

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites

The Inter-American Human Rights System and discrimination against LGBTTI: overview, potentiality and limits

Roger Raupp Rios

Centro Universitário UniRitter, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com.

Alice Hertzog Resadori

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: ali.resadori@gmail.com.

Paulo Gilberto Cogo Leivas

Centro Universitário UniRitter, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: pgleivas@uol.com.br.

Gilberto Schafer

Centro Universitário Ritter, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: gilbertoschafer@hotmail.com.

Recebido e aceito em maio de 2017.

Resumo

Este artigo tem como objetivo apresentar um panorama dos casos envolvendo direitos humanos de pessoas LGBTTI examinados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, propondo uma reflexão crítica acerca das virtudes, potencialidades e limites da jurisprudência interamericana de direitos humanos, a fim de colaborar para seu fortalecimento e progresso.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos; LGBTTI; antidiscriminação.

Abstract

This article presents an overview of the LGBTTI human rights cases examined by the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, and proposes a critical reflection on the virtues, potentialities and limits of inter-american human rights jurisprudence, collaborating for its strengthening and progress.

Keywords: Inter-American Human Rights System; LGBTTI; antidiscrimination.

Introdução

Os dados atuais sobre violência contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e pessoas intersex (LGBTTI)¹ são alarmantes: segundo estudo realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nos estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), no período entre janeiro de 2013 e março de 2014, pelo menos 594 pessoas LGBTTI foram assassinadas e 176 sofreram ataques graves não-letais, em razão de sua identidade de gênero, orientação sexual ou expressão de gênero. Destas, a grande maioria são mulheres trans latino-americanas² (CIDH, 2014).

Diante dessa terrível experiência de violência e discriminação nas Américas, esse estudo busca oferecer um panorama dos casos envolvendo direitos humanos desses indivíduos e grupos discriminados (primeira parte), apontando não somente as hipóteses examinadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte), como também salientando os principais fundamentos desenvolvidos no interior do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Feito isso, a segunda parte, diante desse repertório de decisões, propõe uma reflexão crítica acerca das virtudes, potencialidades e limites da jurisprudência interamericana de direitos humanos, objetivando colaborar para seu fortalecimento e progresso.

1. Violações de direitos humanos de pessoas LGBTTI no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Comissão e a Corte são entidades autônomas vinculadas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Enquanto a primeira tem competência

¹ Em que pese o SIDH utilizar a sigla LGBTI, preferimos adotar a expressão LGBTTI, tendo em vista que é a utilizada correntemente pelos movimentos sociais brasileiros contemporâneos, que por ela designam “lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais”, dada sua relevância e valor didático para essa reflexão. Neste sentido, ver Oliveira (2012) e ANIS (2007).

² O referido estudo não diferencia mulheres-trans de travestis.

de receber e processar denúncias e petições sobre casos de violações de direitos humanos, a Corte é um órgão jurisdicional vinculado à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969). A Corte julga ações de responsabilidade internacional dos Estados que ratificaram a Convenção e expressamente aceitaram sua jurisdição, proferindo sentenças de cumprimento obrigatório, definitivas e irrecorríveis. Os relatórios produzidos pela CIDH e as sentenças proferidas pela Corte possibilitam que as demandas de grupos vulneráveis não atendidas no plano interno sejam atendidas no plano regional ou internacional e, em um movimento de retorno, sejam reincluídas na agenda política interna sob novas correlações de poder (COIMBRA, 2013). Esta relação reforça, mesmo que pela via da coerção, a proteção dos direitos humanos nos Estados.

No que tange aos direitos humanos das pessoas LGBTTI, até o mês de janeiro de 2017, foram analisados pela Relatoria LGBTTI da CIDH 11 (onze) casos envolvendo violação de direitos humanos a este grupo protegido. Destes, 7 (sete) foram admitidos³, dentre os quais 3 (três) foram enviados à Corte⁴; 3 (três) não foram admitidos em razão do não cumprimento de requisitos formais, como o não esgotamento da via interna⁵; e 1 (um) resultou em solução amigável⁶. Os dados foram coletados junto ao *site* da Organização dos Estados Americanos (OEA), que congrega todas as informações relativas aos casos examinados pela Relatoria LGBTTI, seja no âmbito da CIDH, seja no da Corte. Para fins de análise neste artigo, os casos foram divididos entre aqueles apreciados apenas pela CIDH e os submetidos à Corte.

³ CIDH, Giraldo vs Colômbia, 1999; CIDH, Marín vs Peru, 2014; CIDH, Pavez vs Chile, 2015; CIDH, Melinho vs Brasil, 2016; CIDH, Atala e filhas vs Chile, 2010; CIDH, Duque vs Colômbia, 2014; e CIDH, Freire vs Equador, 2013.

⁴ Corte, Atala e filhas vs Chile, 2012; Corte, Duque vs Colômbia, 2016; e CIDH, Freire vs Equador, 2013.

⁵ Os casos não admitidos pela CIDH são os seguintes: a) CIDH, Meza vs Paraguai, 2001 - reconhecimento de sociedade de fato com companheiro falecido. Tribunais paraguaios examinaram extensivamente os fatos e concluíram que não havia provas da sociedade de fato. Inadmitida a petição porque os fatos são infundados e porque não houve o esgotamento das instâncias internas. b) CIDH, Mejías vs Chile, de 2013 - demitido do trabalho em razão da orientação sexual e por ser soropositivo, além de ameaças de que, se não aceitasse sair do emprego, teria sua orientação sexual e condição de saúde publicizadas. Não admitida a petição por não terem sido esgotadas as instâncias internas. c) CIDH, Figueroa vs Chile”, 2014 - estudante de 19 anos expulsa de colégio privado por ter sido vista beijando outra mulher. Não foi admitida a petição por não terem sido esgotadas as instâncias internas.

⁶ CIDH, X vs Chile, 2009.

1.1. Casos LGBTTI apreciados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Inicialmente serão apresentados em ordem cronológica os casos admitidos pela CIDH que não foram submetidos à Corte. Em seguida, será exposto o caso que resultou em solução amigável. Os 3 (três) casos admitidos pela Comissão e submetidos à Corte serão tratados no próximo ponto.

1.1.1 Marta Lucía Álvarez Giraldo vs Colômbia

O mais antigo caso apreciado pela Relatoria LGBTTI da CIDH foi apresentado em 18 de maio de 1996 por Marta Lucía Álvarez Giraldo face às violações de direitos humanos que foi submetida pelo Estado colombiano. A petionária, que estava cumprindo pena privativa de liberdade, teve seu pedido de visitas íntimas negadas em razão da sua orientação sexual.

O Estado não questionou a admissibilidade do caso e, no que tange ao mérito, alegou que *“permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general.”* (CIDH, Giraldo vs Colômbia, 1999).

Em 04 de maio de 1999 A CIDH admitiu a petição, entendendo que o caso pode configurar a violação ao direito à vida privada, cujo alcance e conteúdo devem ser esclarecidos. Assim, determinou o envio do informe ao Estado e à petionária, a continuidade da análise de fundo da questão e a publicação da decisão e sua inclusão no informe anual à Assembleia Geral da OEA.

1.1.2 Luis Alberto Rojas Marín vs Peru

Trata-se de caso em que os peticionários (a *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos*, o *Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos* - PROMSEX e a *Redress Trust: Seeking Reparations for Torture Survivors*) levaram ao conhecimento da CIDH graves violações de direitos humanos decorrentes de detenção ilegal e arbitrária de Alberto Rojas Marín, seguida de atos de tortura motivada pela sua orientação sexual, além do desrespeito ao devido processo legal.

O peticionário relata à CIDH que, em 2008, quando tinha 26 anos de idade, estava se deslocando para casa, sem documentos de identificação, quando foi detido pela força nacional por “conduta suspeita”, tendo ficado na delegacia policial por mais de 12 horas. Durante a detenção, foi agredido física e verbalmente pelos agentes e insultado com frases alusivas a sua orientação sexual. Ficou nu, teve seu corpo manuseado pelos policiais e torturado com instrumentos inseridos em seu ânus.

Tentou denunciar os policiais junto à corporação, contudo, o pedido foi rechaçado, não tendo o Estado cumprido com o seu dever de investigar e julgar os responsáveis. Na apuração dos fatos, houve irregularidades também no exame médico-legal. Além de ter sido marcado apenas para o dia seguinte, o médico que examinou o peticionário questionou a alegação de que as lesões foram provocadas pelos policiais. Ainda, quando prestou declaração junto ao Ministério Público também sofreu pressão e intimidação, tendo ouvido explicitamente que os fatos narrados não eram factíveis, pois, como é gay, poderia ter mantido relações com outras pessoas e atribuído as lesões aos policiais.

Presentes os requisitos de admissibilidade, em 06 de novembro de 2014 a CIDH admitiu a petição, elencando os direitos presumidamente violados no caso em análise - igualdade, integridade pessoal, liberdade pessoal, respeito à honra e dignidade, garantias judiciais, proteção judicial e obrigação de respeito e garantia:

En vista de los elementos presentados en la etapa de admisibilidad, la CIDH considera que los hechos materia del reclamo sobre la presunta detención ilegal y arbitraria de Luis Alberto Rojas Marín y la alegada comisión de actos de tortura y otros tratos crueles y degradantes en su contra, así como su falta de esclarecimiento judicial, podrían caracterizar violaciones de los derechos consagrados en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 11 (derecho al respeto a la honra y la dignidad), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1(1) (obligación de respeto y garantía) y 2 (obligación de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho instrumento y de las obligaciones de prevenir y sancionar la tortura establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Asimismo, la Comisión considera que los hechos materia del reclamo podrían caracterizar la violación del artículo 5 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana en perjuicio de la madre de Luis Alberto Rojas Marín, Juana Rosa Tanta Marín.

Con relación a la presunta comisión de actos de discriminación en perjuicio de Luis Alberto Marín, la Comisión observa que dados los alegatos formulados en relación con tratos discriminatorios por parte de distintos agentes estatales –en el marco de la detención y evacuación de pruebas, como la declaración y el examen médico legal– corresponderá determinar en la etapa de fondo la posible responsabilidad del Estado por la presunta violación del derecho establecido en el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1(1) del mismo tratado (CIDH, Marín vs Peru, 2014, p. 11).

Assim, em 06 de novembro de 2014 foi determinada a notificação das partes, o início dos trâmites sobre o fundo da questão e a publicação e inclusão desta decisão no informe anual à Assembleia Geral da OEA.

1.1.3 Sandra Cecilia Pavez Pavez vs Chile

Em 28 de outubro de 2008 foi recebida pela CIDH a petição apresentada por Sandra Cecilia Pavez Pavez, Rolando Paul Jiménez Pérez, representante legal do *Movimiento de Integración y Liberación Homosexual* (MOVILH) e Alfredo Morgado. Foram relatadas violações de direitos humanos cometidas pelo

Estado do Chile contra a primeira petionária, professora de ensino religioso, em razão de sua orientação sexual.

Em razão do Decreto 924/84, que regulamenta as aulas de religião nos estabelecimentos de ensino, as professoras e professores desta disciplina devem apresentar um certificado de idoneidade outorgado pela autoridade religiosa vinculada ao culto relacionado à matéria que será ensinada. Tal certificado, contudo, pode ser revogado pela autoridade que o emitiu.

No caso em tela, a primeira petionária, professora de religião há mais de 25 anos, teve seu certificado revogado em razão da sua orientação sexual, ficando impossibilitada de exercer sua profissão. Diante desta decisão, interpôs recurso de proteção aos tribunais de justiça locais, os quais rechaçaram a ação, considerando que

[...] la legislación aplicable facultaba al órgano religioso correspondiente a otorgar y revocar la autorización para ejercer la docencia de religión de acuerdo con sus particulares principios religiosos, morales y filosóficos, respecto de lo cual el Estado no tendría poder de injerencia alguna. En esa misma línea, habría estimado que dicha facultad descansa sobre el propio credo, el cual tiene amplia libertad para establecer sus normas y principios, y que subyace en la propia norma legal que quien debiera impartir un credo en las aulas debía ajustarse a dichas normas, creencias y dogmas sin que competa a los órganos del Estado inmiscuirse o cuestionarlas. (CIDH, Pavez vs Chile, 2015, p.2)

Tal decisão foi confirmada, em 2008, pela Corte Suprema do Chile. A CIDH admitiu a petição e considerou que o caso requer uma análise de fundo para avaliar a compatibilidade do Decreto 924/84 com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Assim, em 21 de julho de 2015 determinou a notificação das partes, o início dos trâmites sobre o fundo da questão e a publicação e inclusão desta decisão no informe anual à Assembleia Geral da OEA.

1.1.4 Luiza Melinho vs Brasil

O mais recente caso apreciado pela relatoria LGBTTI da CIDH, em 2016, é de Luiza Melinho, transexual, que relatou, em 26 de março de 2009, por meio dos petionários Thiago Cremasco e da ONG Justiça Global, suposta violação de direitos humanos em processo relacionado à cirurgia de afirmação sexual, tendo em vista que o Estado brasileiro se negou a realizar sua cirurgia pelo Sistema Único de Saúde e a arcar com os custos do procedimento em hospital privado.

Desde fevereiro de 1997, Melinho vinha sendo atendida pelo hospital de clínicas da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, tendo sido referenciada naquela instituição após tentativa de suicídio motivada pela inconformidade com o seu sexo de nascimento. Em 2001, Melinho foi admitida no Programa de Afirmação Sexual do Hospital da UNICAMP para que pudesse se submeter aos procedimentos preparatórios à cirurgia de redesignação sexual.

No mesmo ano foi marcada uma cirurgia para alterar a estética da sua laringe. Contudo, na data prevista para realização do procedimento, o mesmo foi cancelado, por falta de médico anestesista. Após este cancelamento, o hospital anunciou que havia parado de realizar cirurgias de afirmação sexual, por serem muito complexas e por não contar com a equipe multidisciplinar completa exigida pelo Conselho Federal de Medicina⁷.

Foi oferecido atendimento para Melinho em outro hospital, sendo que o mais próximo, o hospital da Universidade de São Paulo - USP, não estava recebendo novas pacientes e se negava a utilizar o diagnóstico fornecido pelo

⁷ Foram publicadas três resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre transexualidade. A primeira, nº 1.482, de 1997, autorizava a realização de cirurgias de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares, a título experimental, que deveriam ser realizadas em hospitais universitários ou públicos destinados a pesquisa. Ainda, definia o conceito de transexualidade, que permanece o mesmo ainda hoje. A segunda resolução, nº 1.652, de 2002, revoga a primeira, mantendo o conceito de transexualidade, mas retira o caráter experimental da transgenitalização tipo neocolpovulvoplastia, podendo ser realizada em qualquer hospital, público ou privado, independente de ser voltado para a pesquisa. Já a Resolução nº 1.955, de 2010, que revogou a nº 1.652, autoriza a realização das cirurgias tanto de redesignação de homem para mulher, quanto de mulher para homem, em hospital público ou privado, desde que atenda às exigências da Resolução e conte com comissão ética.

hospital da UNICAMP, ou seja, seria necessário fazer todo o acompanhamento novamente. A impossibilidade de levar a cabo a cirurgia fez com que ela mutilasse suas genitálias em 2002. Neste mesmo ano, Melinho ingressou com ação judicial contra o Hospital de Clínicas da UNICAMP, tendo sido negada, em 2003, a tutela antecipada para realização da cirurgia. A decisão de primeiro grau, de 2006, foi pela improcedência do pedido, tendo sido mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ouvido, o Estado brasileiro alega a inadmissibilidade da petição, em razão de que não foram esgotadas as vias internas, já que não foram apresentados Recursos Especial e Extraordinário, e que não houve violação dos direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Apesar de tomar nota sobre a ausência de Recurso Especial e Extraordinário, a CIDH admitiu a petição com relação à Senhora Melinho, concluindo que houve um retardo injustificado na tramitação do processo judicial e, portanto, não seria razoável exigir a interposição de tais recursos. Ainda, apresentou os possíveis direitos humanos violados no caso: integridade pessoal, garantias judiciais, proteção da honra e da dignidade, igualdade, proteção judicial e desenvolvimento progressivo, todos protegidos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

5. Ante lo anterior y en vista de los elementos de hecho y de derecho presentados por las partes y la naturaleza del asunto puesto bajo su conocimiento, la CIDH considera que, de ser probados, los hechos alegados podrían caracterizar posibles violaciones a los derechos protegidos en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

6. Además, en la etapa de fondo la CIDH decidirá si los hechos alegados, de ser probados, podrían caracterizar una violación al artículo 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana (CIDH, Melinho vs Brasil, 2016, p. 10).

Os peticionários relataram também violação de direitos humanos das demais pessoas transexuais que buscaram a cirurgia de redesignação sexual junto ao Hospital da UNICAMP. Neste ponto foi inadmitida a petição porque

não foram apresentadas informações suficientes sobre a situação deste grupo, não podendo ser determinado o esgotamento dos recursos internos por parte destas pessoas.

Em 14 de abril de 2016, a CIDH determinou a notificação das partes, o início dos trâmites sobre o fundo da questão e a publicação e inclusão desta decisão no informe anual à Assembleia Geral da OEA.

1.1.5 X vs Chile

Em 07 de fevereiro de 2003, foi recebida pela CIDH petição apresentada pela Corporação de Desenvolvimento da Mulher “La Morada”, que relatava caso de violação dos direitos humanos à honra e à vida privada da Senhora X, membro dos Carabineiros do Chile, acusada por outra carabineira de manter relações com a Senhora Y. A petição também denunciou o excesso no exercício das funções das autoridades policiais que investigaram o caso, que determinaram a entrada a força em sua casa e interferiram na sua vida familiar e privada. Por fim, denuncia a negação de proteção judicial, considerando que o recurso de proteção interposto pela vítima foi declarado inadmissível e que não houve aplicação de sanção adequada à carabineira que a acusou de manter relações com outra mulher.

Em 11 de março de 2008, a peticionária e o Estado subscreveram um acordo de solução amigável, que previu: pedido formal de desculpas; garantias de não repetição, como a publicação do boletim oficial dos carabineros consagrando critérios para promoção da honra e dignidade das pessoas em indagações administrativas, permitindo a investigação apenas de situações relevantes administrativamente e preservando sempre a honra e a dignidade e adoção das medidas necessárias para que a peticionária pudesse desempenhar suas atividades normalmente; medidas de reparação e publicação do acordo de solução amigável.

Identificando que o acordo foi substancialmente cumprido, em 06 de agosto de 2009, a CIDH aprovou a solução amistosa, nos termos firmados pelas partes, dando por cumprido o acordo.

1.2. Casos LGBTTI Submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos

Além dos casos acima relatados, 3 (três) outros foram admitidos pela CIDH e submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte inaugurou a apreciação de demandas relativas à população LGBTTI com o caso “Atala e filhas vs Chile”, em 2010, tendo se pronunciado novamente sobre discriminação motivada por orientação sexual no caso “Duque vs Colômbia”, em 2014. O último caso a ser enviado para a Corte, “Freire vs Equador”, ainda não foi sentenciado pela Corte.

1.2.1 Karen Atala e filhas vs Chile

O primeiro caso envolvendo questões LGBTTI apreciado pela Corte Interamericana é o de Karen Atala, juíza chilena, que sofreu tratamento discriminatório no processo de guarda de suas filhas, motivado pela sua orientação sexual. O ex-marido de Atala moveu um processo junto ao Juizado de Menores sustentando que o desenvolvimento físico e mental de suas três filhas estaria comprometido se permanecessem sob os cuidados da mãe, pois a mesma estava mantendo relações sexuais com outra mulher. O caso ganhou repercussão da mídia nacional, tendo a vida privada da Senhora Atala se tornado pública.

Paralelamente ao processo de guarda, foi instaurado processo disciplinar contra Atala, no qual o Pleno da Corte de Apelações de Temuco designou o Ministro Lenin Lillo para realizar uma visita extraordinária no tribunal onde a Senhora Atala cumpria suas funções como juíza. A visita tinha como objetivo analisar os fatos que foram levados a público sobre a sua

sexualidade por meio de questionamentos sobre sua vida íntima aos seus colegas de trabalho. O Ministro concluiu que a relação afetiva da Senhora Atala estava transcendendo a esfera privada, maculando a imagem do Poder Judiciário.

No processo de guarda, o pai das crianças apresentou pedido de guarda provisória, o qual foi deferido pelo Judiciário, por entender que “[...] *el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que en el contexto de una sociedad heterossexualizada, y tradicional, cobran gran importancia.*” (CHILE, 2003). O Juiz que proferiu tal decisão foi inabilitado, a pedido da Senhora Atala, por ter fundamentado sua decisão em um modelo de sociedade e visão discriminatórios. Sobreveio a sentença definitiva de primeiro grau, outorgando a guarda das crianças a Senhora Atala.

O pai das crianças apelou, argumentando que o cumprimento da sentença acarretaria uma mudança radical e violenta ao *status quo* de suas filhas, tendo o apelo sido provido e, posteriormente, tornado sem efeito. Irresignado, recorreu à Suprema Corte do Chile, que lhe concedeu a guarda definitiva das crianças, entendendo que se encontravam em risco com a mãe, pois sua realidade familiar excepcional se diferenciava sobremaneira das realidades de seus colegas de colégio, o que lhes exporia e lhes colocaria em condição de isolamento.

A CIDH recebeu este caso em 24 de novembro de 2004 e, em 2010 se pronunciou no sentido de que as autoridades judiciais chilenas comprometeram a responsabilidade internacional do Estado por terem aplicado *standards* incompatíveis com a Convenção, violando os direitos à igualdade, à não discriminação, à vida privada, aos direitos das crianças, à igualdade dos cônjuges após a dissolução do matrimônio e às garantias e proteções judiciais. Desta forma, determinou medidas de satisfação, não repetição e reparação.

Considerando que o Estado do Chile não cumpriu as recomendações da CIDH de forma satisfatória, o caso foi encaminhado para apreciação da Corte em 17 de setembro de 2010, que, em 24 de fevereiro de 2012, proferiu

sua sentença. A Corte separou sua decisão em dois pontos: o processo de guarda e o processo disciplinar instaurado contra Atala.

Sobre o processo da guarda das crianças, a Corte concluiu que, em que pese o Estado chileno ter fundamentado sua decisão na proteção do interesse superior das crianças, acabou por violar o direito à igualdade e à antidiscriminação, na medida em que

[...] no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (suprapárr.121,131y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (suprapárr. 118, 119, 125, 130, 140y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 50)

A Corte ressaltou que o Estado discriminou também as três filhas da Senhora Atala, na medida em que foram separadas do convívio da mãe com base no critério da orientação sexual. Ainda, entendeu que houve a interferência arbitrária na sua vida privada e familiar, violando direitos protegidos pela Convenção.

No que tange aos direitos às garantias e proteções judiciais, a Corte concluiu que não foram violados pela decisão da Suprema Corte pois

[...] ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces. Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema. Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva. (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 61-62)

Contudo, houve violação ao direito das crianças de serem escutadas no processo de guarda, pois a Suprema Corte não explicou na sentença como avaliou as declarações das meninas sobre sua preferência de permanecer com a mãe, tendo decidido com base no suposto interesse superior das crianças, sem demonstrar as razões pelas quais contradisse a própria vontade das mesmas.

Com relação ao processo disciplinar instaurado contra Atala, a Corte entendeu que o mesmo violou o direito à igualdade e à antidiscriminação, pois a sua orientação sexual não poderia ter sido motivo para a levar a cabo um processo de investigação. Ainda, o referido processo questionou aos seus colegas de trabalho sobre sua orientação sexual, o que viola o direito à vida privada da Senhora Atala. Por fim, tal procedimento violou os direitos à proteção e às garantias judiciais, pois foi baseado em preconceitos e estereótipos, demonstrando a posição pessoal de quem o conduziu a respeito da orientação sexual de Atala.

A Corte determinou como medidas de reparação a assistência médica e psicológica às vítimas, caso desejem, a publicação da sentença, a realização de um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado do Chile, garantias de não repetição, como a capacitação de agentes públicos e a interpretação das normas internas de acordo com a Convenção, e a indenização por danos morais e materiais.

1.2.2 Ángel Alberto Duque vs Colômbia

O segundo caso envolvendo demandas LGBTTI submetido à Corte é o de Ángel Alberto Duque, que teve negada a pensão por morte de seu companheiro, em razão de sua orientação sexual. Ao fazê-lo, o Estado colombiano também inviabilizou seu acesso aos serviços de saúde necessários para o tratamento do HIV, tendo em vista que dependia economicamente de seu companheiro para o custeio dos medicamentos que utilizava.

Ouvido, o Estado sustentou que não incorreu em responsabilidade internacional em relação às violações de direitos humanos apontadas. Isso porque tem realizado avanços importantes no que tange às pensões para casais do mesmo sexo e assim, a situação narrada pelo Senhor Duque teria se dado em consequência do dispositivo de progressividade que contam os direitos econômicos, sociais e culturais e com a margem de flexibilidade que os Estados contam para garantir estes direitos a sua população.

O caso ingressou na CIDH em 08 de fevereiro de 2005 e, em 02 de abril de 2014, foi analisado. A Comissão referiu que a legislação colombiana sobre seguridade social traz um conceito de família estereotipado e restritivo, excluindo as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Em que pese a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana ter reconhecido, entre os anos de 2007 e 2008, os mesmos benefícios previstos a casais heterossexuais aos casais homossexuais, e ter determinado a mudança de aproximadamente 20 (vinte) leis, para garantir a equidade aos casais homossexuais, estas mudanças foram posteriores ao caso em tela e *“en la práctica, el acceso y la efectividad de aquellos recursos todavía enfrenta desafíos como resultado de la discriminación de la que históricamente han sido objeto”*. (CIDH, Duque vs Colômbia, 2014, p. 13).

A Comissão concluiu pela violação dos direitos à igualdade, à não discriminação, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, todos resguardados pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

La Comisión ha establecido que el señor Duque fue víctima de discriminación por motivos de orientación sexual en virtud de la legislación que le impidió acceder a la pensión de su compañero permanente fallecido. Asimismo, de acuerdo con lo mencionado en los párrafos precedentes, la Comisión considera que los procesos judiciales perpetuaron con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la “conservación de la especie y la procreación de los hijos”. La Comisión ya ha determinado que esta circunstancia es incompatible con la Convención Americana. (CIDH, Duque vs Colômbia, 2014, p. 27)

Portanto, recomendou ao Estado Colombiano que reparasse os danos sofridos pelo Senhor Duque, concedendo-lhe a pensão e o acesso aos serviços de saúde; que adotasse todas as medidas necessárias para garantir a não repetição; que procedesse à capacitação de todas as pessoas que trabalham com os serviços de seguridade social para dar trâmite às solicitações de pensão de casais do mesmo sexo; e que adotasse as medidas estatais necessárias para que casais do mesmo sexo não sejam discriminados no acesso aos serviços de seguridade social.

A CIDH submeteu o caso à Corte em 21 de outubro de 2014, tendo em vista que as recomendações não foram cumpridas pelo Estado Colombiano. A sentença da Corte data de 26 de fevereiro de 2016 e analisa se houve a violação dos direitos apontados pela CIDH.

No que tange aos direitos à igualdade perante à lei e à proibição de discriminação, a Corte afirma que os direitos foram violados na medida em que: a) as normas relativas à regulação da união marital e da previdência social estabeleçam uma diferença de tratamento, já que apenas os casais heterossexuais poderiam formar uma união marital de fato; b) esta diferença se refere à categorias protegidas pelo art. 1.1 da Convenção Americana (orientação e identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção) e que esta diferença de tratamento é discriminatória:

Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.

En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad. (CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 32)

Com relação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, a Corte analisou dois pontos. O primeiro trata da alegada violação ao art. 25 da Convenção, pela inexistência de recurso efetivo para reclamar a pensão por morte. A Corte ressalta que a existência de recurso efetivo envolve não apenas a sua previsão formal, mas também que dê respostas efetivas à violação de um direito reconhecido. No caso concreto, a Corte concluiu que não há elementos que demonstrem que a atuação das autoridades judiciais afetou a proteção judicial do Senhor Duque, assim, entende que não houve a violação do direito à proteção judicial previsto no art. 25.1 da Convenção.

O segundo ponto versa sobre a alegada violação do art. 8.1 da Convenção pela aplicação de estereótipos discriminatórios nas decisões judiciais. A Corte salienta que as decisões judiciais apresentaram argumentos baseados nas normas colombianas que regulavam as pensões por morte, e não na percepção estereotipada por parte dos juízes. Assim, concluiu que não houve a violação do referido artigo.

Sobre a alegada violação ao direito à vida e à integridade pessoal, relacionada ao tratamento de saúde, a Corte entende que não há elementos que concluem que, no caso concreto, o Senhor Duque teria proteção de maior qualidade no regime contributivo (caso tivesse recebido a pensão) do que no subsidiado. Assim, não há que se falar na violação destes direitos.

Como reparações pela violação do direito à igualdade, a Corte determina: a publicação da sentença da Corte, a garantia de trâmite prioritário ao Senhor Duque na solicitação de pensão por morte, o pagamento de indenização por danos morais no valor de USD 10.000,00 (dez mil dólares) ao Senhor Duque e o envio de relatório no prazo de 1 ano, demonstrando as medidas adotadas.

1.2.3 Homero Flor Freire vs Equador

Em 30 de agosto de 2002, Alejandro Ponce Villacís e Juan Manuel Marchán apresentaram petição à CIDH, alegando a responsabilidade do Estado do Equador pela baixa do serviço militar de Homero Flor Freire, em razão de uma presumida falta disciplinar ligada a sua orientação sexual.

Segundo narrado pelos peticionários, o Senhor Homero Flor teria retornado ao Forte Militar Amazonas com outro funcionário militar, após terem participado de uma festa. Considerando que seu colega se encontrava alcoolizado, Homero Flor decidiu levá-lo até seu quarto. Momentos depois, foi advertido por ter sido visto em “situação de homossexualismo” e assim, foi pressionado por colegas para solicitar sua retirada da Força Terrestre. Rechaçando esta acusação, apresentou informe para as autoridades militares, tendo sido iniciado um processo sumário de informação, o qual concluiu pela existência de falta disciplinar e colocou o Senhor Homero Flor em situação de disponibilidade e posterior baixa do serviço militar.

Os peticionários alegam que tal investigação sumária violou as garantias ao devido processo e se sustentou em dois pressupostos discriminatórios: a alegada homossexualidade do Senhor Homero Flor e a prática de atos sexuais dentro de um estabelecimento militar. Sobre este aspecto, salientam que há na legislação militar tratamento diferenciado entre a prática de atos sexuais heterossexuais e homossexuais, sendo os primeiros punidos com suspensão de até 30 dias e os últimos com a baixa do serviço militar. Ainda, referem que as circunstâncias sobre as quais se deu a baixa do Senhor Homero Flor violaram seu direito à honra e à vida privada, pois tiveram efeitos nocivos na sua vida particular (divórcio) e profissional (perda do trabalho e dificuldade de se reinserir no mercado, em razão do estigma carregado pela homossexualidade).

Ouvido, o Estado referiu que o caso narrado pelos peticionários se relaciona a uma norma que não se encontra mais vigente no ordenamento jurídico equatoriano, tendo este assunto sido resolvido em âmbito interno. Ainda, refere que foi respeitado o devido processo legal e que, como mostra

de sua boa fé, o Estado entrou em processo de solução amigável, que não prosperou.

Em 15 de março de 2010, a CIDH decidiu proceder à análise de fundo relativa à suposta violação da Convenção Americana de Direitos Humanos. No Informe nº 81/2013, a Comissão apresenta duas importantes considerações ao caso: a) em que pese a modificação do regramento da disciplina militar, o Estado do Equador não procedeu à anulação da baixa do Senhor Homero Flor Freire, e assim, cabe à CIDH analisar se, no caso concreto, houve a aplicação de *standards* incompatíveis à Convenção; b) há duas versões sobre os fatos que ensejaram a baixa do Senhor Homero Flor - a versão da vítima, de que não é homossexual, e a do Estado, de que houve, sim, a prática de relações entre a vítima e outro homem nas dependências do estabelecimento militar. Sobre este ponto, a Comissão frisa, conforme entendimento da Corte, que há discriminação independente da percepção do grupo corresponder ou não com a autoidentificação da vítima. De toda forma, salienta que o caso em tela não se relaciona com a orientação sexual da vítima, e sim com a aplicação de uma disposição de disciplina militar que sanciona atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

A CIDH aponta que os direitos violados neste caso são o direito à igualdade perante à lei, o direito à não discriminação e os direitos às garantias e proteções judiciais. Desta forma, em 04 de novembro de 2013, recomenda ao Estado Equatoriano que repare integralmente os danos morais e materiais sofridos por Homer Flor, que reconheça publicamente que sua baixa se deu de forma discriminatória, que adote as medidas estatais necessárias para que ninguém mais seja discriminado nas dependências do Exército com base na sua orientação sexual, real ou percebida e que adote as medidas para garantir o direito ao devido processo de militares julgados em processos disciplinares, incluindo o direito a um juiz ou tribunal imparcial.

Considerando que as recomendações não foram substancialmente cumpridas pelo Estado, o caso, foi enviado à Corte em 11 de dezembro de 2014, ainda pendendo de sentença. Esta será a primeira vez que a Corte se pronunciará sobre compatibilidade do princípio da igualdade e da

antidiscriminação com normas militares que, objetivando manter a disciplina, sancionam atos homossexuais e discriminam em razão da orientação sexual, real ou presumida (CIDH, Freire vs Equador, 2015).

2. Proteção antidiscriminatória de pessoas LGBTTI no SIDH: conteúdo jurídico dos direitos humanos e enfrentamento da discriminação

Na proteção antidiscriminatória⁸ desenvolvida no SIDH, chamam a atenção, dentre outros aspectos, os espaços de violação (instituições estatais, militares e de seguridade social⁹), bem como o enfrentamento de visões de mundo morais e religiosas, que se manifestam tanto no serviço público, como nas relações familiares. Também se destaca a presença maior de mulheres buscando proteção a seus direitos: dos oito casos de violação de direitos LGBTTI analisados, 62,5% envolvem mulheres, enquanto os homens somam apenas 37,5 %; do ponto de vista das identidades sexuais e de gênero, 4 (quatro) casos tratam de questões envolvendo lésbicas¹⁰, 3 (três) se relacionam a homens gays¹¹, sendo que 1 (um) deles se trata de identidade percebida, e 1 (um) caso envolve mulher trans¹².

Nesse apanhado de violações de direitos e de sujeitos protegidos, o SIDH pode ser analisado a partir de duas perspectivas: da afirmação do conteúdo jurídico dos direitos humanos de pessoas LGBTTI e do reconhecimento da discriminação sofrida. Um exame crítico, que simultaneamente faça justiça às relevantes decisões tomadas e que colabore para o necessário aperfeiçoamento, deve apontar virtudes e potencialidades, como também limites e possibilidades de otimização do SIDH.

⁸ Para um exame sistemático da teoria jurídica da igualdade como mandamento antidiscriminatório, ver Rios (2008).

⁹ Sobre a relação entre proteção antidiscriminatória e direitos sociais, ver Roca (2012).

¹⁰ CIDH, Giraldo vs Colômbia, 1999; CIDH, Pavez vs Chile, 2015; CIDH, X vs Chile, 2009; e CIDH, Atala e filhas vs Chile, .2010

¹¹ CIDH, Marín vs Peru, 2014; CIDH, Duque vs Colômbia, 2014; CIDH, Freire vs Equador, 2013 (identidade percebida).

¹² CIDH, Melinho vs Brasil, 2016.

2.1. Afirmação do conteúdo jurídico dos direitos humanos da pessoas LGBTTI

Da leitura dos casos apreciados no SIDH, a compreensão do direito de igualdade tem fundamento, conteúdo jurídico e previsão normativa determinados. Seu fundamento, nas palavras da Corte “[...] *se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.*” (CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 28). Já seu conteúdo, diante de discriminações contra LGBTTI, vai além do mero teste de racionalidade na atribuições de tratamento diferenciado em face de situações díspares (CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 38), para reprovar situações de privilégio que conduzam a posições de segunda classe na sociedade, instituindo a obrigação de criar condições de igualdade real, combatendo as práticas discriminatórias – inclusive por parte de terceiros (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 28), adotando também medidas positivas (CIDH, Freire vs Equador, 2013, p. 26). Nessa concretização da igualdade como mandamento antidiscriminatório, a Corte insere as pessoas LGBTTI de modo explícito (CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 28) e especial (CIDH, Marín vs Peru, 2014, p. 9).

A previsão normativa na Convenção Americana de Direitos Humanos é dupla: dever de respeitar e garantir os direitos “sem discriminação” (artigo 1.1.) e direito à “igual proteção da lei” (art. 24); a primeira referente ao dever estatal de observar os direitos convencionais em face dos seus cidadãos, a segunda relativa à proteção desigual da lei interna, ou à aplicação dela aos respectivos nacionais (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 28-29).

Não obstante inexistir um conceito explícito de discriminação na Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte o extrai das Convenções Internacionais contra todas as formas de discriminação racial e contra a mulher, como

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen

nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado¹³ anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 28).

Ao formular o conceito de discriminação, surge a questão sobre a enumeração de pessoas LGBTTI dentre os grupos protegidos. Aqui os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos registram evidente evolução, partindo de um momento em que, apesar de não prevista expressamente, nem consensualmente admitida (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 27), foi incorporada pelo influxo de instrumentos internacionais universais de direitos humanos (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 33; CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 32) e ao fim expressa no seio da OEA (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 29-30), tudo à luz do princípio da interpretação mais favorável à proteção de direitos humanos (CIDH, Freire vs Equador, 2013, p. 28). Isso sem distinguir entre a proteção de pessoas que se autodeclaram LGBTTIs daquelas que, sem se declarar ou até mesmo rejeitar tal identidade, são percebidas por terceiros como LGBTTIs, e por isso discriminadas (CIDH, Freire vs Equador, 2013, p. 23), bem como sem esquecer que a proteção a pessoas LGBTTI considera a presença de múltiplos fatores de vulnerabilidade, como enfermidade e condição econômica, contemplando assim a proteção diante de discriminação múltipla (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 34; CORTE, Duque vs Colômbia, 2016, p. 51).

Ademais, não só na compreensão do direito de igualdade se deu a explicitação da pertinência da orientação sexual e da identidade de gênero, como também na concretização do direito de privacidade¹⁴ (CIDH, Melinho vs Brasil, 2016, p. 09). Com relação a essa liberdade humana fundamental, os órgãos do SIDH consideram-na de modo mais contextualizado e positivo em se tratando de pessoas LGBTTI. Com efeito, concluiu-se pela violação deste

¹³ Na jurisprudência da Corte, nessa linha, sublinha-se também a clareza conceitual diante de propósitos e efeitos discriminatórios (CORTE, 2012, p. 43), distinção conceitual que diz respeito às categorias da discriminação direta e indireta. Sobre o tema, ver Rios (2008).

¹⁴ Sobre a relação entre proteção jurídica de direitos humanos como argumentos de liberdade e de igualdade, ver Wintemute (1995; 2005).

direito quando medidas genéricas desconsideram as circunstâncias individuais presentes – no caso Melinho, pela imposição de prazos abstratos, sem ponderar o impacto para a liberdade individual no caso concreto, relativo à cirurgia de transgenitalização (CIDH, *Melinho vs Brasil*, 2016, p. 10) – bem como diante de uma concepção muito restritiva da privacidade, que exclua de seu conteúdo o direito a estabelecer vínculos sociais na esfera pública e profissional, aspectos que, por sua vez, se relacionam com o direito ao projeto de vida (CIDH, *Melinho vs Brasil*, 2016, p. 09).

Por fim, outro direito humano compreendido como pertinente à proteção jurídica de pessoas LGBTTI no SIDH é a imparcialidade judicial. Essa garantia se considera violada sempre que os juízes se deixam influenciar por aspectos ou critérios estranhos ao direito, como se dá com estereótipos negativos e estigmas contra pessoas LGBTTI (CORTE, *Duque vs Colômbia*, 2016, p. 44; CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 43).

Enfim, quanto à afirmação de direitos LGBTTI no SIDH, nota-se um desenvolvimento comprometido com a efetividade da igualdade como proibição de discriminação, destacando-se em especial a postura da Corte ao rechaçar o argumento segundo o qual a inexistência de consenso entre os Estados, quanto a esses direitos, seria um empecilho incontornável para a proteção antidiscriminatória (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 34; CORTE, *Duque vs Colômbia*, 2016, p. 36).

Não obstante, no que diz respeito à compreensão dos critérios proibidos de discriminação, a jurisprudência da Corte alcançará grau ainda maior de efetividade na medida em que expandir tanto a própria explicitação da lista desses critérios, quanto não se ativer a definições precisas de identidades sexuais LGBTTI atreladas ou não a condutas sexuais (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 34 e 46; CIDH, *Freire vs Equador*, 2013, p. 31), o que se pode desenvolver a partir da menção a “orientação sexual não-heterossexual”, como será desenvolvido na próxima seção (CIDH, *Marín vs Peru*, 2014, p. 09). Note-se, a propósito, quanto à expansão dos critérios protegidos, a promulgação da Convenção Interamericana contra todas as

formas de discriminação e intolerância (OEA, 2013), que registra os critérios gênero, orientação sexual, identidade e expressão de gênero¹⁵ (artigo 1.1.).

2.2. Compreensão da discriminação experimentada por pessoas LGBTTI: reconhecimento e insuficiências

A proteção antidiscriminatória não depende somente da previsão normativa e da titularidade de direitos humanos por parte dos sujeitos discriminados. Sem a adequada compreensão das dinâmicas discriminatórias e das situações concretas, iniciativas bem-intencionadas correm o risco de se esvaziarem ou de produzirem efeitos aquém de seu potencial.

Dentre os diversos aspectos envolvidos na compreensão da realidade discriminatória vivida por pessoas LGBTTI, alguns aspectos sobressaem das manifestações da CIDH e da Corte. Em especial, destacamos a percepção da intensidade e do caráter difuso da discriminação sofrida e dos riscos do familismo, ou seja, da tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória, como obstáculo ao reconhecimento de direitos.

Com relação à homofobia¹⁶, os órgãos do SIDH a identificam como tradicional (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 44), histórica e estrutural (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 34), a ponto de, em intersecção¹⁷ com a discriminação por HIV/AIDS, tornar homossexuais mais vulneráveis inclusive à tortura como castigo (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 34), criando verdadeira situação de marginalização e exclusão (CIDH, *Marín vs Peru*, 2014, p. 09). Em contextos de frágil laicidade, a discriminação contra pessoas LGBTTI agrava-se particularmente (CIDH, *Pavez vs Chile*, 2015, p. 05). Digno de nota é a referência da Corte às pessoas LGBTTI como “minorias sexuais” (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 34).

¹⁵ Registre-se que os critérios identidade e expressão de gênero foram mencionados na decisão do caso *Flor Freire x Equador* (CIDH, 2013b, p. 23-24).

¹⁶ Sobre a compreensão da homofobia como modalidade de discriminação, ver Rios (2007).

¹⁷ Sobre discriminação interseccional, ver Crenshaw (2002).

Já diante do familismo¹⁸, a Corte fornece importantes respostas, assentando que a intolerância de certas sociedades diante de critérios proibidos de discriminação não pode justificar a perpetuação de tratamentos discriminatórios (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 41-42), nem a alegação abstrata e incomprovada concretamente do “interesse superior da criança” pode servir de pretexto para restringir direitos humanos sem discriminação por orientação sexual (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 39), inexistindo evidências que apontem para o comprometimento ou afetação dos papéis de gênero e da orientação sexual de crianças cuidadas por homossexuais (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 42-46). Tudo concluindo para um conceito de família além do modelo matrimonial tradicional (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 49)¹⁹.

Assim como a afirmação do conteúdo jurídico dos direitos humanos LGBTTI pode aprofundar-se (como ocorre com o conceito jurídico e os critérios proibidos de discriminação), da mesma forma a percepção da homofobia. Com efeito, ao atribuir à discriminação homofóbica o caráter tradicional, histórico e estrutural, nela vislumbrando causa de exclusão social e até mesmo de incitação à tortura, os órgãos do SIDH podem avançar para a crítica mais contundente da heteronormatividade²⁰ e para a denúncia do heterossexismo²¹ presente nas Américas.

Essa evolução antidiscriminatória, com efeito, não deixará espaço para assertivas complacentes com a naturalização de papéis de gênero, nem com uma postura acrítica diante da pretensa “normalidade” da heterossexualidade.²² Ilustram esse potencial crítico, ainda que de modo

¹⁸ Sobre familismo, ver Mello (2006).

¹⁹ Ver Rios (2013).

²⁰ Heteronormatividade é a produção e reiteração compulsória da heterossexualidade como norma (LOURO, 2010, p. 146).

²¹ Heterossexismo é a “[...]concepção essencialista/naturalizada de que a heterossexualidade é superior do ponto de vista social, moral e do desenvolvimento psicológico a outras formas de expressão da sexualidade [...]”. (NARDI, 2010, p. 153)

²² Louro (2001) demonstra como a classificação binária da heterossexualidade/homossexualidade institui a heteronormatividade compulsória, produzindo normalização e estabilidade, mecanismos não só de controle, como também de acionamento das políticas identitárias de grupos homossexuais.

embrionário, as alusões ao sistema social que impõe identidades sexuais dissonantes da autoidentificação dos indivíduos (CIDH, Freire vs Equador, 2013, p. 23-24), bem como a orientações sexuais não-heterossexuais (CIDH, Marín vs Peru, 2014, p. 09), o que pode abrir espaço para uma postura que não se faça refém da imposição, por parte do heterossexismo, da homossexualidade como uma identidade sexual inferiorizante. De outro lado, pode-se escutar certo eco heteronormativo em alguns argumentos acerca dos papéis de gênero e da lesbianidade sobre a orientação sexual das crianças, como se verifica na argumentação desenvolvida no caso Atala (CORTE, Atala e Filhas vs Chile, 2012, p. 42-46). Na mesma linha, esse traço heteronormativo apresenta-se na referência a “minorias sexuais” (CORTE, Atala e Filhas vs Chile 2012, p. 34-35), uma vez que tal designação, ao ser endereçada a certo grupo, traz embutidos certos esquemas classificatórios que enfraquecem a legitimidade e a efetividade do direito à diferença.

Considerações Finais

A partir da análise dos casos apresentados, percebe-se que tanto os informes elaborados pela CIDH, como as sentenças proferidas pela Corte sobre violações de direitos humanos de pessoas LGBTTI pelos Estados-parte trazem uma série de avanços para a efetividade destes direitos em âmbito regional. Neste sentido, salienta-se a determinação do fundamento, do conteúdo jurídico e da previsão normativa do direito à igualdade, que impactam no reconhecimento das pessoas LGBTI como grupo protegido contra a discriminação. Ainda, é explícita a pertinência da orientação sexual e da identidade de gênero também na concretização do direito à privacidade e à imparcialidade judicial. Contudo, no que diz respeito à compreensão dos critérios proibidos de discriminação, a jurisprudência da Corte alcançará grau ainda maior de efetividade na medida em que expandir tanto a própria explicitação da lista desses critérios, quanto não se ativer a definições precisas de identidades sexuais LGBTTIs atreladas ou não a condutas sexuais.

Já no que tange à compreensão da realidade discriminatória vivida por pessoas LGBTTI, as manifestações da CIDH e da Corte destacam a intensidade e o caráter difuso da discriminação sofrida e dos riscos do familismo como obstáculo ao reconhecimento de direitos. Ainda, fornecem importantes respostas para estas questões, assentando que a intolerância de certas sociedades diante de critérios proibidos de discriminação não pode justificar a perpetuação de tratamentos discriminatórios. Contudo, assim como a afirmação do conteúdo jurídico dos direitos humanos LGBTTI pode aprofundar-se, da mesma forma a percepção da homofobia. Em vez de atribuir à discriminação homofóbica o caráter tradicional, histórico e estrutural, nela vislumbrando causa de exclusão social e até mesmo de incitação à tortura, o SIDH pode avançar para a crítica mais contundente da heteronormatividade e para a denúncia do heterossexismo presente nas Américas, fechando as portas para assertivas complacentes com a naturalização de papéis de gênero e com posturas acríticas diante da pretensa “normalidade” da heterossexualidade.

Referências bibliográficas

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus. Legislação e Jurisprudência LGBTTT / Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus. Brasília: 2007.

CHILE, Resolución de la demanda de tuición provisória por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de maio de 2003.

CIDH. Anexo ao Comunicado à Imprensa n. 153, de 2014. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/docs/Anexo-Registro-Violencia-LGBTI.pdf> Acesso em 06 de dezembro de 2016.

CIDH. Comunicado à Imprensa n. 043, de 2015. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/043.asp>. Acesso em 06 de dezembro de 2016.

CIDH, Demanda ante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.502. Karen Atala e filhas. Chile. 17 de setembro de 2010.

CIDH, Informe Nº. 05/14, Caso 12.841. Fundo. Ángel Alberto Duque. Colômbia. 2 de abril de 2014.

CIDH, Informe Nº.11/13. Petição 157-06. Inadmissibilidade. Juan Fernando Vera Mejías. Chile. 20 de março de 2013.

CIDH, Informe Nº.11/16. Petição 362-09. Admissibilidade. Luiza Melinho. Brasil. 14 de abril de 2016.

CIDH, Informe Nº. 30/15, Petição 1263-08. Admissibilidade. Sandra Cecilia Pavez Pavez. Chile. 21 de julho de 2015.

CIDH, Informe Nº. 71/99, Caso 11.656. Admissibilidade. Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colômbia. 4 de maio de 1999.

CIDH, Informe Nº. 71/14, Petição 537-03. Inadmissibilidade. Mayra Espinoza Figueroa. Chile. 25 de julho de 2014.

CIDH, Informe Nº.81/09. Petição 490-03. Admissibilidade. X. Chile. 06 de agosto de 2009.

CIDH, Informe Nº.81/13. Caso 12.473. Fundo. Homero Flor Freire. Equador. 04 de novembro de 2013.

CIDH, Informe Nº. 96/01, Petição 19-99. Inadmissibilidade. José Alberto Pérez Meza. Paraguai. 10 de outubro de 2001.

CIDH, Informe Nº. 99/14, Petição 446-09. Admissibilidade. Luis Alberto Rojas Marín. Peru. 6 de novembro de 2014.

COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil. In: Revista SUR. V. 10 – N. 19 – Dez/2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença. Atala Riffo e filhas. Chile. 24 de fevereiro de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença. Ángel Alberto Duque. Colômbia. 26 de fevereiro de 2016.

CRENSHAW, Kimberlè. “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”. Revista de Estudos Feministas, v.7, n. 12, p. 177. janeiro de 2002.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria Queer – uma política pós-identitária para a educação, Revista de Estudos Feministas, segundo semestre, 2001/vol. 9, n. 02, UFRJ, RJ, Brasil.

LOURO, Guacira. Sexualidades minoritárias e educação. In: Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer. Org Fernando Pocahy. Porto Alegre: NUANCES, 2010, p. 143-150

MELLO, Luiz. Familismo (anti) homossexual e regulação da cidadania no Brasil. Revista de Estudos Feministas, ano/vol. 14, n. 002, p. 497/508, maio/setembro, 2006.

NARDI, Henrique. Educação, heterossexismo e homofobia. In: Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer. Org Fernando Pocahy. Porto Alegre: NUANCES, 2010, p. 151-167.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: Em Defesa dos Direitos Sexuais, Org. Roger Raupp Rios), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioeshomossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>. Acesso em 06 de janeiro de 2017.

ROCA, Guillermo Escobar et al (Org.). Derechos sociales y tutela antidiscriminatória. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

WINTEMUTE, Robert. Sexual orientation and human rights. The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter. Oxford: Clarendon Press, 1995.

WINTEMUTE, Robert. De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. In: La Liberté sexuelle, Org. Daniel Borrillo e Daniele Lochak, Paris: Presses Universitaires de France, 2005, p. 161-186.

Sobre os autores

Roger Raupp Rios

Doutor em Direito pela UFRGS, com pós-doutorado na Universidade de Paris II; Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário UniRitter (Porto Alegre-RS - Brasil); Juiz Federal em Porto Alegre. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com.

Alice Hertzog Resadori

Doutoranda em Direito pela UFRGS, Mestra em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário UniRitter. E-mail: ali.resadori@gmail.com.

Paulo Gilberto Cogo Leivas

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário UniRitter (Porto Alegre-RS - Brasil); Procurador Regional da República. E-mail: pgleivas@uol.com.br.

Gilberto Schafer

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor no Mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre-RS - Brasil); Juiz de Direito em Porto Alegre. E-mail: gilbertoschafer@hotmail.com.

Os autores contribuíram igualmente e são os únicos responsáveis pela redação do artigo.