

A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil

Bomfim, Rainer; Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes

A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil

Revista de Direito da Faculdade Guanambi, vol. 6, núm. 1, 2019

Centro Universitário FG, Brasil

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608065717006>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.249>



Este trabalho está sob uma Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhamento Pela Mesma Licença.

A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil

Unconstitutionality for omission: the duty to criminalize LGBTIphobia in Brazil

Rainer Bomfim [1]

Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) – Ouro Preto/MG, Brasil

rainerbomfim@outlook.com

 <https://orcid.org/3064395260276586>

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=3064395260276586>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.249>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608065717006>

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia [2]

Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) – Ouro Preto/MG, Brasil

Alexandre@ufop.edu.br

 <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=2877462978948032>

Recepção: 30 Abril 2019

Revised: 28 Junho 2019

Aprovação: 09 Julho 2019

RESUMO:

Analisa a ordem jurídica internacional dos direitos humanos, particularmente, no nível interamericano para ver a possibilidade do ajuizamento, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de denúncia de demora injustificada na criminalização da LGBTIfobia por parte do Estado Brasileiro, uma vez que o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos internacionais que obrigam este a legislar e coibir formas de LGBTIfobia no território nacional. Além disso, a Constituição da República de 1988, que inaugura o Estado Democrático de Direito, preconiza pelo Direito fundamental da Igualdade e da não-discriminação por parte do Estado. Parte-se da hipótese de que o Brasil se encontra em mora que viola a Constituição e Normas Internacionais de Direitos Humanos, o que ensejou o ajuizamento da ADO. n. 26 e do MI. n. 4733, ambos pedindo ao STF que reconheça a omissão inconstitucional do Brasil a respeito. Ambas ações tiveram seu julgamento iniciado em fevereiro de 2019 e, por hora, tiveram quatro votos favoráveis. A metodologia utilizada no trabalho é a jurídico-sociológica.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, LGBTIfobia, Omissão legislativa, Poder Judiciário.

ABSTRACT:

Analyzes the international legal order of human rights, particularly at the inter-American level, to see the possibility of filing with the Inter-American Commission on Human Rights a complaint of unwarranted delay in the criminalization of LGBTIphobia on the part of the Brazilian State, since the Brazil is a signatory of several international treaties and agreements that oblige it to legislate and curb forms of LGBTIphobia in national territory. Moreover, the Constitution of the Republic of 1988 that inaugurates the

AUTOR NOTES

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela UFOP. Membro e Coordenador da linha de extensão do Grupo de Estudos “Omissão Legislativa e o papel do Supremo Tribunal de Justiça: estudo sobre a ADO. n. 26”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3064395260276586>. ORCID: <http://lattes.cnpq.br/3064395260276586>.

[2] Doutor pela UFMG. Professor Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. Bolsista de Produtividade do CNPq. Coordenador Docente do Núcleo de Direito Humanos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2877462978948032>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>.

rainerbomfim@outlook.com

Democratic State of Right advocates for the fundamental Right of Equality and non-discrimination on the part of the State. For this it is assumed that Brazil is in default that violates the Constitution and International Human Rights Norms, which provoked the filing of ADO. n. 26 and MI. n. 4733, both asking the STF to recognize the unconstitutional omission of Brazil in this regard. Both actions began the trial in February 2019 and, for the time being, they had four favorable votes. The methodology used in the work is legal-sociological.

KEYWORDS: Inter-American Comission on Human Rights, LGBTIphobia, Legislative omission, Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO; 2 SITUAÇÃO NORMATIVA POPULAÇÃO LGBTI NOS PODERES DA REPÚBLICA BRASILEIRA; 3 NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS E PRECEDENTES DA COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANAS; 3.1 Sistema Interamericana de Direitos Humanos; 3.1.1 Competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 3.1.2 Competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH); 3.2 Normas internacionais sobre a matéria; 3.3 Análise dos casos que foram julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3.3.1 Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile – "leading case"; 3.3.2 Caso Duque vs. Colômbia; 3.3.3 Caso Flor Freire vs. Equador; 4 DENÚNCIA DO BRASIL NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CASO BALIERA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY

INTRODUCTION; 1 SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY; 2 LEGAL SITUATION LGBTI POPULATION IN THE POWERS OF THE BRAZILIAN REPUBLIC; 3 INTERNATIONAL STANDARDS ON HUMAN RIGHTS APPLICABLE AND PRECEDING THE INTER-AMERICAN COMMISSION AND COURT; 3.1 Inter-American System of Human Rights; 3.1.1 Jurisdiction of the Inter-American Commission on Human Rights; 3.1.2 Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (IDH Court); 3.2 International standards on the subject; 3.3 Analysis of the cases that were judged by the Inter-American Court of Human Rights; 3.3.1 Case of Atala Riff y Niñas vs. Chile - "leading case"; 3.3.2 Duke Vs. Colombia; 3.3.3 Case of Flor Freire vs. Ecuador; 4 DENUNCIATION OF BRAZIL IN THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS - CASE BALIERA; FINAL CONSIDERATIONS; REFERENCES.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, sob a vertente jurídico-sociológica (GUSTIN, DIAS, 2010, p. 22), tem como objetivo analisa a violação constitucional ao direito fundamental da igualdade (artigo 5º – CR/88) e da garantia da “não discriminação” (artigo 3º, IV – CR/88) e, além disso, da violação de documentos e tratados internacionais de que o Brasil é signatário. Essa violação acontece pela inexistência de uma norma que regulamente a LGBTIfobia[3] no Estado brasileiro. Isso mostra uma omissão legislativa, pois não é a decisão negativa de uma proposta que está em pauta, mas sim a omissão completa em apreciar a questão, uma vez que não houve uma resposta para a demanda quando ela foi apresentada e tramitou (no caso do PLC 122/06) durante mais de dez anos no Congresso Nacional. Todos os debates e discussões havidos em razão do PLC 122/06 se perderam e foi necessário recomeçar do zero: há projetos que hoje tramitam sobre a matéria que têm pouquíssimas chances de avançar.

O Estado Liberal, com suas garantias (meramente) formais de Direitos, quanto o Estado de Bem-Estar Social – com sua proposta de materialização homogeneizante e burocrática – se apresentam como insuficientes em reconhecer demandas e questões de grupos minoritários que se autorreconhecem por critérios de cor, raça, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero e outros. Da forma que sob um novo paradigma demanda-se uma nova concepção de direito que abarque a diversidade e também um Estado adote políticas especiais/específicas (SILVA; BAHIA, 2015, p. 181).

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito, então, se coloca como possível resposta às dificuldades não solucionadas pelos anteriores, já que toma a diversidade e a crise como componentes normais da democracia e pode oferecer respostas aos atuais “problemas” de desagregação social, hipercomplexidade e lutas por reconhecimento, já que trabalha com a tensão entre democracia (como vontade da maioria) e constitucionalismo (como proteção às minorias), fundamental para compreendermos o papel do Direito e dos Poderes Públicos na atualidade. Habermas alerta para o perigo que pode significar para uma democracia o momento em que fique claro para o cidadão que eles não “têm chances de ainda terem seus direitos contemplados diante dos tribunais, assim que os eleitores não acreditam que com seu voto possam influenciar em alguma medida a política do governo, o direito terá se transformado num instrumento de controle comportamental e a decisão democrática da maioria em um irrelevante espetáculo de ilusão ou auto-ilusão” (HABERMAS, 1997, p. 86).

A luta pelo reconhecimento (HABERMAS, 2002) do direito à diversidade relacionada a orientações sexuais e identidades de gênero “divergentes” (de algo que o Estado-nação moderno original e o Direito convencionaram como padrão) encontra grandes dificuldades e resistências nos cânones tradicionais do direito (BAHIA, 2004, p. 315; SILVA; BAHIA, 2015, p.181; BOMFIM; BAHIA, 2018, p. 424).

O Estado-nação tradicional impõe um padrão homem, hétero, cisgênero, branco, europeu, cristão, que é imposto aos cidadãos de tal forma que qualquer “desvio” é rechaçado, o que gera uma contingente enorme de pessoas que não se adequam a esse padrão. Assim, surgem sujeitos dissidentes^[4] e também aqueles tidos como abjetos^[5].

No Brasil há um quadro tradicional de segregação e do não reconhecimento de orientações sexuais e identidades de gênero minoritárias, o que viola a Constituição de 1988 e seu compromisso com o pluralismo e a inclusão, inclusive com seu compromisso face às normas/instituições internacionais de Direitos Humanos.

Por outro lado, a América Latina se mostra dissidente daquele padrão imposto, basicamente por não ser europeia, mas sim uma colônia com valores coloniais introjetados em sua sociedade, o que a transforma num complexo e ativo laboratório-mundo de experiências sociais. Isto se dá por meio de diversas manifestações que colocam em evidência a necessidade de construção de um Estado Social, Plural, Multiétnico e Democrático de Direito, que possa superar as tradições arraigadas de desigualdades sociais e jurídicas existentes que padronizam comportamentos e homogeneizam comportamentos e modos de vida “aceitáveis”, relegando à subalternidade os que não se “encaixam” (outsiders)^[6]. Não apenas isso, a violência contra os que insistem em fugir de padrões pré-estabelecidos é também física (e não apenas moral, resultante da exclusão), exteriorizada em mortes, mutilações e lesões.

A violência contra LGBTI se mostra particularmente contraditória quando se lembra todo o arcabouço de direitos e garantias adquiridos e/ou renovados com a Constituição de 1988, mas justificado pelo padrão heteronormativo compulsório^[7].

O Brasil vinha se filiando a sua série de Documentos Internacionais de Direitos Humanos que, direta ou indiretamente, cobram do País uma postura clara e objetiva contra a violência LGTBIfóbica. Sem embargo, o que se vê, ao contrário do que dispõem a Constituição e os Documentos Internacionais de Direitos Humanos, são números alarmantes de violência contra os LGBTI^[8], sem que se identifiquem ações concretas contra isso – notadamente do Legislativo Federal.

O conjunto normativo de prevenção e/ou de detecção, investigação e punição da violência existente no Brasil não é capaz de contornar aquela realidade. Faltam instrumentos especiais que tratem da questão de

forma específica, como é hoje feito quanto ao racismo em geral (com a Lei nº 7716/89) ou a violência doméstica (com as Delegacias Especializadas da Mulher e a Lei Maria da Penha); tal necessidade advém do grande número de casos de violência especificamente dirigida à população LGBTI; é dizer: há uma motivação e um “modus operandi” específicos na violência LGBTIfóbica que precisam de tratamento específico.

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito e como partícipe de sistemas internacionais e regionais de Direitos Humanos se encontra hoje em situação de omissão objetiva e clara quanto à prevenção e repressão da violência LGBTIfóbica.

O Judiciário brasileiro ainda não aplica o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista a sua decisão no caso do Habeas Corpus n. 82.424/RS em que declarou a existência de um Racismo Social que deve ser combatido[9] – como veremos mais à frente há duas ações atualmente no STF pedindo, justamente, a equiparação da LGBTIfobia ao racismo tomando-se os supostos do Habeas Corpus citado. As ações começaram a ser julgadas em fevereiro de 2019 e já contam com votos favoráveis.

A presente pesquisa se desenvolve da seguinte forma, a primeira parte aborda o conceito de orientação sexual e identidade de gênero, em seguida uma breve introdução do tema e a situação da população LGBTI no Brasil apresentado como os Poderes da República brasileira tratam à temática LGBTI e é feito um breve panorama sobre as ações que atualmente tramitam no STF sobre o tema. No segundo momento, trabalha-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e normas internacionais. No terceiro momento, apresenta-se os precedentes internacionais na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, traz a questão do caso “Baliera vs Brasil” e as conclusões do trabalho.

1 ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

As expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural (BORTOLINI, 2009, p. 20). De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à “atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras”. Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual, bissexual, assexual, pansexual etc.

Já a “identidade de gênero” (ou identidade sexual) “tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço” (BORTOLINI, 2009, p. 22). Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino, transgêneras (travestis e transexuais) e ainda os intersexuais.

Como dito acima, como toda classificação, também essas conceituações são redutoras de complexidade. A experiência humana, inclusive quanto à sexualidade e à identidade é muito mais rica do que se pode tentar classificar. Ao fim e ao cabo, toda tentativa é mais uma manifestação tipicamente moderna de tentar encontrar normalidades e colocar tais normalidades em “caixas conceituais” (BAHIA, 2017, p. 499). O pensamento moderno – e o Direito Ocidental é filho da Modernidade – está estruturado dessa forma. Um dos grandes desafios do Direito é tentar pensar aquelas pessoas/grupos para além da “tentação” de “encaixá-las”.

2 SITUAÇÃO NORMATIVA POPULAÇÃO LGBTI NOS PODERES DA REPÚBLICA BRASILEIRA

Ao contrário do que é consagrado pelos Tratados Internacionais (como será demonstrado abaixo) e pela própria Constituição da República, as principais tentativas para a criminalização da LGBTIfobia foram

arquivadas pelo Congresso nacional, sendo o mais emblemático o arquivamento, em 2015, do Projeto de Lei da Câmara 122 que tratava sobre o tema e tramitou por mais de dez anos.

Apesar dos dados e das denúncias e do que o Sistema Jurídico ordenam, não há ações concretas por parte dos Poderes Públicos que possam contornar a situação. Falta uma legislação federal (inclusive porque o Projeto que tratava disso foi arquivado) que, a exemplo do combate ao racismo (em suas variadas formas) e à violência doméstica, possa cuidar da questão de forma eficiente e adequada. Abre-se a hipótese, como dito, de que a situação de impunidade em tais casos, somada à vulnerabilidade e à marginalidade (SOUZA, 2003) social, econômica e jurídica de parte da população LGBTI (principalmente dos/das travestis) gere uma subnotificação aos órgãos oficiais, tanto porque estes não são procurados, como também porque, mesmo quando o são, não há a devida classificação dos fatos como envolvendo LGBTIfobia, a despeito da tal violência ter traços bem típicos. Como já notado em Relatório do Comitê de Direitos Humanos da ONU:

Homophobic and transphobic violence has been recorded in all regions. Such violence may be physical (including murder, beatings, kidnappings, rape and sexual assault) or psychological (including threats, coercion and arbitrary deprivations of liberty). These attacks constitute a form of gender-based violence, driven by a desire to punish those seen as defying gender norms. (...) In addition to 'street' violence and other spontaneous attacks in public settings, those perceived as LGBT may be targets of more organized abuse, including by religious extremists, paramilitary groups, neo-Nazis and extreme nationalists. Young LGBT people and those of all ages who are seen to be transgressing social norms are at risk of family and community violence. Lesbians and transgender women are at particular risk because of gender inequality and power relations within families and wider society (UNITED NATIONS, 2011).

Uma pesquisa que envolvesse o levantamento de dados de todos os casos de LGBTIfobia havidos no País seria inviável, a menos que se delimitem prazos iniciais e finais que compreendam um curto espaço de tempo, ao mesmo tempo que se indiquem previamente as fontes dos dados; donde ter-se-á uma amostragem da situação.

Tramitava no Congresso Nacional o PLC. 122/2006, que foi aprovado na Câmara dos Deputados. O intuito do projeto era agravar as penalidades para os crimes do Código Penal (os artigos eram 61, 121, 129, 136, 140 e 286), em todas as tipificações as alterações aumentavam a pena se as vítimas fossem LGBT. O projeto de Lei tratava, definia e punia em oito artigos o crime de LGBTIfobia nas relações de consumo, no serviço público e no mercado de trabalho. Entretanto, em 2015 o projeto foi arquivado por falta de tramitação. O que já mostra a omissão legislativa no que tange ao tema.

Atualmente, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal há alguns Projetos e Sugestões populares, mas com poucas chances de aprovação no curto prazo. Podem ser citados, no Senado: PLS. 457/11, PLS. 150/15, SUG 5/2016, SUG. 42/17; na Câmara: PLC. 1959/11, PLC. 7582/14, PLC. 2138/15, PLC. 5452/16, PLC. 5944/16, PLC. 6825/17, PLC. 7292/17 e PLC. 7702/17.

Com a realidade do preconceito institucionalizado, dada à existência de diversos relatórios, as diversas demandas, a omissão do Legislativo em efetivamente debater e aprovar medidas e a jurisprudência do STF na existência do racismo social consagrado pelo HC 82.424/RS, foram ajuizados o Mandado de Injunção (MI.) n. 4733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO.) n. 26 no Supremo Tribunal Federal (STF) que visam o reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Brasileiro em criar uma legislação específica para a LGBTIfobia (fundados nos arts. 1º, III, 3º, IV, 4º, II e 5º, XLI, XLII e §2º da Constituição de 1988) e, na sequência, que o próprio STF a supra com a equiparação do crime de LGBTIfobia ao crime de racismo e/ou que seja ordenado àquele que supra a omissão (nos termos do que permite/determina a Lei nº 13300/16) e ademais que o Brasil seja condenado a pagar uma indenização todas as vezes em que aquelas violências ocorrerem por continuidade da omissão. Logo, pede-se ao Judiciário propor ao Poder Legislativo a criação de uma lei que equipare a LGBTIfobia com o racismo, caso isso não ocorra, que o próprio Judiciário edite uma norma regulando o tema até a positivação pelo Legislativo.

As ações se devem à omissão inconstitucional do Legislativo, pois que, não havendo no horizonte próximo qualquer outra iniciativa sobre o tema com chances de ser aprovada no curto/médio prazo, foram interpostas

aqueelas ações que visam, justamente, que o Tribunal declare a omissão do Brasil em criminalizar aquele tipo de violência face ao que determinam a Constituição brasileira e Documentos Internacionais de que o Brasil é signatário – mais especificamente, que se declare a omissão de não aprovar projeto de lei que busque equiparar a LGBTIfobia àqueles crimes já previstos na Lei nº 7716/89, que trata do racismo.

Segundo as ações a “lei de racismo” (Lei nº 7716/89) constitui uma lei geral contra todas as formas de discriminação – tanto é assim que não circunscreve o racismo apenas a raça e cor, mas estende a proteção contra outras formas de discriminação como a religião, por exemplo. Dessa forma, sustentam a tese de que, seguindo-se a ratio decidendi fixada no paradigmático HC. 82424 (RTJ 188/858), logo, deve-se entender que “[r]acismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo – implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)” (PPS, 2013).

Argumenta-se, ainda, que há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação (art. 3º, IV), incluídas aí as de conteúdo racista (art. 5º, XLII) e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) – além do compromisso que o país possui em dar prioridade aos Direitos Humanos (art. 4º, II) (SILVA; BAHIA, 2015, p. 188). E que, da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha) e violência geral contra a mulher (na lei do feminicídio), menores (ECA) e idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de “proteção deficiente”, pois que há outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem – violência esta que se dá com alvo e modus operandi específicos, tal quais os casos acima citados, cada um com suas especificidades – que (no entanto) se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e investigação/punição dos agressores (SILVA; BAHIA, 2015, p. 188). Em ambas se pede que o STF faça a equiparação da LGBTIfobia ao racismo (pedido principal); subsidiariamente, que o STF ordene que o Congresso Nacional edite uma norma sobre o tema e que, o STF produza uma “norma temporária” até que haja supressão da omissão legislativa (SILVA; BAHIA, 2015, p. 188).

3 NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS E PRECEDENTES DA COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANAS

Em consonância do déficit apresentado, o Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica em 1992, de forma os Países-membro se comprometem a respeitar e a cumprir o regimento dessas Instituições, sendo que reconhece legitimidade das decisões proferidas por esses órgãos, o que implica prezar por promover a proteção internacional dos Direitos Humanos.

3.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresenta-se como um mecanismo de – originariamente- proteção e –consequentemente- de promoção dos Direitos Humanos no âmbito daqueles que são signatários a este grande órgão. Em 2018, tem-se 24 países que fazem parte do referido sistema[10]. Logo após a Segunda Guerra Mundial começa um movimento da comunidade internacional para a criação de parâmetros e normas para a proteção dos Direitos Humanos em âmbito universal. Dessa forma criam-se, por tratados e convenções internacionais, órgãos que são voltados para consecução de tais objetivos.

Em nível regional, em 1948, a Organização dos Estados Americanos aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

3.1.1 COMPETÊNCIA DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que foi criada através da Resolução VI do 5º Encontro de Consulta de Ministros de Relações Exteriores (Santiago do Chile, 1959), faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão é um órgão independente da Organização dos Estados Americanos e tem como missão proteger e promover o respeito aos Direitos Humanos no continente americano, além de servir como órgão consultivo da OEA sobre essa matéria (art. 1 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). É composta por sete membros independentes que são eleitos pela Assembleia Geral da OEA e representam todos os Estados-membros.

Essa comissão atua através de três pilares: recebendo denúncias individuais acerca de violações de Direitos Humanos praticadas pelos Estados signatários da Comissão, monitorando a situação dos Direitos Humanos dos países signatários e pela atenção a linhas prioritárias temáticas, sendo que a situação de pessoas LGBTI é uma delas.

A CIDH pode receber denúncias de cidadãos da OEA de violações aos Direitos Humanos perpetradas pelos Estados-membro. Este é intimado a se defender, há produção de provas e debates entre as partes e, ao final, a CIDH pode fazer recomendações ao Estado-parte se verificadas violações. O país tem um prazo certo para tomar as medidas e informar a Comissão. Caso não sejam tomadas as medidas – ou isso seja feito de forma insatisfatória – a CIDH pode dar início a ação na Corte Interamericana de Direitos Humanos se os Estados-parte tiver aceitado a competência desta.

3.1.2 COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é composta por sete juízes, eleitos por voto secreto entre os membros da OEA. Cada Estado por oferecer três nomes; o mandato é de seis anos, permitida uma recondução. As decisões são tomadas por maioria de votos, sendo necessário o quórum de cinco membros para que haja deliberações.

As ações na Corte podem se iniciar por apresentação dos casos via CIDH ou por qualquer dos Estados-parte da OEA. Recebida a petição, é dado prazo para a defesa e produção de provas documentais. Após há uma fase oral – audiência pública – em que o autor expõe o caso e são ouvidas testemunhas, peritos e as vítimas – há também a possibilidade de participação de “amici curiae”. As sentenças são dadas em capítulos que, quando condenatórias, impõem uma série de obrigações ao réu – Estado-parte.

A partir da condenação o Estado terá monitorado o cumprimento da decisão, devendo se comunicar periodicamente com a Corte.

3.2 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE A MATÉRIA

Os mecanismos de direitos humanos têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficazes contra a discriminação. Entretanto, no que tange às violações de direitos humanos acerca da orientação sexual e identidade de gênero, a resposta internacional tem sido fragmentada e inconsistente. Para o enfrentamento dessas deficiências, desenvolveu-se, em 2006, um conjunto de princípios jurídicos internacionais para a interpretação da legislação vigente, os quais foram denominados de Princípios de Yogyakarta. Estes foram desenvolvidos com o propósito de que todas as pessoas usufruam de direitos de liberdade e igualdade que lhe são natos.

Sobre a questão da proteção da minoria LGBTI há inúmeras Normas Internacionais que trazem tal questão de forma mais direta ou indireta:

I) Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958), em seu artigo 1º. Esta norma não proíbe expressamente a discriminação com base na orientação sexual, entretanto possibilita aos Estados-parte acrescentar normas adicionais.

II) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965): “Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” e seu Art. 1º. “(...) a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo pleno (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.

III) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), artigos 2 e 26.

IV) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que é Resolução da ONU, datada de 1981. O tratado em questão é uma importante norma jurídica quanto se trata dos casos que envolvem discriminação contra mulheres, bissexuais, lésbicas e transgêneras.

V) Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradeantes de 1984.

VI) Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, no artigo 2º. A importância da referida convenção é que nela se faz a referência quanto à discriminação de crianças por orientação sexual ou quando crianças tem pais homossexuais.

VII) Há alguns casos relevantes no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)[11]. Em fevereiro/2012 o TEDH confirmou decisão do Judiciário sueco que condenou quatro cidadãos a pagar multa por manifestações homofóbicas: panfletos que alegavam que a homossexualidade era um desvio sexual, que teria um efeito moralmente destrutivo nas bases da sociedade e que era responsável pela expansão do HIV. A defesa deles era que eles não queriam “desprezar os homossexuais”, mas promover um debate sobre a educação sueca. O Judiciário sueco os condenara entendendo que havia no discurso deles “desprezo” e os condenou por agitação contra um grupo por motivo de sua nacionalidade ou etnia. O TEDH deixou claro que a liberdade de expressão tem limites e um deles é a reputação e o direito dos outros[12].

VIII) Em 2008 foi aprovada uma Declaração da ONU condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Na Declaração (A/63/635, de 22 de dezembro de 2008) (UNITED NATIONS, 2008) os Estados condenaram “as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar [...]. Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção”.

IX) Em 17/11/2011 o Conselho de Direitos Humanos em seu Informe Anual publicou o Documento: “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de gênero” (A/HRC/19/41)[13]. Nele se reafirmam os princípios da universalidade (dos direitos humanos), da igualdade e da não-discriminação, que parecem deixar claro que leis, ações ou omissões governamentais contra os LGBT configurariam violação da DUDH e documentos correlatos. São listadas várias formas de violência (física e simbólica) e discriminação ainda perpetradas contra LGBTI no mundo e, ao final, são feitas Recomendações aos Estados-parte[14].

X) A ONU, através do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, publicou no dia 13 de setembro de 2012 o estudo “Born Free and Equal” (UNITED NATIONS, 2012), que estipula obrigações legais para os Estados-parte para proteção dos LGBTI.

Assim, se vê que a Comunidade Internacional exige dos países uma política não discriminatória por parte dos Estados. Percebe-se que, no âmbito da ONU, já há uma diretiva aos Estados-parte no sentido da

obrigatoriedade de adequarem seus ordenamentos jurídicos, procedimentos e estruturas no sentido de não aceitar a discriminação e promover os direitos da população LGBTI.

Além das normas do Sistema Internacional Universal, têm-se as normas estabelecidas pela OEA que se aplicam e são utilizadas como fundamento para os casos que são posteriormente apresentados perante CIDH.

Dentro as resoluções que se deve destacar, tem a Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008 (OEA, 2008), mostrando preocupação com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra os indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”:

REITERANDO: Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; (...)

CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;

REAFIRMANDO los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; (OEA, 2008)

Após isso, ano após ano a Assembleia Geral vem aprovando novamente aquela Resolução, aumentando seu escopo – e, logo, a responsabilidade dos Estados-parte com a questão.

Na 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Antígua, na Guatemala, tem-se uma importante vitória com a aprovação, em 05 de junho de 2013, dos textos da “Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância” e da “Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”, textos nos quais, pela primeira vez em uma Convenção da OEA, verifica-se a inclusão do conceito de orientação sexual entre as minorias protegidas que – em consonância com o que propomos neste trabalho – não diferencia o racismo étnico de discriminação LGTBIfóbica. No texto destaca-se:

[que] A discriminação pode basear-se em [...] orientação sexual [...]. [o reconhecimento do] dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para promover e incentivar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os indivíduos e grupos sujeitos a sua jurisdição, sem distinção por motivo de [...] orientação sexual [...].[o convencimento] de que determinadas pessoas e grupos vivenciam formas múltiplas ou extremas de discriminação e intolerância, motivadas por uma combinação de fatores como gênero, idade, orientação sexual [...].[a consideração de] que a experiência individual e coletiva de discriminação e intolerância deve ser levada em conta para combater a exclusão e a marginalização com base em gênero, idade, orientação sexual [...].[a afirmação que estão] ALARMADOS com o aumento dos crimes de ódio motivados por [...] orientação sexual [...] (OEA, 2013).[15]

Ademais, durante a 47ª Assembleia Geral da OEA, realizada em junho de 2017, no México, houve a aprovação da Resolução Geral de Direitos Humanos que condena todas as formas de discriminação de violências com base na orientação sexual ou identidade e expressão de gênero. A Resolução solicita, ainda, aos Estados-Membros da OEA, a tomarem medidas eficazes para proteger os direitos humanos da população LGBTI, como produzir dados, prevenir e investigar todos os atos de violência. No curso da Assembleia, foram combatidas ações intolerantes e discursos de ódio de organizações fundamentalistas que visavam a impedir a aprovação e adoção da Resolução. Nesse sentido, apesar das tentativas de retrocesso, a coalizão LGBTI e as ações diplomáticas de diálogos entre os Estados-Membros da OEA, permitiram a aprovação da Resolução, inclusive com uma seção específica sobre a orientação sexual e identidade e expressão de gênero.

De forma ainda mais específica que a ONU, a OEA vem produzindo uma série de Documentos Internacionais que não deixam dúvidas sobre a obrigação objetiva dos Estados-parte de elaborarem leis antidiscriminatórias face a população LGBTI, assim como terem legislações sobre direitos e proteção contra a violência. Não se trata, pois, de uma livre escolha do País se vai ou não ter legislações naquele sentido: uma vez signatário de tais Resoluções ele não possui escolha.

Em 2016 a Corte IDH foi instada pela Costa Rica a emitir um parecer que resultou na “Opinião Consultiva” n. 24 (CORTE IDH, 2017). A resposta tornada pública no início de 2018. Em resposta às questões postas pela Costa Rica à Corte, a par dos precedentes citados anteriormente, assim dispôs a Corte sobre os direitos de pessoas transgêneras, afirmando a necessidade dos Estados-parte reconhecerem e facilitarem os procedimentos – que devem ser simplificados e sem necessidade de ajuizamento de ações ou de laudos médicos/psicológicos – para que as transgêneras possam mudar seu nome e gênero de registro. A respeito da disciplina sobre casais do mesmo sexo, a Corte chama a atenção para a proteção que a Convenção Americana de Direitos Humanos dá à família sem fazer qualquer definição do que se entende por tal instituto. Ademais, a família tem sido essencial para todas as sociedades humanas, mas, ao mesmo tempo, ela não tem estado imune às mudanças pelas quais tais sociedades passam. Isso tem feito com que os sentidos do que entende por família estejam se alterando e que nelas se deve incluir pessoas independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero. Em um sentido similar ao que decidiu o STF na ADPF. n. 132, a Corte lembra que, apesar da Convenção fazer referência literalmente ao “direito do homem e da mulher a contrair matrimônio e fundar uma família”, isso não pode ser interpretado como instituindo “uma definição restritiva de como se deve entender o matrimônio ou como deve fundar-se uma família”, ao contrário, o que o artigo estabelece é apenas a “proteção convencional de uma modalidade particular de matrimônio” (CORTE IDH, 2017, tradução nossa), o que, logo, não quer dizer que seja a única protegida pela Convenção.

Mais recentemente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após visita ao Brasil (em novembro de 2018), emitiu um Relatório Preliminar apontando, em vários pontos, sua preocupação com a questão LGBTI no país, como se pode ver dos trechos abaixo:

A gravidade da situação de segurança cidadã tem um impacto diferenciado sobre as mulheres e outros grupos em situações de risco especiais, como [...] pessoas LGBTI [...].

Por outro lado, a CIDH recebeu informações preocupantes sobre várias formas de violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneras e intersexuais (LGBTI) no Brasil. A este respeito, a Comissão observa um aumento de 30% nos assassinatos em 2017, em comparação com os do ano anterior. Destes crimes, um grande número é cometido contra pessoas de ascendência africana. Além disso, em relação às crianças, a Comissão observa com preocupação que o Brasil é o quinto país com as maiores taxas de homicídios de crianças, refletindo a extrema violência a que estão expostas [...].

A CIDH observa com extrema preocupação as denúncias recebidas sobre o aumento de discursos que incitam à violência por motivos discriminatórios no espaço público e nas redes sociais, especialmente no que diz respeito às mulheres, pessoas LGTBI [...]. Conforme relatado, muitos desses comentários em redes sociais proveem ou são habilitados por candidatos a cargos eletivos ou funcionários públicos. A CIDH observa que esse tipo de expressão por parte de altos funcionários habilitaria o exercício da violência por grupos que professam discursos racistas, homofóbicos e misóginos. A esse respeito, a CIDH tem enfatizado repetidamente que os funcionários públicos devem adotar um discurso público que contribua para prevenir a violência por motivos discriminatórios, o que requer que os funcionários públicos se abstenham de fazer declarações que exponham a diferentes grupos a um maior risco de atos de violência. A Comissão chama atenção das autoridades para que não apenas se abstenham de difundir mensagens de ódio contra as pessoas devido ao seu gênero, orientação sexual, raça ou condição, mas também contribuam de maneira contundente para a construção de um clima de tolerância e respeito, no qual todas as pessoas possam expressar seus pensamentos e opiniões sem medo de ser atacadas [...]. (CIDH, 2018, p. 25, 26 e 35, respectivamente)

Por fim, quanto às várias recomendações da Comissão vale citar a de número 54, em que se recomenda ao Brasil:

Prevenir, investigar e sancionar, de maneira adequada e eficaz, a força arbitrária usada pelos agentes da lei, mostrando maior rigor quando for dirigida contra grupos vulneráveis, já que eles foram alvo de discriminação histórica baseada em sua etnia, raça, gênero, orientação sexual, pensamento e expressão, entre outros (CIDH, 2018, p. 44).

Dessa maneira, diante tantos crimes, irregularidades e omissões cometidas pelos diversos Poderes da República, entende-se ser o caso de, tomndo-se algum dos muitos casos de violência não resolvidos pela Polícia ou mesmo pelo Judiciário no País, ajuizar-se uma ação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos tratando da demora injustificada da punição dos crimes quanto à população LGBTI,

o descumprimento de tratados e convenções internacionais e a omissão legislativa na criação de lei que puna a violência a pessoas LGBTI por parte do Estado Brasileiro em suas diversas esferas. Dessa forma, reconhecendo-se a mora, que a CIDH recomende ao país que a solucione e, caso isso não seja feito, que a CIDH proceda à abertura de processo contra o Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Há precedentes que sustentam a tese: (i) Atala Riff y Niñas vs. Chile (CORTE IDH, 2012), (ii) Duque vs. Colômbia (CORTE IDH, 2016a) e (iii) Flor Freire vs. Equador (CORTE IDH, 2016b e 2016c). Como será exposto a seguir.

3.3 ANÁLISE DOS CASOS QUE FORAM JULGADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Expostos os conceitos-norte e resoluções para as questões relacionadas à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e as normas de Direitos Humanos Internacionais, pode-se adentrar nos casos que resultaram em Denúncia na Corte Internacional de Direitos Humanos[16]. Sendo que os casos são: Atala Riff y Niñas vs. Chile (2012), Duque vs. Colômbia (2016) e Flor Freire vs. Equador (2016).

3.3.1 CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE- “LEADING CASE”

O caso ajuizado em novembro de 2004, que foi admitido para o julgamento da Corte de IDH em 2011, baseava-se nas alegações da juíza chilena Karen Atala que havia perdido a guarda das suas filhas para o seu ex-marido sob a alegação, no curso do seu processo de divórcio, de que a juíza tinha uma relação homoafetiva e isso prejudicaria o desenvolvimento social e psíquico das suas filhas. A Suprema Corte Chilena considerou que as filhas da Sra. Atala estavam em “situação de risco”, uma vez que “posición de vulnerabilidad em seu convívio social, vez que claramente seu ambiente familiar único é distinto de forma significativa dos seus companheiros de escola e conhecidos da vizinhança em que vivem, expondo-as ao isolamento e à discriminação, o que também afetaria seu desenvolvimento pessoal” (CORTE IDH, 2012). Dessa forma, a Corte julgou, por unanimidade, que:

2. El Estado debe brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la presente Sentencia.

3. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 259 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 263 y 264 de la presente Sentencia. (CORTE IDH, 2012).

Foi nesse caso em tela que a Corte Interamericana estabeleceu que a orientação sexual de uma pessoa está vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa para a autodeterminação e de escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções.

Segundo a Corte, este caso, sendo este o “leading case” desta, diz respeito à alegada responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e intromissões arbitrárias na vida privada e familiar havia sofrido a Sra. Atala devido à sua orientação sexual no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia de suas filhas M. V. e R. caso também se refere à suposta falta de respeitar os interesses dos filhos cuja guarda e cuidados foram determinados em violação dos seus direitos e com base em alegada parcialidade discriminatória.

3.3.2 CASO DUQUE VS. COLÔMBIA

Em fevereiro de 2005, foi peticionado a demanda frente a Colômbia sobre a exclusão da possibilidade do direito a pensão ao Sr. Angel Duque por morte do seu parceiro. Em 2014, o caso foi submetido a jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O caso se configura da seguinte maneira, Jhon Jiménez e Angel Duque viveram em união por 10 anos, que seria de 1991 a 2001, quando o primeiro veio a falecer. Um ano depois do seu falecimento Duque requereu o direito à pensão por morte de seu companheiro ao fundo de pensão que este era filiado. O Fundo negou o pedido de pensão na alegação de que, de acordo com a legislação do país, não se cobria a pensão por morte de pessoas do mesmo sexo que se encontrava em união estável.

Assim, após 11 anos de trâmite no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte proferiu a sentença:

Conclusiones. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a los siguientes derechos humanos establecidos en la Convención Americana:

-El derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque;

-Los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque, y

-El principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque (CORTE IDH, 2016a).

Além disso, a Corte IDH ainda fez recomendações ao Estado Colombiano: reparar o Ángel Alberto Duque pelas violações de Direitos Humanos, adotar as medidas necessárias para não repetir esse mesmo casos e também que os parceiros do mesmo sexo não seja discriminados pela exigência de seus direitos relacionados a previdência social.

Essa foi a primeira vez que o Sistema Interamericano proferiu uma sentença quanto a casal do mesmo sexo como uma relação de propiciar direitos a este. Outrossim, foi a primeira condenação do Estado Colombiano na Corte por violar direitos a população LGBTTI.

3.3.3 CASO FLOR FREIRE VS. EQUADOR

Em agosto de 2002, Alejandro Ponce Villacís e Juan Manuel apresentação a petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da responsabilidade internacional do Estado Equatoriano acerca das decisões de separação de Homero Flor Freire, Oficial Militar da base da terra do Equador, em relação a suspeita da prática de infração disciplinar, com fundamento das regras vigentes sobre a disciplina militar. O fundamento da petição foi a falta do tratamento isonômico por parte do Estado em questão em virtude da suposta orientação sexual do Oficial. Em 2010 o caso foi admitido para o julgamento da Corte IDH.

No decorrer do processo na Corte o militar negou que o ato sexual teria acontecido e afirmado que não se identifica como homossexual. E o importante dessa afirmação foi o reconhecimento do Tribunal de que para se definir a orientação sexual de uma pessoa é necessário que ela se autoidentifique como homossexual para se decidir nesse sentido. Sendo assim, a Corte concentrou sua análise no regime disciplinar militar do Estado no momento do fato (CORTE IDH, 2016b).

Assim, os juízes da Corte IDH chegaram a seguinte veredito:

Conclusiones. - La Comisión concluyó que “el Estado de Ecuador violó los derechos consagrados en los artículos 24, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del [señor] Homero Flor Freire” (CORTE IDH, 2016c).

Em razão dessa conclusão, que se reconheceu o tratamento discriminatório, foram feitas as seguintes recomendações:

1. Reparar integralmente al señor Homero Flor Freire en los términos indicados en [el] informe [de fondo], tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados
2. Reconocer públicamente que el señor Homero Flor Freire fue dado de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana de manera discriminatoria.
3. Adoptar las medidas estatales necesarias para asegurar que las personas que se desempeñan dentro de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano no sean discriminadas con base en su orientación sexual, real o percibida.
4. Tomar las medidas estatales necesarias para que el personal de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano, así como los juzgados de derecho en [la] jurisdicción militar conozcan los estándares interamericanos, así como la normativa interna ecuatoriana, en cuanto a la no discriminación con base en la orientación sexual, real o percibida.
5. Adoptar las medidas estatales necesarias para que se garantice el derecho al debido proceso de militares juzgados por tribunales en procesos disciplinarios, incluyendo el derecho a un juez o tribunal imparcial (CORTE IDH, 2016c).

Nessa decisão a Corte reforça que a orientação sexual é um dos Direitos protegidos pela Convenção. Dessa forma, nenhuma norma ou decisão de Direito Interno será proferida de modo a restringir de algum modo os direitos de uma pessoa por sua orientação sexual, seja ela real ou percebida (CORTE IDH, 2016b).

4 DENÚNCIA DO BRASIL NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CASO BALIERA

A incapacidade do Estado Brasileiro em tratar adequadamente os casos de LGBTIfobia decorrente da ausência de legislação e política específicas leva à subnotificação e, mesmo quando a questão é posta face ao Poder Judiciário em seus termos corretos, isso dificilmente resulta em condenação do(s) responsável(eis). Entre vários casos que se poderia citar vale lembrar um que deu ensejo ao ajuizamento da Petição n. 329-17 junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Um breve resumo do caso é dado por Eduardo Viana (2019, p. 87):

André Gomes Cardoso Baliera é um servidor público paulista, brutalmente espancado por motivação homofóbica por dois homens na cidade de São Paulo, em 04 de dezembro de 2012. Inicialmente os agressores foram indiciados por tentativa de homicídio por dolo eventual. No entanto, durante a tramitação do processo criminal, houve a desclassificação do crime para lesão corporal leve. Após mais de 4 (quatro) anos de tramitação do processo o Ministério Público ofereceu, a título de transação penal, a utilização dos quase de dois meses em que os réus permaneceram presos. Os réus aceitaram a transação, com a consequente extinção da punibilidade. A vítima, na qualidade de assistente de acusação, quando da desclassificação, apresentou recurso em sentido estrito – RESE – ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na tentativa de reformar a decisão de desclassificação do crime de tentativa de homicídio por dolo eventual para o crime de lesão corporal leve, diante da presença da intenção de matar apresentada por pelo menos um dos autores do delito. No entanto, o recurso não foi conhecido sob o argumento de ser o Ministério Público o titular da ação penal [...], cabendo somente a esse recorrer da decisão de desclassificação.

Alega-se que ausência de repressão eficiente à homofobia (dentre outras violações) por parte do Estado Brasileiro, além de se chamar a atenção da Comissão quanto à omissão do país em cumprir os compromissos internacionais acima citados sobre a LGBTIfobia.

O caso está em tramitação na Comissão Interamericana, sem prazo para decisão. Aliás, um aspecto negativo que se observa é a demora entre o tempo de ajuizamento da ação até a admissibilidade na Corte IDH, sendo que todos os casos analisados demoraram no mínimo oito anos para os petionários obterem a sentença em definitivo da corte. A tramitação foi: Atala Riff e Ninas vs Chile (2004-2012), 8 anos, Duque vs Colômbia (2005-2016), 11 anos e Flor Freire vs Equador (2002-2016), 14 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dante inúmeras Normas (e similares) do Direito Internacional dos Direitos Humanos de que o Brasil é signatário e face ao que impõe a Constituição de 1988, a omissão legislativa do Poder Legislativo Brasileiro em oferecer resposta aos casos de agressão contra LGBTI com a não criminalização da LGBTIfobia demonstra violação grave aos direitos desta minoria: aos direitos de ser, de existir e de desenvolver plenamente suas capacidades e formas de vida.

A CIDH se configura como um órgão legítimo para reconhecer que a omissão do Legislativo e (quase) ausência de casos levados/julgados pelo Judiciário relacionados com LGBTIfobia ferem a Constituição e Documentos Internacionais dos Direitos Humanos de que o Brasil é signatário, o que é inaceitável, inclusive, face os precedentes da própria Comissão (e da Corte) Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, justifica-se o ajuizamento de uma ação de denúncia do Estado Brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tomando-se um dos inúmeros casos – de que se tem notícia – sobre violência por motivação LGBTIfóbica sem que tenham sido tomadas ações concretas de investigação, processamento e julgamento dos agressores. Nesse sentido defende-se que o caso Baliera já submetido seja logo analisado pela Comissão e sejam feitas as recomendações cabíveis não apenas de revisão daquele julgado como também recomendações gerais que falem sobre a urgência da aprovação de mecanismos específicos e eficazes de prevenção, investigação e punição da violência LGBTIfóbica.

De outro lado, o STF precisa exercer seu papel contramajoritário e julgar procedentes, em definitivo, a ADO. n. 26 e o MI. n. 4733, reconhecendo a mora constitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a LGBTIfobia e estabelecendo um regramento provisório até que tal lacuna seja resolvida – nos termos do voto do Relator da ADO. n. 26.

REFERÊNCIAS

- AMBROSE, Tom. *Heróis e Exílios: ícones gays através dos tempos*. Belo Horizonte, Gutenberg, 2011.
- BAHIA, Alexandre. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, p. 481-506, 2017. Doi: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2017v18e116-1465>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1465>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357. Disponível em: https://www.academia.edu/26776566/A_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_Jur%C3%ADcica_no_Estado_Democr%C3%A1tico_de_Direito_-_contribui%C3%A7%C3%A3o_a_partir_da_teoria_do_discurso_de_j%C3%BCrgen_habermas. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. Necessidade de Criminalizar a Homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, p. 188, 2015. Doi: <http://dx.doi.org/10.5380/rfd.ufpr.v60i2.38641>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios. In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. *Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374.
- BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade. In: ALVES, Cândice Lisboa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. (Org.). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 882, p. 45-60, abr. 2009.
- BENITO, Emilio de. La homofobia no está protegida por la libertad de expresión. *El País*, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/09/actualidad/1328801278_987970.html Acesso em: 2 abr. 2019.
- BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. A efetivação do direito fundamental à igualdade e os casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre orientação sexual. *In: CONGRESSO INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA, INICIAÇÃO CIENTÍFICA E EXTENSÃO*, 3., 2018, Belo Horizonte. *Anais* [...]. Belo Horizonte: Izabela Hendrix, 2018. v. 3. p. 422-436. Disponível em: <http://izabelahendrix.edu.br/pesquisa/anais/PginasdeAnais201821.p.422p.436.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BOMFIM, Rainer; SILVA, Jessica de Paula Bueno; BAHIA, Alexandre. População LGBTI, Repúblicas e a Institucionalização do Preconceito na Cidade de Ouro Preto. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 5, n. 02, p. 160, 4 mar. 2019. Doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i02.227>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadecorito/article/view/227>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BOMFIM, Rainer; VALADARES, Bárbara; RECH, Letícia. A violência contra a mulher: análise sobre a realidade ouro-pretana e a criação do projeto de extensão Ouvidoria Feminina Athenas. *ALEMUR*, Ouro Preto, v. 3, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/alemur/article/view/904/1420>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- BORTOLINI, Alexandre. **Diversidade Sexual na Escola**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil**: ano de 2011. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/LGBT/pdf/relatorio-violencia-homofobica-2011-1>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil**: ano de 2012. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/LGBT/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166% em 2012, diz relatório**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo Enfocado da Ótica do Administrado para uma Reflexão acerca dos Fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 1, p. 11-20, mar. 2001.
- CIDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América**. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- CIDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil**. 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/11/CIDH-Observa%C3%A7%C3%A5es-preliminares.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- CORTE IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile – Sentencia de 24 de febrero de 2012** (Fondo, Reparaciones y Costas), 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.
- CORTE IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colombia – Sentencia de 26 de febrero de 2016** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2016a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

- CORTE IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunicado: Ecuador Responsable por Discriminación en Razón de Orientación Sexual en las Fuerzas Armadas**, 2016b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_39_16.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.
- CORTE IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Flor Freire vs. Ecuador – Sentencia de 31 de agosto de 2016** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 2016c. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.
- CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17** – de 24 de noviembre de 2017. Solicitada por la república de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del. Mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.
- DELGADO PARRA, Maria C. **Emergencia de ciudadanías desentrañadas en un mundo global: un ejercicio de iteraciones democráticas**. Saarbrucken: Editorial Académica Española, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Org.) **Courts And Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?** London: Ashgate Publishing Limited, 2006.
- GRUPO GAY DA BAHIA. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil: Relatório 2017**. 2018. Disponível em: <https://hombofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de SOUSA; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 26, p. 100-113, mar. 1990.
- HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, mar. 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.
- JINKINGS, Daniella. A cada 36 horas, um homossexual é morto no Brasil. **Agência Brasil**, 4 de abril de 2011. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-04/cada-36-horas-um-homossexual-e-morto-no-brasil>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- KRISTEVA, Julia. **Pouvoirs de l'horreur: Essai sur l'abjection**. Paris: Éditions du Seuil, 1980.
- MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito à diversidade e o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- MOTT, Luiz. **Causa Mortis: Homofobia - Violação dos Direitos Humanos e Assassinato de Homossexuais no Brasil**. 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html. Acesso em: 2 abr. 2019.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. **Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero**, 3 de julho de 2008. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**, 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.
- PPS. Partido Popular Socialista. **Petição Inicial ADO nº 26**. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&pvcID=4515053&ad=s#>. Acesso em: 2 abr. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La Reinvenção del Estado y el Estado Plurinacional. **OSAL**, Buenos Aires, año VIII, nº. 22, septiembre 2007. Disponible em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

SOUZA, Jessé. (Não) Reconhecimento e Subcidadania, ou o que é “Ser Gente”? **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, p. 51-73, 2003. Disponible em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452003000200003&script=sci_abstract&tlang=pt. Acesso em: 2 abr. 2019.

UNITED NATIONS. **Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms**. Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly, 2008. Disponible em: <http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/un-document-on-sexual-orientation.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender**, 17 de novembro de 2011. Disponible em: http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **Born Free and Equal**, 14 de setembro de 2012. Disponible em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/BornFreeAndEqual.aspx>. Acesso em: 2 abr. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTI e o sistema interamericano de Direitos Humanos: A construção da cidadania internacional arco-íris**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. **Anais** [...]. João Pessoa: UFPB, 2014. Disponible em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2>. Acesso em: 2 abr. 2019.

VIANA, Eduardo L. **A Liberdade Sexual, um Direito Fundamental: reflexões sobre a (in)constitucionalidade da omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

NOTAS

[3]A homofobia é uma atitude hostil, rude e/ou agressiva com pessoas homossexuais (BORILLO, 2001, p. 15). Quando se expande o conceito para a LGBTIfobia se expande tais ações para as/os travestis, transexuais, intersexuais, bissexuais ou aqueles que são “confundidos” com esses grupos e são alvos de tais atitudes. Quando se trata da vida sexual das sujeitas e dos sujeitos o comportamento ou expressão de gênero que não se enquadra com aquela hetero-cis-normativo – que é imposto pela sociedade moderna[3] –, seja esse considerado uma relação de vida privada ou pública (tendo em vista que as manifestações das relações sexuais são consideradas atos privados, entretanto a manifestação de afeto pode ser um ato público e via de regra as violências são nos espaços públicos), deve, numa sociedade livre, plural e democrática ser exercidos sem formas delimitadoras, impositivas ou tratamentos diferenciados daquelas estabelecidas como padrão. Dessa maneira, trata-se de uma questão de Igualdade Material[3] entre as sujeitas e os sujeitos, pois se deve ter o tratamento igual e sem diferenciação dos indivíduos por conta da sua identidade de gênero ou orientação sexual (BAHIA, 2012, p. 109). Entretanto, o que ocorre é diferente, pois os indivíduos eleitos por aqueles fora do seu padrão (ou não) sofrem LGBTIfobia por expressarem seus afetos e carinhos em locais públicos, sendo que tal agressão tem que ser entendida como um fenômeno complexo e variado (BORILLO, 2001, p. 18) que perpassam a subjetividade dos indivíduos agressores (por se sentirem no direito de agredir) e, diretamente, daqueles que sofrem (e morrem) com aquela agressão que lhes é dirigida. De tal forma, que essa complexidade de tais ações violentas também deve ser interpretada nas implicações sociais que acarretam. Uma vez que tal violência contra a população LGBTI pode se caracterizar por um sentimento de medo, aversão e repulsa, mas também, de uma forma mais branda, se manifesta com um caráter social que são marcadas por atitudes de desprezo, isolamento, silenciamento, ocultação entre outros, sendo essa uma forma de temer e categorizar o outro que não se identifica com o padrão de sexualidade e orientação sexual imposto (BORILLO, 2001, p. 20).

[4]A sociedade moderna ocidental estabeleceu um padrão de sujeito: homem, branco, cristão, heterossexual, burguês, produtivo (produtivista) e isso é feito a partir de normalidades, de linearidades, comportamentos que criam “caixas” dentro das quais pessoas e identidades deveriam caber (BAHIA, 2017, p. 488). Há uma normalização compulsória centrada em binarismo, na homogeneização e otimização dos indivíduos para a construção da sociedade na qual se exerce um poder disciplinar para o

controle e gestão (adestramento social) sobre os corpos em todos os seus aspectos a partir de conhecimentos especializados e institucionalizados (FOUCAULT, 1979, p. 17). A especialidade dos conhecimentos se dava pelos meios médicos, jurídicos, acadêmicos, entre outros, que de alguma forma estabelecia a normalidade das sujeitas e dos sujeitos e, logo, quem era excluído daquela sociedade. Tal normalidade era estabelecida através de binarismos (normal/anormal), como doente/não doente, louca(o)/saudável, e aquela(e)sque eram postos do lado negativo do conceito deveriam ser excluídos ou reabilitados (FOUCAULT, 1979, p. 91-101). Por sua vez a institucionalização era feita pelo aparato estatal e social que verificava tais comportamentos como violentos, desumanizadores, mas se portavam da mesma forma pela normalização de tais condutas, visto que aquelas práticas se justificavam por se tratar de sujeitas/sujeitos dissidentes daquela norma, identidade, comportamento e/ou padrão imposto. Diante desse cenário descrito, as sujeitas e os sujeitos dissidentes são aqueles que no contexto atual não estão no padrão hegemônico estabelecido, mas não estão necessariamente excluídas/excluídos, expulsas/expulsos do convívio social e/ou têm seus comportamentos criminalizados. De tal forma que mulheres, negros, LGBTI podem ser tratados como dissidentes dado esse contexto de não adequação ao padrão conceituado. (BOMFIM; SILVA; BAHIA, 2019, no prelo)

[5]A abjeção, pode ser traduzida como aquilo que é rejeitado e expelido pelo – e do – sujeito, pois perturba sua identidade, a estabilidade do sistema, a ordem binária de gênero (KRISTEVA, 1980).

[6]Cf. GARGARELLA; DOMINGO; ROUX (2006); SANTOS (2003 e 2007) e DELGADO PARRA (2012).

[7]A violência pode ser percebida em diferentes lógicas, ações, etapas ou momentos. De toda sorte que nem todo comportamento humano é violento, ele pode se tornar violento na medida em que adquire formas opressivas e intimidadoras perante aquele outro a quem se dirige aquele ato. Pierre Bourdieu (2002) cunhou tal comportamento sendo a violência simbólica#, de modo que os indivíduos passam a naturalizar ou mesmo aceitar aquelas condutas sociais, mesmo que aquilo o atinja diretamente ou seja violento. O próprio meio ou a sociedade legitima algum comportamento aquele é parte deste(s) e como consequência pode formar alguns modelos e instituí-los o entendimento da vida social, de tal forma que incorporam aqueles comportamentos violentos como “normais” (BOMFIM, VALADARES e RECH, 2018, p. 78), como pode ser um comportamento naturalizado que dentro daquele contexto não se considera violento, entretanto se mostra extremamente nocivo, como exemplo tem o caso de comportamento LGBTIfóbico de estudantes de república na cidade de Ouro Preto ao excluir algum por sua orientação sexual ou identidade de gênero por não se adequar aquele perfil da casa (BOMFIM, SILVA, BAHIA, 2019, p. 169).

[8]Em 2017, o relatório produzido pelo Grupo Gay da Bahia mostrou que 445 LGBTI morreram no Brasil vítimas da LGBTIfobia, sendo que foram 387 assassinatos e 58 suicídios (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018). Nota-se um aumento de 30% em relação a 2016, quando foram registradas 343 mortes (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018). Até o dia 31 de dezembro de 2018 foram registrados 163 travestis, homens trans e mulheres trans mortos, segundo levantamento diário da ANTRA. (BOMFIM, SILVA, BAHIA, 2019, p. 160).

[9]O “racismo social” é definido como a utilização de estigmas que atentam contra os princípios que se organizam a sociedade humana, baseada na respeitabilidade, na dignidade do ser humano e no seu direito a convivência pacífica no meio social.

[10]De acordo com <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>.

[11]No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos há várias decisões garantindo o direito à livre orientação sexual e vedação à discriminação: Dudgeon v. United Kingdom (1981); Norris v. Ireland (1991); Modinos v. Cyprus (1993); Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (1999); Smith and Grady v. United Kingdom (1999); Goodwin v. United Kingdom (2002); Van Kuck v. Germany (2003); Karner v. Austria (2003); L. and V. v. Austria (2003).

[12]Conforme noticiado pelo jornal “EL PAÍS” (BENITO, 2012).

[13]Trata-se de um estudo que teve como finalidade “documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos podía aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género” (UNITED NATIONS, 2011).

[14]“La Alta Comisionada recomienda que los Estados Miembros: a) Investiguen rápidamente todas las denuncias de asesinatos y demás actos graves de violencia perpetrados contra personas por su orientación sexual o identidad de género real o supuesta, en público o en privado por agentes estatales o no estatales, exijan responsabilidades a los autores y establezcan sistemas de registro e información al respecto; b) Adopten medidas para prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por la orientación sexual o la identidad de género, investiguen exhaustivamente todas las denuncias de tortura y malos tratos y enjuicien y exijan responsabilidades a los responsables; c) Velen por qué no se devuelva a ninguna persona que huya de la persecución por su orientación sexual o identidad de género a un territorio donde su vida o libertad estaría amenazada y que las leyes y las políticas de asilo reconozcan que la persecución por la orientación sexual o la identidad de género puede ser un motivo válido para una

solicitud de asilo; d) Deroguen las leyes utilizadas para criminalizar a los homosexuales por mantener relaciones consentidas y armonicen la edad de libre consentimiento para mantener relaciones heterosexuales y homosexuales, velen por qué no se utilicen otras leyes penales para acosar o detener a personas por su sexualidad o identidad y expresión de género y supriman la pena de muerte por delitos que tengan que ver con las relaciones sexuales consentidas; e) Promulguen legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y velen por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos; f) Velen por que las personas puedan ejercer sus derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en condiciones de seguridad y sin discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género; g) Ejecuten programas adecuados de concienciación y capacitación para los agentes de policía, los funcionarios de prisiones, los guardias fronterizos, los oficiales de inmigración y demás miembros de las fuerzas de seguridad y apoyen las campañas de información pública para luchar contra la homofobia y la transfobia entre la población en general y las campañas específicas de lucha contra la homofobia en las escuelas; h) Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos" (UNITED NATIONS, 2011).

[15]Em 2013 a Corte Interamericana de Direitos Humanos criou a Relatoria sobre os Direitos Humanos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo para dar o foco necessário para essa população. Assim, essa relatoria começou a produzir Relatório sobre a Violência contra pessoa LGBTTI, que contém dados e informações sobre a violência física contra pessoas com identidade, orientações sexuais e expressões de gêneros diversas das normativas na América daquele respectivo ano. Cf. CIDH (2015).

[16]Por uma questão metodologia não se abordarão nesse artigo os casos em que não ocorreu a admissibilidade do caso junto à Corte IDH ou em que aconteceu a solução de forma amigável com o Estado. Até 2014, segundo VECCHIATTI e VIANA, teriam ocorrido 5 denúncias de violações relacionados à direitos LGBTTI junto à CIDH que (ainda) não foram ajuizados na Corte Interamericana de Direitos Humanos por diversas razões; são eles: Caso Segundo Stivenson Ramos Salazar y Rodrigo Bucheli Mera vs. Ecuador, Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, Caso José Alberto Pérez Meza vs. Paraguay e Caso X vs. Chile. É importante ressaltar que no texto original os autores VECCHIATTI e VIANA apontam 7 casos, sendo que o caso Atala Riff y Niñas vs. Chile foi denunciado à Corte IDH e o caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia também, todos com sentença. Então, esses dois últimos são objeto de estudo do presente trabalho. Também não foram contemplados nesse estudo a análise de medidas cautelares, que segundo VECCHIATTI e VIANA (2014), no mesmo trabalho que fora citado anteriormente, até 2014, foram concedidas 11 medidas cautelares pela CIDH no tocante às violações de direitos de pessoas LGBTTI (06 em desfavor de Honduras; 02 em desfavor da Jamaica; 01 em desfavor de Belize; 01 em desfavor do México; 01 em desfavor da Guatemala).

INFORMAÇÃO ADICIONAL

COMO CITAR ESTE ARTIGO: BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 01, e249, jan./jun. 2019. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.249>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedyreito/article/view/249>

LIGAÇÃO ALTERNATIVE

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedyreito/article/view/249> (html)