

EXPRESSÃO DA IDENTIDADE SEXUAL E A ANÁLISE DA CREDIBILIDADE DO PEDIDO DE REFÚGIO FUNDAMENTADO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO¹

Patrícia Gorisch

Professora orientadora do Projeto de Pesquisa sobre Direitos Humanos LGBTI do IPECI – Instituto de Pesquisas Científicas e Tecnológicas, da Universidade Católica de Santos
Presidente Nacional da Comissão de Direito Homoafetivo do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família
Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos
patricia@patriciagorisch.adv.br

Victor Mendes

Graduando do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Santos
Orientando do Projeto de Pesquisa sobre Direitos Humanos LGBTI do IPECI
Universidade Católica de Santos
victor-me@outlook.com

¹ Trabalho submetido ao Seminário “Migrações Internacionais, Refúgio e Políticas”, a ser realizado no dia 12 de abril de 2016 no Memorial da América Latina, São Paulo.

Expressão da identidade sexual e a análise da credibilidade do pedido de refúgio fundamentado em razão da orientação sexual e identidade de gênero

Introdução

Amparada pelo artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que reconhece o direito de buscar refúgio da perseguição em outros países, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, com protocolo adicional em 1967, é o principal instrumento para proteção dos refugiados no Direito Internacional. O pedido de refúgio em razão de Orientação Sexual ou Identidade de Gênero, tema deste trabalho, é enquadrado no ordenamento jurídico internacional dentro do marco da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, notadamente devido à compreensão de que a Orientação Sexual e a Identidade de Gênero representam o pertencimento a um grupo social específico (UNHCR., 2012, p. 11)², estando assim entre as cinco razões fundadoras para motivos de perseguição, sendo estes; opinião política, religião, raça, nacionalidade, ou parte em um grupo social³.

Apesar disso, aspectos controvertidos circundam a avaliação do pedido fundamento em tal motivo, principalmente no que tange a prova da orientação sexual ou identidade de gênero alegada pelo solicitante. Frente às particularidades que este tema exhibe, o presente artigo analisa por meio de um estudo de casos e decisões proferidas no âmbito da análise de pedidos de refúgio, os argumentos apresentados e as formas com que são dadas as avaliações dos pedidos com enfoque em demonstrar como os argumentos apresentados pelos tomadores de decisão são expressão do debate da sexualidade e dos direitos LGBTI, expondo dessa forma como o tema ainda é controvertido em matéria de Direitos Humanos e dos Refugiados.

A expressão e a identidade sexual são temas de inerente ambiguidade e volatilidade cujos debates tomam direções potencialmente perigosas ao estarem presentes nas argumentações dos tomadores de decisão em casos de solicitação de refúgio, em especial nas solicitações em razão da Orientação Sexual e Identidade de Gênero (OSIG). Por perigosas, podemos entender que nesses casos a tomada de decisão pode estar muitas vezes a decidir a própria vida do solicitante. Foucault em sua obra *La volonté de savoir* descreve que os conceitos sobre a identidade e a expressão sexual são compreendidos a partir da gênese de um modelo central, a relação

² Em algumas circunstâncias, também podem ser consideradas ligações com as razões de perseguição por opinião política, como no caso de ativistas dos Direitos LGBTI. As razões não são mutuamente exclusivas, e podem se sobrepôr Parágrafo 40. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/50ae466f9.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016. (SPIJKERBOER, 2013, p. 228).

³ “A refugee, according to the Convention, is someone who is unable or unwilling to return to their country of origin owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion.” (UNHCR, 1967, p. 3).

monogâmica de fim reprodutivo, cuja forma de expressão enquadra todas as outras formas de expressão consequentemente fechando-as em uma análise padronizada de acordo com a idéia dominante.

La sexualité est alors soigneusement renfermée. Elle emménage. La famille conjugale la confisque. Et l'aborbe tout entière dans le sérieux de la fonction de reproduire. Autour du sexe, on se tait. Le couple, légitime et procréateur, fait la loi. Il s'impose comme modèle, fait valoir la norme, détient la vérité, garde le droit de parler en se réservant le principe du secret⁴ (FOUCAULT, 1976, p. 9-10 *apud* SPIJKERBOER, 2013, p. 227).

Trataremos desse assunto com o objetivo de analisar a forma como essa perspectiva é reproduzida tomando como fontes e referências os argumentos e as decisões proferidas por tomadores de decisão ao analisarem pedidos de solicitantes de refúgio em razão de Orientação Sexual e Identidade de Gênero na União Européia e em outras partes do mundo. Para tal, devemos inicialmente trabalhar como a noção aqui introduzida por Foucault (1976) se apresenta em nosso tópico de análise, e as implicações desta para o refúgio nessa temática.

Silva Jr. (2014) corrobora com essa perspectiva ao explicar que as minorias sexuais sofrem preconceito, discriminação e intolerância por irem de encontro com a heteronormatividade, tornando-se vulneráveis a represálias em decorrência do rompimento que apresentam aos modelos prontos de gênero, sexualidade e afetividade (SILVA JR., 2014, p. 79). É complementar, para o nosso estudo, o entendimento de que a própria constituição de grupo, nesse sentido, apresenta em seu seio evidência do preconceito:

[...] a pesquisa das causas psíquicas da homossexualidade constitui, em si mesma, manifestação preconceituosa e discriminatória, por pressupor a existência de uma sexualidade normal (a heterossexualidade), parâmetro pelo qual as demais expressões da sexualidade serão interpretadas e valoradas (SILVA JR., 2014, p. 80 *apud* RIOS, 2007, p. 33; DORAIS, 1994).

Essa idéia se sustenta inclusive dentro da estrutura dos próprios padrões heterossexuais ao separar, segundo a lógica binária de homens e mulheres, papéis estabelecidos e entendidos como “naturais”, e assim, esperados de um enquadramento entre sexo biológico, identidade de gênero e função social (SILVA JR., 2014, p. 80-81). Essa afirmação remete à nossa afirmativa inicial, feita por Foucault (1976) cuja função social que engloba esses valores é a reprodução, reduzindo a expressão sexual e o fator sexual humano a uma mera função prática.

⁴ “A sexualidade é cuidadosamente confinada. Muda-se para dentro de casa. Confiscada pela família conjugal. É inteiramente absorvida por ela dentro da séria função da reprodução. Com relação ao sexo, nos calamos. O casal procriador e legítimo estabelece a lei. Se impõe como modelo, aplica a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar enquanto reserva o princípio do segredo” (Tradução livre dos autores).

Segundo Rocha (1988) em uma abordagem etnológica e cultural, podemos compreender que à expressão da sexualidade humana são atribuídos significados partes de um grande acervo de códigos comunicacionais compilados na chamada Cultura⁵. Isso é evidenciado pelas noções de pertencimento ao grupo, que são expressas em significados atribuídos a sentidos de manifestação; das relações conjugais às formas de vestir. Nesse ensejo, ao expressar a relação heterossexual, faz-se parte do grupo social heterossexual por expressar os códigos condizentes com tal agrupamento, assim como ao fazer parte do grupo LGBTI há atribuição de discordância com relação ao grupo heterossexual com base nos códigos que se esperam da expressividade de um indivíduo pertencente ao grupo. Tal definição, simplista, não explora a grandiosidade deste tema em particular, sendo apenas evocada nesse momento para agregar à nossa explicação centrada em traçar esses significados presentes nos processos decisórios concernentes à solicitação de refúgio com base na Orientação Sexual e Identidade de Gênero (OSIG⁶).

Ao indicarmos a explicação de Rocha (1988) com o entendimento de “cultura” no sentido de cultura do grupo, das manifestações que caracterizam os indivíduos no grupo, entramos em um campo onde é possível expor uma natureza dualista dentro das argumentações que potencialmente enaltecem a diferenciação ao mesmo tempo em que potencialmente “normalizam” os grupos sexuais minoritários conforme uma lógica proveniente das estruturas e grupos dominantes na sociedade.

Qualquer que seja a arena onde se discute a cultura humana, seja no “parentesco” ou na “economia”, seja na “individualidade” ou na “história”, a compreensão do “outro” chega a um ponto irreversível: a recusa de assumir a sociedade do “eu” como juízo final onde se encontra a verdade (ROCHA, 1988, p. 36).

Nessa citação, levaremos em conta que a arena em nosso estudo é o processo decisório de concessão de refúgio, seja ele nas esferas internacionais ou nos tribunais internos, o “outro” aqui colocado, é a percepção dominante que se apresenta no seio da lógica que ampara muitas das argumentações baseadas na credibilidade da alegação do solicitante, assim como aquelas que são referentes à validade da expressão sexual.

⁵ “Cada um de nós, enquanto ator social, existe e troca mensagens dentro do código fundamental que temos em comum. Este código é a cultura. Nesse sentido, cada cultura atribui significados, sentidos, destinos próprios, seja ao seu “tempo”, seu “corpo”, sua “morte”, sua **“sexualidade”**, etc” (ROCHA, 1988, p. 35). (Grifos Nosso).

⁶ Orientação Sexual e Identidade de Gênero, do inglês “SOGI – *Sexual Orientation and Gender Identity*”.

Categorização

A categorização dos grupos sexuais minoritários permite o reconhecimento da razão de perseguição em razão de Orientação Sexual e Identidade de Gênero, como é colocado na Convenção de 1951, o “pertencimento a um grupo social específico”. Connely (2014) dialoga com essa perspectiva ao compreender que há uma tendência, nas leis e decisões sobre o refúgio, de apoiar padrões que apresentam noções fixas, fundamentais e essenciais. Essa categorização estreita gera possibilidade de reconhecimento ao mesmo tempo em que gera espaço onde o argumento da credibilidade enquadra os membros grupo em conformidade com o que é esperado deles, muitas vezes de forma estereotipada assim como é visto de acordo com a ordem do enquadramento central, a heteronormatividade. A tendência reproduzida nas jurisprudências dos casos de refúgio LGBTI evidencia tal afirmação na medida em que os processos de avaliação tomam como base, por exemplo, pressupostos culturais que partem de um modelo central para balizar a análise da evidência. Como colocado (SPIJKERBOER, 2013, p. 225)⁷ é razoável considerar que um Cristão reconheça a cruz como símbolo de importante expressão religiosa, logo, se presume que uma mulher Lésbica conheça a bandeira em arco-íris como símbolo LGBTI. Assim também, como já se espera que um Marxista tenha conhecimento sobre Marx, logo, por que não esperar que um homem Gay conheça sobre Oscar Wilde? Essas sequências lógicas fazem referência a formatos de avaliação utilizados de fato por juízes e tomadores de decisão em casos de análise (TAYLOR, 2013⁸; GRAY; MCDOWALL, 2013, p. 22-23⁹).

A forma de expressão da sexualidade como é compreendida nessas avaliações ancora-se em pressupostos culturalmente estabelecidos pelas perspectivas dominantes, fomentando uma análise não só heterocêntrica, mas também ocidentalizada como nos mostram os exemplos. Em outras palavras, aquele que se diz LGBTI expressa um comportamento sexual que se desvia da norma dominante¹⁰, ademais, o indivíduo LGBTI é compreendido com maior facilidade, em luz

⁷ “If one can expect a Marxist to know about Marx, why not expect a gay man to know about Oscar Wilde? And if we presume that Christian sees the cross as an important symbol, might not a lesbian be presumed to know that the rainbow is a symbol of sexual diversity?”. Disponível em: <<http://thomasspijkerboer.eu/wp-content/uploads/2014/12/Sexual-identity-normativity-and-asylum.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁸ Home News. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/gay-prove-it-then-have-you-read-any-oscar-wilde-judges-accused-of-asking-lesbian-asylum-seekers-8558599.html>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

⁹ “O report de Stonewall (organização não governamental) cita um assistente social dizendo: “Eu iria avaliar como eles exploraram a sua orientação sexual e identidade de gênero e a proteção de migrantes forçados dentro de um contexto cultural, a leitura de obras de Oscar Wilde talvez, filmes e música”” (tradução livre dos autores) “Stonewall’s report quoted a caseworker saying: “I would look at how they’ve explored their sexuality Sexual orientation and gender identity and the protection of forced migrants in a cultural context, reading [famously homosexual British author] Oscar Wilde perhaps, films and music”” Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/fmr42full.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

¹⁰ Devemos fazer uma diferenciação entre “norma” social e “norma” jurídica, nessa frase a primeira noção é utilizada, no sentido de que os comportamentos são compreendidos como “norma” quando socialmente dominantes, e, assim, tidos como normais, enquadrando todas as outras noções que surgem por ser parâmetro padrão de comparação.

dessa padronização, quando este expressa sua identidade de uma forma particular (SPIJKERBOER, 2013, p. 224), determinada, novamente, pela norma dominante. O solicitante fica então sujeito a uma análise baseada nas categorizações identitárias prevalentes no país de destino (SPIJKERBOER, 2013, p. 225). Em parte, podemos considerar que o aspecto positivo da categorização é que esta permite o reconhecimento, por outro lado o ponto negativo é que afirma a heterossexualidade como padrão, auto reproduzindo o preconceito e fomentando a percepção de anormalidade, provenientes da não conformidade com o padrão, abrindo assim espaço para parâmetros de análise enviesados pela norma social. A narrativa de um padrão estrito pode ainda obstruir a discriminação presente no processo de avaliação (CONNELY, 2014, p. 4 *apud* JIN LEE; BROTMAN, 2011, p. 246)¹¹ por desconsiderar outras formas de expressão da sexualidade.

Na análise da credibilidade do alegado, o foco central para o tomador de decisão é determinar se a remoção vai acarretar em violação prevista no Estatuto do Refugiado de 1951 ou na Convenção Européia de Direitos Humanos, um processo que fica entre o erro da concessão do refúgio para um solicitante não-genuíno e da não-concessão de refúgio para um solicitante genuíno (THOMAS, 2006, p. 80):

Berlit; Doerig e Storey (2015) reconhecem que os problemas para validação e credibilidade nos casos de pedido de refúgio envolvendo a identidade sexual podem perpetuar uma discriminação existente, além de afetar a dignidade do solicitante. O Tribunal de Justiça da União Européia reconhece que a existência de uma identidade sexual específica deve ser examinada de forma discreta¹². Corroborando, nesse sentido, com o Guia “*Guidelines on International Protection n. 9 for Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity*” da Agência da ONU para os Refugiados (ACNUR), que estabelece que a avaliação deve ser realizada de forma “individual e delicada”¹³. A avaliação é problemática na medida em que utiliza pressupostos sobre como uma “verdadeira” pessoa LGBTI se comporta, sendo que, não há

¹¹ “By examining these policies we can see the way the promotion of biological or fixed notions of identity allows for narrow categorisations within asylum law that determine who should be granted protection (MILLER, 2005). Upholding strict narratives of protection for only the ‘true’ gay or lesbian person who finds perfect protection in the host-country obscures the exclusion, racism, sexism, classism and heterosexism sexual minorities experience through the asylum process within the host-state”.

¹² “It therefore follows ineluctably that applications for refugee status on the grounds of sexual orientation, like any other applications for refugee status, are subject to a process of assessment as required by Article 4 of the Qualification Directive. That assessment must, however, be carried out in a way that respects the individual’s rights as guaranteed by the Charter. (So much is, indeed, common ground between the parties) (UNIÃO EUROPÉIA, 2014).

¹³ “Ascertaining the applicant’s LGBTI background is essentially an issue of credibility. The assessment of credibility in such cases needs to be undertaken in an individualized and sensitive way. Exploring elements around the applicant’s personal perceptions, feelings and experiences of difference, stigma and shame are usually more likely to help the decision maker ascertain the applicant’s sexual orientation or gender identity, rather than a focus on sexual practices” (UNHCR., 2012. p. 15). Parágrafo 62. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/50ae466f9.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

uniformidade sobre como uma pessoa LGBTI age ou expressa sua orientação sexual ou identidade de gênero (JANSEN; SPIJKERBOER, 2011, p. 47).

Apesar do terreno controverso, a categorização da identidade LGBTI serve o propósito das reivindicações de Direitos Humanos (SPIJKERBOER, 2013, p. 228) especialmente na área do Refúgio como aqui é estudado. Isso não implica que na execução da luta pelos Direitos LGBTI o extremo da total negação da existência de categorias ou da categorização absoluta deva ser utilizado considerando que na prática tanto as definições enquadradas quanto a volatilidade e a ambiguidade são inerentes ao assunto da sexualidade Humana. Com isso em mente, é inegável a utilidade das noções de grupo e categorias enquanto matéria de Refúgio em razão de OSIG, desde que na aplicação da análise a ênfase na identidade LGBTI seja dosada para que ao mesmo tempo em que concede visibilidade não alimente estereótipos na análise da credibilidade.

Análise de casos

Em 2001 a Corte Federal da Austrália interpretou que a imposição de pena de morte por homossexualidade no código penal Iraniano impunha limitações no comportamento do solicitante (MILLBANK, 2009, p. 3) mas que essas limitações de comportamento não constituíam em perseguição por entender que a “pública manifestação da atividade homossexual” não é uma parte essencial daquele que é homossexual. Essa colocação vai de encontro com a isonomia dos 5 princípios fundadores da convenção de 1951 (protocolo de 1967) que prevê em seu 4º artigo a liberdade da prática religiosa, sendo a censura ou necessidade de discrição da mesma um dano direto à prática religiosa em si, constituindo assim perseguição. Assim como na prática religiosa, a liberdade de expressão política é essencial para a prática política em si, sendo assim entendido que a necessidade de ocultação do posicionamento político caracteriza, também, a perseguição por motivos políticos.

Se compreendermos que parte essencial de pertencer a um grupo social, político ou religioso é também fazer-se mostrar parte deste grupo, como parte da execução da prática religiosa, por exemplo, é inevitável aplicar os mesmos princípios àqueles que manifestam fazer parte de um grupo social através de ritos específicos, aparência ou simples congregação de indivíduos. A necessidade do encobrimento restringe os elementos que fazem parte da expressão de pertencimento ao grupo, caracterizando intolerância. Isso se mostra válido para as expressões religiosas, políticas e de pertencimento a um grupo social, o que inclui a orientação sexual e identidade de gênero, assim como a interpretação da convenção de 1951 ampara.

Até 2010 a maioria dos casos de solicitantes de refúgio com base na OSIG no Reino Unido era negada com base no posicionamento de que não teriam necessidade de proteção internacional sob o argumento de que o julgado poderia voltar ao seu país de origem e manter uma "sensata discricção" acerca de sua orientação sexual ou identidade de gênero (GRAY; MCDOWALL, 2013, p. 22). A análise nesse ponto traça um foco direcionado à indagação de que o solicitante poderia não ser considerado refugiado enquanto escondesse a realidade sobre sua orientação sexual, podendo assim contribuir com a sua própria proteção, colocando nesse sentido, a responsabilidade de proteção no solicitante.

Podemos ainda fazer uma associação do argumento da discricção com a recomendação de realocação (UNHCR, 2012, p. 13)¹⁴ interna, que é suportada em alguns casos pela consideração de que já que o solicitante pode viver ocultando a sua orientação sexual ou identidade de gênero seria tolerável o seu deslocamento interno para áreas menos suscetíveis aos fatores de perseguição que o levaram a deixar o país.

O deslocamento interno de uma área remota a uma área urbana por exemplo, vem nesse sentido do pressuposto de que há maior facilidade de ocultamento de uma área de maior população e circulação de idéias, sendo assim apoiada no propósito de atingir o ocultamento e não de atingir uma segurança suficientemente aceitável para a vida sem o medo de dano. Dificilmente aceitável é essa consideração quando existem legislações que cobrem todo o território nacional¹⁵, ou *Country of Origin Information* (EUROPEAN UNION, s.d)¹⁶ o suficiente para atestar que há uma inclinação negativa da sociedade naquele Estado em particular, ou ainda, que não há vontade do Estado em prover segurança às parcelas minoritárias de sua população suscetíveis ao dano, como no caso da República Democrática do Congo, onde apesar não haver legislação que criminalize diretamente a homossexualidade, existem leis que corroboram com práticas discriminatórias, sendo estas evidência sobre a relutância do Estado em combater essas práticas, e, ainda, predisposição para apoiá-las. Isso também se aplica aos Estados cujas legislações criminalizam diretamente prevendo sanções como prisão e a pena de morte, mesmo que não haja relato da aplicação destas sanções.

As legislações em si criam um ambiente que facilita a discriminação por agentes não-estatais. Ainda assim, onde há COI que indica que não há aplicação dessas penas, *per se*, não

¹⁴ O conceito de realocação interna refere-se à possibilidade de o indivíduo solicitante ser movido à uma área dentro do país onde o risco de perseguição não seja fundado, e, onde possa estabelecer-se e viver uma vida normal livre do risco. Parágrafo. 51.

¹⁵ Idem. Considerar nesse caso o Parágrafo 53. "*in respect of the relevance analysis, if the country in question criminalizes same-sex Relations and enforces the relevant legislation, it will normally be assumed that such laws are applicable in the entire country*".

¹⁶ "A *Country of Origin Information* (COI) refere-se às informações de países de onde solicitante de refúgio são originários. Este tipo de informação é essencial para formação de analistas para estas solicitações e para a determinação do estatuto do refúgio". (Tradução Nossa).

remove a condição da possibilidade de aplicação dessas penas. Nesse ensejo, mesmo que a discricção seja bem-sucedida, as pessoas LGBTI estarão ainda sujeitas à impedição de aceder à Proteção do Estado. No caso de exposição à violência, por exemplo, ao procurar as autoridades haverá sempre a possibilidade de hesitação na medida em que há a possibilidade de um indivíduo LGBTI ser tomado como infrator pelas autoridades, ao invés de vítima (UNHCR, 2008, p. 11)¹⁷. Tal exemplo é considerável pelo menos nos países onde há criminalização direta da homossexualidade, de atos homossexuais, ou mesmo codificações que permitam uma interpretação ampla que possa ser direcionada à perseguição de minorias sexuais, como no caso da República Democrática do Congo onde indivíduos homossexuais estão sujeitos à perseguição com base na alegação de “indecência pública” amparada pela legislação vigente¹⁸, apesar de não haver criminalização direta da homossexualidade (UNHCR, 2014).

O caso *Hysi versus Reino Unido (Secretary of State for the Home Department)* apresenta uma referência jurisprudencial onde a recusa com base na proposta de deslocamento interno inclui a necessidade de discricção sobre identidade e origem do solicitante. O solicitante e sua família foram vítimas de perseguição durante os conflitos étnicos no Kosovo entre 1999 e 2001, resultantes da concepção de que pessoas com ancestrais da etnia Roma ou de etnia mista seriam espões, no caso o pai do solicitante, Albanês e a mãe de etnia Roma. O solicitante permaneceu dos 15 anos de idade até os 18 no Reino Unido em luz de uma permissão temporária, até completar a maioridade¹⁹. A proposta de deslocamento interno implica que o solicitante, perseguido em razão de sua etnia ou descendência, em dada parte do país, pode encontrar segurança em outra parte do país onde não terá ameaça de dano²⁰. O deslocamento não pode ser apontado como solução se for considerado “indevidamente severo” ou não razoável²¹, o que por interpretação, inclui a necessidade de discricção acerca da origem étnica.

[...] the appellant would have to explain himself and his arrival in the new location. Out of loyalty to the decision of the IAT, we have assumed that his ethnicity would not inevitably emerge. If however the truth is to remain concealed, this would probably involve the appellant leading a hermitlike existence, indeed without any social intercourse based on trust. As a stranger he is bound to be asked questions. He would presumably have to lie. Even if he could provide some colourable but some untruthful explanation for his arrival in the new location, implying that he had never left Kosovo at all, he would have to live with that lie. He might well be called on to explain his linguistic ability with English. Moreover, he would thereafter have to avoid letting slip any intimation of his true ethnicity, or his constant lies. He would simply have to

¹⁷ “It should furthermore be noted that criminal sanctions for homosexual activity also impede the access of LGBTI persons to State protection. For example, a LGBT person who has been exposed to violence may hesitate to approach the police for protection because he or she may be regarded as an offender instead of victim”. Parágrafo 22.

¹⁸ Democratic Republic of Congo Penal Code. Article 176.

¹⁹ United Kingdom (2005, p. 1). Parágrafos 1-2.

²⁰ Idem. p. 7. Parágrafo 22

²¹ Idem. p. 7. Parágrafo 23

continue to lie and conceal his origins, while simultaneously living with the risk that the truth would be suspected or discovered, and the fear of the consequent unpleasantness, fear based on the harsh realities of what he had seen his parents endure (UNITED KINGDOM, 2005, p. 10)²².

O resumo do mesmo caso inclui referência de um caso na nova Zelândia no contexto de um solicitante LGBTI do Irã, apontando;

[...] The Refuge definition is to be approached not from the perspective of what the refugee claimant can do to avoid being persecuted, but from the perspective of the fundamental human right in jeopardy and the resulting harm (UNITED KINGDOM, 2005, p. 9)²³.

Assim como outros casos mencionados, as defesas relevam a consideração de que um direito humano essencial é negado ao exigir a prerrogativa de discricção. Tal argumento fere a liberdade de associação e de expressão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴ pois caso a discricção da orientação sexual ou identidade de gênero seja pré-requisito para a permanência do solicitante em seu país de origem, este não pode expressar suas idéias e/ou estar publicamente associado, vivendo com a realidade de ameaça de repercussão caso sua orientação sexual seja revelada.

Considerações Finais

Ao assumir gerência sobre a expressão sexual de uma pessoa, recomendando a discricção por exemplo, há limitação dos Direitos Fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da pessoa, privacidade e saúde, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, “Saúde é um estado de bem-estar físico, mental e social, e não a mera ausência de doença ou enfermidade” (WORLD HEALTH ORGANIZATION , 1946), logo compreendemos que, para um bem estar físico e mental, é imprescindível o respeito à livre estruturação da individualidade, como coloca Marianna Chaves (2011):

Na estruturação da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma medida basilar da constituição da subjetividade, sustentáculo imprescindível para a capacidade do livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, pode-se afirmar que as questões concernentes à orientação sexual relacionam-se de forma estreita com o amparo da dignidade da pessoa humana (CHAVES, 2011, p. 70).

²² Idem. p. 10. Parágrafo 33 (Grifos dos Autores).

²³ Idem. p. 9. Parágrafo 29.

²⁴ Disponível em; <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. art. 19 e art. 20.

A Orientação Sexual e a Identidade de Gênero, reconhecidas aqui como direitos básicos, necessários para o indivíduo enquanto membro de um grupo social, no sentido de apresentar característica imutável, inata e fundamental para sua identidade, as quais compartilha com outros membros da sociedade na qualidade de um grupo minoritário por exemplo, são expressões que partem de um plano inerentemente individual, não trazendo consigo a prerrogativa da necessidade de associação com outros membros, especialmente no contexto de nosso estudo, do reconhecimento do refúgio (UNHCR, 2012, p. 12). Ou seja, aquele que é LGBTI, reserva os direitos de sua própria expressão sexual na qualidade de pessoa que tem atração pelo sexo oposto, por ambos os sexos, identidade de gênero diversa do sexo biológico ou forma de expressão sexual e identitária diversa daquela na normativa heterossexual. O direito à discricção entra nesse aspecto, fazendo jus ao direito do indivíduo.

O condicionamento da não discricção, ou seja, a necessidade de apresentar-se de forma reconhecidamente estereotipada, visível ou associada, para reconhecimento e credibilidade da sexualidade, acarreta nos termos do condicionamento, gerência sobre a expressão sexual do indivíduo, assim como a sugestão de discricção fere direitos básicos e fundamentais do indivíduo, nos mesmos princípios.

Nesse ensejo, a avaliação que propõe como base de direcionamento uma narrativa estrita, no que tange a definição comportamental de um indivíduo LGBTI segundo a lógica da estrutura heteronormativa, acaba por limitar a forma que o solicitante LGBTI supostamente *deveria* se comportar para ter sua Identidade ou Orientação Sexual reconhecida, amparando assim, uma noção de compreensão que restringe o reconhecimento do direito de expressão sexual individual. Ao mesmo tempo, permite a colocação do grupo. É necessário, portanto, dosar os limites da narrativa que define e amplia o reconhecimento do solicitante LGBTI, tendo em vista a defesa do direito de expressão sexual, como direito básico, pilar da liberdade individual e constituidor de personalidade, devendo assim ser amplamente respeitado na avaliação, e devidamente protegido quando reconhecido o fundado temor de perseguição.

REFERÊNCIAS

- BERLIT, U. DOERIG, H.; STOREY, H. Credibility assessment in claims based on persecution for reasons of religious conversion and homosexuality: a practitioners approach. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 27, n. 4, p. 649-666, 2015.
- CONNELY, E. **Queer, beyond a reasonable doubt**: refugee experiences of 'Passing' into 'Membership of a Particular Social Group'. London: University College London, 2014. (Migration Research Unit: Working Paper Series).
- EUROPEAN UNION. European Asylum Support Office. **Country of Origin Information**. Hong Kong, s.d. Disponível em: <<https://easo.europa.eu/about-us/tasks-of-easo/country-of-origin/>>. Acesso em: 1 dez. 2015. (Tradução Nossa).
- FOUCAULT, M. **Histoire de la sexualité 1**: la volonté de savoir. Paris: Éditions Gallimard, 1976. p. 9-10.
- GRAY, A.; MCDOWALL, A.. LGBT refugee protection in the UK: from discretion to belief? **Forced Migration Review Journal**, Oxford, n. 42, p. 22-29, 2013. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/fmr42full.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T. **Fleeing homophobia**: asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe. Amsterdam: COC Nederland, Vrije Universiteit Amsterdam. 2011. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/4ebba7852.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- MARIANNA, C. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade: um panorama luso-brasileiro. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2011.
- MILLBANK, J. From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom. **International Journal of Human Rights**, Sydney, v. 13, n. 2/3, 2009. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1339653_code449651.pdf?abstractid=1330175&mirid=1>. Acesso em: 1 dez. 2015.
- ROCHA, E. **O que é Etnocentrismo**. São Paulo, SP: Brasiliense, 1988. p. 35-36.
- SILVA JR., A. M. **Diversidade sexual e inclusão social**: uma tarefa a ser cumprida. Franca, SP: Lemos & Cruz, 2014.
- SPIJKERBOER, T. **Sexual identity, normativity and asylum**: fleeing homophobia. New York, NY: Routledge, 2013. Disponível em: <<http://thomasspijkerboer.eu/wp-content/uploads/2014/12/Sexual-identity-normativity-and-asylum.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- TAYLOR, J. 'Gay? Prove it then - have you read any Oscar Wilde?': judges accused of asking lesbian asylum seekers inappropriate questions. **Independent**, London, 3 abr. 2013. Home News. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/gay-prove-it-then-have-you-read-any-oscar-wilde-judges-accused-of-asking-lesbian-asylum-seekers-8558599.html>>. Acesso em: 24 fev. 2016.
- THOMAS, R. Assessing the credibility of asylum claims: EU and UK Approaches Examined. **European Journal of Migration and Law**, Netherlands, n. 8, p. 76-96, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2144438>. Acesso em: 24 fev. 2016.
- UNHCR. **Canada**: immigration and refugee board of Canada. Geneva, 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/53733c254.html>>. Acesso em: 23 oct. 2015.

_____. **Claims to refugee status based on sexual orientation and/or gender identity within the context of article 1a(2) of the 1951 convention and/or its 1967 protocol relating to the status of refugees.** Geneva, 2012. (Guidelines on International Protection n. 9). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/50ae466f9.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. **UNHCR guidance note on the refugee claims relating to sexual orientation and gender identity.** Geneva, 2008. p. 11. (Parágrafo 22).

_____. **Convention and protocol relating to the status of refugees.** Geneva, 1951-1967.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça da União Européia. **Joined Cases C-148/13, C-149/13 and C-150/13.** Luxembourg, 2014. (Parágrafo 49). Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d50780fd0998cc456d98439eb29643464a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbhz0?text=&docid=155164&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=554531>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

UNITED KINGDOM. Court of Appeal (England and Wales). **Hysi v. Secretary of State for the home department.** Reino Unido, 15 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/43fc2eac24.html>>. Acesso em: 27 oct. 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Preamble to the constitution of the world health organization as adopted by the international health conference.** New York, NY, 1946. Disponível em <<http://www.who.int/about/definition/en/print.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.