e, sobretudo, na época de lhes conceder independência.

Em relação à temática desta pesquisa, o Conselho Privado, ao contrário dos avanços da Corte de Justiça do Caribe, retarda o avanço dos direitos da comunidade LGBTI no Caribe anglófono que ainda o têm como Corte final de apelações interpretando os direitos e garantias das constituições locais de forma restritiva. Esta interpretação restritiva dos direitos constitucionais vai inexplicavelmente contra as decisões das cortes locais, que são apeladas perante o Conselho Privado, de outras Cortes supremas de Estados que fazem parte da mancomunidade de nações, mas o mais preocupante é que também é contrária à que os membros do Conselho Privado consideram a

nível interno como juízes da Corte Suprema do Reino Unido. Por tudo isso, seria recomendado um estudo em profundidade da responsabilidade internacional que caberia à Coroa Britânica por estas decisões, uma vez que é o monarca de plantão o Juiz final de toda apelação que somente por costume constitucional adota o conselho legal do Conselho Privado.

Por fim, deve-se levar em conta que a importância que, neste momento, é concedida às reivindicações de direitos iguais por parte das mulheres pode oferecer uma aliança muito interessante, caso se souber encará-la com inteligência.

Em suma, toda luta antidiscriminatória registra a base comum da igualdade, motivo pelo qual a comunicação entre os diferentes grupos de pessoas discriminadas é muito importante: a tática comum entre discriminados permite oferecer uma resistência maior aos impulsos discriminatórios, que aliás sempre operam como frente.

Para desbaratar o discurso paranoico, é importante destacar sua fragilidade argumentativa, cujo produto carece de uma renovação discursiva: deve-se assinalar na comunicação que se trata de discursos contraditórios e todos provenientes de um passado desacreditado não só cientificamente, mas também filosófica e teologicamente. Neste sentido, a pesquisa histórica pode dar uma importante contribuição.

A partir das ciências da conduta é importante insistir nas consequências prejudiciais das chamadas terapias de conversão e normatizar sua proibição.

O problema da discriminação e agressões nas prisões tem diferentes níveis de gravidade. O primeiro - e que ultrapassa o âmbito do nosso tema - é resolver a superlotação carcerária, uma vez que não existe forma de prevenir nenhum abuso ou de evitar atrocidades em um presídio que ultrapasse sua capacidade em mais de 50%. Resolvido este problema - por sinal, difícil -, é importante consultar as pessoas LGBTI sobre as dificuldades que têm e se preferem ser alojadas em pavilhões separados ou não. Não existe regra para decidir esta medida, pois ela depende em grande parte das características de cada estabelecimento penitenciário em particular. No caso das visitas íntimas, é necessário reforçá-las respeitando o princípio da igualdade com casais heterossexuais.

F. Casais diversos

No plano internacional e no do direito constitucional interno, assim como na jurisprudência dos tribunais supremos da região, e especialmente a partir do setor acadêmico jurídico, deve-se impulsionar a extensão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, até que seja generalizado em todos os países da região. Os mesmos direitos do casamento heterossexual devem ser reconhecidos a ele, incluindo o de adoção.

Trata-se de uma luta no plano jurídico que não deve cessar até que a obtenção da generalização e normalização desta instituição. Qualquer diferença de direito ou regime nesta ordem deverá ser considerada discriminatória.

O mesmo é verdade para o reconhecimento dos casais estáveis do mesmo sexo, com relação ao qual todos os recursos rápidos dos direitos internos devem ser usados para reivindicá-la, até deixar aberta a via internacional.

G. Outras discriminações

As dificuldades para lutar contra a discriminação trabalhista, dado o seu caráter dissimulado, devem geralmente ser vencidas contornando o tema a partir de diferentes ângulos. Um prático seria o estabelecimento de cotas para pessoas trans.

Em relação à discriminação de docentes, os sindicatos deveriam ser conscientizados para que apoiem seus colegas discriminados. Quanto ao ingresso no trabalho, proibir que dados sobre a orientação sexual sejam solicitados para selecionar empregados. Na administração pública, vigiar os exames psicotécnicos e permitir que peritos próprios dos candidatos participem.

Os sindicatos de docentes podem cumprir um papel importante na educação em valores igualitários; os cursos e formação do pessoal docente são fundamentais.

Os Estados deveriam procurar legislar o direito à educação sexual integral a ser implementada nos estabelecimentos escolares desde a primeira infância. A Educação Sexual Integral não se refere ao conteúdo de uma disciplina ou matéria específica, mas a um plano ou projeto educativo que requer um trabalho interdisciplinar e que responde às diferentes etapas do desenvolvimento de crianças e adolescentes.

A discriminação nas forças armadas deve ser eliminada das leis e regulamentos, que devem ser contestados nos tribunais nacionais. No relativo aos fatos, é importante introduzir valores igualitários na formação da oficialidade.

A publicidade da orientação sexual das vítimas de crimes deve ser controlada, o que não significa coibir a liberdade de informação. As vítimas de crimes são pessoas inocentes e sua privacidade merece uma proteção análoga à que é dispensada aos menores, o que não impede a informação sobre o fato.

Em matéria de identidade, leis e regulamentos devem ser promovidos na linha assinalada pela Corte IDH no Parecer Consultivo 24 já comentado.

Em geral e com relação a todas as discriminações, é recomendável reforçar e - se possível - cooperar materialmente com as ONGs especializadas em interpor os recursos e exercer as ações no direito interno até esgotar as instâncias, deixando aberta a via internacional, para recorrer a esta jurisdição ou à ONU, etc.

H. Ações da sociedade civil

O apoio oficial às iniciativas da sociedade civil como marchas, festivais, eventos culturais e artísticos deve ser fomentado em nossos países, especialmente o apoio e a proteção das ONGs que se dedicam a promover os direitos das pessoas LGBTI.

A indagação com relação à relevância que as ONGs atribuem a uma possível agenda regional comum resultou em que a totalidade das pessoas participantes das Conferências considerou de grande importância a articulação e trabalho entre organizações de diversos tipos que se encontrem trabalhando nestas temáticas. Algumas pessoas participantes das Conferências destacaram a importância de retomar as redes existentes, ao mesmo tempo em que refletiram sobre as limitações (materiais e simbólicas) para esse tipo de intercâmbios. Em relação às limitações materiais, destacou-se que o trabalho por direitos humanos sofre de falta de recursos monetários.

Maffia⁵⁵ considerou que não só é possível, mas necessário realizar uma agenda regional interseccional (racial, linguística, condição de pobreza, migrante, de estar ou não em

55 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

prostituição, de ter ou não deficiência, todos estes aspectos são muito relevantes). Por sua vez, destacou que já existem múltiplos espaços de colaboração, tanto a nível da sociedade civil como de espaços estatais de exigibilidade de direitos (como as Defensorias do Povo) e o mesmo na justiça, e que seria muito importante recuperá-los e/ou dinamizá-los. Madrigal destacou a importância de construir uma agenda de trabalho focada na inclusão social (incluindo a educação, o emprego, a moradia e o acesso à saúde). Por sua vez, alertou sobre a importância de ter presente que existem outras vivências além daquelas das populações brancas e urbanas.

Moore⁵⁶ ressaltou que o acesso diferenciado ao financiamento por parte das organizações acarreta um ajuste das prioridades das organizações que trabalham no campo com base nas linhas de financiamento oferecidas e destacou a escassa coordenação existente entre a América Latina e o Caribe (tratando-se de experiências bem diferenciadas da interseccionalidade raça-gênero em cada espaço geográfico).

Apesar de todas as resistências e da exaustiva tradição de discriminação, perseguição, estigmatização e, em geral, violação dos direitos mais elementares das pessoas com orientação sexual não hegemônica, é inegável que nossas sociedades deram passos muito positivos de mudança cultural nas últimas décadas. Trata-se de um processo que deve continuar e se aprofundar. Reflexão, inteligência nas estratégias de mudança, esclarecimento da realidade, informação e promoção de princípios de respeito *ao outro*, são os elementos desta luta pelos direitos humanos nesta matéria que, de momento, não pode ter *conclusões porque não terminou nem deve terminar*.

56 Intervenção na Conferência do dia 22 de outubro de 2020.

Os autores e autoras agradecem a participação de um grande número de pessoas, funcionários e organizações da sociedade civil nesta pesquisa. Este trabalho não teria sido possível sem sua colaboração na coleta de informação.

Alberto Nieves – Ação Cidadã Contra a AIDS – Venezuela.

Alex Aguirre – Rede Ideias - Nicarágua.

Alexa Zamora - Nicarágua.

Ananda Hadah Rodrigues Puchta – Brasil.

Antonio Emmanuel – Victoria Chambers – Trinidad e Tobago.

Argenis Mondragón - Ação Cidadã contra a AIDS – Venezuela.

Ariana – Paraguai.

Associação Cidadã ACCEDER – Costa Rica.

Beretta Godoy Advogados - Escritório Jurídico - Argentina.

Centro de Promoção e Defesa dos Direitos Sexuais e Reprodutivos PROMSEX – Peru.

CIPAC – Costa Rica.

Grupo 100 % Diversidade e Direitos – Argentina.

Cracey Fernandes – Guyana Sex Work Coalition – Guiana.

David Ryken - IBA - Nova Zelândia.

Deputado Enrique Sánchez Carballo - Partido Ação Cidadã – Costa Rica.

DLA Piper LLP - Escritório Jurídico - Estados Unidos.

Federico Godoy – IBA – Argentina.

Frente pelos Direitos Igualitários – Costa Rica.

Fundação Diversencia - Bolívia.

Fundação Igualitos – Costa Rica.

Grupo Dignidade e da Aliança Nacional LGBTI+ - Brasil.

Grupo Gay da Bahia – Brasil.

Hellen Chinchilla Serrano – Costa Rica.

Homens Trans Costa Rica – Costa Rica.

Jason Jones – Trinidad e Tobago.

Jessica Rose - United and Strong LGBTQI - Santa Lúcia.

Joel Simpson e Valini Leitch – Society Against Sexual Orientation Discrimination – Guiana.

Karen de Souza – Red Thread Women: Crossroads Women’s Centre – Guiana.

Larissa Arroyo Navarrete – Costa Rica.

Laura Valenciano Arrieta – Costa Rica.

Manodiversa - Bolívia.

Matthias Stupp – IBA – Alemanha.

Megan Hernández Angulo - Costa Rica.

Melissa Martins Casagrande – Brasil.

Morrison Foerster - Escritório Jurídico - Estados Unidos.

Noerr - Escritório Jurídico - Alemanha.

Patricia Sheerattan-Bisnauth – Guyana Responsible Parenthood Association – Guiana.

Peter Low & Choo LLC, Advocates and Solicitors - Escritório Jurídico - Singapura.

Quincy McEwen – Guyana Trans United – Guiana.

Quiteira Franco – União Afirmativa Venezuela – Venezuela.

Randy Bullard – IBA – Estados Unidos.

Remy Zheng Xi Choo – IBA – Singapura.

Rishi Dass – Victoria Chambers – Trinidad e Tobago.

Royston Savory – Family Awareness Consciousness Togetherness - Guiana.

Ryan Coyle – IBA – Estados Unidos.

Ryken & Associates, Barristers & Solicitors - Escritório Jurídico - Nova Zelândia.

Sherlina Nageer – Guybow – Guiana.

Siwo Alar – Costa Rica.

SomosGay – Paraguai.

Toni Reis – Brasil.

Transvida – Costa Rica.

Este trabalho contém os resultados de uma pesquisa sobre a persistência de tipos penais que criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo no Caribe anglófono, outras figuras penais (ou relacionadas a elas) e as práticas e procedimentos que atentam contra os direitos das pessoas sexualmente diversas, que continuam a sofrer discriminação, perseguição e violência na América Latina.

O processo acadêmico foi dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Leonardo Raznovich junto com uma magnífica equipe formada por Lucas Ciarniello Ibáñez e Selene Pineda, tarefa à qual se juntaram numerosas pessoas e grupos envolvidos na defesa e proteção dos direitos das pessoas LGBTI.

Além disso, destacam-se a participação do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes (ILANUD) na realização da pesquisa, bem como o apoio recebido da International Bar Association e a contribuição de especialistas nas atividades virtuais que acompanharam a análise dos achados.



ISBN 978-9930-514-28-3