

OPERANDO ENTRE FRATURAS: ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

OPERATING BETWEEN FRACTURES: SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE

*Felipe Sakai de Souza*¹

Universidade Federal do Amapá

*Daize Fernanda Wagner*²

Universidade Federal do Amapá

*Camila Soares Lippi*³

Universidade Federal do Amapá

Resumo

Este artigo tem por objetivo compreender como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tem se posicionado quanto aos direitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, em que pese o Pacto Internacional de Direito Civil e Político (PIDCP) não conter nenhuma disposição específica sobre o tema. Os marcos teóricos adotados foram a Teoria Queer e os estudos pós-coloniais nas obras de autoras e autores como Judith Butler, Michel Foucault e Gayatri Spivak. Parte-se da hipótese de que o mecanismo tem realizado uma interpretação evolutiva de seu tratado-chave, de modo a

¹Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Estudos de Fronteira da Universidade Federal do Amapá. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amapá. E-mail: felipsakai@gmail.com.

² Professora no curso de Direito e Professora Colaboradora no Programa de Pós-Graduação em Estudos de Fronteira da Universidade Federal do Amapá. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Ludwig Maximilian Universität, Munique/Alemanha. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS. Líder do grupo de pesquisa UNIFAP/CNPQ Direitos Humanos, Justiça e Cidadania. E-mail: daizefernandawagner@gmail.com.

³ Professora no curso de Relações Internacionais da Universidade Federal do Amapá. Doutoranda em Relações Internacionais pela PUC/RJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduada em Relações Internacionais pelo Instituto Metodista Bennett. E-mail: camilalippi@gmail.com.

proteger as pessoas de orientação sexual e identidade de gênero diversa. A metodologia, dividida em duas etapas, deu-se por meio de análise jurídico-interpretativa de fontes primárias como livros, artigos e teses. Posteriormente, fez-se uma busca detalhada das decisões do órgão do sistema global de proteção dos direitos humanos. Por fim, constatou-se que o Comitê de Direitos Humanos tem se constituído como um campo de reformulação de discursos tradicionais, através de uma interpretação evolutiva do PIDCP, contudo, esse processo ainda se desenvolve de maneira frágil e incerta, operando nas fraturas entre discursos hegemônicos e minoritários.

Palavras-chave

Orientação sexual e Identidade de gênero. Comitê de Direitos Humanos da ONU. Teoria Queer. Estudos Subalternos. Direitos Humanos.

Abstract

This article aims to understand how the United Nations Human Rights Committee has decided on rights related to sexual orientation and gender identity, although the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) does not contain any specific provisions on the theme. The theoretical underpinnings adopted were Queer Theory and postcolonial studies in works by authors such as Judith Butler, Michel Foucault and Gayatri Spivak. This article central hypotheses is that the mechanism has performed an evolutionary interpretation of its key treaty in order to protect people of diverse sexual orientation and gender identity. The methodology, divided in two stages, was through legal-interpretative analysis of primary sources such as books, articles and theses. Subsequently, it was made a detailed search of the decisions of the human rights global treaty body. In the end, it was found that the Human Rights Committee has been constituted as a field for the reformulation of traditional discourses, through an evolutionary interpretation of the ICCPR, however, this process still develops in a fragile and uncertain way, operating in the fractures between hegemonic and minority discourses.

Keywords

Sexual orientation and gender identity; UN Human Rights Committee. Queer Theory. Subaltern studies. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Embora o levante de junho de 1969 tenha dado novo fôlego à resistência das minorais sexuais e de gênero, a construção e conquista de direitos não se tornou um processo incontestado desde a Revolta de Stonewall. Na verdade, em várias partes do mundo, indivíduos sofrem violações de direitos humanos diariamente, em razão de sua orientação

sexual e identidade de gênero. Ainda hoje, de acordo com dados do último levantamento da Associação Internacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexos (ILGA), 71⁴ países criminalizam relações homossexuais consensuais entre homens, entre os quais em 13 é possível ser condenado à morte e em 12, à prisão perpétua (ILGA, 2017, p. 211).

Em outros lugares, a execução dessas minorias, sobretudo de transgêneros, tange a lógica da criminalização, alcançando índices que compõem um quadro igualmente preocupante. No Brasil, no ano de 2017, 387 pessoas foram vítimas de assassinatos homotransfóbicos, registrando aumento de 30% em relação ao ano anterior e se consolidando como o país que mais mata gays, lésbicas, bi e transexuais no mundo (GGB, 2017, p. 1). Ressalta-se ainda, que na maioria desses casos há conivência ou negligência das autoridades policiais diante da apuração dos crimes. Menos de um quarto dessas ocorrências resultam na identificação do agressor, em um universo em que mais de 90% dos casos sequer ensejam abertura de processo criminal (GGB, 2017, p. 15).

Além da criminalização, a discriminação sexual e de gênero se apresenta sob formas mais domesticadas nos ordenamentos estatais, como na limitação à liberdade de expressão, ao direito de reunião, às formas de constituir vínculos familiares ou mesmo diante do simples vácuo normativo antidiscriminação. Em 19 Estados, por exemplo, existem leis que regulam a moral e limitam temas que podem ser discutidos abertamente. Um novo desdobramento desse processo tem se manifestado na forma das leis de propaganda, que proíbem o que qualificam como propagação da homossexualidade para crianças. Nos Estados Unidos, alguns estados têm promulgado leis conhecidas como *No Promo Homo*, restringindo as discussões sobre orientação sexual no ambiente escolar, enquanto outros, como o Texas, chegam, inclusive, a disseminar discursos homofóbicos nos materiais didáticos infantis (ILGA, 2017, p. 211).

⁴ Em recente decisão da Suprema Corte da Índia, em setembro de 2018, deixaram de ser criminalizadas as relações homossexuais, passando a 71 o número de países em que sanções ainda podem ser aplicadas.

Paralelamente, acompanha-se em todo o globo um processo de ascensão de agendas conservadoras e neoliberais, que relegam ao segundo plano sujeitos que não se adequam às conformações sociais hegemônicas de respeitabilidade: migrantes ilegais, lésbicas, homossexuais, trabalhadoras e trabalhadores sexuais, portadoras e portadores de HIV/AIDS e pessoas em situação de rua, por exemplo, afetadas e afetados por essas políticas, que se combinam de maneira ainda mais perversa às opressões sexuais e de gênero (FELICIANTONIO; BROWN, 2015, p. 966-967). No Brasil, as políticas de austeridade implementadas elevaram o desemprego juvenil, fazendo com que aumentasse os números de jovens em situação de rua, dentre os quais gays, lésbicas, bi e transexuais são excessivamente representados (DHESCA, 2017, p. 90).

Diante desse panorama pouco otimista, é inevitável questionar-se sobre o que tem sido feito no plano internacional, em especial, no âmbito do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), enquanto mecanismos de supervisão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) para a proteção e promoção dos direitos dessas minorias. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é compreender como o Comitê de Direitos Humanos tem se posicionado quanto aos direitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, em que pese o PIDCP não conter nenhuma disposição específica sobre o tema. Parte-se da hipótese de que o mecanismo tem realizado uma interpretação evolutiva de seu tratado-chave, de modo a proteger as pessoas de orientação sexual e identidade de gênero diversa.

Metodologicamente, privilegiou-se a escolha de autoras e autores que partem das epistemologias não-hegemônicas da Teoria Queer e dos estudos pós-coloniais, distanciando-se do discurso universalista e liberal-institucionalista dos direitos humanos e cientes da necessidade de aproximação de sujeitos plurais, com identidades e pontos de partida diversos. Esse exercício se mostra necessário para que as decisões levantadas possam ser analisadas a par do reconhecimento de que o Direito prescinde de um processo de desnaturalização da norma jurídica e seus elementos fundantes e de que existem graus de distanciamento entre a

norma jurídica e seu plano de efetivação (BORILLO, 2011, p. 15; GALLARDO, 2010, p. 55).

Ainda, apoiando-se no pressuposto de que as ciências não são neutras, mas igualmente reflexo de atos políticos, elegeu-se o uso, quando viável, de palavras que possam representar os dois gêneros previstos na gramática da língua portuguesa, como pessoa ou ser humano (LISBÔA, 2015, p. 21). Nos casos em que isso não é possível, recorrer-se-á à utilização da flexão em ambos os gêneros, respeitando-se as citações literais em que consta o predomínio de expressões no gênero masculino.

Destaca-se, além disso, que neste trabalho optou-se pela referência à orientação sexual e identidade de gênero⁵, em detrimento de categorias identitárias específicas, como lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexo (LGBTI), em alinhamento aos Princípios de Yogyakarta e em um esforço de afastamento do binarismo sexual e de gênero manifesto nos tratados de direitos humanos, sem desprezar, contudo, as lutas por visibilidade dessas categorias e as interseções existentes entre orientação sexual e identidade de gênero. (CORRÊA, 2009, p. 35-36). Esse recorte é necessário para que se desestabilizem termos pautados na anatomia ou comportamento calcados na lógica binária, além de possibilitar maior abrangência em relação a identidades sexuais e de gênero não compreendidas nesses espectros.

A metodologia, dividida em duas etapas, deu-se por meio de análise jurídico-interpretativa de fontes primárias como livros, artigos e teses, obtidas em bases de dados de periódicos como Jstor, Scielo, Portal Capes, dentre outras. A técnica jurídico-interpretativa possibilita a decomposição do problema jurídico em diversos aspectos, níveis e relações, permitindo a investigação do objeto com maior complexidade e aprofundamento (GUSTIN; FONSECA, 2010, p. 28-29). Posteriormente, fez-se uma busca detalhada das decisões do órgão do sistema global de proteção dos direitos humanos, filtrando por decisões do Comitê de

⁵ Na literatura em língua inglesa a sigla “SOGI” (*Sexual Orientation and Gender Identity*) já tem emergido no vocabulário da *advocacy* em substituição ao acrônimo LGBT, para se referir ao complexo de violências sofridas em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Direitos Humanos, utilizando as palavras-chave *homosexual*, *gender identity* e *sexual orientation*.

Quanto ao percurso analítico, iniciamos abordando o surgimento da Teoria Queer e como o Direito prescinde de um diálogo com as discussões sobre gênero e orientação sexual desenvolvidas no campo das Ciências Sociais. Em seguida, expomos como a orientação sexual e a identidade de gênero têm sido tratadas no marco do processo internacional de direitos humanos, partindo dos debates travados no âmbito das Nações Unidas. Por fim, analisamos como o Comitê de Direitos Humanos, por meio de suas decisões, tem se manifestado sobre a temática, à luz do marco teórico escolhido.

1 TEORIA QUEER E UMA NOVA ABORDAGEM NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Até a década de 1990, os estudos sociológicos sobre minorias sexuais e de gênero concebiam a ordem social como sinônimo de heterossexualidade, acabando por manter e normalizar essa perspectiva, mesmo nas pesquisas sobre sexualidades não-hegemônicas (MISKOLCI, 2009, p. 151). Em oposição crítica a esse pensamento, os primeiros teóricos queer passaram a questionar esses pressupostos, que marcavam o estudo das ciências sociais até então. O termo *queer*, que originalmente significa estranho, excêntrico ou esquisito, era utilizado de forma pejorativa para se referir a pessoas que não se adequavam às normas sexuais e de gênero: gays afeminados, lésbicas masculinizadas, andrógenas e andrógenos, transgêneros etc. A palavra ganha nova tônica em 1990, com o surgimento do movimento radical *Queer Nation*, que criticava o assimilacionismo dos gays brancos de classe média e propunha uma abordagem que pudesse compreender todas as minorias sexuais, sem criar entre elas uma separação.

Usar “*queer*” é uma maneira de lembrarmos como somos percebidas pelo resto do mundo. É uma maneira de dizermos que não precisamos ser pessoas empolgadas e charmosas, que levam suas vidas discretamente e à margem do mundo hétero. Usamos queer como homens gays que amam lésbicas e

lésbicas que amam ser queer. *Queer*, ao contrário de gay, não significa macho. E, quando falada para outros gays e lésbicas, é um modo de sugerir que cerremos fileira e esqueçamos (temporariamente) nossas diferenças individuais, uma vez que enfrentamos um inimigo comum e mais perigoso. Sim, queer pode ser uma palavra dura, mas é também uma arma sagaz e irônica que podemos roubar das mãos dos homofóbicos e usá-la contra eles⁶ (QUEER NATION, 1990).

A partir de então, o termo ganha novo sentido: o que antes era considerando um xingamento passa a ser apropriado e ressignificado pelos sujeitos oprimidos, servindo de ferramenta ao enfrentamento das normatividades. Para Guacira Lopes Louro, o *queer* é o sujeito da sexualidade desviante, o excêntrico que não deseja ser integrado, é uma existência que desafia as normas sociais regulatórias, que incomoda, perturba e assume o desconforto da ambiguidade, dos “entre lugares” (LOURO, 2000, p. 07).

No campo acadêmico, Teresa de Lauretis foi a primeira a empregar, no mesmo ano, o termo Teoria Queer, em um seminário na Universidade da Califórnia, no qual criticou o caráter heterossexista dos estudos sobre homossexualidade. Para ela, o termo Teoria Queer empenha o esforço de superar os protocolos distintivos existentes nos termos gay e lésbica, a fim de transcendê-los, superá-los ou, no mínimo, problematizá-los (DE LAURETIS, 1991). Assim, essa terminologia se apresenta como um mecanismo de contestação das normas que regem as categorias sexuais existentes e das fronteiras interpostas entre elas e, para além disso, possibilita a emersão de novas identidades. Em que pese a função criativa do termo, a Teoria Queer se nutre de diversos trabalhos anteriores à sua data de fundação, como *Coming of Age in Samoa: a Psychological Study of Primitive Youth For Western Civilisation* (1928), de Margaret Mead, *Histoire des dames*

⁶ Trecho extraído do Manifesto Queer Nation, que circulou entre as pessoas que participavam de uma ação organizada pela AIDS Coalition to Unleash Power, na Parada Gay de Nova Iorque em 1990. Traduzido pela editora Chão da Feira em 2016. Disponível em: <http://chaodafeira.com>. Acesso em: 08 ago. 2018.

employées dans les Postes, télégraphes et téléphones de 1714 à 1929 (1930), de Jeanne Bouvier, e *La femme et le féminisme avant la Révolution* (1923) de Léon Abensour.

Nesse esteio, Michel Foucault é um dos autores de maior destaque, tendo influenciado amplamente a Teoria Queer com seu livro *A História da Sexualidade I*. Na obra, Foucault (1998, p. 43) rejeita a ideia de que o sexo seja uma expressão biológica natural, desvendando os mecanismos que atuam na produção de discursos sobre a sexualidade ao longo da história. Particularmente, o autor situa na modernidade a mudança sobre o modo como esse controle é exercido, através do Direito, da Medicina e da Psiquiatria, chegando, inclusive, a indicar o momento exato da criação do homossexual enquanto personagem. No mesmo sentido, Jeffrey Weeks (1986) afirma que não existe equivalência entre as experiências históricas ou de outras culturas com a figura que se denomina hoje de homossexual, uma vez que não há uma continuidade na forma de compreender o gênero e a sexualidade.

A Teoria Queer compreende, assim, a sexualidade como um conjunto heterogêneo de discursos e práticas sociais, entre elementos tão diversos como a literatura, enunciados científicos, instituições e proposições morais que se encadeiam de acordo com estratégias de saber e de poder. (MISKOLCI, 2009, p. 154-155)

Outro elemento central na Teoria Queer diz respeito ao conceito de performatividade, articulado por Judith Butler. Para Butler (2003, p. 48), não há uma identidade de gênero por trás de expressões de gênero, essa identidade é performativamente construída pelas expressões tidas como seu resultado. Dessa forma, a autora questiona a existência de matrizes essenciais de masculinidade e feminilidade, afirmando que essas são fruto de performances contínuas, que buscam não só produzir verdades, mas ditar comportamentos que devem ser obedecidos em coerência com as categorias de sexo, gênero e desejo, atuando, portanto, dentro de estruturas de dominação.

Eve Sedgwick (2007) também analisa como a narrativa de pessoas queer é circunscrita pelo rompimento das expectativas acerca da coerência entre essas categorias, trazendo à compreensão o paradoxo da exibição pública sobre o modo como elas são percebidas. A autora observa

como o armário, como uma metáfora definidora da estrutura de opressão na vida de gays e lésbicas, é um elemento quase sempre presente, mesmo entre os mais assumidamente gays. A vida social desses sujeitos é marcada pelo equilíbrio entre público e privado, demandando constante avaliação sobre os riscos envolvidos na revelação, que perpassa ainda a consideração, no caso de cada interlocutor e interlocutora, se a informação seria importante para ele ou ela. Para Sedgwick,

Cada encontro com uma nova turma de estudantes, para não falar de um novo chefe, assistente social, gerente de banco, senhorio, médico, constrói novos armários cujas leis características de ótica e física exigem, pelo menos da parte de pessoas gays, novos levantamentos, novos cálculos, novos esquemas e demandas de sigilo ou exposição. Mesmo uma pessoa gay assumida lida diariamente com interlocutores que ela não sabe se sabem ou não. (SEDGWICK, 2007, p. 22).

A Teoria Queer também dialoga com o feminismo, em especial nos trabalhos de Gayle Rubin e Adrienne Rich, no que toca a crítica às posições normativas de gênero e sexualidade. Rubin (s/a) defendia que gênero e sexualidade estavam de alguma forma conectados apesar de pertencerem a práticas sociais distintas. Assim, se o feminismo tinha sua matriz centrada no gênero, seria necessário um novo arcabouço para investigar a organização social da sexualidade. Nesse sentido, a antropóloga indicou que o Ocidente limita a sexualidade de acordo com um sistema ideológico que a divide entre o bom e o mau sexo, compondo uma hierarquia piramidal, responsável por classificar determinadas sexualidades como aceitas, toleradas ou outras como desprezíveis. Rich (1980), por sua vez, inaugurou o conceito de heterossexualidade compulsória, em um dos primeiros esforços em direção à desnaturalização da heterossexualidade, explorando-a como instituição social de opressão as mulheres e questionando o pressuposto que elas sejam inerentemente heterossexuais. A autora descreve alguns fatores que coagem à heterossexualidade, como a discriminação de gênero no mercado de trabalho, a idealização do romance

heterossexual e a vinculação deste conceito à construção de uma noção de normalidade.

Seguindo esses raciocínios, é possível perceber como sexo, gênero e sexualidade são construções discursivas. Assim, a Teoria Queer possibilita, a partir da desnaturalização dessas categorias, repensar a maneira que se apresentam as normas e os fundamentos que as justificam, além de indicar que sua complexidade não permite uma integração funcional perfeita (JESUS, 2014, p. 45; BORILLO, 2011, p. 30).

Nesse sentido, Misckolci (2009) situa a Teoria Queer como um desdobramento dos estudos subalternos, prescindindo de uma análise em diálogo com diferentes formas de opressão de matriz colonial. Isso se deve ao fato de que a colonização europeia trouxe consigo uma complexa estrutura de poder, carregada de valores e tradições, sobretudo sob influência do Cristianismo, que teve como figura central o homem branco, heterossexual, patriarcal, militar, capitalista e, com ele, a reprodução de padrões hierárquicos já existentes, capaz de moldar instituições sociais e jurídicas como o casamento, a família, a heterossexualidade e a monogamia (GROFOGUEL, 2008, p. 122; COACCI, 2016, p. 53). A Teoria Queer se define, portanto, como um gesto crítico dos processos históricos que conduziram ao estabelecimento desses modelos como padrão dominante no Ocidente.

Paul B. Preciado aponta que a Teoria Queer e os estudos subalternos têm como ponto convergente a proposição de uma investigação sobre grupos subalternizados, partindo de um referencial não hegemônico em busca de visibilidade (PRECIADO, 2007, p. 383). Quanto à visibilidade desses sujeitos, Belizário (2016), partindo de uma leitura da obra de Gayatri Spivak, *Can the Subaltern Speak?* (1988), denuncia a ilegitimidade da representação dos sujeitos subalternos nas quais este sujeito não foi diretamente envolvido em seu processo de agenciamento. O subalterno é, assim, um sujeito incapaz de ser ouvido, o sujeito pertencente às camadas mais baixas dos estratos sociais, soterrado sob diversas formas de opressão, que se imbricam impedindo-o de tornar-se parte do estrato dominante.

Na mesma direção, Chandra Mohanty (2005), ao analisar a construção da mulher do Terceiro Mundo pela produção acadêmica

feminista ocidental, questionou a criação discursiva de categorias monolíticas, indicando que o subalterno pode falar e de fato o faz nas “fraturas entre os discursos hegemônicos e minoritários, produzindo novas significações” (BELIZÁRIO, 2016, p. 290). Dessa forma, uma abordagem a partir da Teoria Queer, em diálogo com os estudos subalternos de forma mais ampla, permite evidenciar a exclusão epistemológica sofrida por esses sujeitos, revelando como as noções de visibilidade e dialética são fundamentais para compreender o espaço destinado ao *queer* no campo da produção de novos discursos, sejam eles na esfera jurídica ou não.

1.1 DA NECESSIDADE DE ROMPIMENTO COM A MATRIZ HETERONORMATIVA DO DIREITO

A influência do poder colonial, sob a égide do Cristianismo, difundiu, de modo mais ou menos uniforme por todo o globo, a imposição de seus valores, servindo-se do Direito como um dos seus mecanismos de normatização. A imbricação entre os valores cristãos e os jurídicos tornou, por muito tempo, borrada ou até mesmo inexistente a fronteira entre religião e Direito (COACCI, 2016, p. 53). Esse campo, embora parte integrante das Ciências Sociais, tem ignorado o aporte fundamental da Teoria Queer, o que se deve, em grande medida, ao positivismo jurídico e ao excessivo formalismo na área, que a tornaram demasiado alheia ao desenvolvimento de outros campos das Ciências Sociais (BORRILLO, 2011, p. 30).

A primeira onda do feminismo foi o primeiro movimento a revelar a prevalência da normatividade de gênero no campo do Direito, ao defender a igualdade de direitos civis e políticos básicos para homens e mulheres. A segunda onda, que punha em debate o direito ao corpo e à sexualidade, aprofundou as discussões trazidas naquele primeiro momento, através das reivindicações pela legalização dos métodos contraceptivos. Desde então, tornou-se possível pensar sexualidade e reprodução de forma juridicamente desvinculadas, já que relações sexuais não reprodutivas passaram a ser vistas como legítimas em uma concepção estritamente jurídica (BORRILLO, 2011, p. 29).

De fato, percebe-se que essa conquista constituiu um avanço significativo na desarticulação da imposição estatal de um modelo familiar exclusivamente heteropatriarcal. Nessa direção, V. Spike Peterson (1999) argumenta que Estados e nações são construções históricas que constituem famílias heteropatriarcais como unidades fundacionais e regulam as atividades sexuais a fim de garantir a continuidade intergeracional e as desigualdades. Assim, a legalização de métodos contraceptivos dissocia a manutenção da reprodução biológica da normalização do desejo homossexual que atuaria em sua função.

A maior parte dos teóricos *queer* questiona a heteronormatividade, “criticando a suposição de que o desejo pelo sexo diferente seria uma posição padrão universal, da qual o desejo pelo mesmo sexo seria uma exceção” (JESUS, 2014, p. 46). Esse conceito perpassa a crença de que as pessoas devem orientar suas vidas de acordo com um padrão homossexual, não importando se mantêm ou não práticas homossexuais, desde que ajam em coerência com seu gênero e sexo. O Direito atua nessa perspectiva, tomando o gênero e a sexualidade como dado natural, partindo de – e simultaneamente construindo – modelos normativos hegemônicos.

Para Daniel Borrillo (2011), a Teoria Queer do Direito é uma teoria de justiça individual que contempla todas as pessoas, descartando as categorias de sexo, gênero e sexualidade, que para ele, não possuem pertinência jurídica. O autor propõe, assim, exercícios críticos aos dispositivos normativos que negam o reconhecimento jurídico pleno a essas pessoas cuja orientação sexual e identidade de gênero são consideradas desviantes. O primeiro é a dessacralização da sexualidade, tendo em vista que a regulação da sexualidade deve levar em consideração as subjetividades de cada indivíduo, de modo que a ausência de danos a terceiros e o consentimento livremente manifestado entre adultos sejam os únicos elementos de apreciação jurídica (BORRILLO, 2011).

O segundo passo é a dessexualização dos sujeitos de direito, com o abandono da identificação do sexo enquanto informação obrigatória nos documentos emitidos pelo Estado, o que solucionaria problemas como retificação do gênero no caso de transexuais ou discriminação entre casais

do mesmo sexo nas demandas pelo direito ao matrimônio. Importante ressaltar que esse exercício não implica a renúncia a políticas de combate à discriminação de gênero, dada a distinção entre gênero-identificação e gênero-proteção (BORRILLO, 2011).

Como desdobramento direto dessa ação se situa a deseterossexualização do matrimônio, que se manifesta ainda como um vestígio do direito canônico. Nesse esteio, é necessária ainda a desbiologização dos laços familiares, considerando-se que a formação de vínculos se baseia em uma convenção, e não na mera subsunção de um fato natural. O instituto da adoção é a manifestação mais paradigmática de que o Direito independe de fatores naturais para a constituição de vínculos, razão pela qual não há fundamento na restrição do casamento a pessoas de sexos diferentes (BORRILLO, 2011).

Por fim, prescinde-se ainda de uma contratualização da família, através da cisão completa com o direito canônico e adoção de uma visão civilista na instituição familiar, com foco na autonomia privada, na comunicação e na negociação, em detrimento da atribuição de autoridade paterna e da divisão de funções de acordo com papéis de gênero (BORRILLO, 2011).

2. A ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO PROCESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DO COMITÊ DA ONU

2.1 O PROCESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

A trajetória política da orientação sexual e da identidade de gênero no contexto internacional tem sido marcada pelo embate entre reivindicações e resistências na arena dos direitos humanos. O Direito Internacional testemunhou ao longo da década de 1990 um crescente movimento pela defesa dos direitos das minorias sexuais (HELPER;

MILLER, 1996, p. 61), seguido, no início do século XXI, pelo recrudescimento de políticas moralistas (CORRÊA, 2009, p. 19), que, no atual cenário de avanço de frentes conservadoras no âmbito interno dos Estados, têm sua manifestação mais ameaçadora.

Não obstante, Corrêa (2009, p. 20) aponta que o debate entre esses discursos é hoje acrescido pelas demandas por direitos levadas a cabo por atores e atrizes da política sexual e de leis e normas propostas para proteção desses sujeitos. As discussões que transcorrem no marco das Nações Unidas são excelente exemplo disso.

Desde a fundação do sistema global de proteção aos direitos humanos, com a promulgação da Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o tema tem sido tratado como uma pauta de *low politics*, relegado a um espaço secundário nas agendas internacionais. A partir de então, foram promulgados outros sete⁷ tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da ONU, com instituição de respectivos mecanismos de monitoramento, avançando em temas como discriminação racial, direitos das crianças, pessoas com deficiência, mulheres e trabalhadores migrantes, sem, contudo, qualquer referência à orientação sexual e identidade de gênero.

Corrêa (2009, p. 23) situa o início dos debates sobre sexualidade apenas em 1993, nos preparativos para a Conferência do Cairo realizada um ano mais tarde, a partir da inclusão dos termos saúde sexual e direitos sexuais nos rascunhos do programa de ação, embora esses tenham sido excluídos do seu texto final. Sanders (2001, p. 15) os localiza em momento pouco anterior, na Conferência de Direitos Humanos de Viena (1993), na

⁷ Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (1975); Convenção da ONU para Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias (1990); Convenção dos Direitos da Criança (1989); Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (2006); Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006).

qual a delegação canadense propôs a inclusão de orientação sexual ao parágrafo a respeito da proibição da discriminação. Novamente, no entanto, o termo haveria sido suprimido, em detrimento de uma disposição genérica.

A discussão foi mais uma vez retomada, na preparação para Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995. O encontro culminou em um documento chamado Plataforma de Ação Pequim, que em seu parágrafo 96⁸ incluiu o termo orientação sexual, após um longo debate que o excluiu de outros trechos da versão final, em razão de seu caráter ainda controverso (SANDERS, 2001, p. 16; CORRÊA, 2009, p. 22).

Posteriormente, o tema voltou à discussão quando, em 2003, o Brasil ressaltou a necessidade de criação de uma resolução, no âmbito da extinta Comissão de Direitos Humanos (hoje com status de Conselho), que reconhecesse a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Embora a possível resolução tenha sido objeto de ampla articulação de diversos atores e atrizes da política sexual que pressionaram para que a pauta fosse levada adiante, o Estado brasileiro recuou de seu posicionamento inicial por pressão dos países islâmicos, em decorrência de negociações comerciais no âmbito da Organização Internacional do Comércio (CORRÊA, 2009, p. 26; PEREZ, 2014, p. 150). Esses esforços, contudo, não foram desconsiderados, uma vez que, finalmente, em 2008, foi apresentada à Assembleia Geral, uma proposta de resolução, de número A/63/635, na qual reafirmou-se a aplicação geral dos direitos humanos, sem distinção quanto à orientação sexual e identidade de gênero.

A partir de então foram adotadas três importantes resoluções⁹ pelo Conselho de Direitos Humanos, que evidenciam a importância de sistematicamente monitorar, documentar e relatar violações baseadas na

⁸ “Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências”. ONU. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, 1995.

⁹ A/HRC/RES/27/32; A/HRC/RES/17/19; A/HRC/RES/32/2.

orientação sexual e identidade de gênero. Nesse sentido, foi criada em 2016 a relatoria independente para apurar esse tipo de violação, encarregada, por meio da apresentação de relatórios anuais, de avaliar a atuação dos mecanismos já existentes no sistema global capazes de proteger essa população, além de dialogar com os Estados-membro, sistemas regionais de proteção, agências da ONU, programas e fundos, instituições nacionais de direitos humanos, sociedade civil organizada, bem como instituições acadêmicas a respeito da questão. Em seu primeiro relatório, o perito independente apontou, dentre outras constatações, que são necessárias ações para conter e reduzir a violência baseada na orientação sexual e identidade de gênero (ONU, 2017).

Todos esses eventos tiveram em comum a ampla atuação da sociedade civil e a inclusão de grupos como a Comissão Internacional de Direitos Humanos de Lésbicas e Gays e a ILGA, sem os quais o debate não teria a mesma evolução. Mesmo os relatórios finais apresentados pelo perito independente são amplamente corroborados por *shadow reports*¹⁰ produzidos pela sociedade civil organizada, que permitem um mapeamento mais realista da situação dessas minorias em determinado Estado. A participação desses atores e atrizes, no entanto, não foi incontroversa. Na verdade, desde as discussões que antecederam a Conferência do Cairo, diversos países se opuseram à participação de representantes de organizações ligadas às pautas de gênero e orientação sexual. Em 2006, por exemplo, os Estados Unidos se alinharam ao Irã, Sudão, China e Cuba para vetar o status consultivo dessas Organizações Não Governamentais (ONGs) na ONU (NARAYAN, 2006, p. 320).

Paralelamente, uma coalização de ONGs, através da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, deu um importante passo na proteção dos direitos ligados à temática, por meio da elaboração dos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação

¹⁰ *Shadow reports* ou relatórios sombra são documentos produzidos pela sociedade civil em complementação ou contraposição aos relatórios oficiais, apresentados pelos Estados.

Sexual e Identidade de Gênero. O documento nasce no contexto de necessidade de uma base mais consistente de interpretação dos tratados de direitos humanos e do entendimento jurisprudencial, indicando um direcionamento mais uniforme no tratamento da temática, que atrela à observância desses princípios diversos atores, incluindo os mecanismos de monitoramento de tratados do sistema global.

2.2 O PAPEL DO MECANISMO QUASE-JUDICIAL DO COMITÊ NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DAS PESSOAS DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO DIVERSA

Embora os tratados internacionais existentes não façam menção explícita à orientação sexual e identidade de gênero, na atual etapa de desenvolvimento do direito internacional está claro que seus dispositivos devem se aplicar, sem discriminação, às minorias sexuais, pois “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, que acompanham a evolução do tempo e do meio social” (TRINDADE, 1999, p. 53).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, enuncia no art. I que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e prossegue no art. II, afirmando que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie” (ONU, 1948). De modo semelhante, o art. 2º, §1, do PIDCP estabelece o dever de garantir a todos e a todas os direitos previstos nesse instrumento, 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. Prevê ainda, no art. 26 que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm igual direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei” (ONU, 1966).

Dessa forma, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, enquanto órgão de monitoramento de implementação do PIDCP nos Estados, desempenha papel fundamental na defesa e promoção dos direitos dessas minorias. Salienta-se que, por força das próprias Recomendações

Adicionais aos Princípios de Yogyakarta (Recomendação “e”), o mecanismo deve assegurar a integração desses princípios sobre aplicação da legislação de direitos humanos a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas à sua jurisprudência, bem como ao exame dos relatórios dos Estados.

Cumpra esclarecer que o Comitê se constitui, entre outras funções, como mecanismo coletivo quase judicial de apuração de responsabilidade do Estado em face da violação das disposições do PIDCP. Diz-se quase judicial, pois os textos de suas decisões não se constituem enquanto sentenças assim compreendidas em sentido estrito (RAMOS, 2013). Isso porque a redação do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não o define como tal, embora a natureza vinculante de suas deliberações seja objeto de extenso debate.

O Comitê é hoje um dos mais importantes e influentes órgãos de proteção aos direitos humanos, com competência reconhecida por 169 Estados já tendo recebido cerca de 3 mil petições individuais desde o início de suas atividades, em 1977. Assim, este trabalho analisa as atividades do Comitê em relação às pessoas de orientação sexual e identidade de gênero diversa, a partir das decisões de seu mecanismo quase judicial.

3 UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO COMITÊ

O direito à igualdade e à não discriminação têm sido recorrentemente discutidos pelo Comitê desde o início de suas atividades. No Comentário Geral nº 18, destinado a esclarecer as obrigações implicadas pelos arts. 2 e 26 do PIDCP, o Comitê afirmou que a não discriminação e o direito à igualdade constituem princípios gerais e básicos de proteção aos direitos humanos. Embora a elaboração do comentário tenha representado uma oportunidade perdida para uma inclusão mais incisiva a respeito da orientação sexual e identidade de gênero à interpretação desses dispositivos, essa hermenêutica estabeleceu o entendimento no sentido de que a igualdade e não discriminação têm abrangência sobre todos os direitos humanos, sem distinção.

Esse raciocínio é desenvolvido pelo Comitê de modo mais ou menos uniforme em suas revisões de peticionamentos individuais que abordam demandas de indivíduos de orientação sexual e identidade de gênero diversa. Nesta seção, serão analisados os casos em que o Comitê se debruçou sobre a temática. Desde 1994, foram analisados 11 casos que se relacionam à orientação sexual e identidade de gênero em diversos desdobramentos. Para fins de análise, foram selecionados quatro recortes temáticos nos quais essas demandas foram enquadradas, quais sejam: a) direito à vida privada; b) direito à família; c) direito à reunião e liberdade de expressão, e por fim, d) direito à não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Essa análise pretende investigar se o mecanismo tem aplicado uma interpretação evolutiva do PIDCP, em caráter exaustivo de suas decisões até então, em que pese cada um desses recortes ter potencial para suscitar discussões mais aprofundadas dentro de suas searas em particular.

3.1 DIREITO À VIDA PRIVADA

Em 1994, o Comitê desenvolveu as discussões fomentadas pelo Comentário Geral n. 18 ao analisar o caso *Toonen vs. Austrália*. Nicholas Toonen, ativista dos direitos dos homossexuais, apresentou comunicação ao Comitê denunciando dispositivos do Código Penal da Tasmânia, que criminalizavam relações sexuais consensuais entre homens adultos. Segundo sua comunicação, tais dispositivos representavam ingerência arbitrária em seu direito à vida privada e fomentavam a discriminação. Observou ainda que, em diversas ocasiões, figuras de autoridade pública fizeram afirmações discriminatórias, sugerindo, por exemplo, que todos os homossexuais deveriam ser perseguidos e despejados em uma ilha inabitada, ou que passassem por esterilizações forçadas (HR COMMITTEE, 1994, p. 3).

Em análise da violação à privacidade do autor, protegida pelo art. 17 do PIDCP, o Comitê considerou que atividades sexuais consensuais praticadas em âmbito privado são abrangidas pelo direito à vida privada e

não devem sofrer limitações desproporcionais e sem objetivos que as justifiquem (HR COMMITTEE, 1994, p. 11-12).

De modo geral, tem-se orientado no sentido de considerar discriminatória qualquer distinção sem legítimo propósito, justificativa objetiva e razoável, e que não possua relação de proporcionalidade entre meios empregados e os objetivos pretendidos (TRINDADE, 1999, p. 78). Nesse sentido, o Comitê rejeitou as alegações do Estado de que matérias morais detêm margem de apreciação estatal, tendo em vista que essas questões devem ser restritas ao campo da vida privada. Quanto a isso, a decisão parece realizar um exercício do que Borrillo (2011) chama de dessacralização do sexo, uma vez que despreza os aspectos da vida privada que escapam à ausência de danos a terceiros e ao consentimento livremente manifestado entre adultos, repelindo as regulações que criminalizam relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

É possível afirmar, contudo, que o mérito central dessa decisão reside na extensão da aplicação do termo sexo, presente nos arts. 2 e 26 do PIDCP à orientação sexual. Esse passo foi importante porque significou que a discriminação baseada na orientação sexual pode constituir uma violação desses dispositivos em relação a qualquer outro direito previsto no PIDCP (MCGOLDRICK, 2016, p. 629). Por outro lado, o Comitê não se aprofundou na fundamentação desse ponto, não apresentando qualquer motivação para essa interpretação do tratado. Esta pode ser considerada uma falha que abriu margem para possíveis questionamentos da decisão, como futuramente ocorreu nos votos discordantes do caso *X vs. Colômbia*, treze anos mais tarde, e que não seria corrigida no desenvolvimento de suas decisões.

Em decisões posteriores, o Comitê tem evitado aprofundar esse desdobramento dos direitos à igualdade e a não discriminação, razão pela qual a elaboração de um Comentário Geral que verse sobre orientação sexual e identidade de gênero talvez seja desejável (GERBER; GORY, 2014, p. 429).

Recentemente, em 2017, o debate adquiriu novo contorno com a decisão do caso *G. vs. Austrália*, no qual o Comitê estendeu a aplicação do art. 26 à discriminação baseada na identidade de gênero. A autora é uma

mulher transgênero, que em 2005 contraiu, em país estrangeiro, matrimônio com sua atual esposa. Na época, a Austrália já reconhecia a possibilidade jurídica de pessoas transgênero alterarem o registro civil a fim de que se reconhecesse o sexo adquirido, embora até dezembro de 2017 não houvesse o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em julho de 2010 o órgão competente negou a alteração do sexo no registro civil da autora, sob o argumento de que, de acordo com a Lei de Registros, Falecimentos e Matrimônios, uma pessoa não poderia estar casada ao formalizar o requerimento (HR COMMITTEE, 2017a, p. 18).

O Comitê entendeu que a negativa do Estado em alterar o sexo no registro civil a menos que a autora se divorciasse constituiu uma ingerência arbitrária em seu direito à vida privada. Por fim, recorrendo ao Comentário Geral n. 18 e reiterando o entendimento de suas decisões, o mecanismo afirmou que a distinção entre pessoas transgênero e demais pessoas casadas para alteração do sexo no registro civil constitui uma violação do art. 26 do Pacto, haja vista que nesse contexto não há igual proteção da lei (HR COMMITTEE, 2017a, p. 18).

Novamente, note-se que o Comitê não aprofundou em sua decisão o debate sobre a inclusão da identidade de gênero ao rol das bases discriminatórias vedadas pelo art. 26, atendo-se ao caráter discriminatório da distinção entre pessoas cis¹¹ e transgêneros casadas para fins de alteração do registro civil, evidenciando a ainda presente necessidade de se discutir o tema de modo mais claro. É manifesto, contudo, um incipiente exercício de dessexualização dos sujeitos de direito. Ao determinar a responsabilidade internacional do Estado pela violação do art. 26 em face de uma mulher transgênero, o Comitê incluiu, pela primeira vez de forma explícita, a identidade de gênero ao alcance protetivo do PIDCP, em decisão cujos reflexos ainda deverão ser avaliados.

3.2 DIREITO À FAMÍLIA

¹¹ Em síntese, “cisgênero” é a pessoa que se identifica com o gênero a ela atribuído no momento de seu nascimento.

O direito à família de pessoas de orientação sexual diversa tem sido discutido pelo Comitê desde 2002, com sua decisão em *Joslin vs. Nova Zelândia*. Juliet Joslin e Jennifer Rowan mantinham um relacionamento desde 1988, convivendo e criando seus filhos de casamentos anteriores. Em 1995, tiveram negada sua solicitação ao casamento civil, tanto pelo órgão administrativo competente, quanto pelo Tribunal Superior da Nova Zelândia. As autoras afirmaram que a impossibilidade de pessoas do mesmo sexo contraírem matrimônio violava o art. 23, §2º do PIDCP. O Estado alegou que, de acordo com as definições do PIDCP, não considera as autoras e seus filhos família e que a impossibilidade de casais homossexuais contraírem matrimônio não constitui tratamento discriminatório, tendo em vista que tem respaldo na própria “natureza da instituição” e no consenso universal praticado pelos Estados (HR COMMITTEE, 2002, p. 10).

Em análise do mérito, o Comitê afirmou que o art. 23, §2º é o único dispositivo do Pacto que utiliza os termos homem e mulher ao invés de termos genéricos como todo ser humano ou toda pessoa, isso porque se tem reconhecido que o matrimônio é uma união entre unicamente um homem e uma mulher. Portanto, não se poderia afirmar que a Nova Zelândia violou o dispositivo pelo “mero fato de negar matrimônio entre casais homossexuais” (HR COMMITTEE, 2002, p. 18).

Essa decisão contraria, além do precedente estabelecido no caso *Toonen*, a interpretação do próprio Comitê feita doze anos, no Comentário Geral n. 19, no qual reconheceu que não é possível estabelecer uma definição universal do conceito de família. Se a definição de família é variável, então o Comitê tem a liberdade de reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo (LANGFORD, 201, p. 18). É lamentável que a decisão do órgão tenha limitado o direito ao matrimônio à união entre homem e mulher sem uma justificativa objetiva e razoável, senão a prática reiterada dos Estados em reconhecê-lo nesse sentido. Essa interpretação acaba por reforçar o caráter heteronormativo no PIDCP, perpetuando o tratamento discriminatório e desprezando a evolução dos modelos familiares.

Desde o caso *Joslin*, dezesseis anos se passaram sem que houvesse um caso similar para que o Comitê tivesse a chance de decidir em sentido contrário. Gerber e Gory (2014, p. 431) acreditam que a mudança de entendimento do Comitê é uma questão de tempo. Após a decisão do caso, diversos Estados legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de modo que o consenso universal entre eles não poderia mais sustentar tal posicionamento. Langford (2017, p. 6), contudo, argumenta em sentido diverso. O autor acredita que naquela oportunidade o Comitê desconsiderou o entendimento jurisprudencial já consolidado da Corte Europeia de Direitos Humanos a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, o Comitê parece ater-se a uma margem estreita de interpretação de seu tratado-chave, limitando-se a uma hermenêutica literal do PIDCP, buscando evitar sua denúncia.

Já os casos *Young vs. Austrália* (2003) e *X. vs. Colômbia* (2007) tratam da concessão do benefício de pensão por morte para companheiros do mesmo sexo. Em ambos os casos, o Comitê decidiu que as diferenças de tratamento na atribuição de benefícios de pensão para parceiros do mesmo sexo, sem justificativa objetiva e razoável, violavam o direito à igualdade, previsto no art. 26.

Contudo, salienta-se que os votos concorrentes de Abdelfattah Amor, da Tunísia, e Ahmed Tawfik Khalil, do Egito, no caso *X. vs. Colômbia*, consideraram que o dispositivo do art. 26 não se aplica à discriminação baseada na orientação sexual. Em complemento, afirmaram que um casal homossexual não constitui família nos termos do Pacto e, portanto, não poderia reclamar prestações positivas do Estado, fundadas no conceito de família composta por parceiros de sexos opostos (HR COMMITTEE, 2007, p. 13).

Os votos discordantes evidenciam que existe uma falta de consenso no Comitê a respeito da interpretação relacionada à discriminação baseada na orientação sexual. Somados ao caso *Joslin*, indicam que o mecanismo parece tolerar a discriminação de indivíduos em união estável, sob o argumento da proteção à concepção heterossexual de família prevista no PIDCP (GERBER; GORY, 2014, p. 431).

No caso *C vs. Austrália* (2017b), uma mulher lésbica denunciou o Estado pela negativa do acesso ao divórcio a casais compostos por pessoas do mesmo sexo casados em país estrangeiro. Em razão da ausência de previsão legal para o reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, a autora, cidadã australiana, contraiu matrimônio no Canadá. Embora os casamentos realizados em país estrangeiro fossem reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional, a Lei de Direito de Família da Austrália, que regulamenta o processo do divórcio, restringe explicitamente o reconhecimento do matrimônio à união entre homem e mulher, não sendo possível, portanto, requerer e dissolução de um vínculo civil que jamais foi reconhecido pelo Estado (HR COMMITTEE, 2017b, p. 3-6).

Na ocasião, o Comitê reafirmou sua interpretação no sentido de que a proteção garantida pelo art. 26 se estende à discriminação baseada na orientação sexual, e que o Estado não apresentou justificativa objetiva e razoável para conferir tratamento diferenciado entre casais hétero e homossexuais casados em país estrangeiro (HR COMMITTEE, 2017b, p. 12). Entretanto, mais uma vez um voto discordante evidenciou a falta de consenso do Comitê. Yadh Ben Achour, da Tunísia, argumentou que o reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo não se compreende no art. 23, §2º do PIDCP e, assim, não haveria violação do direito à igualdade previsto no mesmo instrumento.

O recente dissenso corrobora a tese de Langford, de que uma demanda similar à do caso *Joslin* hoje talvez não fosse decidida em sentido contrário. Na verdade, revela certa inabilidade do Comitê em estabelecer entendimentos unânimes acerca da discriminação baseada na orientação sexual e põe em dúvida a credibilidade do mecanismo no que se refere à superação do caráter heteronormativo do PIDCP. Contudo, espera-se que a partir dessa decisão o Comitê esteja apto a exceder a literalidade do dispositivo do art. 23, uma vez que seria paradoxal reconhecer como discriminatória a negação a uma demanda pelo divórcio entre pessoas do mesmo sexo e deixar fazê-lo em relação ao matrimônio.

3.3 DIREITO À REUNIÃO E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em relação ao direito à liberdade de expressão, o caso *Fedotova vs. Rússia* (2012) denunciou a restrição à liberdade de expressão após a condenação administrativa de Irina Fedotova por colar cartazes com os dizeres “Homossexualidade é normal” e “Tenho orgulho da minha homossexualidade” próximos a uma escola secundária. A autora, que no mesmo ano já havia sido proibida de organizar uma parada do Orgulho Gay, expressou que sua condenação configurava violação ao direito à liberdade de expressão, previsto no art. 19 do PIDCP, impedindo-a de propagar ideias de tolerância e respeito às minorias sexuais.

O Comitê afirmou que a restrição à liberdade de expressão, sem justificativa objetiva e razoável, violava o art. 19 do PIDCP em relação com o art. 26 do mesmo tratado. Invocou também sua interpretação no Comentário Geral n. 34, ressaltando que restrições a direitos baseadas na moralidade pública não constituem justificativa plausível e que “o conceito de moral se deriva de muitas tradições sociais, filosóficas e religiosas; por conseguinte as limitações com o fim de proteger a moral devem basear-se em princípios que não derivem exclusivamente de uma só tradição”, destacando ainda que essas limitações devem ser compreendidas no contexto da universalidade dos direitos humanos e à luz do princípio da não discriminação. (HR COMMITTEE, 2012, p. 16). Para Gerber e Gory (2014, p. 433), a decisão é significativa, pois foi a primeira vez em que o Comitê considerou violado outro dispositivo do PIDCP além dos artigos 17 e 26 em uma demanda relacionada à orientação sexual, demonstrando alinhamento aos Princípios de Yogyakarta.

Um ano depois, o Comitê enfrentou questão semelhante no caso *Alekseev*, também contra Rússia. Nicolai Alekseev teve, por diversas vezes, negado pelo Estado o direito à reunião pacífica ao propor a organização de manifestações em defesa dos direitos humanos das minorias sexuais. O Comitê assinalou que o direito de reunião pacífica, garantido pelo art. 21 do PIDCP, “é essencial para expressão pública de opiniões e pontos de vista dos indivíduos e indispensável em toda sociedade democrática”. (HR COMMITTEE, 2013a, p. 8). Afirmou ainda que o Estado negou a proposição do autor exclusivamente em razão do tema de que tratava a manifestação, motivo pelo qual considerou violado o referido dispositivo

(HR COMMITTEE, 2013a, p. 8). A decisão parece ter tido pouco impacto no Estado Russo, haja vista sua recente condenação na Corte Europeia de Direitos Humanos por fatos semelhantes. Todavia, significou a expansão do catálogo de direitos sobre o qual a cláusula antidiscriminatória do PIDCP se estende no desenvolvimento das decisões do Comitê.

3.4 DIREITO À NÃO SER SUBMETIDO À TORTURA, NEM A PENAS OU TRATAMENTO CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

Em se tratando de orientação sexual e identidade de gênero, as demandas relativas ao direito a não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, previsto no art. 7 do PIDCP, têm recaído invariavelmente sobre os pedidos de asilo. Isso se justifica, em parte, pelo de fato de que grande parcela desse grupo ainda enfrenta cenários de intensa violência em seus países de origem, que incluem processos de criminalização, detenções arbitrárias, abuso sexual, tortura, exclusão, dentre outras formas de violência incluídas no escopo desse dispositivo.

Os casos *M. I. vs. Suécia* (2013) e *M. K. H. vs. Dinamarca* (2016) dizem respeito, respectivamente, à devolução de uma mulher lésbica e um homem gay à Bangladesh – onde as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo podem ser punidas com prisão perpétua – após a negação aos seus pedidos de asilo.

Em *M. I. vs. Suécia*, a autora relatou ter sido detida pela polícia em razão de sua orientação e sofrido agressões e abusos dentro das instalações policiais. Sua companheira havia sido sequestrada por um grupo radical islâmico e seu paradeiro era até então desconhecido. Ela chegou a receber ameaças de morte por parte do mesmo grupo, mas nenhuma providência foi tomada pelas autoridades. O Comitê afirmou que, embora o Estado não tenha negado a orientação sexual da autora, teve-se as incoerências e ambiguidades em sua narrativa, desconsiderando o risco que corria ao retornar ao seu país, motivo pelo qual considerou violado o art. 7 do PIDCP (HR COMMITTEE, 2013b, p. 13).

No caso *M. K. H. vs. Dinamarca* (2016), depois de ter exposta sua orientação sexual, o autor foi levado ao conselho de sua aldeia, onde foi torturado e queimado com água quente antes de ser expulso. Sob ameaças de morte, foi forçado a deixar sua cidade em direção à Índia e depois à Dinamarca, sem um passaporte válido. Em decisão, o Comitê manteve seu entendimento do caso anterior, ressaltando que o Estado desconsiderou a certidão de nascimento do autor que atestava sua condição de menor de idade na data de sua chegada a Dinamarca, para fins de avaliação de sua situação de vulnerabilidade, e, ainda, questionou o *status* de sua orientação sexual (HR COMMITTEE, 2016, p. 11-13).

Em ambos os casos o Comitê retomou o Comentário Geral n. 34, reiterando a obrigação dos Estados de não extraditar, deportar, expulsar ou retirar de outro modo uma pessoa de seu território quando há temor fundamentado de risco irreparável contemplado no art. 7 do PIDCP. Essa visão coaduna os princípios da não-discriminação e do *non-refoulement*, alinhando-se ao princípio 23 de Yogyakarta, que veda a transferência, expulsão ou extradição de uma pessoa para outro Estado onde esta pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A última decisão do Comitê sobre o tema ponderou a avaliação do Estado sobre a real existência de risco irreparável, terminando por responder em sentido negativo a demanda da autora. No caso *M. Z. B. M. vs. Dinamarca* (2017), a demandante argumentou que seu retorno forçado a Malásia, onde havia sido presa e sofrido uma série de abusos sexuais, punha em risco sua integridade, caracterizando uma violação ao art. 7 do PIDCP, dada sua condição de mulher transgênero. A autora respondia ainda a uma acusação criminal, pela prática de um delito, que poderia culminar em seu encarceramento em um estabelecimento prisional masculino. O Estado questionou, dentre outros aspectos, a ocorrência dos abusos sexuais sofridos pela autora, apontando diversas discrepâncias nos relatos oferecidos à Junta de Apelações em Matéria de Refugiados e afirmou que diversas violações narradas dizem respeito a vários anos antes do pleito, o que indicaria que ela poderia ter uma vida tolerável em seu país de origem.

Ressaltou ainda que a autora viajou ao exterior mais de 20 vezes, sem maiores impedimentos (HR COMMITTEE, 2017c, p. 4).

Em sua decisão, o Comitê manifestou concordância com o posicionamento estatal no sentido de que a autora havia feito relatos genéricos dos abusos alegados. Observou também que a ação penal contra ela não havia tido andamento desde abril de 2012 e questionou a sua vulnerabilidade econômica em face das viagens feitas por ela ao exterior. Por esses motivos, considerou não haver violação do art. 7 do PIDCP (HR COMMITTEE, 2017c, p. 5-8).

O caso revela a constante tensão existente nos processos de elegibilidade nos pedidos de asilo por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero: o risco de recusar as demandas de solicitante genuína ou genuíno e o risco da concessão do status a demandantes não-genuínas ou não-genuínos (THOMAS, 2006, p. 2). Robert Thomas (2006) afirma que requerentes genuínas ou genuínos podem apresentar relatos confusos e inconsistentes, especialmente nos casos em que essas pessoas passaram por abusos ou torturas, por exemplo. Não obstante, será possível haver certo grau de incerteza quanto ao relato oferecido pela pessoa que requer o pedido de asilo ou refúgio, cabendo ao tomador da decisão avaliar sua credibilidade.

Nesse contexto, é difícil estabelecer um padrão decisório sobre a matéria no âmbito do Comitê, dado que, em geral, essas demandas dependem do modo como as narrativas dos requerentes são apresentadas ao tomador de decisão. Contudo, essas narrativas, por si só, devem ter peso particular na avaliação, a despeito de suas possíveis inconsistências.

Nesse sentido, a decisão do Comitê no caso M. Z. B. M parece não ter comportado essas inconsistências na narrativa da autora. Também não avaliou em sua totalidade o temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, tendo em vista que não apreciou a situação dos direitos das pessoas transgênero na Malásia. Ressalta-se que essa solicitação independe da existência de violações pretéritas, bastando que haja fundamentado temor. Com efeito, seria relevante levar em consideração os retrocessos judiciais enfrentados pelas pessoas transgênero no país, com a

derrubada da decisão que declarava inconstitucional o crime de travestismo, conforme arguido pela autora (HR COMMITTEE, 2017c, p. 2).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso da orientação sexual e identidade de gênero no processo internacional de direitos humanos é marcado por uma dialética contínua entre os atores e atrizes da política sexual articulados e articuladas em diversas instâncias (políticas e jurídicas), e atores estatais, que de forma geral, têm atuado pela manutenção do *status quo* heteronormativo. Todos os avanços até então conquistados no plano internacional não foram obtidos sem a luta firme da sociedade civil organizada e de indivíduos empenhados

na estruturação de um aparato capaz de suportar uma concepção de sujeitos mais plural, afeta a diversidade sexual e de gênero.

Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU tem se constituído como um campo de reformulação de discursos tradicionais, através de uma interpretação evolutiva de seu tratado-chave. Foi possível constatar, contudo, que esse processo ainda se desenvolve de maneira frágil e incerta. Isso se consubstancia na falha do mecanismo no estabelecimento de consensos a respeito da extensão das cláusulas antidiscriminatórias sobre a orientação sexual e identidade de gênero e, de modo mais objetivo, na negativa da pretensão de petionários e petionárias, a exemplo do caso *Joslin*.

É possível afirmar que esse encaminhamento se justifica, em primeiro lugar, pela própria resistência dos membros do Comitê à incorporação de concepções mais amplas à interpretação do PIDCP a partir de uma leitura que considere orientações sexuais e identidades de gênero diversas. Em segundo lugar, é necessário considerar que uma interpretação mais estrita do instrumento pode indicar a preferência pela manutenção dos Estados dentro desse regime de proteção, em detrimento de uma aplicação de efeito verdadeiramente útil ao tratado. Por fim, ressalta-se que o baixo nível de aprofundamento das decisões, no que toca especificamente à temática, como no caso *Toonen*, abre margem para possíveis contestações, e dificulta a consolidação de um espaço seguro de proteção dos direitos humanos das pessoas de orientação e identidade de gênero diversa.

Este último desdobramento tem particular importância, em face da necessidade de se estabelecer um novo discurso, para além dos aspectos formais envolvidos no reconhecimento de um direito em um caso específico. Trata-se do rompimento com um discurso hegemônico, que prescinde de uma nova interpretação que o substitua. Assim, pode-se dizer que o Comitê tem se estabelecido para as pessoas de orientação sexual e identidade de gênero diversa como um espaço intermediário de construção de novas leituras dos discursos tradicionais impostos pelo Direito, que necessariamente operam nas fraturas entre discursos hegemônicos e minoritários.

REFERÊNCIAS

BELIZÁRIO, Fernanda. Por uma Teoria Queer Pós Colonial: Colonialidade de gênero e heteronormatividade ocupando as fronteiras e espaço de tradução. In: BAPTISTA, Maria Manuel; LATIF, Larissa. **Gênero, Direitos Humanos e Ativismos**. Coimbra: Travessa da Vila União, 2016. p. 385-391.

BORILLO, Daniel. Por una teoría queer del Derecho de las personas y de las familias. **Direito, Estado e Sociedade**, n.39. p. 27-51, jul/dez 2011.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu** (21), Campinas, p.219-260, 2003.

COACCI, Thiago. Como o Direito se relaciona com o Gênero e a Sexualidade? In: RAMOS, Marcelo Marciel et al. **Gênero, Sexualidade e Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2006, p. 50-61.

CORREIA, Sônia. O percurso global dos direitos sexuais: entre margens” e “centros”.

Bagoas, Rio Grande do Norte, v. 3, n. 4, p. 18-42, jan./jul, 2009.

DE LAURETIS, Teresa. **Queer Theory: lesbian and gay sexualities**. Indiana University Press, 1991.

DHESCA. **O Impacto da Política Econômica de Austeridade nos Direitos Humanos**. Brasil, 2017.

FELICIANTONIO, Cesare Di; BROWN, Gavin. The Sexual Politics of Austerity. **ACME:**

An International E-Journal for Critical Geographies, [S.L.], v. 14, n. 1, p. 965 - 974, jan. 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. São Paulo: Graal, 2005.

GALLARDO, Helio. “Derechos Discriminados y Olvidados”. In: RÚBIO, David Sanchez et al (Orgs.) **Direitos Humanos e globalização.**, 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, pp. 55- 71.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo: Notas para uma teoria radical da política da sexualidade**. Disponível em:

- <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1582/galyerubin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 03 de agosto de 2018.
- GERBER, Paula; GORY, Joel. The UN Human Rights Committee and LGBT Rights: What is it Doing? What Could it be Doing?. **Human Rights Law Review**, [S.L], v. 14, p. 403–439, jan./jul. 2014.
- GGB. **Mortes violentas de LGBT no Brasil. Relatório 2017**. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2018.
- GROSFROGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.80, p.115-147, março de 2008.
- GUSTIN, Miracy Barbosa De Souza; FONSECA, Maria Teresa. **(Re)pensando e pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 256 p.
- HELPER, Laurence R.; MILLER, Alice M.. Sexual Orientation and Human Rights: Towards a United States e Transnacional Jurisprudence. **Harvard Human Rights Journal**, [S.L], v. 9, p. 61-103, jan. 1996.
- HR COMMITTEE. **General Comment N. 18**. 1989.

_____. **General Comment N. 19**. 1990.

- _____. **C v. Australia**. Communication N. 2216/2012. U.N. doc. CCPR/C/119/D/2216/2012. 2017b. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2375>. Acesso: 12 de julho de 2018.
- _____. **M. I. v. Sweden**. Communication N. 2149/2012. U.N. doc. CCPR/C/108/D/2149/2012. 2013b. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1675>. Acesso:12 de julho de 2018.
- _____. **M. K. H. v. Denmark**. Communication N. 2462/2014. 2016. U.N. doc. CCPR/C/117/D/2462/2014. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2169>. Acesso: 12 de julho de 2018.
- _____. **M. Z. B. M v. Denmark**. Communication N. 2593/2015. 2017c. U.N. doc. CCPR/C/119/D/2593/2015. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2240>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **Fedotova v. Russia**. Communication N. 1932/2010. 2012. U.N. doc. CCPR/C/106/D/1932/2010. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1272>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **Joslin et al v. New Zeland**. Communication N. 902/1999. 2002. U.N. doc. CCPR/C/75/D/902/1999. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/995>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **Toonen v. Australia**. Communication N. 488/1992. 1994. U.N. doc. CCPR/WG/44/D/448/1992. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **X. v. Colombia**. Communication N. 1361/2005. 2007. U.N. doc. CCPR/C/89/D/1361/2005. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1338>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **Young v. Australia**. Communication N. 941/2000. 2003. U.N. doc. CCPR/C/78/D/941/2000. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1076>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **Alekseev v. Russia**. Communication N. 1873/2009. 2013a. U.N. doc. CCPR/C/109/D/1873/2009. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1686>. Acesso: 12 de julho de 2018.

_____. **G v. Australia**. Communication N. 2172/2012. 2017a. U.N. doc. CCPR/C/119/D/2172. Disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2220>. Acesso: 12 de julho de 2018.

ILGA. Homofobia de Estado. Estudio Jurídico Mundial Sobre La Orientación Sexual En El Derecho: Criminalización, Protección Y Reconocimiento. 12^a ed., 2017.

JESUS, Diego Santos Vieira. O mundo fora do armário: teoria queer e Relações Internacionais. **Revista Ártemis**, Vol. XVII n° 1; p. 41-50,

jan./jun, 2014.

LANGFORD, Malcom. “Revisiting *Joslin v New Zealand*: Same-Sex Marriage in Polarised Times”. In: BREMS, Eva, DESMET, Ellen (Orgs.). **Integrated Human Rights in Practic Rewriting Human Rights Decisions**, 2017.

LISBÔA, Natália De Souza. **Justiça de transição, direitos humanos e epistemologias dominantes**: considerações para a América Latina. Belo Horizonte: [s.n.], 2017.

LOURO, Guacia Lopes (org). **O corpo educado - Pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MCGOLDRICK, Dominic. The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law. **Human Rights Law Review**, [S.L], v. 16, p. 613–668, jan. 2016.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, nº 21, p. 150-182, jan./jun. 2009.

MOHANTY, Chandra Talpade. Under Western Eyes: feminist scholarship and colonial discourses. **Boundary 2**, [S.L], v. 12, n. 3, p. 333-358, spring/autumn 1984.

NARAYAN, Pratima. Somewhere over the rainbow...internacional human rights protection for sexual minorities in the new millennium. **Boston University Internacional Law Journal**, vol. 24:313, pp. 313-348, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDADES (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada em 10 de dezembro de 1948.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adotado em 16 de dezembro de 1966.

_____. **Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity**. A/HRC/35/36. 2017.

PÉREZ, Gloria Careaga. A proteção dos direitos LGBTI, um panorama

incerto. **Revista Internacional de Direitos Humanos – Sur**, vol. 11, n. 20, pp. 146-153, jun./dez. 2014.

PETERSON, Spike. Sexing Political Identities/Nationalism as Heterosexism. In:

International Feminist Journal of Politics, v.1, n. 1, pp. 34–65, jun.1999.

PRECIADO, Beatriz. Multidões Queer: notas para uma política dos anormais. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, n° 19 (I): 11-20, janeiro-abril, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RICH, Adrienne. “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”. **Signs**, v.5, n. 4, pp. 631–660. 1980.

SANDERS, Douglas. Human rights and sexual orientation in international law. **International Journal of Public Administration**, 25(1), pp. 13-44, February 2002.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. **Cadernos Pagu**, [S.L], v. 28, p. 19-59, jun./jun. 2007.

THOMAS, Robert. Assessing the credibility of asylum claims: EU and UK approaches examined. **European Journal of Migration and Law**, Netherlands, v. 8, p. 79-96, dez. 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol.2 Porto Alegre: AS Fabris, 1999.

WEEKS, Jeffrey. **Sex and the State**, 3ª.ed. New York: Routledge, 2009