

Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero

*Flávia Piovesan*¹
*Akemi Kamimura*²

Resumen ejecutivo³

El artículo que sigue presenta una reflexión sobre el derecho a la diferencia a la luz de la concepción contemporánea de los Derechos Humanos, especialmente en atención a la protección contra la violencia y discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género de las Naciones Unidas, la cual crea —para estos efectos— un especialista independiente en estas materias.

Es dable señalar que en el ámbito mundial la criminalización de prácticas y expresiones LGBTI ha ido disminuyendo, mientras que lo que ha aumentado es la protección contra la violencia y la discriminación. Así, a lo largo de la historia la necesidad de cambiar la situación de violencia en materia de derechos humanos ha obligado a ver a la especificidad de quien sufre este tipo de discriminación como sujeto de derecho, mirándolo desde su peculiaridad y particularidad. En este sentido, se comienza a visualizar a mujeres, niños,

¹ Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; e 2016); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (2009-2014, Heidelberg). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

² Advogada; mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; especialista em direitos humanos das mulheres pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Chile.

³ Traducción de Andrea Aguilera Pacheco.-

pobladores afrodescendientes, pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad, entre otros, como sujetos de derecho. Surge, en consecuencia, el derecho a la diferencia, inmediatamente al lado del derecho a la igualdad.

Es a la luz de esta política de reconocimiento que se pretende avanzar en la reevaluación positiva de identidades discriminadas y negadas; en la deconstrucción de estereotipos y preconceptos, y caminar hacia la valorización de la diversidad cultural.

En orden a proteger estas diferencias, tanto el sistema europeo como el interamericano consagran una cláusula de igualdad y la prohibición de discriminación, incluso en cuanto a la orientación sexual e identidad de género. Así, los diversos sistemas de protección de derechos humanos interactúan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona, estos sistemas se complementan con el fin de darle mayor efectividad a la tutela y promoción de derechos fundamentales, tanto en cuanto al derecho a la igualdad como a la prohibición de cometer discriminación. En este orden de cosas, una de las decisiones de la ONU durante el mes de junio del año 2016 es la creación del especialista independiente sobre protección contra la violencia y la discriminación basada en orientación sexual e identidad de género de la ONU. La creación de este actor es esencial para una mayor visibilidad de la violencia y discriminación, además de la posibilidad de generar un mayor diálogo en torno a esta temática.

En conclusión, y a pesar de que las criminalizaciones de las prácticas homosexuales siguen en algunos países y persisten casos de violencia basados en orientación sexual e identidad de género, ha emergido la lucha contra la homofobia a nivel internacional, mediante la iniciativa antes mencionada, entre otras que se tratan en extenso en el presente artículo.

Resumo

Com objetivo de focar o processo de construção do direito à diversidade sexual, em sua dinâmica e complexidade, considerando a vocação emancipatória dos direitos humanos como idioma do respeito à alteridade, o artigo apresentará uma reflexão sobre o direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos, proteção nos sistemas regionais e no sistema global de direitos, com especial enfoque à recente criação, em 2016, do mandato de especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero.

Palavras-chave: LGBTI - orientação sexual e identidade de gênero - direitos humanos - ONU

1. Introdução

Com objetivo de focar o processo de construção do direito à diversidade sexual, em sua dinâmica e complexidade, considerando a vocação emancipatória dos direitos humanos como idioma do respeito à alteridade, o artigo apresentará uma reflexão sobre o direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos, proteção nos sistemas regionais e no sistema global de direitos, com especial enfoque à recente criação, em 2016, do mandato de especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero.

No âmbito mundial, a criminalização de práticas e expressões LGBTI tem diminuído, ao passo que tem aumentado a proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, assim como reconhecimento de relações e famílias LGBTI.

De acordo com dados da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA)*,⁴ em maio de 2017, em 124 Estados não havia previsão de punição por práticas homossexuais consensuais entre adultos no âmbito privado, por outro lado, 72 Estados criminalizam relações homossexuais, dentre os quais 45 aplicam a lei punitiva tanto para mulheres como para homens. Foi considerado que em oito Estados aplica-se, ou permite-se, a pena de morte em caso de práticas homossexuais consensuais entre adultos, na esfera privada.

Conforme levantamento da ILGA, em 72 Estados há proteção constitucional ou normativa em relação à orientação sexual; em 63 Estados há legislação ampla ou específica quanto à não-discriminação, inclusive quanto a proibição de doação de sangue, proteção contra violência doméstica entre casais do mesmo sexo, bullying associado a orientação sexual e identidade de gênero. Quanto a crimes de ódio e incitação ao ódio, 43 e 39 Estados foram identificadas legislações nesse sentido, respectivamente. Em 23 Estados no mundo foram reconhecidos ou possibilitados os casamentos homoafetivos; e 28 Estados possibilitam a adoção por casais homossexuais.

⁴ International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Carroll, A.; Mendos, L.R., *State Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition* (Geneva; ILGA, May 2017).

2. O Direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos

No dizer de Joaquín Herrera Flores,⁵ os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana e à prevenção do sofrimento humano. O *“victim centric approach”* é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos —toda ela destinada a conferir a melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. A diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal —eis que o legado do nazismo pautou-se na diferença como base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação das demais.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

⁵ Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser,⁶ a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade.

3. Proteção dos direitos à orientação sexual e identidade de gênero nos Sistemas Regionais de Proteção os Direitos Humanos

No âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, tanto o sistema europeu quanto o sistema interamericano consagram a cláusula

⁶ Ver Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition*, NY/London, Routledge, 1997; Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; e Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

da igualdade e da proibição de discriminação, inclusive quanto à orientação sexual e identidade de gênero.

A Convenção Europeia de 1950, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação”.

A cláusula da proibição da discriminação é enunciada enfaticamente pela Convenção Americana de 1969, ao estabelecer o dever dos Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (artigo 1º). À cláusula da não discriminação soma-se o princípio da igualdade formal, por meio do qual “todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei” (artigo 24). Assim como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana, ao admitir a suspensão de garantias e a restrição a direitos em casos de guerra, perigo público, ou outra emergência, explicitamente adverte que tal suspensão não poderá, de forma alguma, implicar discriminação fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social, enunciando, ainda, um núcleo inderrogável de direitos (artigo 27).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a não-discriminação, junto com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação constitui um princípio fundante, básico, geral e fundamental relativo à proteção internacional dos direitos humanos.⁷

No sistema europeu emerge um vasto e significativo repertório jurisprudencial concernente aos direitos da diversidade sexual, que teve como agenda inaugural o combate à criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos, no final da década de 80. Posteriormente, outras violações foram enfrentadas pelo sistema europeu, como a discriminação baseada em orientação sexual (no final da década de 90), casos relativos ao reconhecimento de direitos de

⁷ Discursos e palestras durante a Sessão Especial de Reflexão e Análise sobre a natureza de uma futura Convenção Interamericana contra o Racismo e todas formas de Discriminação e Intolerância, realizada na sede da OEA em Washington, entre 28 e 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/cajp.rdi15.orig.doc>>, acesso em 23/03/07.

transsexuais (decisões favoráveis são proferidas a partir de 2002), adoção por homossexuais (decisões favoráveis são proferidas a partir de 2008) e o direito ao casamento (são os casos mais recentes decididos a partir de 2010).⁸

Já no sistema interamericano, o *leading case* é o caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, decidido pela Corte Interamericana em 24 de fevereiro de 2012, com relevante alusão à jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos sobre a matéria.

4. Proteção dos Direitos à Diversidade Sexual no Sistema Global de Direitos Humanos

Testemunha-se o processo de internacionalização dos direitos humanos e de humanização do Direito Internacional. Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos —do

⁸ Para maiores informações, ver: Flávia Piovesan, Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, In: *Temas de Direitos Humanos*, Saraiva, 10a edição, 2017.

“mínimo ético irreduzível”. Os tratados internacionais refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na busca de assegurar o “mínimo ético irreduzível”.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com os sistemas regionais, por sua vez, integrados pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Sob o prisma do sistema global de proteção, constata-se que o direito à igualdade e a proibição da discriminação foram enfaticamente consagrados pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal de 1948, em seu artigo I, desde logo enuncia que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Prossegue, no artigo II, a endossar que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Estabelece o artigo VII a concepção da igualdade formal, prescrevendo que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”. Portanto, se o primeiro artigo da Declaração afirma o direito à igualdade, o segundo artigo adiciona a cláusula da proibição da discriminação de qualquer espécie, como corolário e consequência do princípio da igualdade. O binômio da igualdade e da não discriminação, assegurado pela Declaração, sob a inspiração da concepção formal de igualdade, impactará a feição de todo sistema normativo global de proteção dos direitos humanos.

Com efeito, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, já em seu artigo 2º (1), consagra que “os Estados-partes no Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto,

sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Uma vez mais, afirma-se a cláusula da proibição da discriminação para o exercício dos direitos humanos. A relevância de tal cláusula é acentuada pelo artigo 4º do Pacto, ao prever um núcleo inderrogável de direitos, a ser preservado ainda que em situações excepcionais e ameaçadoras, admitindo-se, contudo, a adoção de medidas restritivas de direitos estritamente necessárias, “desde que tais medidas não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. A concepção da igualdade formal, tal como na Declaração, é prevista pelo Pacto, em seu artigo 26, ao determinar que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. (...) a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

O Comitê de Direitos Humanos, em sua Recomendação Geral nº.18, a respeito do artigo 26, entende que o princípio da não discriminação é um princípio fundamental previsto no próprio Pacto, condição e pressuposto para o pleno exercício dos direitos humanos nele enunciados. No entender do Comitê: “A não discriminação, assim como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constituem um princípio básico e geral, relacionado à proteção dos direitos humanos”.⁹

Ressalte-se que, em 1994, no caso *Toonem vs. Austrália*, o Comitê de Direitos Humanos sustentou que os Estados estão obrigados a proteger os indivíduos da discriminação baseada em orientação sexual.¹⁰

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 2o, estabelece que os Estados-partes comprometem-se a garantir que os direitos nele previstos serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou

⁹ No mesmo sentido, destaca a Recomendação Geral n.14 do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada em 1993: “Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitutes a basic principle in the protection of human rights”.

¹⁰ Caso *Toonem vs. Austrália*, Human Rights Committee, Communication n. 941/2000 – CCPR/C/78/D/941/2000.

de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Uma vez mais, consagra-se a cláusula da proibição da discriminação. Em sua Recomendação Geral n.20, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou que a expressão “outra situação” constante do artigo 2º do Pacto inclui orientação sexual. Realçou o dever dos Estados-partes de assegurar que a orientação sexual de uma pessoa não signifique um obstáculo para a realização dos direitos enunciados no Pacto, como, por exemplo, direitos previdenciários, adicionando que a cláusula da proibição da discriminação alcança o critério da identidade de gênero.¹¹

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n. 16, adotada em 2005, afirma ainda que “guarantees of non-discrimination and equality in international human rights treaties mandate both *de facto and de jure equality*. *De jure* (or formal) equality and *de facto* (or substantive) equality are different but interconnected concepts”.

A Declaração Universal e os Pactos invocam, assim, a primeira fase de proteção dos direitos humanos, caracterizada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, sob o lema da igualdade formal e da proibição da discriminação.

A segunda fase de proteção, reflexo do processo de especificação do sujeito de direito, será marcada pela proteção específica e especial, a partir de tratados que objetivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos, como as minorias étnico-raciais, as mulheres, dentre outros.

Neste contexto é que se insere a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 1965, inaugurando, deste modo, o sistema especial de proteção.¹² Não há até o momento o consenso internacional suficiente para avançar na adoção de uma Convenção sobre a Eliminação da Discriminação por Orientação Sexual. Em mais de 70 países, práticas homossexuais ainda são criminalizadas e apenas em 1990 é que a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade do catálogo classificatório de doenças.

¹¹ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Recomendação Geral n.20 (E/C.12/GC/20).

¹² No campo do sistema especial de proteção, merecem também menção a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990) e a Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência (2006).

Desde seu preâmbulo, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial assinala que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”. Adiciona a urgência em se adotar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas.

O artigo 1o da Convenção define a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Vale dizer, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Daí a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenham como escopo a exclusão. O combate à discriminação racial é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Os instrumentos internacionais que integram o sistema especial de proteção invocam uma proteção específica e concreta, que, transcendendo a concepção meramente formal e abstrata de igualdade, objetivam o alcance da igualdade material e substantiva, por meio, por exemplo, de ações afirmativas, com vistas a acelerar o processo de construção da igualdade em prol de grupos socialmente vulneráveis.

5. Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Conselho de Direitos Humanos da ONU

Nesse contexto de proteção dos direitos à diversidade no sistema ONU, vale registrar as iniciativas adotadas no âmbito dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas, em especial no Conselho de Direitos Humanos. Não obstante a consagração do princípio da igualdade e não-discriminação nos instrumentos internacionais, a primeira resolução da ONU sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero foi aprovada apenas em julho de 2011, Resolução 17/19, pelo Conselho de Direitos Humanos.

Aprovada por 23 votos a favor e 19 votos contrários, e 3 abstenções, a Resolução 17/19 do Conselho de Direitos Humanos¹³ determinou a realização de um estudo sobre leis discriminatórias, práticas e atos de violência contra indivíduos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero, em todas regiões do mundo, abordando inclusive como o direito internacional dos direitos humanos pode ser utilizado para combater a violência e violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero. Ao expressar a extrema preocupação do Conselho de Direitos Humanos em face de violência e discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero, essa resolução também estabeleceu a realização de um painel de discussão durante a 9ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos com base nas informações e fatos a serem divulgados no estudo requisitado, com vistas a promover diálogo construtivo, informado e transparente sobre questões relativas a leis discriminatórias, práticas e atos de violência contra pessoas baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero, assim como sobre propostas de acompanhamento e monitoramento de recomendações a serem apresentadas no mencionado estudo.

Em novembro de 2011 foi apresentado o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre leis discriminatórias, práticas e atos de violência contra pessoas baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero (A/HRC/19/41). O relatório destacou padrões de violência sistemática e discriminação baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, os

¹³ A Resolução 17/19 foi aprovada com 23 votos favoráveis (Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Equador, França, Guatemala, Hungria, Japão, Maurício, México, Noruega, Polônia, República da Coreia, Eslováquia, Espanha, Suíça, Tailândia, Ucrânia, Reino Unido, EUA, Uruguai), 19 votos contrários (Angola, Barein, Bangladesh, Camarões, Djibuti, Gabão, Gana, Jordânia, Malásia, Maldivas, Mauritania, Nigéria, Paquistão, Catar, República da Mongólia, Rússia, Arábia Saudita, Senegal, Uganda) e 3 abstenções (Burkina Faso, China e Zâmbia).

quais por vezes colocam em risco muitas pessoas pela simples percepção de homossexualidade ou identidade trans.

Violências e discriminações persistem, não obstante as obrigações e parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos. Destacam-se os princípios da universalidade, igualdade e não-discriminação, consagrados em diversos instrumentos internacionais e considerados fundamentais na ótica dos direitos humanos. Em relação aos deveres dos Estados, o estudo ressalta o dever de proteger direito à vida, liberdade e integridade pessoal independentemente de orientação sexual e identidade de gênero; o dever de prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes com base em orientação sexual ou identidade de gênero; dever de proteger o direito à privacidade e a não ser submetido a detenção arbitrária com base em orientação sexual e identidade de gênero; dever estatal de proteger indivíduos contra discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero; e dever de proteger o direito à liberdade de expressão, associação e assembleia de forma não-discriminatória.

O relatório aponta ainda diversas formas de violência baseada em orientação sexual e identidade de gênero, leis e práticas discriminatórias —incluindo assassinatos, violência sexual e física, tortura, detenção arbitrária, negação de direito de reunião, expressão e informação, criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos, pena de morte, discriminação no ambiente de trabalho, na assistência à saúde, educação, dentre outras. Algumas respostas adotadas para enfrentar essa situação foram relatadas, tais como treinamento de funcionários responsáveis pela aplicação da lei para sensibilização sobre discriminação e violência contra pessoas LGBT e para reconhecimento, registro e respostas em casos de ocorrência de tais crimes; campanhas de sensibilização; iniciativas de combate à homofobia e transfobia em instituições de ensino; elaboração de relatórios e produção de dados; dentre outras.

Por fim, o relatório A/HRC/19/41 aponta uma série de recomendações aos Estados-partes, não exaustivas, que incluem: investigar prontamente todas as ocorrências de assassinatos e outros graves incidentes de violência perpetrada contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, seja percebida ou real, seja em ambiente público ou privado, perpetrada por atores estatais ou não-estatais; adotar medidas para prevenir tortura e outras formas de tratamento cruéis, desumanas ou degradantes baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, e investigar, processar e punir tais atos; assegurar que ninguém seja devolvido ao território em que haja risco de vida ou ameaça à liberdade com base em perseguição baseada em

orientação sexual ou identidade de gênero; leis e políticas de asilo reconheçam perseguição com base em orientação sexual e identidade de gênero como fundamento válido para concessão de asilo; afastar leis de criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos e assegurar que leis penais não sejam utilizadas para ameaças ou detenção de indivíduos em razão de orientação sexual ou identidade de gênero; adotar legislação anti-discriminação inclusive por orientação sexual e identidade de gênero; implementar programas de treinamento e sensibilização para agentes responsáveis pelo uso da força; facilitar reconhecimento jurídico de livre orientação sexual e identidade de gênero; dentre outras recomendações.

Em maio de 2015, foi apresentado o relatório sobre discriminação e violência contra indivíduos baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero. O relatório atualiza parâmetros internacionais de proteção e diagnóstico da situação de violência homofóbica e transfóbicas, discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero. Ademais, o relatório aponta recomendações aos Estados-membros, a instituições nacionais de direitos humanos e ao Conselho de Direitos Humanos.

Em junho de 2016, o Conselho de Direitos Humanos da ONU criou o mandato do Especialista Independente sobre proteção contra violência e discriminação com base em orientação sexual e identidade de gênero, por meio da Resolução 32/2. O mandato, por três anos, inclui avaliar a implementação dos instrumentos internacionais de direitos humanos existentes para promover os direitos da população LGBTI; alertar e acompanhar casos de violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, identificar e enfrentar as causas da violência e da discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero; enfrentar formas múltiplas, interseccionais e agravadas de violência e discriminação com base em orientação sexual e identidade de gênero; trabalhar em diálogo e cooperação com Estados e outros atores relevantes; dentre outras atribuições.

Vale destacar que a Resolução 32/2 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos, em 30 de junho de 2016, com 23 votos favoráveis, 18 votos contrários e 6 abstenções.¹⁴ Após processo de seleção para o cargo, em novembro de 2016,

¹⁴ A Resolução 32/2 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos em 30 junho de 2016 com 23 votos favoráveis: Albânia, Bélgica, Bolívia, Cuba, Equador, El Salvador, França, Geórgia, Alemanha, Letônia, México, Mongólia, Países Baixos, Panamá, Paraguai, Portugal, República da Coreia, Eslovênia, Suíça, Macedônia, Reino Unido, Venezuela, Vietnã. Votaram contrariamente à resolução: Argélia, Bangladesh, Burundi, China, Congo, Costa do Marfim, Etiópia, Indonésia, Quênia, Quirguistão, Maldivas, Marrocos, Nigéria, Catar, Rússia, Arábia Saudita, Togo, Emirados Árabes Unidos. E 6 abstenções: Botswana, Gana, Índia, Namíbia, Filipinas, África do Sul. A criação do cargo havia sido proposta ao Conselho por Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, México e Uruguai.

Vitit Muntarhorn assumiu o primeiro mandato, por três anos, de especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero.

A criação desse mandato mostra-se essencial para maior visibilidade da questão da violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, além de possibilitar maior diálogo e enfrentar polarização ao destacar que todos os Estados e regiões enfrentam desafios para promoção dos direitos da população LGBTI e combater a violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, ao mesmo tempo em que permite a divulgação de experiências exitosas e boas práticas no enfrentamento dessas violações e na promoção e respeito dos direitos humanos dessa população.

Em janeiro de 2017 foi realizada uma consulta pública sobre proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação e sexual e identidade de gênero —oportunidade em que Estados, organismos das Nações Unidas e outros atores relevantes tiveram a oportunidade de trocar experiências e dialogar com o especialista independente na definição do escopo de seu trabalho, definir prioridades e desenvolver estratégias efetivas. A consulta também possibilitou a discussão sobre cinco questões-chave, inter-relacionadas e mutuamente interligadas, para enfrentar os desafios decorrente da violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero: descriminalização, não-estigmatização, reconhecimento jurídico da identidade de gênero, inclusão cultural com diversidade de gênero e diversidade sexual, promoção de empatia.

A descriminalização se refere a abrogar leis que criminalizam condutas e práticas homossexuais consensuais e identidade de gênero, e promover reformas legislativas nesse sentido. Em relação à não-estigmatização, o especialista independente destaca a necessidade de diálogo e sensibilização de diversos atores relevantes para prevenir e enfrentar estereótipos e preconceitos suportados por pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero; trabalhar com setores da saúde e relacionados para enfrentar o estigma na área médica que conduz à violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero; e abolir práticas de “correção” que visam alterar a orientação sexual e identidade de gênero das pessoas.

O reconhecimento jurídico da identidade de gênero abrange a afirmação em lei e na prática do direito das pessoas de terem sua identidade de gênero reconhecida socialmente e em documentos oficiais, independentemente de cirurgias, tratamentos ou outras medidas. A inclusão cultural com diversidade de gênero e diversidade sexual envolve identificar e disseminar interpretações

inclusivas de religiões e outras crenças que abram espaço para diversidade de gênero e sexual; trabalhar com lideranças religiosas, políticas, comunitárias e de opinião para disseminar respeito e proteção a todas as pessoas, independentemente de orientação sexual e identidade de gênero; e possibilitar a associação das pessoas e participação na vida familiar e mudanças na sociedade. Por fim, a promoção de empatia inclui um processo de educação e de socialização em direitos humanos para enfrentar a violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero das pessoas desde a infância; prevenir o discurso de ódio e práticas discriminatórias; envolver professores, pais, comunidades, crianças e adolescentes no desenvolvimento e compreensão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Com base nessa consulta pública, buscou-se debater o trabalho a ser realizado sob o mandato do especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero. Serão apresentados relatórios anuais ao Conselho de Direitos Humanos e à Assembleia Geral da ONU. O primeiro relatório (A/HRC/35/36) foi apresentado em abril de 2017.

6. Conclusões

A história de combate à violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero tem como marco a década de 90. Há uma história pré e pós 90 no que se refere à proteção dos direitos da diversidade sexual, concentrando as últimas duas décadas avanços extraordinários. Estes avanços têm sido obtidos, sobretudo, na arena jurisprudencial dos sistemas global e regionais, diante da ausência de um consenso que consagre um instrumento normativo global e regional concernente aos direitos da diversidade sexual.

O desafio maior é expandir, otimizar e densificar a força catalizadora da jurisprudência protetiva global e regional. O ponto de partida é a convergência —endossada por Comitês da ONU e pelas Cortes Européia e Interamericana— de que a igualdade e a proibição da discriminação constitui uma cláusula aberta a abarcar o critério da orientação sexual. Consequentemente, a orientação sexual não pode justificar a restrição, limitação e redução de direitos humanos.

Considerando a força cogente e inderrogável do princípio da igualdade e da não discriminação (elevado a jus cogens), há que se reforçar os deveres dos Estados em proibir a discriminação fundada em orientação sexual e assegurar

a igualdade por meio de legislação, políticas públicas e remédios judiciais. Endossa-se as clássicas obrigações dos Estados de respeitar (não violar), proteger (obstar que terceiros violem) e implementar direitos humanos (adotando todas as medidas necessárias à sua realização). Sob esta perspectiva, deflagra-se o processo de afirmação dos direitos da diversidade sexual, marcado por reivindicações morais distintas a compor e a re-significar o alcance do direito à igualdade e à diferença.

Ao mesmo tempo em que a criminalização das práticas homossexuais remanesce em alguns países e que persistem casos de violência baseada em orientação sexual e identidade de gênero, emerge a luta pelo combate à homofobia no plano internacional, mediante recentes iniciativas adotadas internacionalmente, como já destacado por este estudo. Isto é, se ainda há uma geografia mundial na qual é crime ser homossexual, por outro lado, há o contrapoder da vertente global e regional que, ao revés, afirma ser crime violar direitos de pessoas LGBTI. Daí o desafio da transformação cultural¹⁵.

A inovadora jurisprudência global e regional tem sido capaz de romper com a indiferença às diferenças, na afirmação do direito à igualdade com respeito às diversidades. Os direitos humanos simbolizam o idioma da alteridade: ver no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano. Para Luigi Ferrajoli Ferrajoli¹⁶, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

As iniciativas no âmbito internacional e a jurisprudência dos sistemas global e regionais europeu e interamericano revelam a importância da justiça em assegurar que direitos triunfem, por vezes, de forma contra-majoritária, no exercício de um contrapoder emancipatório radicado no princípio da prevalência da dignidade humana, de forma que todas as pessoas possam, de fato, livre e plenamente exercer o direito de ser, com autonomia e dignidade.

¹⁵ Para Navi Pillay: "Laws criminalizing homosexuality pose a serious threat to the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender individuals, exposing them to the risk of arrest, detention and, in some cases, torture and execution. (...) We also know that criminalization perpetuates stigma and contributes to a climate of homophobia, intolerance and violence. (United Nations High Commissioner for Human Rights, January/2011).

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p.338.