

# DIREITOS SEXUAIS DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Roger Raupp Rios<sup>1</sup>

1. Introdução
2. Tipologia dos ordenamentos jurídicos quanto aos direitos glbt
3. Tendências no desenvolvimento jurídico dos direitos glbt
4. Desafios ao desenvolvimento dos direitos glbt
5. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

Um exame da situação dos direitos de gays, lésbicas e transgêneros (designados neste trabalho como `direitos sexuais GLBT`) na América Latina pode ser realizado a partir de múltiplas perspectivas. Estas abrangem, por exemplo, análises sobre os sucessos e fracassos, limites e possibilidades, do reconhecimento formal destes direitos por parte dos Estados nacionais latino-americanos, numa abordagem mais pertinente à ciência política. Ao lado destas, também podem ser propostos estudos a respeito da efetividade dos direitos já existentes, conforme o grau de compromisso das diversas instituições estatais envolvidas em sua aplicação, adotando-se uma perspectiva mais sociológica. Do mesmo modo, investigações antropológicas podem apontar para os impactos que o reconhecimento formal destes direitos pode produzir nas representações sociais acerca destes grupos, seja interna, seja externamente ao próprio grupo.

Nesta reflexão, proponho o exame da situação dos direitos de gays, lésbicas e transgêneros a partir de uma perspectiva jurídica. O que significa realizar tal espécie de análise? Qual a relevância de uma abordagem jurídica desta questão? Em primeiro lugar, deve-se distinguir uma análise jurídica de um mero inventário de legislação e de

---

<sup>1</sup> Juiz Federal. Mestre e Doutor em Direito (UFRGS – Brasil). Pesquisador associado ao NUPACS/UFRGS. Membro do CLAM – Brasil.

jurisprudência a respeito do tema. Uma análise jurídica é mais que uma compilação de dados; ao contrário, ela requer um exame crítico da legislação vigente, de suas potencialidades e limites para o tratamento destes direitos, seja ela expressa ou não a respeito deles direitos sexuais. Uma análise jurídica também deve dar conta das tendências e dos desafios para o reconhecimento e para a implementação destes direitos, servindo de material importante para uma compreensão mais adequada da realidade, a ser incorporado por pesquisadores e ativistas. Na medida em que o direito – seja na sua formulação oficial, seja na aplicação que os órgãos jurídicos fazem dele – também é um dado da realidade social, sua compreensão e consideração são necessárias para a reflexão e para a prática. Eis a relevância de uma abordagem jurídica dos direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros.

Para tanto, este trabalho partirá de uma tipologia dos ordenamentos jurídicos quanto ao nível de repressão ou de proteção jurídica de gays, lésbicas e transgêneros. Feito isto, serão arroladas tendências e desafios presentes no cenário latino-americano, objetivando a compreensão da situação presente e das perspectivas destes direitos.

## 1. TIPOLOGIA DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS QUANTO AOS DIREITOS DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

A relação entre o direito, entendido como ordenamento jurídico (isto é, o conjunto de instrumentos normativos estatais vigente num determinado momento em um determinado país, englobando atos legislativos e decisões judiciais), e a sexualidade não é novidade. Tradicionalmente, o direito estatal foi produzido como instrumento de reforço e de conservação dos padrões morais sexuais majoritários e dominantes. Vale dizer, o direito estatal atua na confirmação de determinadas relações e práticas sexuais hegemônicas. Exemplos disto são a consagração da família nuclear pequeno-burguesa, as atribuições de direitos e deveres sexuais entre os cônjuges e a criminalização de atos homossexuais.

Com a emergência de movimentos sociais reivindicando a aceitação de práticas e relações divorciadas deste modelo, levou-se à arena política e, conseqüentemente, ao debate jurídico, a questão dos direitos sexuais, especialmente dos direitos GLBT. O surgimento destas demandas e o reconhecimento de alguns direitos, ainda que de modo lento e não uniforme, inaugurou uma nova modalidade na relação entre os ordenamentos jurídicos e a sexualidade. Historicamente, concentrando-nos na modernidade, pode-se perceber o irromper destes direitos a partir dos anos 80 do século XX, tomando-se por marco o julgamento, pela Corte Européia de Direitos Humanos, do primeiro caso em que uma lei criminalizadora da sodomia foi afastada por violar um direito humano básico, qual seja, a privacidade.

Desde então, é possível falar na possibilidade de níveis diversos de proteção de direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros, donde a proposição da seguinte tipologia dos ordenamentos jurídicos:

- a) **ordenamentos jurídicos com grau mínimo de proteção**: são aqueles onde foram revogadas as proibições tradicionais de práticas sexuais divorciadas dos padrões hegemônicos, especialmente veiculadas pelo direito penal;
- b) **ordenamentos jurídicos com grau intermediário de proteção**: são aqueles em que, além de não criminalizarem tais práticas sexuais, instituem medidas sancionadoras de atos discriminatórios, como, principalmente, a proibição de discriminação por orientação sexual;
- c) **ordenamentos jurídicos com grau máximo de proteção**: são aqueles onde, além da descriminalização das práticas referidas e do sancionamento de atos discriminatórios, são instituídas medidas positivas de proteção e de reconhecimento de práticas e identidades sexuais de gays, lésbicas e transgêneros.

No contexto latino-americano, a aplicação desta tipologia dos ordenamentos jurídicos quanto ao grau de proteção dos direitos GLBT permite avaliar a situação destes

direitos na região. O objetivo deste trabalho não é mapear a situação de cada país individualmente (tarefa para a qual seria necessário o esforço conjunto de muitos pesquisadores e a coleta minuciosa de dados, sem esquecer do dinamismo que caracteriza a produção legislativa e judicial em uma área tão extensa). Ele busca salientar alguns elementos marcantes neste cenário, possibilitando uma análise das tendências e desafios destes direitos na América Latina.

Uma visão panorâmica da situação latino-americana, considerando os dados disponíveis, revela que: 1) não há na América Latina ordenamento jurídico que criminalize práticas sexuais homossexuais, exceto em contextos específicos, como, por exemplo, em estabelecimentos militares; 2) os ordenamentos jurídicos latino-americanos, em sua maioria, sancionam atos de discriminação fundados em expressões da sexualidade (Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, México e Peru, por exemplo); 3) poucos ordenamentos jurídicos instituem medidas positivas de proteção e de reconhecimento destes direitos sexuais (Argentina e Brasil).

De fato, quanto à divisão entre ordenamentos repressivos e protetivos (estes em seus diversos graus), apenas o direito cubano registra expressamente a punição de manifestações públicas homossexuais (Código Penal, art. 303). Mesmo que ordenamentos jurídicos como o chileno não possam ser considerados dentre os repressivos (uma vez que revogaram legislação criminalizadora de relações entre pessoas do mesmo sexo), deve-se enfatizar que em alguns casos tais relações deixaram de ser crime há bem pouco tempo (no caso chileno, em 1998).

Já na esfera dos ordenamentos protetivos, Brasil, Argentina e Colômbia são exemplos de países onde não há somente proibição de discriminação, como o reconhecimento institucional de uniões entre pessoas do mesmo sexo (no Brasil e na Colômbia, em virtude de decisões judiciais; na Argentina, existe legislação expressa). O grau de proteção varia de país a país. O Brasil registra grau elevado de proteção institucional, pelo menos formalmente, desde a edição do II Plano Nacional de Direitos Humanos e do Programa Governamental Brasil sem Homofobia, isto sem se esquecer do

apoio governamental (especialmente por intermédio do Ministério da Saúde) a campanhas de visibilidade e de atendimento específico a grupos gays e lésbicos.

No quadro dos ordenamentos protetivos, o Equador merece destaque em virtude de previsão constitucional expressa proibindo a discriminação por orientação sexual, redigida nos seguintes termos:

“A igualdade perante a lei. Todas as pessoas serão consideradas iguais e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades, sem discriminação em razão de nascimento, idade, sexo, etnia, cor, origem social, idioma, religião, filiação política, posição econômica, orientação sexual, estado de saúde, incapacidade ou diferença de qualquer outra índole.”

A pesquisa mais panorâmica da situação dos direitos GLBT (isto é, sem a análise detida e minuciosa de cada ordenamento jurídico nacional, tarefa a que não se dedica este trabalho) na região revela, ainda, na prática, a ausência de uma regulamentação fundada na perspectiva dos direitos humanos quando se cuida da situação específica da transexualidade ou de travestis. Nestas frentes, aliás, costumam prevalecer as abordagens biomédicas, especialmente no que respeita à transexualidade. Quanto ao tratamento dirigido a travestis, mesmo nos países onde tal condição não é considerada ilícita, predomina uma abordagem repressiva, a partir da criminalização de atos considerados obscenos na via pública e da repressão à prostituição.

Sucintamente indicados estes elementos, pode-se avançar para um balanço das tendências e desafios dos direitos GLBT na América Latina.

### 3. TENDÊNCIAS NO DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS GLBT

Da análise do surgimento e do desenvolvimento dos direitos GLBT na América Latina, podem ser extraídas algumas tendências. Tendo presente o quadro acima esboçado, serão destacadas: (1) o reconhecimento destes direitos num contexto de redemocratização da região; (2) o impacto da epidemia de HIV/AIDS; (3) a articulação destes direitos com preocupações de saúde pública e (4) a afirmação destes direitos em demandas relacionadas a direitos sociais.

Com efeito, desde meados da década de 80 do século XX, a região latino-americana experimentou um processo de redemocratização, fruto do esgotamento das várias ditaduras militares e das mudanças relacionadas à ordem internacional decorrentes do desmantelamento do poderio soviético e do conseqüente destensionamento das relações leste-oeste. Neste contexto mais amplo, surgiram espaços para o fortalecimento da sociedade civil e de diversos movimentos sociais. Dentre estes, destacam-se os movimentos feminista e homossexual, atores sociais decisivos para a reivindicações dos direitos GLBT diante do Estado.

Mais especificamente, esta dinâmica atingiu os Poderes legislativo e judiciário, não só pela construção paulatina de alianças e diálogo com forças parlamentares progressistas, como também pelo fortalecimento dos órgãos judiciários. A estes, insuflados pelo constitucionalismo europeu continental do pós-2ª Guerra Mundial, abriu-se a possibilidade da proteção de direitos humanos, consagrados tanto na ordem internacional quanto nas Constituições de cada país.

Para o desenvolvimento dos direitos GLBT na América Latina, este foi um fator importante. De fato, tribunais constitucionais de vários países, como Brasil, Colômbia e Peru proferiram decisões sancionando discriminações por orientação sexual.

Outro fator importante que se observa no desenvolvimento destes direitos sexuais é o seu incremento a partir da eclosão da epidemia de HIV/AIDS. De fato, ainda que a epidemia inicialmente tenha sido fator de inegável estigmatização de homossexuais e de travestis, as respostas que foram se construindo para o combate da epidemia proporcionaram, ao longo do tempo, uma maior reflexão e articulação entre tais grupos. Esta circunstância fez avançar a consciência acerca das discriminações e exige a reflexão sobre a relação entre direito e sexualidade, apontando a necessidade da adoção de um paradigma de direitos humanos nesta área.

Nesta linha, pode-se enumerar outra tendência que se revelou bastante presente no desenvolvimento dos direitos GLBT: sua relação com questões de acesso aos serviços de saúde. Países que contam com serviços públicos de saúde, especialmente naqueles onde se pretende aumentar o acesso da população a estes serviços, enfrentam múltiplas demandas por tais serviços. Esta circunstância aponta para a necessidade de prestar serviços de saúde que levem em consideração situações específicas de grupos que reivindicam direitos sexuais, tais como as travestis.

Ao encerrar esta enumeração de algumas tendências presentes no desenvolvimento dos direitos GLBT na região, é preciso atentar para uma especificidade latino-americana, pelo menos quando comparada a evolução desta questão aqui com a experimentada na Europa e América do Norte.

Do ponto de vista jurídico, na Europa e na América do Norte o reconhecimento de direitos sexuais GLBT iniciou-se e continua a desenvolver-se a partir de demandas invocando o direito à privacidade e o direito a não sofrer discriminação. Trata-se dos chamados “direitos negativos”, vale dizer, demandas por não-intromissão estatal ou de terceiros nas escolhas e práticas individuais. A história jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos, por exemplo, sempre enfatizou a privacidade como cláusula constitucional principal para a afirmação de direitos de indivíduos e de grupos GLBT.

Enquanto isto, a experiência latino-americana tem revelado outras alternativas. Demandas por direitos sociais têm impulsionado a discussão sobre direitos GLBT. Exemplo disto é a reivindicação por direitos previdenciários e de inclusão em planos de saúde, pioneira e melhor sucedida estratégia jurídica de reconhecimento destes direitos no Brasil.

#### 4. DESAFIOS AO DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS GLBT

A história, ainda que recente, do desenvolvimento dos direitos GLBT na América Latina registra vários desafios. Dentre estes, destacam-se: (1) a dificuldade do

desenvolvimento de um campo específico relacionado aos direitos sexuais, sem necessariamente estarem associados à idéia de direitos reprodutivos; (2) a necessidade da fundamentação dos direitos sexuais a partir do paradigma dos direitos humanos, ao invés da afirmação do cultivo da saúde sexual; (3) as reações religiosas conservadoras diante do reconhecimento de direitos sexuais GLBT e a dificuldade da afirmação do Estado laico; (4) a persistência de realidades culturais incompatíveis com o desenvolvimento dos direitos sexuais GLBT e (5) as condições sócio-econômicas de pobreza que atingem grandes contingentes na região.

Conforme a história dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos demonstra, os direitos sexuais não foram concebidos originalmente de modo autônomo aos direitos reprodutivos. Ao contrário, eles foram entendidos como uma espécie de complemento da idéia de direitos reprodutivos. De fato, a preocupação principal que historicamente orientou a expressão “direitos reprodutivos e sexuais” foi a denúncia da injustiça presente nas relações de gênero e à negação de autonomia reprodutiva. Não há dúvida da importância da luta contra a injustiça reprodutiva e entre os gêneros.

Todavia, como os direitos GLBT deixam muito claro, o âmbito da sexualidade vai mais além destas esferas. Ele abrange liberdade de expressão sexual, questões gays, lésbicas, transexuais e travestis. Ademais, a afirmação de direitos sexuais alcança, inclusive, práticas sexuais não associadas a identidades, sendo o sadomasoquismo um bom exemplo desta realidade.

Outro desafio importante para a afirmação dos direitos sexuais GLBT é a tendência para a justificação biomédica destes direitos. Para aquilatar este desafio é necessário atentar para os fundamentos que orientam a reivindicação destes direitos. Se é verdade que preocupações vinculadas à saúde sexual são importantes para a efetivação dos direitos sexuais, também o é que o reconhecimento de direitos sexuais se radica numa perspectiva mais larga que a preservação e o cultivo da saúde. Direitos sexuais em geral, e especialmente direitos sexuais GLBT, são informados por uma perspectiva de direitos

humanos, perspectiva esta que pode entrar em conflito com visões biomédicas mais restritas. Uma arena onde este conflito se revela particularmente é a situação das travestis.

Um aspecto importantíssimo deste mesmo desafio, em particular, é a resistência de muitos à aceitação mesma da idéia de direitos humanos em nossos países. Para uma parte considerável de nossa população, a idéia mesma de direitos humanos é percebida de modo distorcido e preconceituoso, como se fossem direitos destinados somente a proteção de criminosos. Esta mentalidade, fruto de uma longa história de autoritarismo, impregna muitas instituições e grupos, dentro e fora do Estado, tornando ainda mais difícil fazer avançar demandas por direitos sexuais GLBT fundadas em princípios de direitos humanos.

A emergência de movimentos religiosos fundamentalistas é outro desafio de grande monta para o desenvolvimento dos direitos GLBT na região. E isto não só entre muitas das igrejas denominados neo-pentecostais. Inclusive no seio da Igreja Católica, mais e mais ganham corpo e prevalecem correntes conservadoras em matéria de conduta sexual. Reunidos, estes grupos reagem ao fortalecimento do movimento GLBT, propondo, por exemplo, legislação visando à “conversão” de homossexuais em heterossexuais, inclusive através do sistema público de saúde.

Nesta linha, a dificuldade de afirmação da laicidade do Estado nas jovens e imaturas democracias latino-americanas é fator crucial, na medida em que nossas sociedades carregam a experiência histórica de uma forte associação institucional entre a Igreja Católica e o poder civil ao longo de séculos.

A persistência de representações de inferioridade feminina e de subordinação entre os gêneros, expressa em formulações culturais como o ‘machismo’, é outro desafio, de ordem cultural, ao desenvolvimento dos direitos sexuais GLBT na América Latina. Cuida-se de um contexto cultural divorciado dos princípios de direitos humanos, chegando aos exemplos extremos de violência como assassinatos de gays e travestis e estupro de mulheres em larga escala.

Por fim, as precárias condições sócio-econômicas em que vive grande parte da população latino-americana são um desafio maiúsculo à implementação de direitos sexuais GLBT. A pobreza e a miséria são barreiras efetivas para o acesso a vários benefícios, tais como conhecimento, informação e serviços relacionados à sexualidade. Elas limitam a percepção dos riscos atinentes à prática sexual desprotegida. Elas são um obstáculo à educação formal, tendo conseqüências na constituição de uma vida social livre de certos preconceitos.

## 5. CONCLUSÃO

Considerandos os elementos noticiados ao longo desta reflexão, especialmente pelo exame das principais tendências e desafios ao desenvolvimento dos direitos sexuais na América Latina, pode-se chegar a uma balanço positivo e ao mesmo tempo preocupante.

Se é verdade que nos últimos anos os direitos de gays, lésbicas e transgêneros passam a merecer mais atenção institucional e, inclusive, obter conquistas legislativas e judiciais em vários momentos, também o é que os fatores que os desafiam deixam incerta sua afirmação e consolidação. Ademais, se isto se aplica aos países onde estes direitos sexuais já tiveram algum grau de reconhecimento, quanto mais àqueles onde tais direitos praticamente ainda não foram conquistados.

## BIBLIOGRAFIA

ALPÍZAR, Lydia e BERNAL, Marina. *Youth, Sexuality, and Human Rights: some reflections from experience in México*. *HEALTH AND HUMAN RIGHTS: Special focus: Sexuality, Human Rights, and Health*. Harvard School of Public Health. Vol. 7, nº 2, 2004.

CABAL, Luisa; ROA, Mônica e LEMAITRE, Julieta (eds.). *Cuerpo y Derecho – legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

CÁCERES, Carlos, PECHENY, Mario e TERTO JR., Veriano. *Sida y sexo entre hombres en América Latina: vulnerabilidades, fortalezas y propuestas para la acción*. Peru: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2002.

CLADEM. *Diagnostico sobre la situación de los derechos sexuales y los derechos reproductivos*. 1995-2002. Lima. 2003.

GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando; RIOS, Roger. *A Justiça e dos Direitos de Gays e Lésbicas – jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2003.

GUESMEZ. *Estado laico, sociedad laica: un debate pendiente*. CIUDADANIA SEXUAL EN AMERICA LATINA: ABRIENDO EL DEBATE. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2004.

HEINZE, Eric. *Sexual Orientation: a human right*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

LEON, Magdalena. *Derechos Sexuales y Reproductivos. Avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*. Quito: FEDAEPS, 1999.

PARKER, Richard e CORREA, Sônia (orgs.). *Sexualidade e Política na América Latina*. Rio de Janeiro: ABIA, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad*. CIUDADANIA SEXUAL EN AMERICA LATINA: ABRIENDO EL DEBATE. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2004.

VIANNA, Adriana. *Direitos e Políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

VILLANUEVA FLORES, Rocio. *Proteccion constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*.

[http://www.cne.org.bo/proces\\_electoral/constituyente2005/eventos/seminario\\_reformas/proteccion\\_constitucional.pdf](http://www.cne.org.bo/proces_electoral/constituyente2005/eventos/seminario_reformas/proteccion_constitucional.pdf). Disponível na Internet: 12.04.2005.

THE CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS e UNIVERSITY OF TORONTO INTERNATIONAL PROGRAMME ON REPRODUCTIVE AND SEXUAL

HEALTH LAW. *Bringing Rights to Bear – an analysis of the work of UN Treaty Monitoring Bodies on Reproductive and Sexual Rights*. 2003.