

LIBERTAS

REVISTA DE PESQUISA EM DIREITO

ISSN: 2319-0159

Recebido em: 15/09/2018

Aprovado em: 30/07/2019

**Novo Constitucionalismo Latino-Americano, velha cisheteronormatividade:
a visão do movimento LGBTI latino-americano sobre a omissão
constitucional de seus direitos**

New latin-american constitutionalism, old cisheteronormativity:
*the impression of latin-american LGBTI movement about the constitutional omission
regarding their rights*

Rafael Carrano Lelis¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ

rafael.carrano.lelis@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-1794-8135>

Joana de Souza Machado²

Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG

joana.machado@uff.edu.br

 <https://orcid.org/0000-0001-6467-2357>

RESUMO: O trabalho investiga a proteção constitucional dos direitos LGBTI na América do Sul e no México. Partindo do marco-teórico da legalidade cosmopolita subalterna, questiona-se se a tutela constitucional desses direitos nos referidos países é suficiente para que se avance na concretização da justiça para as pessoas LGBTI. A pesquisa realiza um estudo empírico, empreendendo uma análise de caráter qualitativo, por meio do emprego das técnicas de revisão bibliográfica e aplicação e exame de questionários. Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho era descobrir o atual status da proteção constitucional dos direitos de pessoas LGBTI na América do Sul e no México. A partir da análise dos questionários aplicados se constatou que o posicionamento da maioria das organizações latino-americanas apontava que a proteção constitucional dos direitos LGBTI em seus países era insuficiente. Sendo assim, a partir da análise de todos os dados levantados na pesquisa, concluiu-se pela existência de uma proteção constitucional precária, que não garante nem os mais

¹ Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, com bolsa CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

² Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).



básicos direitos da população LGBTI.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos LGBTI. Constitucionalismo Latino-Americano. Movimento LGBTI. Constitucionalismo LGBTI.

ABSTRACT: The study investigates the constitutional protection of LGBTI rights in South America and Mexico. Under the theoretical framework of the subaltern cosmopolitan legality, it interrogates whether the constitutional protection of these rights in such countries is sufficient in order to move forward towards the accomplishment of justice to LGBTI people. The research conducts an empirical study and undertakes a qualitative analysis using the techniques of literature review and survey application and examination. In this regard, the general purpose of the work was to discover the current status of the constitutional protection of LGBTI people's rights in South America and Mexico. From the analysis of the survey, it was observed that the answers of the majority of the Latin-American organizations indicated that the constitutional protection of LGBTI rights is insufficient in their countries. Therefore, after the analysis of all the data obtained in the research, it was possible to conclude that the constitutional protection is precarious and does not guarantee the most basic rights to LGBTI population.

Keywords: Constitutional Law. LGBTI Rights. Latin-American Constitutionalism. LGBTI Movement. LGBTI Constitutionalism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A LEGALIDADE COSMOPOLITA SUBALTERNA. 2. METODOLOGIA E ANÁLISE DOS QUESTIONÁRIOS. 2.1. Direitos e justificativas. 2.2. A (in)suficiência da proteção constitucional dos direitos LGBTI. 2.3 As causas dos status de proteção constitucional. 2.4. Em busca de alternativas. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A tradição constitucional latino-americana passou por importantes transformações na história recente, principalmente a partir do fim da segunda guerra mundial, originando o chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA). Leonardo Avritzer aponta que o NCLA possuiria três características principais. Seriam elas: 1) a forte ampliação de direitos, isto é, constituições com pautas substantivas alargadas; 2) a expansão das formas de participação, principalmente por mecanismos democráticos de participação popular direta e indireta; 3) o exercício de um novo papel pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o autor aponta que essa nova forma de constitucionalismo se distingue pela grande ampliação do reconhecimento de direitos a categorias historicamente oprimidas, avançando, por exemplo, na proteção das comunidades tradicionais e das mulheres³. Com relação a isso, frequentemente se destaca a ampliação das noções de diversidade⁴ e de cidadania⁵ nessas novas conformações constitucionais.

Todavia, embora um avanço na proteção de coletividades oprimidas realmente possa ser constatado, a nova tradição constitucional parece ter ignorado as demandas de lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais (LGBTI), limitando tais compreensões de diversidade e cidadania a grupos hegemônicos em matéria de gênero e sexualidade. Uma análise das constituições sul-americanas e mexicana indica que em apenas três delas (Equador, Bolívia e México) há alguma menção a

³ AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 28-29.

⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, jan./abr. 2016.

⁵ BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 49-61, jan./abr. 2015.



direitos específicos dessa população e, ainda assim, de forma bastante limitada.

Desse modo, diante da ausência de previsão expressa, as pessoas LGBTI têm dependido do Poder Judiciário para garantir a tutela de seus direitos constitucionais, o que acarreta grande insegurança jurídica com relação à concretização de sua dignidade, além de ser uma via bastante verticalizada de construção do Direito. Nesse sentido, o presente trabalho, partindo do marco teórico da *subaltern cosmopolitan legality* (legalidade cosmopolita subalterna), proposta por Santos e Rodríguez-Garavito⁶, questiona se as constituições latino-americanas protegem de modo suficiente as pessoas LGBTI. Isto é, se as previsões constitucionais abstratas (direitos não específicos) têm o condão de garantir a efetivação dos direitos dessas pessoas. A hipótese inicial indica que não, uma vez que o reconhecimento de direitos básicos tem dependido do aval do judiciário em ações de controle de constitucionalidade.

Para o desenvolvimento de uma pesquisa empírica com caráter qualitativo, utilizou-se o método indutivo de investigação por meio do emprego das técnicas de revisão bibliográfica e aplicação e análise de questionários. A revisão bibliográfica foi utilizada para a melhor compreensão do marco teórico e também para a obtenção de dados secundários relativos às organizações e direitos LGBTI. Por outro lado, os questionários foram empregados para captar a percepção do movimento LGBTI acerca do *status* da proteção constitucional de seus direitos, privilegiando a construção de um direito de baixo para cima. Desse modo, o objetivo geral do trabalho era constatar a suficiência ou não da tutela constitucional dos direitos LGBTI a partir da ótica dos movimentos sociais.

1. A LEGALIDADE COSMOPOLITA SUBALTERNA

Seria demasiado pretensioso e arbitrário taxar determinado ordenamento jurídico como protetivo ou não com base apenas na visão de um pesquisador ou meramente da literatura voltada para essa temática; o que poderia comprometer,

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A. Law, Politics, and the Subaltern in Counter-hegemonic Globalization. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A. *Law and Globalization from Below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.



inclusive, a legitimidade da pesquisa. Dentro da proposta deste trabalho, é essencial que se sustente a construção de um constitucionalismo transformador (*desde abajo*), que atue de forma contra-hegemônica e a partir da visão e protagonismo das e dos próprios LGBTI. Afinal, quem melhor do que as próprias vítimas da violência para dizerem se se sentem ou não protegidas? Ou ainda, o que deveria ou não ser proscrito pelo texto constitucional a fim de tutelar seus principais interesses?

Nesse sentido, é importante que se priorize uma abordagem de construção e interpretação do direito "de baixo para cima"; ou ainda, nas palavras de Santos e Rodríguez-Garavito, uma "*subaltern cosmopolitan legality*"⁷ (legalidade cosmopolita subalterna). Adensando essa discussão, Boaventura de Sousa Santos assevera que, para se alcançar a transformação de nosso modelo atual de Estado e de sociedade, seria necessária a apropriação dos instrumentos políticos hegemônicos por aquelas classes e grupos marginalizados⁸. Assim, classifica o uso contra-hegemônico como contrário à ideologia dominante e que, para se sustentar, "*necesita [...] de la permanente movilización política que, para ser efectiva, tiene que operar desde dentro de las instituciones y desde fuera*"⁹. No campo constitucional, o autor caracteriza que tal mobilização se daria a partir de um constitucionalismo transformador *desde abajo*, contrapondo-se ao constitucionalismo moderno eurocêntrico e liberal¹⁰.

Desse modo, a perspectiva de legalidade cosmopolita subalterna procura colocar as vítimas em evidência, permitindo a elas, que são excluídas do paradigma hegemônico ("*top-down*"), que remodelem as instituições de forma a serem incluídas e reconhecidas, estabelecendo um padrão que não mais será hegemônico, mas contra-hegemônico. É dizer: "a subalternidade cosmopolita clama por uma concepção do campo legal que seja apropriada para se reconectar o direito e a política e repensar as instituições legais desde abaixo"¹¹.

⁷ *Id.*

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, 59.

⁹ *Ibid*, p. 60.

¹⁰ *Ibid*, p. 72.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A, *op. cit.*, p. 15.

Além disso, uma abordagem como essa também objetiva superar o paradigma liberal de autonomia individual, a partir da incorporação de formas alternativas de conhecimento jurídico. Isto é, interpretações legais que extrapolem os intérpretes do direito usualmente autorizados e que passem a compreender o campo jurídico enquanto constituído de "elementos de luta que precisam ser politizados antes de serem positivados"¹².

Esses fatores foram, em grande medida, conjugados e estiveram presentes na maioria dos processos constituintes latino-americanos. Isso resultou em textos amplamente transformadores, principalmente no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas e tradicionais, das mulheres e do meio ambiente. Todavia, o mesmo parece não ter ocorrido para a população LGBTI, o que precisa prementemente ser alterado, por meio do protagonismo dos indivíduos afetados, o qual se ilustra na construção de um constitucionalismo LGBTI em oposição ao padrão cisheteronormativo hegemônico.

É importante notar que essa atuação contra-hegemônica não deve ocorrer apenas no momento de criação legislativa do direito, mas também em sua interpretação. Desse modo, propõe-se uma ampliação da ideia de interpretação pluralista concebida por Häberle¹³. O autor alemão propugna a superação do que denominou uma sociedade fechada de intérpretes (marcada pelo monopólio estatal dessa função, por meio da atuação jurisdicional) para uma sociedade aberta, que abarcaria uma multiplicidade de atores interpretativos, para além daqueles tradicionalmente autorizados e legitimados. Segundo ele, "todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma (...) é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma"¹⁴. Portanto, todos os cidadãos que a vivenciam ou, em muitos casos, que sentem sua ausência, seriam pré-intérpretes ou cointérpretes do mandamento constitucional.

A construção de uma hermenêutica constitucional pluralista é essencial para a diversificação da interpretação e para a ampliação da legitimidade interpretativa.

¹² *Ibid*, p. 16.

¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 11-18.

¹⁴ *Ibid*, p. 15.

Entretanto, não parece ser suficiente para que se caracterize como uma abordagem "de baixo para cima". Por isso, defende-se que, quando se trata de violação de direitos humanos e de direitos fundamentais, aquele que vivencia a norma (ou sua ausência) não deve atuar apenas como cointérprete, mas sim como intérprete principal e o mais legitimado para tal interpretação. Assim, a função estatal seria veicular a interpretação dos indivíduos atingidos. E isso não só nas arenas formalmente legitimadas para exercer a jurisdição (por meio, por exemplo, dos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública ou mesmo da realização de uma litigância estratégica), mas também na interpretação realizada por esses indivíduos em outros campos, como em trabalhos científicos, doutrinários e em debates políticos. Isto é, ouvir a voz daqueles e daquelas que realmente devem ser ouvidos, pois são jurídica e materialmente atingidos pelo ordenamento.

Com esse intuito, este artigo se dedica à construção da interpretação do movimento LGBTI latino-americano acerca da proteção ou não de seus direitos pelo texto constitucional. Desse modo, fazendo uso da aplicação de questionário por meio do autopreenchimento, buscou-se não só traçar um padrão protetivo ideal, mas também compreender a percepção desse movimento sobre o cenário dos direitos LGBTI atualmente, suas causas e possíveis alternativas para sua alteração.

2. METODOLOGIA E ANÁLISE DOS QUESTIONÁRIOS

Epstein e King apontam a "replicabilidade" como regra essencial a ser observada pelo investigador na pesquisa empírica. Desse modo, é essencial a exposição, de forma minuciosa, de como se deu a coleta dos dados utilizados na pesquisa. Nesse sentido, os autores apontam que "o bom trabalho empírico adere ao padrão da replicação: outro pesquisador deve conseguir entender, avaliar, basear-se em, e reproduzir a pesquisa sem que o autor lhe forneça qualquer informação adicional"¹⁵. Por isso, dedica-se esta seção à explicitação da forma de aplicação e à análise dos questionários.

¹⁵ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 47-56.



Como já mencionado, um dos objetivos desta pesquisa é permitir a construção de uma interpretação constitucional de baixo para cima, com protagonismo das pessoas LGBTI. Nesse sentido, tendo em vista a dificuldade de delimitação da população (em virtude de diversos fatores, como a própria condição de anonimato em relação à orientação não heterossexual ou à condição não cisgênera), considerou-se que a melhor forma de atingi-la seria a partir de organizações que trabalham diretamente com a temática. Além disso, o recurso às organizações se mostra ainda mais propício em função do perfil de seus integrantes, em geral mais acostumados à "linguagem dos direitos", devido à experiência de militância; e, também, por permitir uma percepção mais coletiva e menos subjetiva acerca de quais seriam as prioridades na agenda LGBTI, ampliando, embora não garantindo, a possibilidade de obtenção de resultados mais inclusivos, atentos à pluralidade de experiências LGBTI.

Com relação ao instrumento utilizado para a produção dos dados, ainda que o questionário esteja mais usualmente ligado à execução de investigações quantitativas, a escolha se deu em virtude das limitações físicas e financeiras desta investigação. Como o recorte da pesquisa é amplo, abarcando organizações de diversos países, não seria possível realizar entrevistas com os e as representantes de cada uma das organizações em suas sedes. Além disso, a realização de entrevistas por videochamadas poderia não ser aceita por todas as organizações ou, ainda, prejudicar a percepção das informações em virtude de falhas na conexão. Assim, o questionário se mostrou, como instrumento, a melhor opção metodológica.

Para sua estruturação, o questionário foi dividido em quatro seções, predominando perguntas de caráter aberto para possibilitar o máximo de captação de informações e, também, um menor grau de influência nas respostas. A primeira seção visava apenas à obtenção de informações gerais sobre a organização, tais quais nome, país e cidade da sede, bem como e-mail de contato. Já na segunda seção, perguntou-se sobre quais direitos a organização considerava que precisam ser expressamente previstos na Constituição, independentemente da realidade de seu próprio país. Foi disponibilizado um espaço para inclusão de até cinco direitos e uma justificativa para cada um deles, sendo obrigatória somente a inclusão de pelo menos um direito. Na seção seguinte, a única que contava com uma pergunta de resposta fechada (as opções dadas eram apenas "sim" ou "não"), questionava-se: "a proteção

constitucional dos direitos LGBTI em seu país é suficiente?". Por fim, a quarta seção variava de acordo com a resposta dada na terceira, inquirindo: por que a organização considerava a proteção suficiente ou não; quais acreditava serem os motivos desse *status* protetivo; e, nos casos em que havia sido apontada uma proteção insuficiente, questionava-se quais poderiam ser os meios de resolução do problema.

Inicialmente, o objeto de pesquisa do trabalho era bastante amplo, abarcando organizações de todos os países latino-americanos, incluindo as dos países da América do Sul, da América Central (ou caribenha) e o México. No entanto, à medida que foi sendo realizada a coleta dos dados, percebeu-se que o objeto definido era demasiadamente extenso, o que impediria, por questões de tempo, uma análise pormenorizada e crítica das informações obtidas. Sendo assim, optou-se por abarcar os países da América do Sul e a do México. Principalmente, por se entender que a tradição constitucional desses países guarda maiores semelhanças entre si, do que com aquela dos caribenhos, tendo em vista tendo em vista a composição do NCLA.

Dentro desse recorte geográfico, excluiu-se ainda a análise das Ilhas Malvinas, das Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul e da Guiana Francesa. Isso porque as duas primeiras estão sob a jurisdição do Reino Unido, enquanto a última se submete ao ordenamento francês. Desse modo, como o objetivo é traçar um panorama da proteção na América Latina, não cabe o exame de suas tutelas constitucionais. Assim, restou um total de treze países contemplados pela pesquisa, sendo eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, México, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

As organizações para as quais se enviou o questionário foram selecionadas aleatoriamente por meio de pesquisa no Google. Desse modo, para compor o universo amostral, foi digitado no campo do mecanismo de busca do Google a expressão "organizações LGBT"¹⁶ seguida pelo nome do país com relação ao qual se pretendia encontrar as organizações. O procedimento foi seguido para os treze países analisados. As pesquisas foram efetuadas em novembro de 2017, sendo a busca

¹⁶ Utilizou-se LGBT e não LGBTI devido ao fato de o primeiro termo ainda ser mais frequente no nome das organizações.

realizada sempre na língua do respectivo país, variando entre português, inglês, espanhol e neerlandês.

Para a seleção das organizações, eram levadas em consideração sempre as duas primeiras páginas de resultados mostrados pelo mecanismo de busca do Google; tanto por serem considerados os resultados mais relevantes, quanto pelo fato de, a partir da terceira página, geralmente não aparecerem mais resultados condizentes com a pesquisa. Como aponta Regina Facchini¹⁷, o perfil das organizações LGBTI é bastante diverso (variando entre coletivos, ONGs e outras formas de estruturação) e essa diversidade também se mostrou verdadeira nos resultados encontrados. Assim, foram selecionadas todas as organizações que possuíam alguma forma de contato virtual (e-mail, facebook etc.) e que, portanto, poderiam receber o questionário para ser respondido. Importante notar que o acesso ao site de uma organização apenas, em muitos casos, acabava por conter contatos de várias outras; essas também foram selecionadas para o envio. À exceção da Guiana, na qual foi encontrada apenas uma organização¹⁸, foram selecionadas pelo menos quatro organizações de cada país sob estudo.

No que se refere especificamente ao Brasil, na busca a partir do método escolhido, foram encontradas sete organizações LGBTI. Não obstante, para obtenção de uma amostragem mais ampla desse país, optou-se por utilizar uma lista de organizações que trabalham com a causa LGBTI no Brasil, disponibilizada pelo "TODXS App", um aplicativo de celular criado pela ONG TODXS e voltado exclusivamente para a população LGBTI¹⁹. No *app*, além de ser disponibilizada a lista de organizações, tem-se acesso a toda a legislação brasileira referente à temática e também podem ser realizadas denúncias de casos de homotransfobia que são encaminhadas diretamente à Controladoria Geral da União (CGU) para investigação.

¹⁷ FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas?: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

¹⁸ Esse menor número de organizações evidentes no país pode ser explicado pelo fato de ser o único, dentre todos os analisados, no qual as relações homossexuais ainda são criminalizadas, podendo levar, inclusive, à prisão perpétua.

¹⁹ Para maiores informações sobre o aplicativo e a organização, acessar: <<https://www.todxs.org/>>.

Diante disso, foi enviado o questionário para um total de 188 organizações²⁰, das quais voltaram 26 respostas²¹. À exceção do Chile, houve resposta de pelo menos uma organização de cada país. Os questionários foram enviados em inglês, espanhol e português, de acordo com a língua de cada país²². Todos os questionários foram enviados em janeiro de 2018, tendo como prazo para resposta até metade de fevereiro; mais tarde, foram reenviados em fevereiro, estendendo-se o prazo de resposta até início de março.

Com relação ao método, guiou-se pela análise qualitativa tripartite de documentação empírica proposta por Mario Cardano²³. O método de análise proposto pelo autor compreende as seguintes etapas: segmentação, qualificação e individuação das relações. A segmentação se refere ao estabelecimento de marcadores, "cuja função consiste na identificação de segmentos relativamente homogêneos para submeter à comparação no interior dos materiais empíricos"²⁴. Nesse sentido, a segmentação seguiu a divisão de perguntas constante no questionário, separando-se o exame em quatro categorias: os direitos e as justificativas; a suficiência ou não da proteção no país e o porquê dessa caracterização; as causas da proteção suficiente ou insuficiente; e as sugestões de superação da insuficiência protetiva, nos casos em que se aplicavam.

Mais adiante, a etapa da qualificação é conceituada por Cardano como a "atribuição de uma ou mais propriedades a um determinado segmento da documentação empírica, úteis à sua caracterização"²⁵. Desse modo, a técnica permite

²⁰ O questionário foi também respondido por uma organização brasileira para qual o instrumento não havia sido enviado. Todavia, como o acesso era virtual, por meio de link, é possível que uma das organizações que receberam tenha compartilhado para maior disseminação da pesquisa.

²¹ Do total de e-mails enviados, 39 retornaram indicando que o "endereço não foi encontrado ou não pode receber mensagens". Além disso, a organização "Movilh Chile" respondeu informando que não realiza respostas a questionários online, mas apenas presencialmente. Por outro lado, a ONG "Colômbia Diversa" se disponibilizou para realização de uma entrevista por videochamada; a entrevista foi realizada, tendo sido extremamente útil para captação de informações acerca da realidade colombiana. Porém, os dados não foram inseridos na análise por não seguirem o mesmo padrão dos demais questionários. A relação de todas as organizações para as quais foram enviados questionários está disponível no Apêndice B.

²² Devido às limitações linguísticas, aqueles enviados para as organizações do Suriname foram escritos em inglês, e não em neerlandês, a língua oficial do país.

²³ CARDANO, Mario. *Manual de pesquisa qualitativa: a contribuição da teoria da argumentação*. Petrópolis: Vozes, 2017.

²⁴ *Ibid*, p. 273.

²⁵ *Ibid*, p. 293.

que se aprofunde a dimensão de análise do documento por meio de sua maior especificação. Portanto, para a qualificação dos segmentos, utilizou-se a chamada *template analysis* proposta por Nigel King²⁶. O método consiste na composição de uma grade analítica a partir da caracterização de cada uma das propriedades identificadas para possibilitar sua comparação. A utilização da *template analysis* pode se dar a partir de duas abordagens principais: indutiva (*data-drive*), sendo a grade composta por meio do observado na análise do material; ou dedutiva (*theory-drive*), por meio da qual se encaixa o encontrado no documento analisado a categorias definidas previamente. A análise dos questionários foi feita apenas de modo indutivo, sendo a classificação estabelecida a partir das respostas fornecidas, pretendendo-se a construção de uma teoria fundamentada nos dados coletados²⁷.

Por fim, a individuação das relações consiste na análise a partir da comparação das qualificações; ou, ainda, por meio da separação de determinada qualificação para análise. Sendo assim, nessa última etapa, realizou-se a análise por meio do exame cruzado das qualificações, destrinchando as principais conclusões aduzidas a partir dos dados produzidos.

2.1. Direitos e justificativas

Como já mencionado, o questionário continha espaço para indicação de até cinco direitos LGBTI que a organização considerasse essenciais e que deveriam ser positivados expressamente nos textos constitucionais, cada um acompanhado de um espaço para justificativa do porquê daquele direito. A intenção era criar um parâmetro ideal de proteção a ser comparado com o encontrado nos textos constitucionais latino-americanos. Como também já foi apontado, apenas era obrigatória a indicação de um direito, sendo os quatro demais opcionais.

A partir da análise das respostas, constatou-se o preenchimento de 108 direitos diferentes; sendo 57 deles nos questionários em espanhol, 44 nos em português e

²⁶ KING, Nigel. Doing Template Analysis. In: SYMON, Gillian.; CASSEL, Catherine. *Qualitative Methods in Organizational Research: core methods and current challenges*. London: SAGE Publications, 2012, p. 426-450.

²⁷ GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. *The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research*. New Brunswick and London: AldineTransaction, 2006.

sete nos em inglês. Indutivamente, cada um dos direitos levantados foi encaixado em 20 diferentes categorias, em alguns casos havendo a cisão de um mesmo preenchimento em duas categorias diferentes. Na Tabela 01, é possível observar a frequência de aparição de cada uma das categorias nos questionários, divididos ainda pela língua de aplicação.

Tabela 01 – Frequência de Aparição dos Direitos

Direito	Países de Língua Espanhola	Países de Língua Inglesa	Brasil	Total
<u>Direito à não discriminação</u>	<u>13</u>	<u>2</u>	<u>5</u>	<u>20</u>
Direito ao trabalho	3	1	1	5
Direito a uma vida digna/segurança	3	-	5	8
<u>Igualdade de direitos e oportunidades</u>	<u>5</u>	<u>-</u>	<u>5</u>	<u>10</u>
<u>Direito à identidade de gênero</u>	<u>7</u>	<u>-</u>	<u>7</u>	<u>14</u>
<u>Direito ao casamento e união civil</u>	<u>9</u>	<u>2</u>	<u>4</u>	<u>15</u>
Direito à saúde	2	1	5	8
<u>Direito à família</u>	<u>4</u>	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>4</u>
Criminalização da homofobia	2	-	3	5
Direito à moradia	1	-	1	2
Acesso à Justiça	1	1	-	2
Livre desenvolvimento da personalidade	1	-	-	1
Direito a uma educação plural	3	-	3	6
Direito ao refúgio	1	-	-	1

<u>Direito à</u> <u>maternidade/paternidade/adoç</u> <u>ão</u>	<u>1</u>	<u>-</u>	<u>3</u>	<u>4</u>
Direito à participação política	1	-	-	1
Direito das pessoas intersex	1	-	-	1
Despatologização da transexualidade	-	-	1	1
Direito à cirurgia de redesignação e à terapia hormonal	-	-	2	2
Direito à informação sobre a sexualidade	-	-	1	1

Fonte: autoria própria.

Um exame rápido da tabela anterior nos permite afirmar que a proteção atualmente existente nas constituições latino-americanas está infinitamente aquém do cenário ideal, apontado e esperado pelos movimentos LGBTI. Recortando apenas a partir dos três direitos mais frequentes (à não discriminação, ao casamento e à identidade de gênero), é possível lembrar que somente dois países garantiam o direito à não discriminação de forma plena; apenas um abria possibilidade à união civil homoafetiva (e somente pelas via da união estável e não pelo casamento); e nenhum possuía previsão específica com relação ao direito à identidade de gênero (que não relacionado à vedação da discriminação). Isso mostra o quanto esses textos constitucionais ainda carecem de avanço para uma proteção plena dos e das LGBTI e seu reconhecimento enquanto seres e sujeitos de direitos. Desse modo, esses dados ajudam no avanço da compreensão do problema inicialmente levantado, apontando para a confirmação da hipótese formulada.

Para uma melhor compreensão dos motivos pelos quais as organizações consideram tais direitos tão essenciais, procedeu-se à análise cruzada das justificativas apresentadas para aqueles direitos com frequência superior a 10 (marcados em verde). Ademais, optou-se por examinar também as justificativas dos

direitos assinalados em amarelo (direito à família e direito à maternidade/paternidade/adoção) em virtude de sua proximidade (e em alguns momentos até confusão) com a temática do casamento e da união civil.

Com relação ao direito à não discriminação, destacam-se cinco grupos de justificativas. O primeiro deles caracteriza esse direito como sendo a base para a proteção de todos os demais direitos e sem o qual não se pode ter acesso à cidadania. Um segundo tipo de argumento aponta que o regramento desse direito meramente por leis infraconstitucionais não seria suficiente para sua concretização. A terceira categoria de justificativa se baseia em dados empíricos, apontando que, em pesquisa realizada diretamente com a população LGBTI, esse foi um direito muitas vezes levantado como essencial. Já um quarto tipo de justificativa se baseia no histórico e na intensidade da discriminação, bem como no número de mortes de LGBTI. Uma das organizações destaca ainda que, em seu país, essa discriminação está proximamente ligada a motivações religiosas. Por fim, a quinta categoria de justificativa se refere ao peso simbólico e à visibilidade ocasionados por essa inclusão, bem como ao substrato jurídico que forneceria. Nesse sentido, merece realce a resposta de uma das organizações brasileiras:

A Constituição Federal prevê como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). A inclusão nesse rol da proibição de discriminação em razão da sexualidade e identidade de gênero não criaria instrumentos legais para a erradicação de tais práticas discriminatórias, mas daria suporte constitucional expresse para o tema, além de sua dedução dos princípios constitucionais.

A próxima categoria cujas justificativas foram analisadas ("igualdade de direitos e oportunidades") está intimamente ligada ao direito à não discriminação. Entretanto, esses dois direitos foram categorizados de forma separada, pois sua aparição se deu de maneira apartada em diversos dos questionários. Essa segunda análise de justificativas deu origem, também, a cinco grupos distintos de argumentos. O primeiro deles identifica que, para se enquadrarem enquanto cidadãos, os indivíduos precisam ter todos os seus direitos respeitados. O segundo grupo destaca, novamente, argumentos de base empírica. Já o terceiro, por sua vez, salienta que essa categoria

abarcam todos os direitos que são negados às pessoas LGBTI. Sob outro ângulo, o quarto grupo assevera que essa é uma forma de garantir a inclusão de LGBTI nos serviços fornecidos pelo Estado. E, finalmente, o quinto conjunto de justificativas ressalta que essa seria a forma de retirar a precarização das vidas LGBTI.

Avançando para a análise do direito à identidade de gênero, foram identificadas duas justificativas principais. A primeira delas se refere à necessidade de respeito à autonomia das pessoas trans de poderem se identificar da maneira que desejarem e sem imposições pela sociedade. Já o segundo grupo reflete que a identidade de gênero é a porta de entrada para efetivação de todos os demais direitos fundamentais para as pessoas trans, garantindo sua dignidade e mitigando sua vulnerabilidade perante o Estado, que não as reconhece enquanto cidadãs. Nesse sentido, merece reprodução a resposta de uma organização boliviana:

La población transgénero y transexual, no tienen el derecho a la personalidad jurídica y este derecho es base para la activación de los otros derechos fundamentales, por otra parte la población trans es uno de los más estigmatizados históricamente en la construcción de expresión e identidad de género, para construir gradualmente una igualdad real.

Ainda com relação a essa categoria, mais dois destaques merecem ser feitos. O primeiro se refere a um direito extremamente específico apontado por uma organização brasileira, que afirmou a necessidade de “direito ao cumprimento da pena privativa de liberdade de acordo com a identidade de gênero e em ambiente livre de discriminação”. Em sua justificativa ao levantamento desse direito, a organização aponta que

atualmente apenas 8 estabelecimentos prisionais masculinos no Brasil possuem galerias para mulheres trans, travestis e homens gays. Ao cumprimento da pena privativa de liberdade se impõe a manutenção do preso em ambiente seguro e, no caso da população LGBT, a criação de alas, galerias ou espaços específicos para sua permanência diante da constante ameaça e lesão a direitos que sofrem nos presídios e penitenciárias masculinos.

O trecho chama a atenção para uma interseção entre as opressões sofridas pela população carcerária e pela população trans, amplificando o sofrimento e a violação aos direitos dessas pessoas.

O segundo ponto diz respeito ao procedimento de alteração do registro. Uma das organizações brasileiras destacou a necessidade de que a alteração se dê pela via administrativa e não judicial²⁸. Esse apontamento é de extrema importância, tendo em vista a dificuldade de acesso à justiça enfrentada pelos LGBTI e a morosidade dos procedimentos judiciais.

Finalmente, a análise das últimas três categorias selecionadas traz algumas novas reflexões. Um ponto em comum entre os três grupos de direitos (direito ao casamento e união civil, direito à família e direito à maternidade/paternidade/adoção) diz respeito à importância de positivação desses valores para a população LGBTI. Isto é, independentemente da conquista dessa garantia pela via judicial, é essencial que ela seja expressamente incluída no texto constitucional. Essa preocupação das organizações é extremamente relevante. Não só porque a inclusão textual do direito detém valor simbólico considerável, mas também porque traz maior segurança jurídica a esses indivíduos, que deixam de depender das vontades e interpretações judiciais, facilmente cambiáveis.

Aprofundando a análise, é possível perceber que as categorias de direito à família e direito à maternidade/paternidade/adoção focam sua justificativa na necessidade de igualdade de direito e reconhecimento da existência de uma pluralidade de arranjos relacionais. Por outro lado, os argumentos relacionados ao direito ao casamento e à união civil são mais diversificados, diferenciando-se em quatro grupos. O primeiro deles repete o padrão já ilustrado nas outras análises referentes à base empírica, indicando que essa foi uma das demandas de LGBTI entrevistados. A segunda justificativa se relaciona à possibilidade de garantir visibilidade aos relacionamentos homoafetivos, tirando-os da esfera privada e alçando-os à vida pública. Um terceiro diz respeito à possibilidade de estabilização desse direito a partir de sua previsão no texto constitucional, não podendo ser revogado por uma mera aprovação de lei. Por fim, o argumento mais recorrente se refere aos direitos derivados do casamento ou da união civil, que se mostra etapa

²⁸ As respostas aos questionários ocorreram antes da decisão do STF no RE nº 670.422 e na ADI 4275, que autorizou a alteração do registro de nome e gênero das pessoas trans a partir de seu gênero autopercebido e sem necessidade de procedimento judicial.

necessária, na maioria dos ordenamentos, para a garantia de diversos outros direitos civis. Nesse sentido, destaca-se a seguinte justificativa:

Negar a casais LGBT o direito ao casamento não somente os priva do significado social e espiritual do casamento; a negativa acarreta sérias, e em muitos casos trágicas, consequências. Como não podem se casar, os parceiros de pessoas LGBT não são o parente mais próximo em tempos de crise; não são consultados em decisões cruciais; não são herdeiros necessários um do outro; em muitas das vezes não é nem mesmo sabido que eles têm um relacionamento íntimo pelo medo da discriminação [...] O estado civil de casado é muitas vezes a base por meio da qual empregadores e empresas de seguro estendem benefícios como pensões. A [REDACTED] acredita firmemente que, tendo em vista que nós atrelamos enormes consequências sociais ao casamento, negar o direito ao casamento a casais LGBT viola a igualdade de proteção perante a lei²⁹.

Em suma, é possível concluir que todas as justificativas perpassam a necessidade de reconhecimento das pessoas LGBTIs enquanto vidas que importam e sujeitos de direitos. Buscam-se a efetivação de sua dignidade e a garantia de acesso aos mesmos direitos que heterossexuais e cisgêneros; direitos esses que são histórica e contemporaneamente negados aos e às LGBTIs.

2.2 A (in)suficiência da proteção constitucional dos direitos LGBTI

O segundo segmento a ser analisado remete também à segunda seção dos questionários. No instrumento, indagou-se se as organizações consideravam a proteção constitucional dos direitos LGBTI em seu país suficiente ou não. Além disso, foi solicitado que apresentassem as razões em virtude das quais caracterizavam a proteção como suficiente ou insuficiente. O exame das respostas apontou um amplo posicionamento com relação à insuficiência da proteção, conforme demonstrado no Gráfico 3, tendo apenas duas organizações (8% do total) respondido que a proteção seria suficiente em seu país.

²⁹ Tradução livre de: "*Denying LGBT couples the right to marriage not only deprives them of their social and spiritual significance of marriage; it has serious, often tragic practical consequences. Since they cannot marry, the partners of LGBT persons are not next of kin in times of crisis; they are not consulted on crucial decisions; they are not each other's legal heirs; many times it is not even known that they share an intimate relationship for fear of discrimination [...]. Marital status is often the basis on which employers and insurance agencies extend benefits such as pensions. [REDACTED] is of the firm belief that since we have attached such enormous social consequences to marriage it violates equal protection of the law to deny LGBT couples the right to wed*".

Gráfico 1 – A Proteção Constitucional dos Direitos LGBTI em seu País é Suficiente?



Fonte: autoria própria.

Diante do panorama acima apresentado, parece propício que se inicie a análise a partir dos casos desviantes. Isto é, pelas duas organizações que indicaram ser suficiente a proteção.

A primeira das duas, a *Rincon Perfetti Abogados*, possui uma peculiaridade, pois se trata do único escritório de advocacia na lista de questionários enviados. Ele foi selecionado não só por ter aparecido na busca realizada para seleção das organizações, mas também por se tratar de um escritório especializado em direitos LGBTI. A organização, sediada na Colômbia, indica dois motivos para considerar a proteção suficiente: 1) as interpretações constitucionais bastariam; 2) o estabelecimento pela Constituição colombiana de um "*bloque de constitucionalidad*"³⁰.

³⁰ Mónica Olaya define o instituto da seguinte maneira: "*El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución*". Concretamente, todas as hipóteses de incidência do instituto se referem à possibilidade de aplicação de normas de direito internacional no ordenamento interno do país. Na Constituição

Com relação à primeira razão apresentada, há de se destacar que a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana (CCC) é a mais progressista de todos os países da América Latina no que se refere à garantia de direitos sexuais³¹. Além disso, o escritório *Rincón Perfetti Abogados* foi um dos pioneiros na litigância estratégica que levou o tema dos direitos LGBTI até a CCC³². Desse modo, somando-se a história construída pela organização à jurisprudência realmente mais avançada da corte daquele país, é possível compreender o contexto que levou ao posicionamento de considerar a proteção suficiente³³. Já com relação ao segundo motivo apontado pelo escritório, parece partir do falso pressuposto de que a proteção no âmbito do Direito Internacional seria satisfatória. No entanto, como já mencionado anteriormente, a proteção na ordem internacional também se mostra extremamente deficitária e insuficiente.

Por outro lado, a outra organização que respondeu "sim" à pergunta formulada, sediada na Argentina, aponta ter a população LGBTI de seu país teria conseguido o reconhecimento legal de seus direitos a partir dos "*enunciados generales*" do texto constitucional. Realmente, em matéria legislativa, a Argentina parece ser o país latino-americano mais avançado no tema³⁴. Isso se deve ao fato de o movimento LGBTI do país ter apostado em um tipo singular de litigância estratégica: ao invés de simplesmente pleitear seus direitos perante o judiciário, utilizou-se da judicialização como forma de pressionar o legislativo para aprovação de leis sobre a temática³⁵. Em virtude disso, a Argentina é um dos poucos países a ter regramento legislativo acerca de temas cruciais para a causa LGBTI, como o casamento homoafetivo e o direito à

colombiana sua previsão se dá nos artigos 9º, 53, 93, 94, 102 e 214. OLAYA, Mónica Arango. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente*, v. 4, p. 79-102, 2004, p. 79.

³¹ RIPOLL, Julieta Lemaitre. O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 79-97, dez. 2009, p. 75-87.

³² *Ibid*, p. 81.

³³ Apesar de nenhuma outra organização colombiana ter respondido aos questionários, para que possa ser feita a comparação, o posicionamento da ONG Colômbia Diversa, em entrevista concedida, foi no mesmo sentido de que a proteção constitucional seria suficiente em virtude do avanço de direitos proporcionado pela jurisprudência da CCC.

³⁴ CORRALES, Javier. *LGBT Rights and Representation in Latin America and the Caribbean: The Influence of Structure, Movements, Institutions, and Culture*. University of North Carolina: LGBT Representation and Rights Initiative, 2015. p. 6.

³⁵ CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 78-84.

identidade de gênero. Não obstante, como já levantado em uma das justificativas com relação à importância da positivação constitucional desses direitos, uma proteção legal que se funda meramente em enunciados constitucionais gerais possui um caráter mais precário, uma vez que o procedimento para revogação de norma legal é, em grande medida, menos oneroso do que aqueles exigidos para mandamentos constitucionais.

No caso da Argentina, houve mais uma organização sediada no país que respondeu ao questionário. O *Proyecto Educar en la Diversidad Sexual da Escuela de Educación Media 20 Mariano Moreno de La Plata* identificou a proteção constitucional dos direitos do país como sendo insuficiente. Como justificativa, apontam que, apesar de ter havido avanços legais, ainda há vazios regulatórios com relação a temas essenciais às e aos LGBTI, como no caso do direito à não discriminação.

Voltando-se à análise cruzada dos motivos apontados por aqueles que consideram a proteção de seu país insuficiente, foram identificadas doze diferentes razões. Desse total, cinco eram dos questionários brasileiros, cinco dos aplicados em língua espanhola e duas dos em língua inglesa.

No cenário brasileiro, foram apontadas as seguintes justificativas: ausência de acesso dos LGBTI a direitos básicos; avanços na concretização de direitos amparados apenas em decisões judiciais ou medidas administrativas; privilégios que as pessoas heterossexuais e cisgênero possuem em nosso sistema democrático; grande índice de mortes de LGBTI no Brasil; e não tipificação do crime de homotransfobia. Com relação ao primeiro ponto, destacam-se as seguintes respostas apresentadas por organizações brasileiras:

Temas como sexualidade, gênero e identidade de gênero não são tratados de forma expressa na Constituição Brasileira, o que, somado à ausência de legislação infraconstitucional adequada, gera desamparo da população LGBTI frente à ordem constitucional.

A constituição brasileira não faz em seu texto qualquer menção à orientação sexual e identidade de gênero, corroborando com o processo de invisibilização da comunidade LGBTI+. Por outro lado, ainda reforça valores tradicionais de diversidade de sexo no casamento (art. 226, § 3º, CF).

Já o segundo ponto levantado se refere aos riscos e às instabilidades de uma proteção eminentemente judicial. Como já abordado no capítulo anterior, a falta de previsão de direitos específicos no texto constitucional, aliada à composição de casas legislativas conservadoras e pouco abertas ao tema da sexualidade e identidade de gênero, ocasionou uma aposta da militância majoritariamente no Poder Judiciário, por meio da litigância estratégica. Entretanto, essa aposta traz uma série de riscos: não só de a concretização do direito se dar de maneira incompleta (em virtude da falta de regulamentação ou de abordagem de todas as nuances da temática pelas decisões judiciais), mas também da insegurança jurídica gerada, por se depender das interpretações promovidas por um judiciário cambiante. Nesse sentido, uma das organizações brasileiras frisa que a segurança e proteção dos LGBTI "depende muito da interpretação e da boa vontade das pessoas que operam a máquina do Estado". O que reflete, mais uma vez, a precariedade do atual panorama de reconhecimento de direitos às pessoas LGBTI.

O terceiro ponto levantado traduz a estrutura da opressão veiculada por uma sociedade cisheteronormativa, na qual aqueles e aquelas que transgridem a norma tendem a ser marginalizados e subvalorizados. O quarto aspecto, por sua vez, refere-se ao mesmo fator que sustentou a hipótese inicial de insuficiência levantada por este trabalho: a dimensão dos números de violência contra a população LGBTI.

Por fim, o último ponto, apresentado por outra organização, diz respeito à não criminalização da homotransfobia no ordenamento brasileiro³⁶. A ideia de se utilizar do sistema penal, meio de opressão e perpetuação de discriminações estruturais, para tutelar os interesses dos e das LGBTI é tema controverso até mesmo dentro da militância homo e transexual. Ainda que recorrer ao direito penal possa transmitir a sedutora imagem de que as vidas LGBTI passaram a importar para a sociedade, é preciso ter em mente que isso não só não irá alterar a percepção da maioria da população acerca dessas identidades e sexualidades desviantes, como também atuará sob um escopo extremamente limitado e enviesado. Desse modo, é necessária

³⁶ Os questionários foram respondidos antes que fosse finalizado o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa em estabelecer a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, determinando o enquadramento de tais atos enquanto crimes de racismo, até que sobrevenha legislação específica regulamentando o tema.

profunda reflexão acerca de sua aplicação, embora não seja razoável, também, que se negue a proteção penal, amplamente empregada no sistema penal brasileiro, somente a esse grupo de pessoas estigmatizadas em virtude de gêneros e sexualidades. Assim, essa não deixa de ser uma alternativa válida do ponto de vista político e jurídico na tentativa de combate a atos LGBTIfóbicos³⁷.

Continuando a análise, nos questionários de língua espanhola foram apresentadas as seguintes justificativas: o fato de os LGBTI serem mencionados apenas nos princípios constitucionais (levantado por uma organização mexicana); a falta de acesso a direitos fundamentais que são garantidos a heterossexuais e cisgêneros; a expressa negação de direitos para LGBTI (apontado por organizações equatorianas); o completo silêncio do texto constitucional com relação aos direitos e à existência dos LGBTI; e o fato de o Tribunal Constitucional estar adotando uma postura conservadora, interpretando os direitos de forma restritiva, negando-os às e aos LGBTI (apontado por uma organização venezuelana)³⁸. Dentre esses pontos levantados, merece menção a resposta de uma organização equatoriana, acerca das contradições do texto constitucional e da necessidade de implementação de suas normas:

Por que la constitución del Ecuador si bien reconoce los derechos de los LGBTI en la misma constitución presenta contradicciones que impiden el goce de los derechos, además la sola mención de los derechos no es suficiente, si la constitución no se traduce en políticas públicas de prevención esta solo queda en buenas intenciones.

Além disso, as duas organizações dos questionários de língua inglesa indicaram que consideram a proteção insuficiente devido à criminalização das

³⁷ Para debates mais profundos em favor da criminalização, ver: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil. In: LELIS, Rafael Carrano; ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. *Diálogos LGBTI+*: avançando lutas e conjugando campos. Salvador: Devires, 2019, p. 157-187.

³⁸ Em algumas das justificativas foi indicada a organização ou o país, pois se trata de questões que foram apontadas especificamente a respeito de determinado país, não podendo ser, a princípio, generalizadas. Salienta-se que apenas são nomeadas aquelas organizações que expressamente deram autorização para tanto.

relações homossexuais pelo ordenamento de seu país e à ausência de especificação constitucional do direito à não discriminação.

Cabe destacar, ainda, uma última relação entre os dados produzidos neste segmento e aqueles examinados no capítulo anterior. A partir da análise dos textos constitucionais, concluiu-se que os dois países cujas constituições se mostram mais avançadas na proteção dos indivíduos LGBTI são Bolívia e Equador. No entanto, das seis organizações desses dois países que responderam ao questionário (duas bolivianas e quatro equatorianas), nenhuma considerou a proteção constitucional dos direitos LGBTI como sendo suficiente em seu país. Sendo assim, destaca-se que, mesmo naqueles ordenamentos aparentemente mais avançados, há ainda muito progresso necessário.

2.3 As causas dos *status* de proteção constitucional

Nesta penúltima segmentação, pretendeu-se aferir quais seriam os fatores causadores desses dois diferentes *status* protetivos: suficiente ou insuficiente. Novamente, inicia-se a análise a partir dos casos desviantes.

As duas organizações que acreditam ser suficiente a proteção constitucional em seu país destacaram que isso é causado pela própria proteção da dignidade humana. Assim, enfatizam a garantia constitucional dos direitos à igualdade, à liberdade e à proteção da família, que se estendem, incluindo o casamento e a adoção igualitária. Nesse ponto, as respostas não parecem se referir, propriamente, às causas da proteção suficiente, mas sim aos mesmos motivos ressaltados no segmento anterior. Isto é, quais elementos permitem que se configure a suficiência ou não da proteção. A intenção com o questionamento acerca da causa era perceber quais questões conjunturais ou estruturais levavam à ausência ou à presença de normas pró-LGBTI em determinados ordenamentos.

Todavia, se não foi possível esse diagnóstico com essas duas primeiras respostas, a análise cruzada das demais organizações (aquelas que haviam indicado a insuficiência protetiva) se mostrou próspera. Nesse sentido, sobressaem-se oito diferentes categorias de causas levantadas, que se aplicam, pelas respostas apresentadas, à realidade latino-americana como um todo. Contudo, todas elas estão

profundamente conectadas, sendo difícil traçar com precisão o que é abarcado por cada uma. São elas: 1) a falta de acesso de LGBTI à política; 2) a conformação de legislativos conservadores; 3) a falta de vontade política em se avançar na pauta dos direitos LGBTI; 4) a matriz sociocultural heteronormativa presente na América Latina; 5) a matriz religiosa do continente e seu desvirtuamento a partir do fundamentalismo; 6) a falta de sensibilização dos atores da justiça com temáticas de gênero e sexualidade; 7) a falta de educação da população em temas de gênero de sexualidade; 8) a ausência de diálogo do poder público com os movimentos sociais. Para uma análise completa dos fatores, será feito o agrupamento de alguns deles para um exame conjunto. Desse modo, serão analisados associadamente: os fatores um, dois e três; os fatores quatro e cinco; os fatores seis e sete; e, isoladamente, o último fator apontado.

As três primeiras causas remetem diretamente à dimensão política da justiça e à ideia de representação. Como se vê, uma das causas de insuficiência da proteção se liga justamente à injustiça da falsa representação³⁹. Sendo assim, posto que pessoas LGBTI não conseguem ser eleitas e ter acesso ao legislativo, as chances de que seus reais interesses sejam levados em consideração são proporcionalmente menores⁴⁰. Isso se agrava diante da composição de casas legislativas eminentemente conservadoras, cujos integrantes, além de não terem a vivência de uma pessoa LGBTI, esforçam-se para não permitir o avanço de seus direitos. Ainda diretamente ligado a isso está a falta de vontade política, seja do legislativo, seja do executivo, de pautar as demandas LGBTI por meio de políticas públicas. Ora, em um cenário no

³⁹ Nesse sentido, Corrales destaca que, até o ano de 2014, só havia tido 15 pessoas, na história da formação legislativa nos países da América Latina e Caribenha, que eram abertamente homossexuais e ocupavam cargos em casas legislativas em nível federal. E isso se restringia aos seguintes países: Argentina, Aruba, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México e Peru. Atualmente no Brasil, apenas o deputado federal Jean Wyllys se enquadra nessa categoria. CORRALES, Javier, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰ Em pesquisa empírica conduzida sobre o tema, Andrew Reynolds aponta como resultado a existência de uma associação entre a presença (mesmo pequena) de legisladores abertamente gays e a aprovação de normativas que avançam nos direitos dos homossexuais, uma vez que a presença dos gays no legislativo tem um efeito transformador na visão e votação de seus colegas heterossexuais. REYNOLDS, Andrew. Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective. *American Political Science Review*, v. 107, n. 02, p. 259-274, 2013, p. 259.

qual apenas são eleitos indivíduos heterossexuais e cisgêneros que se posicionam conservadoramente, não há como se esperar, realmente, qualquer avanço pela via da política em seu sentido estrito. Sendo assim, pode-se apontar para uma discriminação institucional ou estrutural da população LGBTI. Como exemplo das causas ilustradas nesse primeiro grupo de análise, cabe salientar a resposta apresentada por uma organização peruana:

Existen numerosas causas que atender respecto a la protección insuficiente de la población LGBTI. En primer lugar existe una discriminación histórica que ha sido sostenida desde el Estado debido a la poca valoración de la diversidad sexual. Ello se ha visto reforzado desde los funcionarios del Estado que no han podido construir políticas públicas que sean inclusivas y que atiendan las demandas de las personas LGBTI. En ese sentido, existe una falta de voluntad política para aprobar leyes y normas que las organizaciones demandan desde que se logró ingresar a la agenda pública. De igual manera, aún persiste una gran desinformación de parte de la población que no comprende la importancia del reconocimiento de derechos de una población minoritaria. Finalmente, es preciso señalar que hay una oleada conservadora que sostiene discursos de odio, los cuales se han reproducido y han hecho que mucha gente sienta temor de la aprobación de medidas inclusivas para con las personas LGBTI.

As duas causas seguintes se referem às matrizes socioculturais heteronormativa e religiosa, impregnadas em nosso continente. Embora integrem um grupo separado, elas não deixam de se relacionar diretamente com as causas anteriores. Isso porque é justamente a existência de uma tradição cultural heteronormativa que, em grande medida, impede o acesso de LGBTI aos poderes públicos. E, ainda, é a grande presença de atores religiosos que compõem as casas legislativas que acaba por influenciar negativamente a produção normativa com relação às e aos LGBTI. Aquilo que caracterizamos como "fundamentalismo religioso" se trata, na verdade, de uma forma de desvirtuamento de valores religiosos para embasar a violação a direitos fundamentais das pessoas LGBTI; e tem sido com base em argumentos religiosos que propostas extremamente conservadoras têm se legitimado⁴¹. Já a manutenção dessa realidade e a dificuldade de alteração de

⁴¹ VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e Política: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012, p. 150-167.

mentalidade estão diretamente relacionadas às próximas causas examinadas, encampadas pelo déficit educacional.

Como discorrido, duas outras causas evidenciadas foram: a falta de sensibilização dos atores da justiça com temáticas de gênero e sexualidade e a falta de educação da população nos mesmos temas. Novamente, uma parece ser a consequência da outra, e vice-versa. Neste ponto, destaca-se um fator fundamental para o avanço na concretização dos direitos LGBTI: a educação. Sem que temas como gênero e sexualidade sejam abordados desde o ensino básico até o ensino superior, não há como promover uma mudança profunda na compreensão da população em geral acerca dos e das LGBTI. O preconceito, muitas vezes movido pelo desconhecimento, precisa ser combatido por meio de um debate mais amplo e uma educação que desconstrua, principalmente, conceitos biológicos e religiosos indevidamente naturalizados e cristalizados em nossa sociedade. Com relação aos atores da justiça, especificamente, a mudança pode ser mais facilmente iniciada a partir da inclusão de disciplinas específicas sobre a temática nas grades curriculares das faculdades de direito.

Antes de se passar à análise do último grupo, merece transcrição a resposta dada pelo *Proyecto Educar en la Diversidad Sexual* que sintetiza todas os fatores causadores abordados até o momento, dando ênfase à situação estrutural e à intensificação da opressão em determinadas interseccionalidades:

Prejuicios enquistados; grupos de presión conservadores y religiosos que influyen sobre los legisladores y la opinión pública ; falta de toma de conciencia por parte de algunos sectores de la población acerca de la temática de diversidades sexuales y de género y de la necesidad de resguardar los derechos de las personas LGBTI; desigualdad social que atraviesa transversalmente a toda la población y hace que los sectores más pobres del Colectivo LGBTI sean los más vulnerables etc.

O último grupo de causas se sustenta na mesma premissa deste capítulo: a necessidade de construção de um direito de baixo para cima. Isto é, o pouco avanço na pauta de direitos LGBTI se deve à falta de diálogo do poder público com os movimentos sociais. Isso porque, como já afirmado, são os indivíduos atingidos que possuem maior legitimidade para o auxílio e para a própria criação de políticas

públicas. Dessa forma, é essencial que tanto legislativo, quanto executivo e judiciário voltem suas atenções ao movimento LGBTI e às organizações que o representam. Em sua resposta, uma organização destacou esse ponto com relação assembleia constituinte brasileira:

Durante a Assembleia Constituinte, apesar da preocupação com o debate democrático, grupos LGBTI+ tiveram menos influência no conteúdo do texto constitucional. Nos anais da constituinte, por exemplo, no que diz respeito ao art. 226, § 3º, houve manifestação de um pastor em prol da expressa substituição de "união estável como entidade familiar" para "união estável entre homem e mulher como entidade familiar", a fim de evitar que casais homoafetivos constituíssem união estável. Desde 1988, grupos LGBTI+ continuaram lutando pela efetivação de seus direitos e criação de mecanismos de proteção, mas apenas recentemente alguns governos começaram a efetivamente pautar questões ligadas à orientação sexual e identidade de gênero. Neste sentido, ainda existe uma barreira que impede o diálogo entre movimentos sociais ligados à causa e o poder público (ainda fortemente atrelado a valores cristãos).

Como se aduz, a falta de diálogo tende a partir do próprio poder público e não dos movimentos sociais. Pelo contrário, como identificado pelos questionários, o movimento LGBTI tem se esforçado, em todos os países latino-americanos, para atingir e influenciar o poder público de alguma forma, buscando que suas demandas sejam, ao menos, escutadas e levadas em consideração.

2.4 Em busca de alternativas

O último dos segmentos individualizados para a análise buscou identificar formas de superação do atual paradigma de proteção constitucional insuficiente. Para tanto, as organizações foram questionadas sobre como elas acreditavam que a insuficiência na proteção poderia ser resolvida. Como já anteriormente relatado, essa pergunta foi direcionada apenas àquelas entidades que respondiam "não" na pergunta referente à suficiência da proteção em seu país. Isso porque não há motivos para que se queira alterar uma realidade na qual supostamente os LGBTI já são satisfatoriamente tutelados pelas normas.

Explorando as respostas dadas ao questionamento, identificou-se que dois principais campos englobavam a maioria das sugestões apresentadas:

intervenções/alterações legislativas e políticas educacionais. De forma mais específica, destacam-se seis agrupamentos de soluções: 1) propostas legislativas; 2) maior participação de LGBTI na política; 3) elaboração de políticas públicas; 4) alterações no modelo educacional; 5) realização de pesquisas relacionadas aos problemas enfrentados pela população LGBTI; 6) litigância estratégica; e 7) criminalização da LGBTIfobia.

Com relação às propostas legislativas, foi apontada a necessidade de realização de *advocacy* junto ao Poder Legislativo com o intuito de afirmação dos direitos fundamentais das pessoas LGBTI, garantindo o *status* de cidadãos a esses indivíduos. Além disso, salientou-se a necessidade de inclusão expressa de direitos LGBTI no texto constitucional, bem como a "interpretação extensiva dos princípios de não discriminação já previstos para acolher a proteção da população LGBTI". Diretamente ligada a isso, foi apresentada a necessidade de maior participação de LGBTI na política. Embora não tenha sido explicitada uma forma específica de se concretizar esse objetivo, sugere-se – ainda que fuja ao propósito deste trabalho desenvolver a ideia – uma alternativa a ser considerada: o estabelecimento de ações afirmativas (por meio de cotas) para possibilitar uma maior representatividade LGBTI nos congressos nacionais.

Além do enfoque meramente legislativo, levantou-se a necessidade de idealização e implementação, pelo executivo, de políticas públicas direcionadas às e aos LGBTI para que se tornem efetivos os mandamentos legais. É dizer: não basta apenas a edição de lei ou norma constitucional, se ela não vier acompanhada de uma política pública de qualidade para sua efetivação e para a conscientização da população.

Nesse sentido, uma das formas de maior efetividade para alteração de um contexto sociocultural cisheteronormativo está na reestruturação do sistema educacional. Isso foi apontado por quase a totalidade das organizações. Uma abordagem pedagógico-educacional é necessária não somente para informar melhor os indivíduos acerca de todas as questões relacionadas à identidade de gênero e à sexualidade, mas também como forma de sensibilização e humanização dos futuros

legisladores, gestores públicos e juizes⁴². Sem uma formação interdisciplinar desde o ensino básico até o superior/técnico, não há como se alterar por completo nossa realidade homotransfóbica.

Ademais, foi apontada a necessidade de se persistir na atuação de litigância estratégica, levando casos emblemáticos até as cortes para fixação de precedentes que beneficiem a população LGBTI. Entretanto, como já salientado, há de se ter em mente que a utilização da via judicial apresenta diversos riscos, devendo ser utilizada majoritariamente como paliativo, enquanto não se obtêm legislações e políticas públicas satisfatórias.

A sexta proposta analisada se alinha ao próprio objetivo deste trabalho. Foi suscitada a necessidade de realização de investigações para a produção de dados acerca da realidade vivida pelos LGBTI. Como já ressaltado, considera-se essencial o engajamento científico na temática; não só para fornecer argumentos sobre a necessidade de alteração do paradigma atual, mas também para aprofundar o conhecimento acerca de uma realidade que, em muitos pontos, carece de informações mais confiáveis. É isso que esta pesquisa tem procurado fazer. Nesse sentido, destaca-se o seguinte posicionamento, apresentado por uma organização brasileira:

O primeiro passo para solucionar a falta de proteção para a comunidade LGBTI+ é a produção de dados que mostrem a relevância dos problemas que este segmento enfrenta. Deste modo, será possível informar o debate e criar uma plataforma sólida para o diálogo com o poder público e reivindicação desses direitos. Ainda, o movimento precisa se organizar para apoiar candidatas LGBTI+ e aliadas que serão capazes de influenciar a pauta da comunidade dentro dos poderes legislativo e executivo, contribuindo para a formação de uma legislação garantidora dos direitos LGBTI+ e políticas públicas de promoção da inclusão e combate à violência.

Por fim, foi sugerido por uma organização brasileira que o primeiro passo para a alteração da realidade atual seria a criminalização das práticas LGBTIfóbicas. Como

⁴² Além dessas três categorias, que influenciam diretamente na garantia estatal dos direitos, cabe também lembrar a necessidade de sensibilização a população como um todo para que não mais haja a reprodução diária de violências conscientes e inconscientes. Também não podem ser esquecidos desse campo de influência os profissionais da saúde e da educação, que estão em posições especialmente propícias ao cometimento de uma violência homotransfóbica.

já debatido, o tema da criminalização é extremamente controverso, até mesmo entre LGBTI, e deve sempre ser acompanhado de uma necessária visão crítica do instituto penal. Caso se considere a criminalização uma saída, deve-se, concomitantemente, levantar a discussão acerca da problemática da discriminação estrutural do sistema penal, bem como de sua utilização enquanto *ultima ratio*, buscando evidenciar quais seriam as situações jurídicas que realmente mereceriam ser tuteladas por esse ramo do direito. Ademais, como destaca Thula Pires⁴³ (2015, p. 278-279) sobre a criminalização do racismo, as normas que visam combater a discriminação por meio da pena podem carecer de efetividade, uma vez que as instituições punitivas naturalizam padrões de opressão, não enquadrando os atos de discriminação no tipo penal, não obstante seu valor simbólico permaneça relevante.

3. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou contribuir com as reflexões acerca da efetivação da justiça para a população LGBTI. De maneira mais específica, objetivou-se a aferição e a compreensão do alcance e da forma da tutela constitucional dos direitos das pessoas LGBTI nos países da América do Sul e no México. Assim, o problema da pesquisa questionava se essa proteção é ou não suficiente.

Sob o marco teórico da legalidade subalterna cosmopolita, dedicou-se à análise das respostas a questionários aplicados a diversas organizações que trabalham com a temática LGBTI na América Latina, privilegiando a percepção do direito de baixo para cima e a construção de uma teoria fundamentada nos dados. Essa análise constatou a existência de vinte diferentes direitos essenciais às e aos LGBTI e que deveriam ser positivados no texto constitucional. Além disso, aferiu-se que 92% das organizações que responderam ao questionário consideram a proteção constitucional dos direitos LGBTI insuficientes em seu país, tendo apenas duas considerado a tutela satisfatória. Dentre essas duas respostas desviantes, constatou-

⁴³ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo** – entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012, p. 278-279.

se que apenas uma (a resposta da organização argentina) foi motivada por contexto de uma produção legislativa mais porosa aos movimentos e agendas LGBTI. A outra resposta desviante, a da organização colombiana, tomou por base resultados de construção judicial, uma via ainda bastante verticalizada e, portanto, distante de um constitucionalismo efetivamente transformador (*desde abajo*).

Embora o resultado não surpreenda por completo, agrava a preocupação confirmar que aquele que deveria ser um modelo constitucional mais inclusivo, devido a suas constituições de caráter mais substantivo, em alguns momentos ignora e em outros rechaça a existência de pessoas LGBTI. Mais que isso: nega a LGBTI elementos básicos caracterizadores da dignidade humana. E, ainda, perturba o fato de que, até mesmo nos países nos quais há um mínimo avanço legislativo, tampouco é mais promissor o cenário, tendo em vista a inefetividade das normas e a reiteração da cultura cisheteronormativa.

Sendo assim, em virtude dos diversos elementos apresentados ao decorrer do trabalho, foi possível responder ao problema proposto pela investigação, confirmando a hipótese inicial da existência de um déficit na tutela constitucional dos direitos LGBTI na América Latina. Desse modo, salienta-se a relevância dessa constatação, não somente como denúncia do cenário atual, mas também como forma de estímulo ao engajamento para a superação desse quadro por meio de uma transformação “de baixo para cima”.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 19-42.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 49-61, jan./abr. 2015.

CARDANO, Mario. **Manual de pesquisa qualitativa**: a contribuição da teoria da argumentação. Petrópolis: Vozes, 2017.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF**: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CORRALES, Javier. **LGBT Rights and Representation in Latin America and the Caribbean**: The Influence of Structure, Movements, Institutions, and Culture. University of North Carolina: LGBT Representation and Rights Initiative, 2015.

CURIEL, Ochy. **La Nación Heterosexual**: Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. **The discovery of grounded theory**: strategies for qualitative research. New Brunswick and London: AldineTransaction, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KING, Nigel. Doing Template Analysis. In: SYMON, Gillian.; CASSEL, Catherine. **Qualitative Methods in Organizational Research**: core methods and current challenges. London: SAGE Publications, 2012, p. 426-450.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, jan./abr. 2016.

OLAYA, Mónica Arango. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Precedente**, v. 4, p. 79-102, 2004.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo** – entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012.

REYNOLDS, Andrew. Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective. **American Political Science Review**, v. 107, n. 02, p. 259-274, 2013.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia. **SUR** - Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, p. 79-97, dez. 2009.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A. Law, Politics, and the Subaltern in Counter-hegemonic Globalization. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A. **Law and Globalization from Below: towards a cosmopolitan legality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil. In: LELIS, Rafael Carrano; ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. **Diálogos LGBTI+**: avançando lutas e conjugando campos. Salvador: Devires, 2019, p. 157-187.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. **Religião e Política: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.