

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DILERMANDO APARECIDO BORGES MARTINS

DIÁLOGOS ENTRE SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DA  
POPULAÇÃO LGBTQIAPN+: CONSTRUINDO UM IUS COMMUNE  
INTERAMERICANO PARA CRIMINALIZAR A HOMOTRANSFOBIA

CURITIBA  
2024

DILERMANDO APARECIDO BORGES MARTINS

DIÁLOGOS ENTRE SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DA  
POPULAÇÃO LGBTQIAPN+: CONSTRUINDO UM IUS COMMUNE  
INTERAMERICANO PARA CRIMINALIZAR A HOMOTRANSFOBIA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito – Doutorado –do Setor de Ciências Jurídicas, da  
Universidade Federal do Paraná, como requisito para o  
título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Melina Girardi Fachin.

CURITIBA  
2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DO CAMPUS REBOUÇAS

Martins, Dilermando Aparecido Borges.

Diálogos entre Sistemas de Direitos Humanos e a proteção da população LGBTQIAPN+ :construindo um IUS Commune Interamericano para criminalizar a Homotransfobia / Dilermando Aparecido Borges Martins – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line: PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Orientadora: Profª Drª Melina Girardi Fachin

1. Pessoas LGBTQIA+. 2. Violência contra homossexuais. 3. Violações dos Direitos Humanos. 4. Ação de inconstitucionalidade. 5. Brasil – Supremo Tribunal Federal. I. Martins, Dilermando Aparecido Borges. I. Universidade Federal do Paraná. II. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

**Bibliotecário: Epaminondas Mendes de Oliva CRB-9/1765**



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

ATA Nº500

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia trinta de agosto de dois mil e vinte e quatro às 14:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **DILERMANDO APARECIDO BORGES MARTINS**, intitulada: **Diálogos entre Sistemas de Direitos Humanos e Proteção da População LGBTQIAPN+: Construindo um Ius Commune Interamericano para Criminalizar a Homotransfobia**, sob orientação da Profa. Dra. MELINA GIRARDI FACHIN. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MELINA GIRARDI FACHIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ROGER RAUPP RIOS (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS), FLAVIA CRISTINA PIOVESAN (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO), HELOISA FERNANDES CAMARA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA CAROLINA LOPES OLSEN (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MELINA GIRARDI FACHIN, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A BANCA POR UNANIMIDADE APROVOU O TRABALHO COM INDICAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO PELA RELEVANTE CONTRIBUIÇÃO.

CURITIBA, 30 de Agosto de 2024.

Assinatura Eletrônica  
02/09/2024 08:16:38.0  
MELINA GIRARDI FACHIN  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
10/09/2024 10:33:43.0  
ROGER RAUPP RIOS  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS)

Assinatura Eletrônica  
11/09/2024 21:14:12.0  
FLAVIA CRISTINA PIOVESAN  
Avaliador Externo (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica  
02/09/2024 08:30:10.0  
HELOISA FERNANDES CAMARA  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
09/09/2024 15:27:05.0  
ANA CAROLINA LOPES OLSEN  
Avaliador Externo (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **DILERMANDO APARECIDO BORGES MARTINS** intitulada: **Diálogos entre Sistemas de Direitos Humanos e Proteção da População LGBTQIAPN+: Construindo um Jus Commune Interamericano para Criminalizar a Homotransfobia**, sob orientação da Profa. Dra. MELINA GIRARDI FACHIN, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa. A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 30 de Agosto de 2024.

Assinatura Eletrônica  
02/09/2024 08:16:38.0  
MELINA GIRARDI FACHIN  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
10/09/2024 10:33:43.0  
ROGER RAUPP RIOS  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS)

Assinatura Eletrônica  
11/09/2024 21:14:12.0  
FLAVIA CRISTINA PIOVESAN  
Avaliador Externo (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica  
02/09/2024 08:30:10.0  
HELOISA FERNANDES CAMARA  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
09/09/2024 15:27:05.0  
ANA CAROLINA LOPES OLSEN  
Avaliador Externo (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

Dedico a todas as pessoas LGBTQIAPN+ que, em algum momento, foram alvo de preconceito, ódio e discriminação.

## AGRADECIMENTOS

Quem não agradece, não reconhece que somos sujeitos cercados de pessoas que nos incentivam e apoiam. E quanta gente devo agradecer! Ao longo desta trajetória, foram tantos desafios, momentos de solidão, mas ao mesmo tempo de muito amor, carinho e suporte de pessoas amadas que estão por perto de mim.

Não posso começar sem agradecer àqueles que mais me apoiaram e apoiam: meus pais. Sou fruto de um homem e uma mulher que não concluíram o ensino fundamental. Sou fruto da escola pública, da desigualdade social, da luta pela educação, e o sonho dos meus pais foi que eu estudasse. E eu cheguei até aqui, graças a eles. Pai vendedor de pneu, mãe dona de casa. Filho, agora, doutor. À Cristina e Joedes, meus mais sinceros agradecimentos por tudo. Eu amo vocês infinitamente.

Devo agradecer, também, aos meus outros familiares. São tantas pessoas nesta trajetória que fica difícil nomear, mas algumas delas são essenciais: meus padrinhos, Lourenço e Heloisa, que no auge da minha adolescência, me levaram para estudar em São Paulo, com a finalidade de me proporcionar uma educação melhor. E o fizeram. Meus tios, Aparecida e Benedicto (in memoriam), e seus filhos Elds e Rogério, que me acolheram durante toda a graduação e parte do mestrado, e me permitiram morar em suas casas e estudar, algo que eu serei eternamente grato. O amor que sinto por vocês é sem tamanho. Minhas primas, amigas, confidentes e companheiras, Josiane e Luciana, por sempre me alegrarem e me fazerem companhia na fria Curitiba, nos almoços, cafés e outros momentos tão fundamentais. Obrigado, de verdade, por tudo.

Agradeço também aos meus amigos, que sempre me deram colo nos momentos mais difíceis desta tese. São tantos nomes que fico receoso em nomear, com o medo de esquecer alguém. Não é por mal. Mas, aqui, preciso fazer agradecimentos nominais às pessoas que mais me ouviram lamentar pelos problemas vividos neste percurso: Adriana Inomata, colega de doutorado pandêmico, mas que se tornou amiga de tese, incentivadora e companheira no dia a dia. Você é incrível! Aos queridos Nara, Vitor Hugo e Camila, que estiveram o tempo todo acompanhando esta jornada de perto, inclusive me dando bronca para seguir firme. Aos colegas de trabalho que me acolheram, em especial Violeta que, entre vários almoços e cafés,

foi meu porto seguro para seguir em frente e não desistir. Aos colegas do NEUCS, do NESIDH, dentre tantos outros, meus mais sinceros muito obrigado.

E, claro, sinto o dever e a emoção de agradecer àquela que foi minha inspiração, meu colo, minha proteção em todo esta longa e árdua jornada: minha amada orientadora, Melina Girardi Fachin. Professora, obrigado por não desistir de mim. Obrigado por acreditar que eu seria capaz, quando nem mesmo eu acreditei. Obrigado por me ouvir, por me abraçar, por me apoiar e por me proteger nestes quatro anos e meio. Eu sou muito grato por ter uma orientadora como você. Se fosse outra, talvez eu tivesse desistido. Obrigado, infinitamente, por ser quem você é, por defender direitos humanos e por ser este ser humano doce e gentil. Você é a fonte da minha inspiração cotidiana na luta pelos direitos humanos!

Agradeço aos professores da banca, que aceitaram o convite para apreciar este trabalho: professoras Flávia Piovesan, Ana Carolina Lopes Olsen, Heloisa Fernandes Câmara, e professor Roger Raupp Rios.

À Universidade Federal do Paraná, por meio do Programa de Pós Graduação em Direito, meu obrigado. Acredito e sempre acreditarei na Universidade pública, acessível e de qualidade.

À todos aqueles que não mencionei, mas que tiveram sua contribuição neste processo, minha gratidão.

## RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo construir uma leitura da criminalização da homotransfobia, na Suprema Corte do Brasil, sob o prisma do diálogo entre sistemas de direitos humanos, calcado no *Ius Commune* Latinoamericano. Para tanto, a partir de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, se propõe a construir um fundamento teórico para amparar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26, por meio da rede ICCAL. A justificativa está assentada na cláusula de abertura presente na Constituição Federal brasileira, que prescreve a existência de outras normativas, para além das elencadas na Constituição, como elementos de interpretação das normas do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, fundamenta-se no constitucionalismo multinível e na rede de proteção de direitos humanos como mecanismos de potencial concretização dos direitos humanos. Para esta composição, primeiramente, foi abordada a temática LGBTQIAPN+ em âmbito brasileiro, o problema da omissão legislativa e os contornos decorrentes da ADO 26. Posteriormente, realizou-se uma revisão bibliográfica acerca do diálogo entre os sistemas de proteção de direitos humanos. Por fim, como tema central da tese, foi desenvolvida a análise da decisão do STF sob a lente interamericana, como mecanismo de legitimação da criminalização.

Palavras-chave: *Ius commune* interamericano; ADO 26; criminalização da homotransfobia; constitucionalismo multinível.

## **ABSTRACT**

This research aims to construct an interpretation of the criminalization of homophobia and transphobia in the Brazilian Supreme Court from the perspective of the dialogue between human rights systems, based on the *Ius Commune Latinoamericano*. To this end, based on qualitative and bibliographical research, it proposes to construct a theoretical basis to support the decision of the Federal Supreme Court in the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n. 26, through the ICCAL network. The justification is based on the opening clause present in the Brazilian Federal Constitution, which prescribes the existence of other regulations, in addition to those listed in the Constitution, as elements of interpretation of the norms of the Brazilian legal system. Furthermore, it is based on multilevel constitutionalism and the human rights protection network as mechanisms for the potential realization of human rights. For this composition, the LGBTQIAPN+ theme in Brazil was first addressed, the problem of legislative omission and the contours resulting from ADO 26. Subsequently, a bibliographic review was carried out on the dialogue between human rights protection systems. Finally, as the central theme of the thesis, the analysis of the STF decision was developed from an inter-American perspective, as a mechanism for legitimizing criminalization.

**Keywords:** *ius commune* interamericano; ADO 26; criminalization of homophobia and transphobia; multilevel constitutionalism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1: DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ EM PAUTA - O CASO BRASILEIRO DENTRO DO CENÁRIO REGIONAL INTERAMERICANO</b> .....	22
1.1 CONTEXTUALIZANDO A TRAJETÓRIA DA POPULAÇÃO LGBT NO CENÁRIO BRASILEIRO: AVANÇOS E RETROCESSOS NA CONQUISTA DE DIREITOS E AS MÚLTIPLAS VIOLÊNCIAS QUE OS CIRCUNDAM.....	23
1.2 POPULAÇÃO LGBTQIAPN+, MÚLTIPLAS VIOLÊNCIAS E AS PROPOSTAS DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA AO LONGO DOS ANOS.....	42
1.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26 – O CASO DA MOROSIDADE DO PODER LEGISLATIVO FRENTE À GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+.....	49
1.4 REPERCUSSÃO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CONSTRUÇÃO DE UMA LINHA JURISPRUDENCIAL PROTETIVA COMO ARGUMENTO FRENTE ÀS CRÍTICAS.....	69
<b>CAPÍTULO 2: MÚLTIPLAS LENTES E O DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	81
2.1 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO COMUM.....	82
2.2 REDE DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O IUS COMMUNE INTERAMERICANO.....	101
2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: ESTABELECEMOS DIÁLOGOS.....	118
<b>CAPÍTULO 3: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA COMO UM STANDARD INTERAMERICANO – ESTABELECEMOS OS DIÁLOGOS ENTRE SISTEMA INTERNO E INTERAMERICANO</b> .....	132

3.1 CONTEXTUALIZANDO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NORMATIVA.....	133
3.2 PRECEDENTES DO SISTEMA INTERAMERICANO E A CONSTRUÇÃO DE UM IUS COMMUNE: EXISTE UMA REDE DE PROTEÇÃO?.....	153
3.3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB UMALENTE MULTINÍVEL: CRIAÇÃO DE UM MARCO NORMATIVO COMUM PARA A PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+.....	173
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	188
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	194

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, considerada Constituição Cidadã, tem como pressuposto assegurar a garantia do direito do indivíduo como preceito fundamental do Estado brasileiro. Neste sentido, preceitua em seus dispositivos que a garantia de direitos humanos é uma cláusula pétrea, rígida, impassível de alterações, haja vista sua importância para a construção de um ordenamento jurídico sistematizado e harmônico<sup>1</sup>.

Nesta toada, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o artigo primeiro da Constituição. Sarlet tece algumas considerações a respeito deste princípio e sua estreita relação com a teoria geral dos Direitos Humanos, a saber:

Por outro lado, assim como a dignidade humana ganhou em representatividade e importância no cenário constitucional e internacional, portanto, numa perspectiva tanto quantitativa quanto qualitativa, também se verificou, no plano da literatura (e não apenas no campo do direito) e da jurisprudência, uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima e, por assim dizer, indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional [...]<sup>2</sup>

Tratando-se de Direitos Humanos e Fundamentais, a Constituição Federal de 1988 prescreve que a prevalência de Direitos Humanos é um dos princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais. Entretanto, interpreta-se este princípio como tendo uma dupla função, atuando interna e externamente. Ou seja,

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

<sup>2</sup> SARLET, I. W. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados<sup>3</sup>

Esta dupla função de direitos humanos permite que o Estado brasileiro, a partir da interpretação constitucional, atue no âmbito interno e externo à luz do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos. Tratando-se de capacidade de autodeterminação da orientação sexual, esta se assenta no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade como direitos fundamentais. Assim, “[...] é por meio das lentes constitucionais da dignidade humana, e da cláusula de abertura material contida no art. 5º, §2º da CF, que se pode sustentar a existência do direito à livre orientação sexual e à consequente não discriminação por motivos desta ordem”<sup>4</sup>

É neste contexto que a proteção de todos se torna imprescindível, demandando do Estado a atenção voltada para determinados grupos que sofrem com problemas jurídicos-sociais maiores. A população LGBTQIAPN+<sup>5</sup> é considerada um grupo vulnerável, haja vista os fatores que auxiliam para que se encaixe nesta categoria. A vulnerabilidade pela qual passa a população LGBTQIAPN+ expõe este grupo a uma violência maior, decorrente de sua desigualdade social, vez que está associada a diversos fatores como raça, idade, etnia, pobreza, escolaridade, dentre tantas outras. Todos estes fatores em conjunto compõem elementos capazes de agravar a condição deste grupo, que sofre inclusive um abalo em sua saúde<sup>6</sup>.

Mas não são apenas estes fatores voltados para a prestação estatal que determinam a vulnerabilidade dos LGBTQIAPN+. Parker avança em seus estudos sobre estigma, preconceito e discriminação, ao afirmar que as desigualdades sociais que incorrem na exclusão dos indivíduos estão ligadas à

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2018.

<sup>4</sup> FACHIN, L. E.; FACHIN, M. G. A proteção dos Direitos Humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, M. B. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. – 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014., p. 47

<sup>5</sup> Cumpre destacar que, na presente tese, adota-se o termo LGBTQIAPN+, haja vista a variedade de siglas que compõe este grupo. Optou-se, assim, por esta, uma vez que contempla o maior número de pessoas possível, ainda que não seja capaz de abarcar as diversidades que circundam esta população. Ainda, destaca-se que não se pretende, com isto, excluir nenhum segmento, mas apenas uniformizar o termo que ainda não possui um consenso na comunidade acadêmica.

<sup>6</sup> PAULA, C. E. A.; SILVA, A. P.; BITTAR, C. M. L. Vulnerabilidade Legislativa de grupos minoritários. **Ciênc. saúde coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, dez 2017.

estrutura e poder. Neste sentido, são as relações de poder que interferem no modo pela qual a população LGBTQIAPN+ seja colocada em um processo de exclusão social.

Para o autor:

a discriminação tem sido vista como uma espécie de resposta comportamental causada por estas atitudes negativas – ou, como por vezes tem sido descrita na literatura, como uma forma efetivada de estigma ou preconceito. Em acepções mais populares, tanto o estigma quanto o preconceito têm sido considerados, em certo sentido, como a teoria, e a discriminação como a prática. Estabeleceu-se, então, uma nítida distinção entre ideias, atitudes ou ideologias, e suas consequências comportamentais e ações discriminatórias. Essa distinção entre pensamento e ação, por sua vez, tem servido como ponto de partida para aqueles que procuram intervir, particularmente em relação às consequências do estigma, do preconceito e da discriminação na saúde. Muitas intervenções se concentram nos pensamentos percebidos como determinantes das práticas discriminatórias, procurando modificar as atitudes negativas e reduzir os níveis das atitudes de estigma ou preconceito, para assim obter resultados na redução da incidência dessas práticas<sup>7</sup>.

Deste modo, a vulnerabilidade social da qual a população LGBTQIAPN+ está sujeita gera ações estigmatizadoras que incorrem em diversos tipos de violência. Podemos destacar aqui o desrespeito ao uso do nome social, o preconceito, a heteronormatividade em relação às mulheres lésbicas, a falta de aceitação social e a violência em si, seja física ou psicológica.

A violência contra a população LGBTQIAPN+ é o que justifica, precipuamente, o deslinde do estudo ora proposto. Isto porque esta categoria foi fundamental para o questionamento, perante o Poder Judiciário, da necessidade de atuação do Poder Legislativo na criminalização da LGBTfobia.

A violência física é aquela cuja materialização se torna mais evidente. São diversas as notícias que demonstram como a intolerância são motivadoras para que este grupo seja atacado de modo cruel e constante. A título exemplificativo, nos remetemos à três reportagens que comprovam tal fato: em um caso ocorrido na cidade de Araguaína, no Tocantins, um homem foi acusado de tentar estuprar sua própria filha ao descobrir que ela mantinha um relacionamento com outra

---

<sup>7</sup> PARKER, Richard. Intersecções entre estigma, preconceito e discriminação na Saúde Pública Mundial. In: MONTEIRO, Simone; VILLELA, Wilza (orgs.). **Estigma e Saúde**. Rio de Janeiro : FIOCRUZ, 2013, p. 28-29.

mulher. Em seu entendimento, ela deveria “virar mulher”, o que ocorreria por meio da violência sexual<sup>8</sup>.

Em outro caso, um universitário foi vítima de homofobia e espancado por seis homens na cidade de Santos, litoral de São Paulo. As agressões foram físicas e psíquicas, por meio de alguns xingamentos preconceituosos, dentre eles o de que o jovem deveria ‘apanhar para deixar de ser veadinho’. Ainda, houveram agressões físicas como socos na cara, cotoveladas, joelhadas, chutes e tapas<sup>9</sup>.

Por fim, um terceiro caso retrata o espancamento sofrido por uma travesti na cidade de Fortaleza, no Ceará. Dandara dos Santos, de 42 anos, foi espancada por um grupo de homens até a morte, e teve seu vídeo divulgado em redes sociais. As agressões ocorreram por meio de xingamentos, além de socos e chutes, uso de pedaço de madeira e chinelo para as lesões<sup>10</sup>.

Esta amostra é corroborada pelos relatórios elaborados pelo Grupo Gay da Bahia, organização não governamental que trabalha em prol da população LGBTQIAPN+ no Brasil, produzindo relatórios anuais com levantamentos sobre a violência sofrida por este grupo. De acordo com o Relatório produzido pelo Observatório de Mortes e Violência contra LGBTI+, foram contabilizadas 273 mortes contra a população em análise, de forma violenta, sendo que dentre estas 228 foram assassinatos, 30 suicídios e 15 outras causas. Ainda, em 2022, a cada 32 horas um LGBTQIAPN+ era assassinado de forma violenta em nosso país. Destaca-se, por fim, que o Observatório defende a tese de que o Brasil trabalha com subnotificação, ou seja, existem outras mortes desta população que não foram sequer contabilizadas<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> G1. **Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la ‘virar mulher’**. 12 de Janeiro de 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html>> Acesso em 12 Set 2019.

<sup>9</sup> G1. **Turista gay é espancado por grupo em SP e post viraliza: ‘Não foi minha escolha’**. 12 de Julho de 2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/turista-gay-e-espancado-por-grupo-em-sp-e-post-viraliza-nao-foi-minha-escolha.ghtml>> Acesso em 12 Set 2019.

<sup>10</sup> G1. **Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte no CE**. 04 de Março de 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html>> Acesso em 12 Set 2019.

<sup>11</sup> MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; REIS, Toni. **Mortes violentas de LGBTQIAPN+ no Brasil – 2022**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2023.

No início do ano de 2019, visando a tutela de direitos humanos e fundamentais, com vistas a reduzir a violência sofrida pela população LGBTQIAPN+, o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a violência sofrida por este grupo, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26. A ação foi ajuizada por parte do Partido Popular Socialista/PPS e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais/ABGLT, e tinha por objetivo declarar a mora constitucional por parte do Poder Legislativo ao não criminalizar a homotransfobia<sup>12</sup>.

Além disto, os autores visavam uma interpretação por parte do Supremo para equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, em uma interpretação constitucional favorável à população LGBTQIAPN+. Neste sentido, estaria a Corte Suprema interpretando o artigo 5º da Constituição Federal, de modo a garantir os direitos e liberdades fundamentais previstos no ordenamento jurídico vigente.

O entendimento de que a homotransfobia seria um crime de racismo tem como fundamento o preconceito sofrido por parte da população LGBTQIAPN+. Conforme apontam os autores da ação:

a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). Acrescenta que a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas<sup>13</sup>.

Neste sentido, por oito votos a três, os Ministros entenderam que é possível equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, realizando uma interpretação conforme a Constituição. Ainda, os Ministros declararam a mora constitucional por parte do Poder Legislativo, fixando o entendimento de que este

---

<sup>12</sup> STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em 14 Set 2019.

<sup>13</sup> STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em 14 Jun 2023. p. 22

deve criar um tipo penal para qualquer forma de preconceito/violência sofrido pela população LGBTQIAPN+<sup>14</sup>.

Portanto, enquanto o Legislativo não estatui acerca da violência voltada para a população LGBTQIAPN+, deve-se seguir o entendimento da Suprema Corte, ou seja, aplicar o crime de racismo para os casos de homotransfobia. Tal crime está previsto no art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal, que assim prescreve: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”<sup>15</sup>.

Desta forma, a criminalização surge como avanço para que o Estado possa punir os agentes responsáveis por crimes ocorridos contra este grupo considerado vulnerável. Conforme demonstrado, a violência sofrida pelos LGBTQIAPN+ tem sido fator preponderante para resultados cruéis, como lesões e mortes.

Porém, enquanto o Poder Legislativo não cumpre seu papel, uma vez que os dados são insuficientes e a subnotificação é uma realidade do país, bem como o poder Legislativo sequer deu vias de que irá aprovar o projeto de Lei, o Estado brasileiro ainda deixa de criminalizar a LGBTfobia, posto que o STF apenas deu entendimento conforme a Constituição. Neste sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também visa esta proteção dos LGBTQIAPN+, na perspectiva da garantia de Direitos Fundamentais.

Em âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, adota disposições relativas à proteção de Direitos Humanos. Em seu artigo 1.1, prescreve que os Estados têm o dever de garantir os direitos de liberdade previstos na Convenção, a todos os seus jurisdicionados, sem discriminação em virtude de sexo. Esta norma gera um dever para os Estados-partes, conforme predisposto no artigo 2, em que estes devem adotar medidas legislativas para a garantia de direitos previstas no dispositivo anterior<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BBC. **STF aprova a criminalização da Homofobia.** Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>> Acesso em 13 Set 2022.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

<sup>16</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** 1969. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em 18 Set. 2019

Tais dispositivos previstos na Convenção confrontam a omissão legislativa do Estado brasileiro relativo à criminalização da LGBTfobia. Ainda, há que se destacar o artigo 24 da Convenção, que trata do princípio da igualdade perante a lei, corroborado pela igual proteção da lei sem discriminação. Conforme apontado anteriormente, a omissão legislativa se dá na ausência de lei específica para punir casos em que há violação de direitos fundamentais da população LGBTQIAPN+.

Relativo a este grupo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional da Convenção, já se pronunciou no caso *Atala Riffo e crianças vs Chile* acerca do tratamento discriminatório dado pelo Estado chileno em relação à orientação sexual da vítima, retirando-lhe ainda o cuidado e custódia de suas filhas<sup>17</sup>. Trata-se de caso emblemático do Sistema Interamericano que justifica a responsabilidade do Estado em casos de discriminação – uma forma de violência – devido à orientação sexual.

Além disto, a Opinião Consultiva n.24, do mesmo órgão, abordou o dever do Estado, em conformidade com o artigo 1 da Convenção, em prover direitos fundamentais relativos à identidade de gênero, igualdade e não discriminação entre pessoas do mesmo sexo<sup>18</sup>.

Sobre omissão legislativa, a Convenção Americana já se manifestou em casos em que o Brasil foi julgado que o Estado possui o dever de legislar, como no caso *Maria da Penha e Gomes Lund*, tratando de violência doméstica e crime de desaparecimento forçado, respectivamente. Portanto, a partir deste entendimento é que surge a necessidade de criminalizar a homotransfobia como um dever estatal, haja vista a vulnerabilidade da população LGBTQIAPN+ e, sobretudo, o respeito ao direito de igualdade e liberdade, previstos na Convenção Americana.

Um arranjo teórico possível para sanar tal possibilidade está no diálogo entre os sistemas de proteção de direitos humanos, por meio do constitucionalismo multinível e o *ius commune* latino-americano – rede ICCAL – que serão apresentados ao longo da construção desta tese. Em linhas gerais,

---

<sup>17</sup> CIDH. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**. 2012. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>> Acesso em 12 Set 2019.

<sup>18</sup> CIDH. **Opinión Consultiva OC-24/17**. 2017. Disponível em <[http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/seriea_24_esp.pdf)> Acesso em 19 Set 2019

trata-se de estabelecer diálogos existentes entre o direito interno e o direito externo, de modo a configurar decisões protetivas de direitos humanos que possam dialogar, estabelecendo um direito comum. Assim, nesta via de mão dupla, na qual os tribunais estabelecem parâmetros decisórios em comum, tanto os tribunais locais quanto os internacionais utilizam-se de boas práticas para a formação de uma rede de proteção, capaz de fazer valer de fato as normas pro homine.

A partir disto, a presente tese tem como escopo criar um arcabouço teórico, à luz do *ius commune* interamericano e partindo do diálogo entre os sistemas de proteção, que seja capaz de sustentar a criminalização da homotransfobia, em conjunto com práticas dos Estados que reforcem a necessidade de não discriminação desta população, criando uma rede comum de proteção para a população LGBTQIAPN+. Isto significa que há a necessidade de construir, a partir das bases teóricas do constitucionalismo multinível, um standard normativo a partir da decisão judicial pela criminalização da homotransfobia.

Neste cenário, a justificativa jurídica pauta-se na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto marco normativo pós-guerra e que fundamenta a existência da Organização das Nações Unidas e, conseqüentemente, a criação de diversos pactos internacionais de proteção de direitos humanos. Ainda, justifica-se pela controvérsia no âmbito interno estatal, que ainda diverge sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, necessitando assim de uma construção teórica no direito internacional dos direitos humanos, o constitucionalismo multinível.

Ressalta-se, ainda, que a base para que seja garantido o princípio democrático são os direitos humanos, onde servem para interpretação de todo o sistema constitucional brasileiro. A dignidade humana, direito fundamental maior, é quem dá sentido a todo o sistema interno e externo dos Estados, o que ocorre no nosso direito brasileiro e na proteção internacional de direitos humanos<sup>19</sup>.

Diante deste cenário, a construção de um direito comum e do estabelecimento de um diálogo entre os sistemas de proteção se torna

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2018.

imprescindível para o avanço na garantia de direitos para a população LGBTQIAPN+, uma vez que há um parâmetro normativo interno que garante tal proteção, bem como mecanismos internacionais capazes de salvaguardar a dignidade humana deste grupo em específico.

Logo, a presente tese tem como objetivo geral construir, a partir do diálogo entre sistemas e o *Ius Commune Latinoamericano*, um marco normativo comum interamericano para a proteção da população LGBTQIAPN+, criminalizando a homotransfobia como um *standard* regional para proteção de direitos, bem como criando práticas estatais para a não discriminação deste grupo. Deste objetivo, decorrem alguns questionamentos a serem respondidos nos objetivos específicos.

- a) Compreender quem é a população LGBTQIAPN+ e demonstrar a sua trajetória;
- b) Analisar os dados relativos à violência contra a população LGBTQIAPN+;
- c) Percorrer o processo histórico de projetos de lei relativos à população LGBTQIAPN+ e criminalização;
- d) Explorar a decisão do Supremo Tribunal Federal relativo à criminalização da LGBTfobia, na ADI 26;
- e) Compreender as relações existentes entre direito interno e direito internacional, a partir do constitucionalismo multinível e *Ius Commune latino-americano*;
- f) Compreender o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e suas nuances de atuação;
- g) Analisar as opiniões consultivas, decisões da Corte e Relatórios da Comissão, no Sistema Interamericano, relativas às questões de gênero e população LGBTQIAPN+;
- h) Compreender o marco normativo relativo ao constitucionalismo multinível, diálogo entre sistemas e constitucionalismo transformador, nas suas variadas acepções e correntes doutrinárias;
- i) Estabelecer as relações entre teoria e prática, a fim de construir um arcabouço teórico capaz de sustentar a presente tese.

Metodologicamente, a pesquisa possui um caráter qualitativo. Para Cavalcante, Calixto e Pinheiro, “esse tipo de abordagem, além de permitir

desvelar processos sociais ainda pouco conhecidos, referentes a grupos particulares, propicia a criação de novas abordagens, revisão e criação de novos conceitos e categorias durante a investigação<sup>20</sup>. A pesquisa qualitativa, portanto, permite que o pesquisador possa coletar dados e, em seguida, fazer uma interpretação deles de modo cauteloso, para que se alcance um resultado plausível e que dê respostas válidas e concretas.

Ainda, trata-se de uma pesquisa de natureza histórica e crítica, ou seja, parte-se do processo histórico de sedimentação do sistema de proteção de Direitos Humanos, bem como da construção da morosidade legislativa na criminalização da LGBTfobia brasileira e de violações de direitos da população LGBTQIAPN+. Seu viés crítico reside no fato de que, após a construção histórica, realiza-se uma ponderação relativa aos conflitos existentes. A ferramenta adequada para atingir o resultado esperado é a pesquisa bibliográfica, com o levantamento de fontes por meio de doutrina, jurisprudências, artigos científicos e demais dados relativos à temática.

Por fim, utilizar-se-á o método do Direito Comparado, a partir das pesquisas realizadas por meio do constitucionalismo multinível, estabelecendo assim relações entre direito interno e direito internacional de proteção de direitos humanos.

Há que se ressaltar, ainda, que o universo de pesquisa se concentra, especialmente, no Brasil e no sistema regional de proteção de Direitos Humanos, delimitando-se ao Sistema Interamericano, que é o sistema ao qual o Estado brasileiro está vinculado em âmbito regional. Neste sentido, a análise da tese proposta se faz pelo método dedutivo, onde parte-se da premissa geral – cujo escopo é o diálogo entre sistemas de proteção – para a situação concreta, que é a criminalização da homotransfobia, estabelecendo os diálogos entre teoria e práxis para se constituir uma rede de proteção à população LGBTQIAPN+.

Diante deste contexto, a tese está estruturada da seguinte forma: na primeira parte, serão discutidas as nuances que envolvem a população LGBTQIAPN+ ao longo do tempo, bem como os dados relativos à violência sofrida por ela, o processo de construção de projetos de lei tangentes à proteção

---

<sup>20</sup> CAVALCANTE, R. B.; CALIXTO, P.; PINHEIRO, M. M. K. Análise de conteúdo: considerações gerais, relações com a pergunta de pesquisa, possibilidades e limitações do método. In: **Revista Informação e Sociedade**: Estudos. João Pessoa, v. 24, n. 1, p. 13-18, jan.-abr./2014

deste grupo, além das decisões do Poder Judiciário até chegar na criminalização da homotransfobia.

Na segunda parte, a discussão será norteadada pelo constitucionalismo multinível, constitucionalismo transformador e *ius commune* latino-americano, compreendendo estes conceitos e estabelecendo as relações com a construção de uma rede de proteção de direitos humanos. Por fim, a terceira parte pretende discutir a possibilidade de um *standard* latinoamericano de proteção aos direitos LGBTQIAPN+, que é a criminalização da homotransfobia a partir da decisão do STF e, em conjunto com as teorias do direito normativo comum. Para isto, serão abordados o sistema interamericano, sua jurisprudência e o controle de convencionalidade como parâmetros para a construção aqui proposta.

## **CAPÍTULO 1: DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ EM PAUTA - O CASO BRASILEIRO DENTRO DO CENÁRIO REGIONAL INTERAMERICANO**

Compreender o caso da criminalização da homotransfobia importa em perceber o espaço político-social em que a decisão judicial está inserida. Neste sentido, o presente capítulo pretende traçar uma retrospectiva histórica<sup>21</sup> dos avanços e recuos de direitos da população LGBTQIAPN+. Isto se faz necessário porque o contexto histórico demonstra os deslindes da inércia do Poder Legislativo, bem como o desenrolar de ações estatais ineficazes que permearam a provocação do Poder Judiciário na busca efetiva por uma proteção à população em análise.

Diante deste propósito, pretende-se analisar como a população LGBTQIAPN+ percorreu uma trajetória política ao longo dos anos, em especial no pós-redemocratização brasileira em conjunto com o compromisso histórico do Estado em ditar suas ações pautadas na prevalência de direitos humanos, conforme prescreve o texto constitucional. A partir disto, serão analisadas algumas implementações de direitos garantidos ora pelo Legislativo, ora por decisão judicial a partir do controle de constitucionalidade concentrado, em sede de Supremo Tribunal Federal.

Para além disto, é necessário focar especialmente nos projetos de lei/ações estatais com a temática da criminalização da homotransfobia, que ao longo do percurso histórico tomou nomes distintos e diretrizes que foram dando novos contornos ao tema. Diante disto, também serão analisados como estes projetos se desenvolveram e como ficaram obstados no decorrer dos anos, não se concretizando e ensejando a atuação do Poder Judiciário. Esta discussão está assentada, ainda, nas violências sofridas pela população LGBTQIAPN+, que surgem de diversas maneiras e demonstram o porquê da necessidade da criminalização da homotransfobia. Marcadores de violência serão apresentados neste momento, além de dados coletados por entidades não governamentais,

---

<sup>21</sup> Cumpre evidenciar que não se pretende, aqui, esgotar toda a trajetória envolvendo as políticas direcionadas à população LGBTQIAPN+, uma vez que os fatos históricos que permeiam tais acontecimentos são amplos e demandam a análise de diversos aspectos que são impossíveis de se exaurir na presente tese. Todavia, entendemos que existem marcos temporais que são primordiais para o entendimento do contexto em que se insere a decisão proferida pela Suprema Corte, os quais serão aqui inseridos.

que auxiliam na compreensão desta violência em relação à população em análise.

Por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é primordial para o encerramento do capítulo, uma vez que é o marco teórico que amarra todo o desenvolvimento histórico até chegar na decisão final da criminalização e consequente omissão legislativa. Para tanto, a decisão da ADO 26, em conjunto com o MI 4733, serão analisadas minuciosamente, a partir dos fundamentos das decisões em consonância com os fatores históricos que ensejaram as respectivas ações. Isto implica, também, em assimilar a ação legislativa, percebendo assim a suposta morosidade que ensejou a decisão jurisprudencial.

Desta maneira, o capítulo se encerra, a partir das críticas constitucionais, com o questionamento: seria ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo, ou sim uma necessidade de intervenção judicial a partir de um mecanismo constitucionalmente previsto, qual seja, a ação de inconstitucionalidade decorrente de omissão legislativa? Vejamos, portanto, como isto se desenvolve ao longo da investigação desta pesquisa.

## 1.1 CONTEXTUALIZANDO A TRAJETÓRIA DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ NO CENÁRIO BRASILEIRO: AVANÇOS E RETROCESSOS NA CONQUISTA DE DIREITOS E AS MÚLTIPLAS VIOLÊNCIAS QUE OS CIRCUNDAM

A trajetória da população LGBTQIAPN+, ao longo da história brasileira, perpassa por diversos fatores que contribuem para o alcance do marco jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal, com a criminalização da homotransfobia. Antes de abordar estes aspectos, é preciso entender quem de fato é a população ora analisada, haja vista as peculiaridades e particularidades de cada um destes segmentos que compõem a sigla ampla.

Além disto, o surgimento da população não é um fenômeno simples de contextualizar, perpassando por fatos históricos marcantes e que demandam uma análise ainda que não tão minuciosa, mas de contextualização. Vejamos, portanto, como isto se dá ao longo do tempo.

Preliminarmente, necessário compreender que dois conceitos se distinguem ao definir quem é a população LGBTQIAPN+: orientação sexual e

identidade de gênero. Jaqueline Gomes de Jesus<sup>22</sup> esclarece que a orientação sexual diz respeito à forma de se relacionar, ou seja, a atração no aspecto afetivo/sexual, que influencia de algum modo a forma com a qual as pessoas se conectam umas com as outras afetuosamente. Por outro lado, a identidade de gênero diz respeito à identificação individual, qual seja, a forma com a qual cada pessoa se identifica em relação ao ser, à sua identidade. Neste sentido, o Manual de Comunicação LGBTI+ entende que gênero vai além de uma dimensão meramente biológica entre homem e mulher, mas também de uma dimensão cultural, qual seja, da construção social ao longo do tempo que faz com que as manifestações sejam distintas<sup>23</sup>.

Adotemos, portanto, a concepção de que “Gênero é uma categoria de análise das relações histórico-sociais, é um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos e é um primeiro modo de dar significado as relações de poder<sup>24</sup>”. É a partir desta noção que a identidade de gênero se desenvolve, uma vez que a partir desta construção cultural o indivíduo pode se identificar ou não com seu sexo biológico, possuindo uma própria identidade que lhe é inerente, interna.

A forma com a qual esta pessoa se identifica pode se apresentar a partir de sua expressão de gênero, manifestando-se por meio de vestimentas, nome, características e comportamentos que, não necessariamente, se identificam com o sexo atribuído no nascimento<sup>25</sup>. Portanto, tal expressão é variada, demonstrando a vastidão que acompanha a identidade de gênero, característica própria da diversidade – algo que é atribuído, comumente, à população LGBTQIAPN+.

---

<sup>22</sup> JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero** : conceitos e termos. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>.

<sup>23</sup> REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Manual Orientador sobre Diversidade**. Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy\\_of\\_ManualLGBTDIGITAL.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy_of_ManualLGBTDIGITAL.pdf). p.

<sup>25</sup> REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>

Dentro do arcabouço da orientação sexual, ou seja, das relações afetivossexuais que acompanham os seres humanos, é possível identificar algumas de suas manifestações cotidianas. Os heterossexuais são pessoas que se relacionam com pessoas de identidade de gênero distinta da sua, ou seja, o caso de homem que atrai por mulher e vice-versa. Já os homossexuais, por outro lado, compreendem aqueles que se sentem atraídos por pessoas do mesmo sexo/identidade de gênero. Os homossexuais podem ser gays – homens que se atraem por homens, sejam eles cisgênero ou transgênero – ou lésbicas – mulheres que se atraem por outras mulheres, independente de sua identidade de gênero<sup>26</sup>.

Ainda, destaca-se a bissexualidade como algo que está relacionado à orientação sexual, podendo esta ser definida como a atração por pessoas de ambos os sexos/gêneros – homens e mulheres, sendo uma espécie de misto entre a heterossexualidade e a homossexualidade. Este não pode ser confundido com a intersexualidade, cuja noção está assentada na “[...] variedade de condições (genéticas e/ou somáticas) com que uma pessoa nasce, apresentando uma anatomia reprodutiva e sexual que não se ajusta às definições típicas do feminino ou do masculino<sup>27</sup>.”

Por outro lado, no espectro da identidade de gênero, é possível encontrar algumas de suas manifestações distintas. De imediato, tal categoria integra os cisgênero e transgênero. O primeiro diz respeito àqueles que se identificam com seu sexo biológico e o gênero que lhe é atribuído quando do seu nascimento. O segundo, por sua vez, trata de pessoas que não se identificam com o seu gênero atribuído no nascimento, podendo se classificar de duas formas distintas: transexuais e travestis.

Transexuais referem-se àqueles (as) que não possuem identificação com o sexo de nascimento, o que pode levar – ou não – às terapias hormonais ou cirurgias de afirmação de gênero<sup>28</sup>, dependendo de sua vontade e de como isto

---

<sup>26</sup> REIS, Toni; CAZAL, Simón (orgs.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 3ª edição. Curitiba: IBSEX, 2021. Disponível em: <https://aliancagbti.org.br/wp-content/uploads/2022/01/manual-de-comunicacao-gaylatino-V-2021-WEB.pdf>.

<sup>27</sup> ABGLT. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. 2015. Disponível em: <https://unids.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunica%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf>. p. 14.

<sup>28</sup> A literatura avançou na forma com a qual este termo é utilizado e identificado. Anteriormente, alguns documentos sobre a temática colocavam a necessidade de redesignação sexual como inerente à transexualidade. É o que afirma, por exemplo, o Manual de Comunicação LGBTI

se apresenta individualmente. Ou seja, é uma escolha pessoal tais mudanças que podem interferir na expressão de gênero desta pessoa – a forma com a qual ela se expressa perante a sociedade. Em contrapartida, travestis estão muito mais próximas da identificação com o gênero feminino e com uma construção social ao longo do tempo, que muito se assemelha à transexualidade em alguns aspectos. Desta forma, vejamos como isto se define nos termos do Manual de Comunicação LGBTI:

Uma construção de gênero feminino, oposta ao sexo biológico, seguido de uma construção física de caráter permanente, que se identifica na vida social, familiar, cultural e interpessoal, através dessa identidade. Muitas modificam seus corpos por meio de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, porém, vale ressaltar que isso não é regra para todas. Existe o grupo dentro deste segmento que se autoafirma 'mulheres travestis'. Atualmente, o termo travesti adquiriu um teor político de ressignificação de termo historicamente tido como pejorativo<sup>29</sup>.

Portanto, depreende-se que travestis e transexuais tem como fator preponderante a insatisfação com o sexo biológico atribuído ao nascimento, passando por procedimentos físicos/psíquicos/sociais que permitem com que mudanças ocorram e que estas se reconheçam como tal, com uma nova identidade de gênero.

Dentro da proposta inicial, convém explicitar também quem são os denominados como “queer”, termo em inglês que refere-se à pessoas que não se identificam com as orientações sexuais anteriormente citadas – heterossexuais, bissexuais e homossexuais – por entenderem que estes são rótulos que restringem a sexualidade, que pode se manifestar de forma mais

---

produzido em 2015 pela ABGLT. Todavia, entende-se na contemporaneidade que esta não é mais uma necessidade. Neste sentido, Jaqueline Gomes de Jesus: *“Pessoas transexuais geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem “corrigir” isso adequando seu corpo à imagem de gênero que têm de si. Isso pode se dar de várias formas, desde uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos”*. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero** : conceitos e termos. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>.

<sup>29</sup> REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>. p. 31.

ampla de outras maneiras<sup>30</sup>. Atualmente, existem diversos estudos que tratam da teoria queer e o quanto isto passou de um conceito inicialmente pejorativo para um empoderamento político<sup>31</sup>.

A letra I, presente na sigla ora adotada, refere-se aos intersexuais. Trata-se de indivíduos que nascem com características que as impedem de serem identificadas como do sexo masculino ou feminino. Logo,

[...] intersexuais são pessoas que nascem com genitália e/ou características sexuais secundárias que fogem aos padrões socialmente determinados para os sexos masculino ou feminino. No campo da Medicina, existe uma diferenciação entre intersexual falso e verdadeiro. Na verdadeira intersexualidade, que é uma condição muito rara, os dois órgãos sexuais são igualmente bem desenvolvidos e produzem hormônios sexuais masculinos e femininos; já na falsa intersexualidade, um dos órgãos apresenta maior grau de desenvolvimento sobre o outro, sendo predominante<sup>32</sup>.

Ressalta-se, ainda, que a sigla adotada contempla a letra A, que pode se referir tanto a agêneros, quanto a assexuados. Os agêneros seriam pessoas que não se identificam com nenhum dos gêneros, possuindo características próprias que vão além do masculino e feminino. Já os assexuados dizem respeito àqueles que não possuem uma atração sexual como fator primordial em um relacionamento, mas sim levam em consideração outros fatores para se sentirem atraídos por alguém, tais como romantismo, estética, dentre uma vasta gama. Logo, a atração não está baseada apenas na prática sexual<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> REIS, Toni; CAZAL, Simón (orgs.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 3ª edição. Curitiba: IBDSEX, 2021. Disponível em: <https://aliancagbti.org.br/wp-content/uploads/2022/01/manual-de-comunicacao-gaylatino-V-2021-WEB.pdf>.

<sup>31</sup> Neste sentido, os estudos de Judith Butler começam a discutir a reconstrução de gêneros e como a teoria queer aparece para reivindicar novos papéis para a sexualidade. Todavia, os estudos da teoria queer estão para além do que a presente tese propõe, não cabendo tal discussão neste momento. Para mais informações, ver: BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão de identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

<sup>32</sup> BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Manual Orientador sobre Diversidade**. Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy\\_of\\_ManualLGBTDIGITAL.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy_of_ManualLGBTDIGITAL.pdf). p. 11.

<sup>33</sup> “As pessoas Assexuais não possuem a atração sexual como atração primária, como regra, tendo outras atrações (romântica, platônica, estética, sensual, etc.), como atrações primárias. A ausência de atração sexual não impede que pessoas Assexuais desenvolvam relações íntimas de diversas complexidades com outras pessoas, e nem mesmo impede que pessoas Assexuais pratiquem ou busquem a prática de atividades sexuais. As Assexualidades falam sobre atração, e não sobre práticas sexuais”. Em: REIS, Toni; CAZAL, Simón (orgs.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 3ª edição. Curitiba: IBDSEX, 2021. Disponível em: <https://aliancagbti.org.br/wp-content/uploads/2022/01/manual-de-comunicacao-gaylatino-V-2021-WEB.pdf>.

A penúltima letra trazida na sigla então adotada é a letra P, definida como pansexual. Neste sentido, o prefixo pan significa “tudo”, de acordo com o grego. Logo, a pansexualidade se relaciona com a orientação sexual, na qual uma pessoa pansexual pode manter relações com qualquer pessoa, independentemente de sua identidade de gênero ou orientação sexual propriamente dita.

Ao final, a letra N diz respeito aos não-binários, cujo entendimento vai além da dualidade de gêneros masculino e feminino, numa ótica binária, ampliando este aspecto e abarcando gêneros diversos, amplos e livres.

Por fim, destaca-se que a indicação do símbolo matemático “+” na sigla LGBTQIAPN+ significa a compreensão de que existem outros indicativos e características de pessoas que estão para além dos conceitos que envolvem gênero ou orientação sexual até então identificados. Logo, entende-se que a diversidade sexual e de gênero é ampla, de modo que existem outras características que lhe são inerentes e que são construídas ao longo do tempo, mas que não podem ser excluídas das lutas e do reconhecimento da diversidade como um todo.

Passadas as concepções terminológicas iniciais, é preciso enfatizar que, por se tratar de indivíduos que transcendem os padrões heteronormativos existentes, a população LGBTQIAPN+ perpassa, ao longo da história, por um processo de exclusão e reprimendas, que resultam em violência que leva, inclusive, à morte. Tais processos fazem com que surjam novas formas de compreender a existência deste grupo e, por isto, a sigla que os representam muda constantemente, a fim de abarcar novas categorias que também perpassam por este processo de exclusão.

No cenário brasileiro, pode-se afirmar que o movimento homossexual eclodiu no fim da década de 1970, trilhando os caminhos seguidos pelo movimento em outros países<sup>34</sup>, passando a ser um movimento social organizado frente a luta pelos direitos, sobretudo como um grupo político. Deste modo,

---

<sup>34</sup> A revolta de Stonewall, nos Estados Unidos da América, é um exemplo de como o movimento homossexual transforma-se em um movimento organizado. Em 28 de junho de 1969, cerca de 10 mil homossexuais marcharam em protesto contra os constantes ataques policiais e revistas arbitrárias, tornando-se conhecida como a “Revolta de Stonewall”. A data é celebrada, atualmente, como o Dia Internacional do Orgulho LGBT, haja vista o marco histórico que este acontecimento teve. Em: SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Do movimento sexual ao LGBT**. São Paulo : Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009. 196p.

[...] o desabrochar de um movimento homossexual no Brasil se deu no final da década de 1970, com o surgimento de grupos voltados explicitamente à militância política, formados por pessoas que se identificavam como homossexuais (usando diferentes termos para tanto) e buscavam promover e difundir novas formas de representação da homossexualidade, contrapostas às conotações de sem-vergonhice, pecado, doença e degeneração. Considerando tais características – de aglutinar pessoas dispostas a declarar sua homossexualidade em público e que se apresentavam como maioria oprimida em busca de alianças políticas para reverter essa situação de preconceito e discriminação –, podemos dizer que o movimento político em defesa da homossexualidade no Brasil já completou trinta anos. O marco consagrado nessa historiografia particular é a formação do grupo Somos, em São Paulo, em 1978, na mesma época em que era lançado o *Lampião*, jornal em formato de tabloide que se voltava para um enfoque acentuadamente social e político da homossexualidade, assim como de outros temas políticos afins e até então considerados 'minoritários', como o feminismo e o movimento negro<sup>35</sup>.

Isto posto, desde o início, associou-se a este grupo a noção de doença, uma vez que, concomitantemente a isto, o mundo perpassava pela epidemia da AIDS, iniciado durante a década de 1970. Foi com o aparecimento do HIV/Aids que a visibilidade de gays se intensificou, principalmente devido à ligação do vírus a essa população, conhecida como a 'peste gay'. Esse termo, embora originado internacionalmente, foi assimilado no Brasil por meio da mídia, ampliando os preconceitos e reforçando a noção de 'grupos de risco', além de atribuir aos homens gays e bissexuais a responsabilidade pela disseminação do vírus de modo geral<sup>36</sup>.

Com este contexto social e o medo da proliferação do vírus, a luta dos movimentos identitários se fortificaram, aos poucos, não apenas homossexuais era sinônimo de luta pela diversidade, mas demais grupos surgem no cenário da luta política. No final da década de 1970, o grupo SOMOS é criado em São Paulo, representando a coletividade de homossexuais em prol da defesa de direitos deste grupo atacado pelo preconceito social, motivado pela incidência da AIDS. Ainda, a participação de mulheres lésbicas reforça a amplitude do movimento, uma espécie de união de forças com a finalidade de lutar contra as arbitrariedades e exclusão estatal e social. É a partir daí que surge o denominado

---

<sup>35</sup> SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Do movimento sexual ao LGBT**. São Paulo : Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009. 196p., p. 13.

<sup>36</sup> MARQUES, M. C. C. **A história de uma epidemia moderna: a emergência política da Aids/HIV no Brasil**. São Carlos : RiMa, 2003; Maringá : EDUEM, 2003.

Grupo de Ação Lésbica Feminista/GALF, como uma espécie de movimento que compreendia as necessidades de mulheres lésbicas, mas ao mesmo tempo engajava o enfrentamento político excludente<sup>37</sup>.

As travestis também se somam a estes movimentos, organizando-se de modo político e cultural. Há que se ressaltar que, neste período, o Estado brasileiro passava pelo regime militar autoritário, com o cerceamento de direitos e com a proibição de pessoas nas ruas, caracterizando-se como subversivas tais reuniões motivadas nos variados Atos Institucionais, o que prejudicava a população de travestis diretamente. Logo, sua presença é sinônimo de cultura, uma vez que ocorriam apresentações artísticas em espaços alternativos, dos quais elas poderiam representar o ser/existência<sup>38</sup>. Ainda,

Historicamente, parecem ser hegemônicos dois modelos na construção de organizações de travestis no Brasil. Algumas surgem da sua autoorganização, geralmente em resposta à violência policial nos locais de prostituição; outras, a partir da ação de ONGs vinculadas ao movimento homossexual ou ao movimento de luta contra a AIDS, através de projetos de prevenção junto à população de travestis profissionais do sexo<sup>39</sup>.

Logo, o ‘ser travesti’ é também sinônimo de ser resistência, uma vez que a luta árdua levou em consideração não apenas o preconceito da sociedade, calcada no estigma, mas também na repressão trazida pelo Estado autoritário. A onda de violência contra travestis era intensificada pela prostituição que, conseqüentemente, as levava às ruas e infringia as leis vigentes à época. A necessidade de se organizar, politicamente, era imprescindível<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Do movimento sexual ao LGBT**. São Paulo : Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009. 196p.

<sup>38</sup> SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Do movimento sexual ao LGBT**. São Paulo : Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009. 196p.

<sup>39</sup> CARVALHO, M.; CARRARA, S.. Em direito a um futuro trans?: contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad** (Rio de Janeiro), n. 14, p. 319–351, ago. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sess/a/bwWdcsDTNwS9mxzBkX6MSmx/?lang=pt#>>. Acesso em 28 Mai 2023.

<sup>40</sup> Sobre este contexto político-social, descrevem Carvalho e Carrara: “Assim, o binômio violência policial/AIDS foi a pedra fundamental da constituição do movimento que, com o passar dos anos, incorporaria progressivamente outras bandeiras de luta. Tal binômio fomentou a criação da primeira casa de apoio a pessoas com HIV/AIDS no Brasil. Ainda em 1984, Brenda Lee, 7 uma travesti da cidade de São Paulo, passou a acolher em sua casa os chamados “pacientes sociais”, ou seja, aqueles que, embora não necessitassem de internação hospitalar, não tinham condições de exercer uma ocupação profissional e careciam de cuidados médicos diários. A maioria era de travestis soropositivas e/ou vítimas de violência. Inicialmente chamada de “Palácio das Princesas”, a casa passa a se chamar, em 1986. “Casa de Apoio Brenda Lee”, estando em

Evidentemente, são diversos os acontecimentos que fazem crescer a compreensão de como o movimento LGBTQIAPN+ se organiza com o tempo, não cabendo neste momento perpassar por todos eles haja vista a riqueza de contribuições históricas para tanto. Todavia, Simões e Fachini<sup>41</sup> apontam que é a partir da década de 1990 que este movimento floresce de forma mais evidente, com o surgimento de associações e organizações que, posteriormente, são fundamentais nas conquistas de direitos, conforme se verá adiante.

Neil Franco<sup>42</sup> utiliza em seus estudos uma espécie de contextualização histórica por datas, a qual será utilizada como referência também aqui para demonstrar como os movimentos surgiram ao longo do tempo:

#### Quadro 01: Descrição resumida do movimento homossexual brasileiro

---

*funcionamento até hoje.8 Essa iniciativa, que poderíamos caracterizar como de cunho comunitário e de mútuo apoio, parece não ser diretamente responsável pelo surgimento das primeiras organizações políticas de travestis e transexuais, ainda que tenha participado da organização do V ENTLAIDS9 em 1997, na cidade de São Paulo, em conjunto com o grupo Filadélfia, de Santos. Foi apenas no início dos anos 1990 que apareceram organizações propriamente ativistas. No dia 2 de maio de 1992, no Instituto Superior de Estudos da Religião (ISER), um grupo de travestis que se prostituía na Praça Mauá, região portuária da cidade do Rio de Janeiro, reuniu-se para formar a primeira organização política de travestis da América Latina e a segunda do mundo, de acordo com Jovanna Baby.10 A Associação das Travestis e Liberados11 do Rio de Janeiro (ASTRAL) nasceu da necessidade de organização das travestis em resposta à violência policial, principalmente nos locais tradicionais de prostituição na cidade, como a Lapa, a Central do Brasil, Copacabana e a própria Praça Mauá". Em: CARVALHO, M.; CARRARA, S.. Em direito a um futuro trans?: contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad** (Rio de Janeiro), n. 14, p. 319–351, ago. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/jj/sess/a/bwWdcsDTNwS9mxzBkX6MSmx/?lang=pt#>>. Acesso em 28 Mai 2023.*

<sup>41</sup> SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Do movimento sexual ao LGBT**. São Paulo : Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009. 196p.

<sup>42</sup> FRANCO, Neil. **A diversidade entra na escola: Histórias de professores e professoras que transitam pelas fronteiras das sexualidades e do gênero**. 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2009.

Anos 60	- Organização entre homossexuais masculinos para socialização.
Anos 70	- Primeiras formas de organização política entre homossexuais masculinos. - Criação do Movimento Homossexual Brasileiro (MHB).
1979	- Grupo Somos anuncia sua existência em debate na USP.
1980	- Criação do Grupo de Ação Lésbico-Feminista.
1980/1992	- Realização de seis edições do Encontro Brasileiro de Homossexuais (EBHO).
1993	- Realização do VII Encontro Brasileiro de Lésbicas e Homossexuais. - Realização do I Encontro Nacional de Travestis. - Criação do Festival de Cinema GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes).
1995	- Realização do VIII Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas. - Realização do I Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas que trabalham com AIDS. - O movimento torna-se Movimento de Gays e Lésbicas (MGL).
1997	- Realização do IX Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Travestis. - Realização do II Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas que trabalham com AIDS.
1998	- Adequando-se ao movimento internacional, adota-se a sigla GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros – Travestis e Transexuais).
2008	- Realização da I Conferência Nacional de Políticas Públicas para GLBT. - Mudança da sigla para LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais).

Como se nota, o movimento, que era antes segmentado e isolado, torna-se um movimento articulado, buscando a integração entre aqueles que sofrem algum tipo de exclusão e preconceito, efetivando-se assim a vinculação de um grupo na luta e conquista por direitos. Posteriormente, ao longo dos anos, políticas públicas<sup>43</sup> são criadas como proposta para avanços em relação às demandas da população LGBTQIAPN+ como um todo, tensionando assim o Estado na efetivação dos direitos individuais e sociais.

Portanto, denota-se que a população LGBTQIAPN+ possui uma amplitude que a caracteriza de variadas formas, além de que o processo histórico demonstrado – ainda que brevemente – aponta para uma articulação construída ao longo do tempo, resultante em movimentos que servem como mecanismo de defesa e garantia de direitos. Mas afinal, seria isto suficiente para a contenção das violências sofridas por esta população?

Conforme abordado anteriormente, o preconceito é algo inerente ao processo histórico de vivência e estruturação do movimento de gays, lésbicas, travestis e transexuais ao longo do tempo. Esta característica danosa não se reflete apenas em olhares maldosos ou discriminatórios, bem como na exclusão

---

<sup>43</sup> O presente estudo não tem como foco debater as políticas públicas em si, mas sim a atuação do Poder Judiciário na garantia de direitos para a população LGBTQIA+. Porém, dentre estas políticas, podemos citar o Programa Brasil Sem Homofobia; o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais; o Programa Nacional de Direitos Humanos; e a Política Nacional de Saúde Integral LGBT.

e rejeição de um grupo historicamente rejeitado, mas implica, principalmente, na violência física e psíquica que causa danos duradouros.

Em recente relatório produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>44</sup>, denominado de Anuário Brasileiro de Segurança Pública, de 2022, é possível constatar o quanto a homotransfobia aumentou significativamente. De acordo com os dados, os casos em que se enquadram como racismo motivado por homofobia ou transfobia aumentaram 147% de 2020 para 2021. Neste quantitativo, o Fórum leva em consideração os casos registrados com base na Lei 7.716/1989 – Lei de Racismo<sup>45</sup>.

Os dados apontam, ainda, que o estado em que houve maior aumento da incidência de casos de LGBTfobia foi o Rio Grande do Sul, passando de 3 registros em 2020 para 122 em 2021 – a variação foi de 3951,2%, considerado um aumento expressivo. Além disto, é possível verificar que a menor taxa de alteração foi no estado do Mato Grosso, que passou de 4 para 3 casos entre um ano e outro, representando uma variação de -25,9%.

Outro registro apresentado no Anuário é o tipo de crime cometido, variando entre lesão corporal dolosa, homicídio doloso e estupro. Dentre os tipos penais apresentados, a maior incidência está na lesão corporal dolosa, significando que a violência física é algo recorrente na vida da população LGBTQIAPN+: dentre os casos registrados no Brasil, em números absolutos, foram 1271 registros em 2020 e 1719 no ano de 2021, havendo variação de 35,2%. Os casos de homicídio doloso aumentaram de 167 para 179 entre em um ano e outro, com uma variação de 7,2%. Por fim, os casos de estupro praticamente dobraram no país, passando de 95 em 2020 para 179, em 2021, com taxa de variação de 88,4%.

---

<sup>44</sup> “O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) é uma organização não-governamental, apartidária, e sem fins lucrativos, que se dedica a construir um ambiente de referência e cooperação técnica na área da segurança pública. A organização é integrada por pesquisadores, cientistas sociais, gestores públicos, policiais federais, civis e militares, operadores da justiça e profissionais de entidades da sociedade civil que juntos contribuem para dar transparência às informações sobre violência e políticas de segurança e encontrar soluções baseadas em evidências.” Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/quem-somos/>.

<sup>45</sup> Cabe destacar que a Lei utilizada está pautada na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a LGBTfobia, a qual será discutida adiante nesta pesquisa. Ainda, ressalta-se que as fontes para os dados trazidos pelo Fórum são as Secretarias de Estado de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); e o próprio Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Dentre os crimes cometidos, o estado de Goiás figura como aquele que houve maior variação, com aumentos de mais de 100% em cada tipo de crime. Já ao se considerar a taxa de variação negativa, não é possível, a partir dos dados, identificar qual o estado que diminuiu mais o número de casos, haja vista que em dado crime o número diminui e, em outro, aumenta<sup>46</sup>.

Todavia, é preciso ler estes dados com atenção. Isto implica compreender que os dados levam em consideração apenas os dados efetivamente registrados a partir da Lei de racismo, não levando em consideração outras situações que configuram LGBTfobia e não são quantificados.

Já no ano de 2023, o Fórum divulgou novos dados relativos ao ano anterior, de 2022, que são alarmantes em relação ao número de casos de LGBTfobia no Brasil<sup>47</sup>. No país, houve um aumento de 53% em relação ao ano anterior, passando de 316 casos para 488 registros de racismo por homofobia ou transfobia<sup>48</sup>. No novo Anuário, o Estado que teve a maior variação foi o estado do Sergipe, cuja taxa de variação foi de 447,1%, passando de 2 para 11 casos. Já o estado de Rondônia teve uma redução significativa, uma vez o número de registros passou de 8 casos, em 2021, para 6, no ano de 2022, havendo uma redução de 25% na taxa de variação entre um ano e outro.

Importa atentar para um dado crucial apresentado no Anuário: existem estados que sequer divulgaram os dados, de modo que o Anuário os classifica como “informação inexistente”. Neste sentido, aponta-se os estados de Santa Catarina, Rio de Janeiro e São Paulo. Ao debruçarmo-nos sobre esta informação, mister compreende que os três estados ficam na região Sul do país e possuem uma densidade populacional expressiva<sup>49</sup>, de tal forma que a falta

---

<sup>46</sup> Ao analisarmos o caso do Piauí, por exemplo, houve redução nos crimes de lesão corporal dolosa, com variação de -62,5% e de estupro, com -20%. Todavia, os casos de homicídio doloso variaram em 200%, o que é um número bastante significativo.

<sup>47</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**: Informação para gerar Transformação. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 20 Jul 2023.

<sup>48</sup> Novamente, o Anuário leva em consideração as tipificações a partir da Lei n. 7.716/89, pautadas na decisão do Supremo Tribunal Federal.

<sup>49</sup> De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), a partir da prévia do Censo Demográfico de 2022, a população de Santa Catarina é de 7.762.154 (sete milhões setecentos e sessenta e dois mil cento e cinquenta e quatro) milhões de habitantes. Já o Rio de Janeiro possui uma população de 16.615.526 (dezesseis milhões seiscentos e quinze mil quinhentos e vinte e seis) de habitantes. Por fim, o maior estado do país, São Paulo possui 46.024.937 (quarenta e seis milhões vinte e quatro mil novecentos e trinta e sete) de habitantes. Disponível em: <

destas informações impacta negativamente na possibilidade do Estado brasileiro tomar decisões ou formular políticas públicas que possam reverter a violência contra a população LGBTQIAPN+.

O Anuário também divulgou, em seus dados, o tipo de crime que resultou na prática de racismo motivado por homofobia ou transfobia, classificando-os em lesão corporal dolosa<sup>50</sup>, homicídio doloso<sup>51</sup> e estupro<sup>52</sup>. A nível federal, o Brasil manteve-se igual em relação ao estudo realizado no ano anterior nos casos de crime de estupro, continuando em 199 registros, com taxa de variação de 0,0%. Todavia, os casos de homicídio doloso tiveram uma leve queda, alterando de 176 para 163 casos no país, o que leva a uma taxa de variação de -7,6% no total, representando um saldo positivo. Por fim, os casos de lesão corporal dolosa aumentaram de 2.050, no ano de 2021, para 2.324 no ano de 2022, com uma taxa de variação de 13,4%, ou seja, um acréscimo significativo no número de casos deste tipo penal, o que é um dado alarmante.

Analisando os dados, é possível verificar onde houve a maior e menor variação de registros em cada Unidade da Federação, dado este apontado no Anuário e que permite compreender como cada estado registra as informações. Nos crimes de estupro, o estado que apresentou o maior índice de variação foi o estado de Roraima, cravado em 700% - foram 8 casos registrados em 2022, em face de 1 caso registrado em 2021. Já em sede de redução de taxa de variação, apontam-se, empatados com -50%, os estados do Paraná – passando de 16 casos, em 2021, para 8 casos em 2022 – e Piauí – foram 4 casos em 2021 e 2 casos em 2022<sup>53</sup>. Vejamos o gráfico a seguir, produzido pelo próprio Anuário:

---

[https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2022/Previa\\_da\\_Populacao/POP2022\\_Brasil\\_e\\_UFs.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Previa_da_Populacao/POP2022_Brasil_e_UFs.pdf)>. Acesso em 20 Jul 2023.

<sup>50</sup> “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

<sup>51</sup> “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

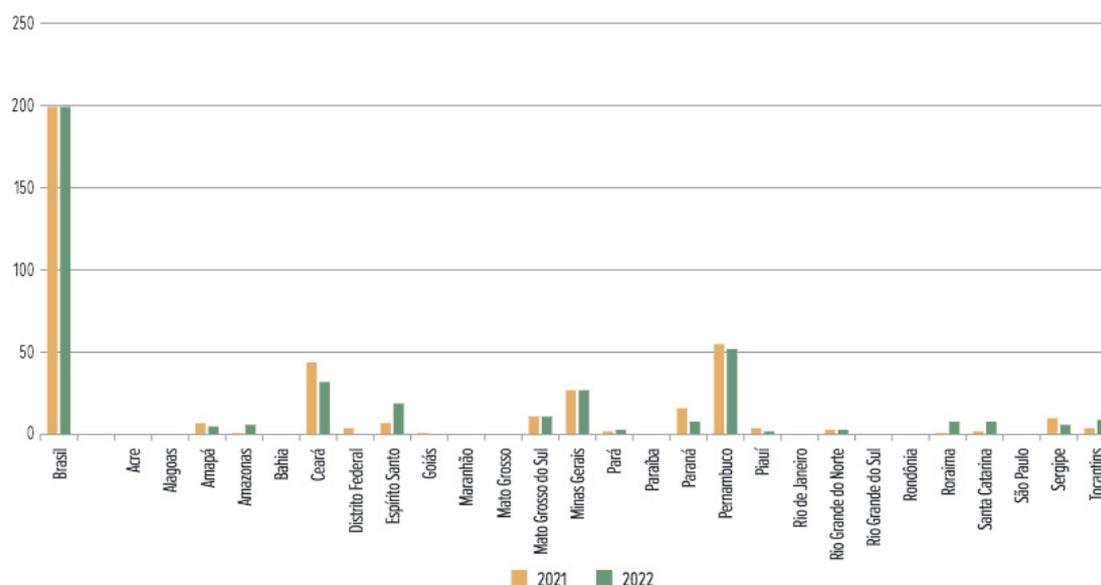
<sup>52</sup> “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

<sup>53</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**: Informação para gerar Transformação. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 20 Jul 2023.

## GRÁFICO 1: Vítimas LGBTQIAPN+ de estupro: Brasil e UFs 2021-2022

### GRÁFICO 31

Vítimas LGBTQIAPN+ de estupro  
Brasil e UFs – 2021-2022



Fonte: Secretarias de Estado de Segurança Pública e/ou Defesa Social, Polícias Civis e Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

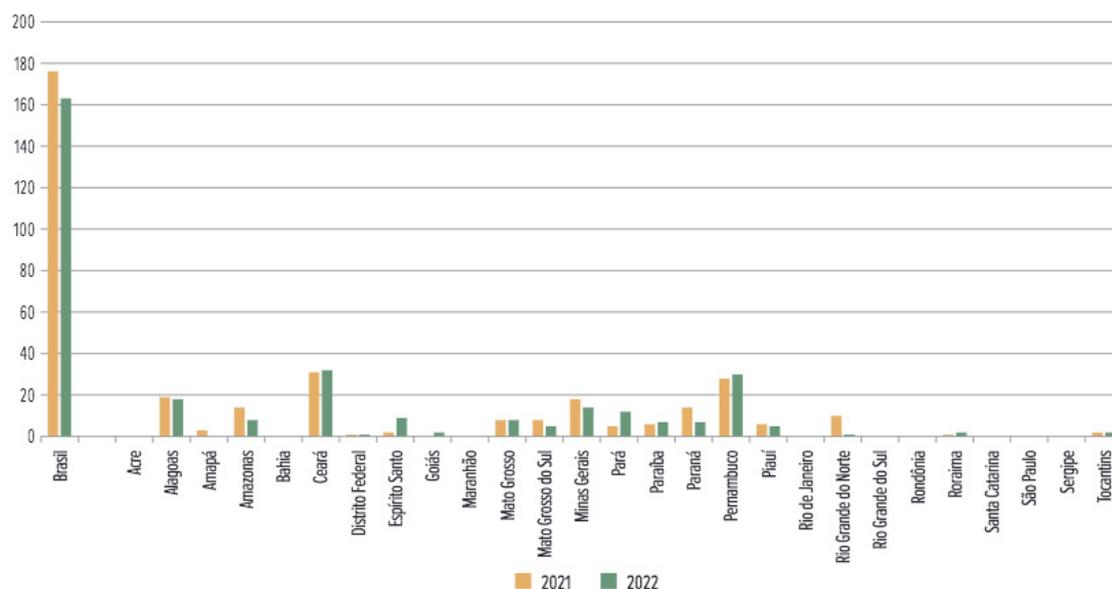
Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

Já os crimes de homicídio doloso tiveram alta variação no estado do Espírito Santo: a taxa foi de 350%, registrando 2 crimes em 2021 e 9 crimes em 2022. Por outro lado, em termos de redução, o estado do Rio Grande do Norte reduziu o número de casos de 10 para 1 entre os anos em análise, numa proporção de variação de 90%. Os demais Estados e sua variação estão representados no gráfico a seguir:

## GRÁFICO 2: Vítimas LGBTQIAPN+ de homicídios dolosos contra LGBTQIAPN+

### GRÁFICO 30

Vítimas LGBTQIAPN+ de homicídios dolosos contra LGBTQIAPN+  
Brasil e UFs – 2021-2022



Fonte: Secretarias de Estado de Segurança Pública e/ou Defesa Social, Polícias Civis e Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

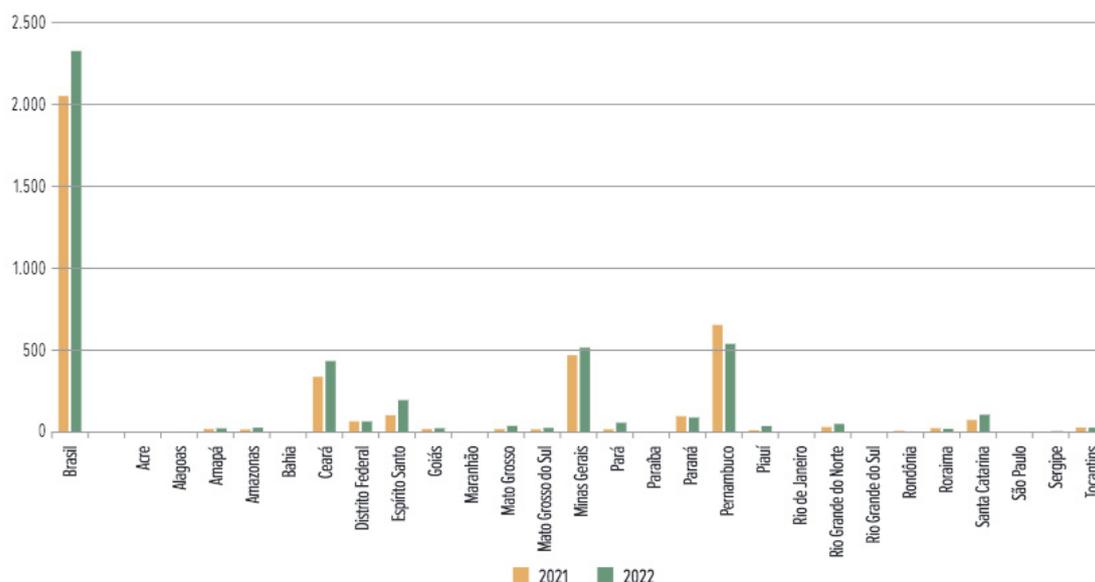
Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022

Por fim, são apresentados dados acerca dos crimes cometidos por meio de lesão corporal dolosa. Neste caso, o estado do Sergipe aparece com o maior índice de variação, que foi de 300%, uma vez que em 2021 foram registrados 2 casos, enquanto que em 2022 este número subiu para 8 casos. Já a menor taxa de variação foi registrada em Rondônia, cujo número caiu de 10 casos para 5 registros entre 2021 e 2022, apresentando uma queda de -50% conforme demonstra o Anuário. Vejamos, a seguir, como isto se representa graficamente:

### GRÁFICO 3: Vítimas LGBTQIA+ de lesões corporais dolosas: Brasil e UFs 2021-2022

#### GRÁFICO 29

Vítimas LGBTQIA+ de lesões corporais dolosas  
Brasil e UFs – 2021-2022



Fonte: Secretarias de Estado de Segurança Pública e/ou Defesa Social, Polícias Civis e Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

Com estas informações, nota-se que é possível formular políticas e repensar na forma de combater a homotransfobia no Brasil, uma vez que os dados são primordiais para a estruturação de qualquer política estatal de segurança pública. Todavia, conforme representado nos três gráficos anteriores, existem unidades da Federação nas quais tais informações não existem, de modo que não é possível identificar quais os crimes cometidos. Analisando o Anuário, as seguintes Unidades da Federação não apresentaram informações sobre os tipos de crimes realizados contra a população LGBTQIAPN+: Acre, Bahia, Maranhão, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**: Informação para gerar Transformação. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 20 Jul 2023.

A ausência de dados como um dos impeditivos de formulação de políticas públicas é destacada no documento produzido pelo Fórum, que ressalta o dever estatal de acompanhar e notificar os casos de crimes cometidos contra a população LGBTQIAPN+, o que está aquém do ideal:

A produção de dados não é trivial, uma vez que eles são fundamentais para os processos político-administrativos de resolução de problemas. Tais processos são racionalizados por analistas e gestores de políticas públicas em etapas que configuram aquilo que chamamos de ciclos de políticas públicas, constituídos por fases de: 1) identificação de problemas, 2) definição de agendas políticas, 3) formulação de políticas, 4) implementação de políticas, e 5) avaliação e monitoramento de políticas (FREY, 2000). Quais problemas são prioritários e dignos de inclusão na agenda político-administrativa? De que forma devem ser tratados? Quais tratamentos aplicados foram eficazes e devem ser replicados? Quais devem ser abandonados? A produção de dados se faz necessária para responder a cada uma dessas perguntas, sendo definidora do processo de produção e por consequência, do resultado dos ciclos de políticas públicas<sup>55</sup>.

Diante disto, ressalta-se também – aqui e no Anuário – o papel protagonista assumido por entidades que não pertencem aos órgãos estatais, tais como a ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais<sup>56</sup>; e o GGB – Grupo Gay da Bahia<sup>57</sup>, que constantemente fazem levantamento de

<sup>55</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**: Informação para gerar Transformação. p. 108. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 20 Jul 2023.

<sup>56</sup> A ANTRA começa sua história em 1992, com a fundação da Associação de Travestis e Liberados – Astral, na cidade do Rio de Janeiro, mas que em 2000 altera seu nome para Associação Nacional de Travestis e Transexuais, com diversas mudanças ao longo do tempo, conforme disponível no site oficial da Associação.

Dentre as principais linhas de atuação da ANTRA, estão: “Mapear, produzir estudos e denunciar nas instâncias cabíveis os assassinatos de pessoas Trans no Brasil, bem como cobrar soluções desses crimes; Promover campanhas informativas e apresentar propostas a fim de garantir o direito das Travestis e Transexuais; Colaborar em todos os níveis com outras redes, que trabalham com Direitos Humanos, a fim de desenvolverem trabalhos conjuntos, intercambiando experiências nas áreas de atuação de cada uma; Denunciar e promover a divulgação, em todos os meios de comunicação possíveis, de todo e qualquer caso onde for detectado preconceito e ou discriminação por identidade de gênero; Ter por princípio apoiar toda e qualquer ação de prevenção do HIV/Aids Hepatites Virais e outras DST em todos os seus aspectos e âmbitos; Apoiar as ações que visem a melhora da qualidade de vida das pessoas vivendo e convivendo com HIV/Aids; Atuar diretamente na incidência política e na criação de climas e ambientes favoráveis para Travestis e transexuais; Incentivar e apoiar a realização de Encontros Nacionais de Travestis e Transexuais para potencializar as bandeiras de lutas e encaminhar as demandas de suas afiliadas”. Em: ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. 2023. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/historia/>>. Acesso em 22 Jul. 2023.

<sup>57</sup>O Grupo Gay da Bahia surgiu em 1981 com o nome “Boletim do Grupo Gay da Bahia”, por meio de grupos gays de militância. Ao longo do tempo, o Grupo foi responsável por quantificar as mortes sofridas pela população LGBTQIA+ - evidentemente que ao longo do tempo mais pessoas pertencentes ao grupo foram quantificadas, e não apenas homens gays. O primeiro

dados sobre a violência contra a população LGBTQIAPN+. Neste sentido, vale ressaltar a discrepância entre os dados existentes, contabilizados pelo Estado brasileiro e pelos órgãos não oficiais.

Conforme consta no documento publicado pela ANTRA, denominado “Assassinatos e Violências contra Travestis e Transexuais brasileiras em 2022”, coordenado por Bruna Benevides, foram 151 pessoas trans mortas, de modo que 20 destas mortes foram causadas por suicídio. Além disto, Benevides aponta para um dado curioso: “Chama atenção o país figurar novamente como o que mais consome pornografia trans nas plataformas digitais de conteúdo adulto no mesmo momento em que o Brasil figura como o país que mais assassinou pessoas trans pelo 14º ano consecutivo”<sup>58</sup>. Isto demonstra que o Brasil é, além de violento, preconceituoso.

Ainda, o Observatório de Mortes e Violência contra LGBTI+<sup>59</sup> produziu um Dossiê no qual aponta as violências sofridas pela população LGBTQIAPN+. De acordo com o levantamento, foram contabilizadas 273 mortes contra a população em análise, de forma violenta, sendo que dentre estas 228 foram assassinatos, 30 suicídios e 15 outras causas. Ainda, em 2022, a cada 32 horas um LGBT era assassinado de forma violenta em nosso país. Destaca-se, por fim, que o Observatório defende a tese de que o Brasil trabalha com subnotificação, ou seja, existem outras mortes desta população que não foram sequer contabilizadas.

Vale destacar que tais dados contrastam com o informado pelo Estado brasileiro, por meio do Anuário anteriormente trabalhado. Isto pode ser explicado por dois motivos: o primeiro deles seria, conforme relatado anteriormente, a ausência de dados repassados pelo Estado brasileiro – como, por exemplo, nos

---

relatório foi produzido em 2011, quantificando a morte de gays, lésbicas e travestis, de acordo com o site oficial. Para mais informações sobre dados e documentos, acessar <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com>

<sup>58</sup> BENEVIDES, B. G.. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022**. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023.

<sup>59</sup> “O documento divulgado aqui é produzido por meio do Observatório de Mortes e Violências contra LGBTI+, que teve seu início em janeiro de 2020, quando foi coordenado pela Acontece – Arte e Política LGBTI+ e pelo GGB – Grupo Gay da Bahia. Desde outubro de 2021, a Acontece Arte e Política LGBTI+ estabeleceu parceria com a ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais e a ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, a fim de acrescentar e somar na elaboração deste Dossiê”. Em: MOTT, L.; OLIVEIRA, J. M. D. de; REIS, T.. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2022**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2023.

estados de São Paulo e Rio de Janeiro. O segundo motivo, por sua vez, é a subnotificação: existem muitos casos que sequer chegam ao conhecimento das autoridades ou, ainda, são registrados nas delegacias de outra forma, como homicídio simples e não homotransfobia pautada na Lei de Racismo. Este é um problema primordial na elaboração das políticas de segurança pública de prevenção à violência contra a população LGBTQIAPN+.

A ausência de dados como uma responsabilidade estatal é algo que já foi levantado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu Relatório temático produzido no ano de 2015. Denominado “Violências contra pessoas LGBTI”, o Relatório aponta que muitos dos casos no continente Americano sequer chega para as autoridades, seja pela falta de confiança, seja pelo preconceito que norteia o atendimento. Ainda, mesmo os familiares de pessoas LGBTQIAPN+ sentem medo ou desconforto em denunciar, haja vista o despreparo dos atendentes públicos - ou a falta de capacitação -, o que gera uma lacuna em dados oficiais, de acordo com a Comissão.

Os mecanismos de coleta de dados nos países da OEA são muito precários.<sup>60</sup> A CIDH recentemente realizou um projeto de acompanhamento de homicídios e atos de violência contra pessoas LGBT durante quinze meses. Durante a execução deste projeto, a CIDH determinou que as estatísticas oficiais eram insuficientes, o que a obrigou a recorrer a fontes complementares de informação, tais como a cobertura jornalística em meios de comunicação, relatórios de organizações da sociedade civil e outras fontes de monitoramento<sup>60</sup>.

No mesmo sentido, o Conselho de Direitos Humanos da ONU já emitiu o mesmo entendimento sobre a necessidade de dados oficiais:

Na maioria dos países, a ausência de sistemas eficazes de registro e denúncia de atos violentos motivados por preconceito, denominados “crimes de ódio” contra pessoas LGBT, oculta o verdadeiro alcance da violência. Quando esses sistemas existem, as estatísticas oficiais tendem a subestimar o número de incidentes. As vítimas são geralmente reticentes em denunciar suas experiências por temor de extorsão, violação da confidencialidade ou represálias. E ainda, uma categorização inexata ou preconceituosa dos casos possibilita erros de identificação, encobrimentos e registros incompletos. A falta de investigação, julgamento e punição pelos atos violentos denunciados

---

<sup>60</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas**. OEA. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em 13 Jun 2023.

também contribui para as avaliações incompletas sobre a magnitude da violência<sup>61</sup>.

Este fenômeno possui total relação com o que ocorre no Estado brasileiro, conforme visto anteriormente, uma vez que grupos não oficiais da sociedade civil é quem foram responsáveis, durante anos, pelo monitoramento das informações relativas à violência contra a população LGBTQIAPN+. Isto posto, resta claro que, mesmo fazendo parte da Convenção Americana, o Brasil ainda compõe um grupo de países membros que não realizaram, até então, aquilo que determina a Comissão.

Ainda que o Anuário surja como uma espécie de mecanismo para garantir o acesso à informação, esta não é oferecida de forma clara, haja vista que diversas Unidades da Federação sequer possuem informações sobre os dados solicitados. Deste modo, restam comprometidas as ações estatais em prol desta população, considerando a ausência de informações que permitam um planejamento adequado e pormenorizado. Sem dados, não há que se falar em ação eficiente.

## 1.2 POPULAÇÃO LGBTQIAPN+, MÚLTIPLAS VIOLÊNCIAS E AS PROPOSTAS DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA AO LONGO DOS ANOS.

As violências que transcendem a população LGBTQIAPN+ decorrem de anos, e isto pode ser demonstrado por meio de diversos projetos de lei que tramitaram – ou ainda tramitam – no Poder Legislativo federal e que não obtiveram êxito, ainda que este seja um tema alarmante.

A discussão que permeia a criação de uma lei específica para a proteção das violências sofridas pela população LGBTQIAPN+ perpassam por conceitos preconceituosos, alcunhados como ‘ideologia de gênero’ por partidos que fazem parte da base dita conservadora do Poder Legislativo. A título exemplificativo, o site “Sempre Família”, cuja principal bandeira é a defesa da família considerada a tradicional – formada pela união entre homem, mulher e sua prole – discute,

---

<sup>61</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas**. OEA. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em 13 Jun 2023.

em um artigo, o que seria a ideologia de gênero. Para eles, trata-se de um conceito imaginário e sem credibilidade, no qual teóricos querem impor a possibilidade de existir um mundo para além daquele formado por homens e mulheres cisgênero<sup>62</sup>.

Embora esta abordagem cause um mal-estar e é passível de longos debates teóricos-acadêmicos, não se pretende levar ao leitor tal polêmica neste momento, remetendo ao teor trazido no primeiro tópico desta seção, no qual se discorre melhor acerca da variedade de termos que compõem o gênero e orientação sexual. Ao contrário, o que se pretende é demonstrar que, ainda, não foram aprovados Projetos de Lei com a temática da proteção contra a violência de LGBTQIAPN+.

O procedimento adotado para tal foi a busca no próprio site da Câmara dos Deputados, que permite identificar quais são os Projetos de Lei existentes sobre o tema de sua preferência, utilizando-se de uma ferramenta de buscas disponível a qualquer cidadão. Neste sentido, ao realizar a busca, foram utilizados os termos “criminalização homofobia<sup>63</sup>”, o qual apresentou os seguintes resultados:

TABELA 1 – Projetos de Lei sobre criminalização da homofobia em busca livre

<b>Projeto</b>	<b>Autor</b>	<b>Ementa</b>
PL 7592/14	Maria do Rosário – PT/RS	Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências.
PL 925/19	Pastor Sargento Isidório – AVANTE/BA	Institui o "Dia Nacional do Orgulho Heterossexual", a ser comemorado

<sup>62</sup> SEMPRE FAMÍLIA. **O que é ideologia de gênero?**. Disponível em: <<https://www.semrefamilia.com.br/virtudes-e-valores/o-que-e-ideologia-de-genero/>>. Acesso em 28 Jul 2023.

<sup>63</sup> Cabe informar que, em pesquisa utilizando-se os termos “criminalização transfobia”, o resultado foi mais enxuto, porém apresentando os mesmos projetos que serão abordados aqui, com o termo homofobia ao invés de transfobia.

		anualmente no terceiro domingo de dezembro.
PL 4075/19	Bia Kicis – PSL/DF	Veda a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
PL 734/11	Marcelo Aguiar - PSC/SP, Acelino Popó - PRB/BA, Lauriete - PSC/ES	Autoriza o Poder Público a criar o Programa "Viver de bem" - Sem Estigma e Preconceito no Brasil.
PL 8540/17	Assis Melo – PCdoB/RS	Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual.
PL 5003/01	Iara Bernardi – PT/SP	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.
PL 26721/19	Pr. Marco Feliciano – PODE/SP	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para dispor sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual.
PL 4949/2019	Otoni de Paula – PSC/RJ	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para definir e punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito por sexo ou orientação sexual.

PL 1795/22	David Miranda – PDT/RJ	Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de Prescrição de terapia de reversão de orientação sexual.
PL 4785/19	Márcio Jerry – PcdoB/MA	Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual.
PL 4946/19	Eli Borges – SOLIDARIEDADE/TO	Garante o livre exercício da liberdade religiosa nos temas relativos à sexualidade, nos moldes do inciso VI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.
PL 2559/22	Benedita da Silva - PT/RJ, Rubens Pereira Júnior - PT/MA, Leonardo Monteiro - PT/MG e outros	Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais, relativos ao cabimento de instrumentos despenalizantes.
PL 2564/22	Rafafá – PSDB/PB	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de criminalizar a homofobia e a discriminação em virtude de procedência regional ou identidade cultural.
PL 872/23	Dandara – PT/MG	Altera a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou

		de cor.” para incluir e tipificar a misoginia.
--	--	--

FONTE: O Autor (2023).

Como se pode notar, a busca traz diversos resultados que se mostram contrário à orientação sexual e identidade de gênero e a necessidade de proteção contra as violências sofridas pela população LGBTQIAPN+. Quando surgem, apresentam concomitantemente o tema da liberdade religiosa, o que, na visão dos proponentes, pode ser afrontada após a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da homotransfobia<sup>64</sup>.

Fazendo novo filtro, é possível elencar os seguintes projetos de lei que se voltam para a proteção contra a violência dirigida aos LGBTQIAPN+:

TABELA 2: Projetos de Lei sobre criminalização da homofobia após análise detalhada

<b>Projeto</b>	<b>Autor</b>	<b>Ementa</b>
PL 7592/14	Maria do Rosário – PT/RS	Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências.
PL 734/11	Marcelo Aguiar - PSC/SP, Acelino Popó - PRB/BA, Lauriete - PSC/ES	Autoriza o Poder Público a criar o Programa "Viver de bem" - Sem Estigma e Preconceito no Brasil.
PL 5003/01	Iara Bernardi – PT/SP	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.
PL 1795/22	David Miranda – PDT/RJ	Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de Prescrição de

<sup>64</sup> O tema da homotransfobia e a decisão do Supremo Tribunal Federal será abordado na sequência desta pesquisa.

		terapia de reversão de orientação sexual.
PL 4785/19	Márcio Jerry – Pcdob/MA	Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual.
PL 2564/22	Rafafá – PSDB/PB	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de criminalizar a homofobia e a discriminação em virtude de procedência regional ou identidade cultural.

Fonte: o Autor (2023)

Realizando nova filtragem, agora considerando os projetos de lei que ainda estão em tramitação, ou seja, excluindo-se Projetos de Lei que foram arquivados, chegamos ao seguinte resultado:

TABELA 3: Projetos de Lei relativos à criminalização da homofobia em tramitação.

<b>Projeto</b>	<b>Autor</b>	<b>Ementa</b>
PL 7592/14	Maria do Rosário – PT/RS	Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências.
PL 1795/22	David Miranda – PDT/RJ	Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de Prescrição de terapia de reversão de orientação sexual.

PL 2564/22	Rafafá – PSDB/PB	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de criminalizar a homofobia e a discriminação em virtude de procedência regional ou identidade cultural.
------------	------------------	--

Fonte: O Autor (2023)

Portanto, a partir desta busca, foram encontrados apenas três Projetos de Lei que ainda tramitam na Câmara dos Deputados. O projeto proposto pela Deputada Maria do Rosário trata de crimes de ódio e intolerância. Neste sentido, define que existem crimes de ódio e intolerância e que estes podem ser praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. Atualmente, o projeto se encontra pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Já o projeto proposto pelo então Deputado David Miranda foi apensado ao PL 737/22<sup>65</sup>, que “Criminaliza as condutas de quem submete outra pessoa a terapia de conversão, anuncia ou promove terapia de conversão, obtém, direta ou indiretamente, vantagem material oriunda de terapia de conversão”. Neste caso, o projeto foi proposto pelo Deputado Bacelar, do PODEMOS/BA, que possui o mesmo tema, mas não abordando a população LGBTQIAPN+. Atualmente, o projeto se encontra aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Por fim, o último projeto em tramitação encontrado é o proposto pelo Deputado Rafafá, que também foi apensado em outro projeto, o PL 5944/16, proposto pela Deputada Laura Carneiro, do PMDB/RJ. O projeto da Deputada Laura, por sua vez, foi apensado ao PL 6418/05, do Senador Federal Paulo Paim, do PT/RS. O tema da proposição é “Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

Analisando os resultados, é possível notar que desde 2001 já tramitava, no poder Legislativo brasileiro, projetos de lei que tratam da necessidade de preservar a integridade física e moral da população LGBTQIAPN+. Em 2023, apenas três projetos de lei sobre a temática ainda estão em tramitação. Para além disto, é possível notar que há uma clara morosidade do Legislativo em criar

<sup>65</sup> Para mais informações, acessar: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=2318836>.

uma norma capaz de assegurar os direitos da população LGBTQIAPN+, mesmo diante de toda a violência sofrida pelo grupo, conforme demonstrado anteriormente. A morosidade legislativa, como veremos adiante, é o que move o poder Judiciário, em ação específica, a colocar a engrenagem entre os poderes para funcionar.

No Senado Federal, é possível verificar apenas um Projeto de Lei que trata da homofobia ou transfobia e a proteção contra a sua respectiva violência. Trata-se do PL 672/19, do Senador Weverton do PDT/MA. Às vésperas do julgamento da omissão legislativa no Congresso Nacional brasileiro no tangente ao dever de proteção à população LGBTQIAPN+, a Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal aprovou o referido projeto, como forma de demonstrar o desentrelaçamento da norma protetiva. Todavia, curiosamente, em 2021, o projeto foi retirado de pauta pelo autor e, em 2022, arquivado definitivamente.

Diante deste cenário, aponta-se a necessidade de intervenção judicial para repressão da violência contra a população LGBTQIAPN+, haja vista a morosidade do Poder Legislativo em criar mecanismos de defesa em face da violência sofrida por este grupo. Assim, surge a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mecanismo de controle de constitucionalidade que vem para provocar o poder Legislativo em razão de sua clara omissão.

### 1.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26 – O CASO DA MOROSIDADE DO PODER LEGISLATIVO FRENTE À GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal atuou em diversas situações para garantir os direitos da população LGBTQIAPN+. Isto significa que a salvaguarda da Constituição, ao efetivar direitos e garantias fundamentais para este grupo, já é objeto da mais alta Corte do Brasil há alguns anos. São importantes decisões judiciais que, em alguma medida, impactam na qualidade de vida desta população e reduzem as violências por ela sofridas.

Todavia, em virtude do objeto do presente estudo, não cabe, neste momento, pormenorizar cada uma destas ações e o seu resultado prático. Vejamos, portanto, uma linha do tempo no qual é possível notar tais avanços:

FIGURA 1: Linha do tempo STF e direitos LGBTQIA+



Fonte: STF (2022).

Tratando-se da criminalização da homotransfobia, por sua vez, ainda que em longo debate no Congresso Nacional, não houve êxito pela via legislativa. Isto significa que, em garantia a efetivação de direitos humanos, era momento de o Judiciário realizar a sua tarefa principal de salvaguarda da Constituição Federal. Tendo em vista todo o arcabouço jurídico-social que envolvia a questão – especialmente a violência e a omissão do Poder Legislativo frente aos dados presentes rotineiramente – o controle repressivo de constitucionalidade se fez presente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão/ADPF<sup>66</sup>.

Ajuizada, em 2013, pelo Partido Popular Socialista/PPS, um dos legitimados de acordo com a Lei 12.063/09 – lei que regula a respectiva tutela constitucional – e com a Constituição Federal em seu artigo 103, VIII, a ação tem por objetivo declarar a morosidade do Poder Legislativo em não tutelar a população LGBTQIAPN+. De acordo com a petição inicial, ajuizada pelo reconhecido advogado Paulo Iotti:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima com base na ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88) [...] <sup>67</sup>

Além do PPS, figurou no processo a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais/ABGLT, além de diversas outras entidades

<sup>66</sup> “Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias. Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional”. Em: MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP).

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 26. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

que participaram na figura de *amicus curiae*, tais como Grupo Gay da Bahia; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual; Associação Nacional de Juristas Evangélicos; Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida; Grupo Dignidade; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas; PSTU (Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados); Conselho Federal de Psicologia; ANTRA e Defensoria Pública/DF.

A tese desenvolvida pelo partido é a de que a homotransfobia seria espécie do gênero racismo, cuja proteção se dá pela Lei n. 7716/89. Neste sentido, compreende que o racismo é uma ideologia que prega pela inferioridade de uma raça, além de que a motivação trazida é calcada no preconceito, o que se relacionaria com o mesmo motivo fundante da homofobia e transfobia. Ainda, compreende que o preconceito contra a população LGBTQIAPN+ seriam condutas que atentam contra direitos e liberdades fundamentais – sendo esta a tese subsidiária – devendo portanto ser criada uma legislação criminal capaz de punir estas condutas<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> “a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras – que se identificam com o próprio gênero), consoante reconhecido por esta Suprema Corte no paradigmático caso Ellwanger (STF, HC n.º 82.424-4/RS), bem como referendado pela doutrina de Guilherme de Souza Nucci, donde enquadrada a obrigatoriedade da criminalização específica da homofobia e da transfobia no disposto no art. 5º, inc. XLII, da CF/88, que impõe ao legislador o dever de elaboração de legislação criminal que puna o racismo, donde também o racismo homofóbico e transfóbico (cuja não-criminalização específica gera omissão inconstitucional parcial); ou, subsidiariamente, caso assim não se entenda, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade.

a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas, porque uma legislação não-criminal punitiva não tem se mostrado apta a coibir a homofobia e a transfobia nos (poucos) Estados e Municípios que possuem leis administrativas para tanto, donde o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente demanda pela elaboração de legislação criminal que puna referidas discriminações de sorte a garantir uma proteção eficiente à população LGBT, tanto por questões topográficas (tal dispositivo encontra-se na parte criminal do art. 5º da CF/88), quanto porque, ao exigir que a lei puna com efetividade qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, como as discriminações por orientação sexual e por identidade de gênero, mediante o texto normativo segundo o qual “a lei punirá discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”, ele já estabelece de plano que a lei deve punir referidas discriminações, retirando do legislador qualquer liberdade de conformação ou mesmo juízo de conveniência e oportunidade de decidir se quer ou não puni-las, obrigando-os, por dirigismo constitucional, a elaborar referida legislação [criminal] punitiva;”. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

Entende-se, ainda, que a legislação específica se faz necessária em virtude do princípio da proporcionalidade e da proibição de proteção deficiente, haja vista que a sua ausência fere o direito de livre orientação sexual e livre identidade de gênero, além do direito fundamental à segurança em atenção à violência sofrida por este grupo. Há que se destacar, também, que o argumento da morosidade legislativa se faz presente pela inércia do Congresso Nacional, uma vez que, segundo alegações do PPS, o Legislativo apenas deixa o tema em um limbo deliberativo, considerando que sequer coloca em votação a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, gerando uma “[...] má vontade institucional do parlamento brasileiro”.

A tese aplicada sustenta que as condutas de homotransfobia necessitam ser punidas com o mesmo rigor da Lei de Racismo, afim de evitar hierarquia entre punições, incompatível com o princípio da isonomia trazida no Direito Constitucional em casos de condutas com a mesma gravidade – direito à igual proteção penal. Para tanto, solicita o requerente um prazo razoável fixado pelo STF, tendo como sugestão um ano, para que seja tipificado o crime de homotransfobia. Para fixar o argumento, fora utilizado um precedente da própria Corte neste sentido:

[...] no mesmo sentido, ultrapassado o prazo razoável fixado por esta Suprema Corte para a elaboração de referida legislação criminal, ou caso a Corte entenda desnecessária a fixação de prazo para tanto e considerando que às ordens constitucionais de legislar deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva efetiva para que não se tomem, na prática, meros conselhos despidos de imperatividade jurídica, tem-se por plenamente possível e procedente o pedido cumulativo de que esta Suprema Corte aplique a corrente concretista geral do mandato de injunção também neste caso (pela equivalência das decisões do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, reconhecida desde sempre por esta Suprema Corte – v.g., MI 107 e MI 20 e doutrina do Ministro Gilmar Mendes), como fez para a regulamentar a greve os servidores públicos civis a despeito da exigência constitucional de lei específica para tanto (STF, MI n.º 670, 708 e 712) [...] <sup>69</sup>.

Em sua última razão trazida na Ação, o PPS requer a “[...] responsabilidade civil do Estado Brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia”, especialmente em virtude de

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

ofensas, homicídios, agressões, dentre outros que possam vir a surgir e se enquadrem em condutas atentatórias aos direitos da população LGBTQIAPN+.

Diante de tais argumentos, os pedidos trazidos serão aqui transcritos com supressão de partes, mas nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, haja vista a sua extensão, mas também a importância de trazê-los *ipsis literis*:

- (a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;
- (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;
- (c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima;
- (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

É neste cenário que a Procuradoria Geral da República/PGR se manifestou pelo acolhimento parcial da ação, mas no mérito pela procedência do pedido. Isto significa que entende a PGR que há sim a mora constitucional, e que a interpretação conforme a Constituição deve ser realizada para conferir às condutas homofóbicas e transfóbicas o crime de racismo.

Já a Advocacia Geral da União/AGU, órgão responsável pela defesa estatal, alegou que o pedido deveria rejeitado, pugnando pela sua total improcedência, uma vez que, ao seu ver, não haveria mora constitucional por parte do Congresso Nacional brasileiro no que tange à homotransfobia.

O Senado Federal, por sua vez, também acompanhou o mesmo que a Advocacia Geral da União. Isto porque afirma, em sua defesa, que já existem tipos penais dispostos a tutelar o bem jurídico em discussão. O argumento utilizado, citando Barão de Beccaria, é de que “[...] mais vale a certeza da punição aos delitos existentes na lei e que acabam por ocorrer na prática do que

a criação de tipos penais (...)”<sup>70</sup>. A defesa pugna, ainda, pela impossibilidade de o conceito de racismo abarcar condutas homotransfóbicas, uma vez que são fenômenos distintos e não poderiam ser confundidos.

Neste contexto, o Relator da ação, Ministro Celso de Mello, é quem se tornou o Ministro responsável pela análise e pelo voto condutor da decisão. De imediato, reconheceu a morosidade e inércia do Poder Legislativo.

Em seu voto, o Ministro ressaltou, preliminarmente, que a Corte constitucional possui um papel contramajoritário, “[...] a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República<sup>71</sup>”. Para tanto, deixou claro que seu voto, em prol de um grupo minoritário, o levaria ao rol de pessoas que são repudiadas por seu pensamento crítico e protetivo contra condutas discriminatórias e preconceituosas.

Ao abrir o voto desta forma, o Relator passou a discorrer sobre os fundamentos que levam à necessidade de criminalizar tal conduta revestida de preconceito. Inicialmente, a “ideologia de gênero” se torna imperativa neste contexto, uma vez que se trata de um pensamento segregacionista, que sobretudo acaba por considerar a população LGBTQIAPN+ como indignas de direitos e da sua própria condição de existência, de modo que seu discurso é autoritário e excludente.

Para o Ministro, o direito à identidade de gênero ou orientação sexual reverbera no direito à autodeterminação, decorrente do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Trata-se, portanto, de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sua vasta jurisprudência<sup>72</sup> acerca do tema, entendimento este que está calcado no dever de proteção a um essencial direito humano.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

<sup>72</sup> A título exemplificativo, a decisão referente à união homoafetiva, na ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, ou direito à retificação do nome, na ADI 4.275/DF).

Ao robustecer a tese de proteção aos direitos inerentes à população LGBTQIAPN+, Celso de Mello ressalta a Opinião Consultiva n. 24<sup>73</sup>, produzida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo preceito base é a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica. Neste sentido, compreende-se que há “[...]essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade”<sup>74</sup>.

Em relação à possibilidade de indenização, formulada no pedido inicial, entende o Ministro Relator a inviabilidade desta, uma vez que não é possível a concessão de tutela de índole ressarcitória em sede de controle abstrato por omissão constitucional. Isto se dá porque o objetivo da referida ação de omissão é meramente verificar a ausência de atuação estatal, sem vínculo a caso concreto, havendo por prejudicada a possibilidade de indenização neste sentido.

Acerca do pedido de criminalizar a homotransfobia por meio de tutela jurisdicional, tipificando o delito e cominando uma pena específica, Celso de Mello entende pela inviabilidade do pedido, haja vista o princípio da reserva legal e da separação de poderes. Portanto, caberia somente ao Poder Legislativo, em razão de sua esfera de competência legislativa, criar um novo tipo penal para criminalizar conduta homotransfóbica, sob pena de o Judiciário invadir uma esfera de competência que não lhe pertence. Tal compreensão, de acordo com o Ministro, se dá em interpretação conjunta da Constituição Federal e dos instrumentos internacionais de proteção, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Embora não possa, conforme aludido anteriormente, tipificar um crime, o Supremo Tribunal Federal possui controle de constitucionalidade para avaliar condutas omissivas do Poder Legislativo. Sustentando esta necessidade de criminalização da homotransfobia, o Ministro Celso de Mello passou a demonstrar, historicamente e na atualidade, como a violência contra esta população é estrutural e excludente. Os dados apresentados sobre as múltiplas

---

<sup>73</sup> Destaca-se que esta Opinião Consultiva será tratada, detalhadamente, adiante, no segundo capítulo do presente estudo.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 26. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

violências estão de acordo com o período no qual ocorreu o julgamento – ou seja, dados atualizados para a época, mas não para o momento atual. Há de se destacar que a violência, que ainda é presente conforme demonstrado no tópico anterior, é algo que deve ser levado em consideração fortemente, afim de demonstrar que há a necessidade de uma tipificação específica para esta população. Nestes termos:

Entendo, Senhor Presidente, que esses números assustadores que venho de referir autorizam e validam a argumentação feita pelo ilustre subscritor da inicial, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, de que se verifica, no Brasil, nesse contexto, “verdadeira BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO, adaptando aqui célebre expressão de HANNAH ARENDT, no sentido de termos pessoas comuns (e não ‘monstros’) achando-se detentoras de um pseudo ‘direito’ de agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera...”, tudo a revelar inegável e inaceitável comportamento racista, na acepção referida neste voto contra os LGBT’s, tendo-os por seres menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, que devem – segundo perversamente acreditam os seus agressores – ser excluídos da sociedade!!!<sup>75</sup>

É diante deste cenário que o Supremo Tribunal Federal precisa agir mediante a inércia de quem compete legislar para proteger o grupo vulnerável em discussão. Logo, o Relator aponta os motivos pelos quais haveria a necessidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que está calcada no dever estatal de criar a legislação para proteger direitos fundamentais, consoante previsto no artigo 5º, XLI do texto constitucional. Assim, entende que haveria um mandado de legislação explícito que, diante de casos concretos de massiva violação aos direitos e liberdades fundamentais, caberia ao Estado coibir este tipo de conduta, expressamente por lei conforme prescrito na norma legal<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 76.

<sup>76</sup> “A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público”. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 80.

É por isto que, de acordo com o Ministro, haveria uma omissão por parte do Legislativo brasileiro em face das violências sofridas pela população LGBTQIAPN+, além da inobservância do dever legal de proteger os direitos fundamentais. Neste sentido, em mais de 30 anos da Constituição da República do Brasil, não houve uma norma sequer capaz de proteger este grupo por parte do poder Legislativo, configurando clara omissão normativa. Assim, entende Celso de Mello que a simples proposta legislativa, sem sua consequente deliberação, não afastaria a morosidade existente.

Isto se comprova diante dos vários projetos de lei que sequer foram apreciados por parte do Legislativo, como o PL 5.003/2001, proposto pela então Deputada Iara Bernardi, que foi arquivado justamente pela falta de apreciação em mais de duas legislaturas, conforme Regimento Interno do Senado Federal. Acerca disto, o Senado Federal encaminhou um ofício prestando esclarecimentos sobre o trâmite do referido projeto, que posteriormente fora anexado ao Código Penal Brasileiro. Todavia, há, por parte do Relator, a convicção de que o trâmite não foi suficiente para demonstrar a ação por parte do Legislativo.

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “inertia deliberandi” ora constatada no presente caso.<sup>77</sup>

Nota-se que, para Celso de Mello, há flagrante omissão legislativa, que pode ocorrer no início do processo legislativo ou na fase deliberativa. Negar a omissão ensejaria, sobretudo, negar o próprio comando constitucional previsto no artigo 5º, cujo dever precípua é tipificar condutas que violam o direito às liberdades individuais fundamentais. Isto significa que, em virtude da permissão da conduta omissiva estatal, deformar-se-ia a própria Constituição e sua norma imperativa<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 83.

<sup>78</sup> “[...]a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível

É diante deste cenário que o Relator compreende que há, sim, inércia por parte do Legislativo e, conseqüentemente, uma inconstitucionalidade por omissão. Conforme destacou, cabe somente a este poder o dever de criar tipo penal, devendo este fazê-lo de imediato, conforme notificação do Supremo Tribunal Federal. Isto não exige a Corte de interpretar a norma existente para coibir a violência contra a população LGBTQIAPN+. Logo, o Ministro acata o pedido da Procuradoria Geral da República e do PPS, no sentido de conferir interpretação ao crime de racismo, abarcando o preconceito contra a população em análise.

Para Celso de Mello, racismo não compreende apenas um conceito biológico, mas também um conceito sociológico e cultural, servindo este como uma espécie de controle ideológico. Isto significa que o que move o racismo é o preconceito, cuja finalidade principal é perpetuar um discurso ideológico dominante, resultando assim num processo de exclusão.

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero<sup>79</sup>.

É neste contexto que Celso de Mello reafirma o dever atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário, por meio da Corte, de interpretar as normas legais e constitucionais, e que isto não implica na usurpação dos poderes conferidos pela Constituição. Com base nesta prerrogativa, cabe ao STF aplicar a norma existente dentro do contexto às quais pertencem no momento em que se subsumem ao caso concreto. Ressalta o Ministro que não

---

sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 87.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 115.

se trata de analogia “in malam partem”, ou sequer usurpação do poder constitucional, mas sim de um dever de proteção a um grupo vulnerável, rodeado de violências cotidianas e que não encontram amparo legal.

Por fim, a laicidade do Estado é abordada no voto do eminente Relator, uma vez que diversas entidades religiosas participaram como *amicus curiae* na referida ação, alegando que tal decisão, se positiva para a omissão legislativa e interpretativa para o conceito de racismo e seu desdobramento em homotransfobia, levaria à intolerância religiosa. Decide, portanto, que o Estado é neutro em termos religiosos, e que seu dever é apenas de garantir os direitos fundamentais – dentre eles, o de liberdade de religião.

Portanto, em seu voto, o Ministro Relator, Celso de Mello, proferiu a seguinte decisão: reconheceu a mora inconstitucional do Poder Legislativo, determinando assim a cientificação do Congresso Nacional sobre seu dever de legislar sobre o crime de homotransfobia; deu interpretação conforme a Constituição, em virtude do artigo 5º, XLI e XLII, “[...]para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional<sup>80</sup>”.

O Ministro Edson Fachin acompanhou, na íntegra, o voto do Relator, seja nas preliminares e no mérito. Para sustentar seu voto, Fachin destaca o cenário internacional de proteção de direitos humanos, seja no âmbito global ou regional, para demonstrar que a liberdade sexual e de gênero são direitos civis assegurados em âmbito externo, e que devem ser levados em consideração para o Estado brasileiro. É neste panorama que o Ministro defende que há um mandado específico de criminalização no artigo 5º, inciso XLI da Constituição da República.

Conquanto sejam raros os precedentes que examinaram o conteúdo do dispositivo constitucional, há, na jurisprudência desta Corte e na das organizações internacionais de direitos humanos, um nítido mandado de criminalização das manifestações homofóbicas. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal emerge a orientação segundo a qual alguns bens jurídicos estão a merecer proteção penal do Estado. Da jurisprudência dos organismos internacionais, a de que entre esses

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 26. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 191.

bens está a proteção contra a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero<sup>81</sup>.

Fachin ressalta, ainda, que não se trata apenas de mora inconstitucional, mas também de uma violação ao direito de igualdade e de liberdade. Logo, existe uma dupla violação à Constituição em não se tutelar o direito inerente à população LGBTQIAPN+, visto que há expressa normativa constitucional que demanda tal proteção.

O Ministro Alexandre de Moraes votou no mesmo sentido, acompanhando em sua integralidade o voto do Relator. Verifica o Ministro que existe um conflito entre o mandado explícito na Constituição e a atuação omissiva do Poder Público no que se refere aos direitos da população LGBTQIAPN+, restando claro que a norma constitucional é clara sobre o dever de tutela referente ao ódio voltado para esta população em análise. Ainda, compreende Moraes que o mandado é tão explícito que o próprio Congresso Nacional regulamentou outras leis com a finalidade de proteger os direitos e liberdades fundamentais, como a própria Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, o padrão protetivo de implementação legislativa adotado pelo Congresso Nacional, ao editar as leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, sempre se pautou pela necessidade de, além de normas administrativas e civis, incluir a criação de tipos penais específicos. Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais; repita-se, padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis adotado pelo próprio Congresso Nacional nesses últimos 30 (trinta) anos. Declaro, portanto, nos termos do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 202.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023. p. 251.

Moraes ressalta, também, a impossibilidade de se criar novo tipo penal pelo Poder Judiciário, em razão da reserva legal e do princípio da separação de poderes. Todavia, assim como o Ministro Relator, compreende que a hermenêutica constitucional dá respaldo para que a Suprema Corte interprete a norma afim de dar validade a preceitos constitucionais estruturantes. Logo, votou no sentido de aplicar a Lei de Racismo, por motivo de preconceito, às práticas homotransfóbicas, acompanhando o Ministro Celso de Mello que votou no mesmo sentido.

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto declarando a inviabilidade de indenização em sede de ADO, haja vista a ausência, na Constituição, de tal determinação. Portanto, assim como o Relator, votou pelo afastamento da hipótese ressarcitória. Após realizar um percurso sobre questões envolvendo o preconceito e a liberdade religiosa, o Ministro votou pela declaração de inconstitucionalidade por omissão por parte do Congresso Nacional, fundamentado no artigo 5º, inciso XLII, uma vez que a lei determina a criação de tipo penal para proteger direitos fundamentais. Sua tese está calcada nas múltiplas violências sofridas por esta população que, segundo ele, é sistemática, devendo ser coibida.

De modo que há mora inconstitucional, Barroso entende que é necessário interpretar o conceito de raça, a partir da hermenêutica, para englobar crimes de cunho preconceituoso, abarcando assim as práticas homotransfóbicas. Deste modo, o Supremo poderia realizar a técnica da interpretação para suprir a necessidade da população LGBTQIAPN+ enquanto o Poder Legislativo não o faz.

Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia in malam partem. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política” que cabe ao Direito coibir [31]. O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes. Apesar disso, como a interpretação que ora se fixa não é a prevalecente até o momento, penso que, como decorrência do princípio da segurança jurídica, não deve retroagir em prejuízo de possíveis réus. Por isso,

essa decisão deve ser aplicada apenas a condutas praticadas após a conclusão deste julgamento<sup>83</sup>.

A Ministra Rosa Weber também acompanhou o Relator em sua integralidade. Para ela, a omissão resta clara, considerando que o Legislativo ainda não apreciou matéria voltada para a proteção de um grupo vulnerável. Assim como os demais Ministros, para ressaltar a tese, citou o precedente do HC 82.424/RS, o famigerado “Caso Ellwanger”<sup>84</sup>, cujo pano de fundo foi a interpretação do conceito de raça – a mesma realizada neste momento.

No julgamento do HC 82.424/RS, este Supremo Tribunal Federal reconheceu que a definição do conceito jurídico-constitucional de racismo reúne a compatibilização de fatores etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Desse modo, a sua abrangência semântica, a partir da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, não prescinde da conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. Resulta viável, portanto, o acolhimento do pedido de interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, nos termos do voto do eminente Ministro Celso de Mello<sup>85</sup>.

Ainda, Weber entendeu que não seria cabível a indenização pretendida pelo impetrante, por faltar nexo de causalidade específico no caso em tela. Em suma, votou na integralidade com o Ministro Celso de Mello, para reconhecer a mora inconstitucional e, ainda, dar interpretação conforme à Constituição para interpretar o conceito de racismo.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 299.

<sup>84</sup> “Siegfried Ellwanger, que utilizava o pseudônimo de S. E. Castan, foi autor e editor de livros chamados “revisionistas”, de cunho fortemente antissemita e que possuíam o intuito de questionar a existência do holocausto judeu durante a Segunda Guerra Mundial, defendendo a ideia de que diversos dos males da sociedade mundial eram oriundos da comunidade hebraica. Devido à publicação destas obras, Siegfried Ellwanger foi condenado a dois anos de reclusão, calcado no crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90.” Em: SANTIN, J. R.; ABAL, F. C. ANTISSEMITISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO CASO SIEGFRIED ELLWANGER. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 25, n. 10, p. 162-182, abr. 2020. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6194>>. Acesso em: 10 set. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v25i10.6194>.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 394.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, iniciou alegando que atender ao pedido da população LGBTQIAPN+ é cumprir o compromisso com a Justiça, além de um respeito à própria Constituição. Logo, acompanhou os relatores, justificando seu voto detalhadamente em cada item. Em suma, não acolheu a preliminar de que haveria indenização por parte do Estado, por mais reprovável que seja a conduta, porque o objetivo do controle de constitucionalidade é declarar omissão inconstitucional. Sobre o papel do Judiciário, ressalta o Ministro que é pressuposto do Estado Democrático de Direito uma atuação que visa a defesa e proteção da Constituição. Cabe ao Judiciário, portanto, agir com cautela diante do caso concreto, respeitando os preceitos constitucionais.

Isto é, a depender da situação fática apresentada no caso concreto - o grau de impasse ou de inércia dos atores políticos, os impactos e os incentivos gerados pela decisão proferida, a mobilização social presente, a via judicial escolhida, a seara do direito inserida, a concordância prática com outras normas constitucionais -, a Corte deve atuar de forma mais ou menos expansiva<sup>86</sup>.

Ao analisar o caso concreto, Fux compreende que há mora inconstitucional, assim como votou o Relator – ou seja, em face do mandado de criminalização previsto no artigo 5º da Constituição. Para tanto, fez um resgate dos compromissos internacionais do Estado brasileiro, bem como com a própria Constituição da República, cujo dever principal é a preocupação com os direitos e garantias fundamentais, o que não se nota diante de tamanha violência exposta no caso em tela.

É preciso pôr em prática os deveres estatais. Primeiro, o dever de proibição, a fim de se coibir expressamente, mediante sanção-penal, as ofensas, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Segundo, efetivar o dever de garantia da segurança da população LGBT com o intuito de protegê-la das agressões, ameaças e discriminações por elas sofridas na atualidade. Terceiro, concretizar o dever de evitar riscos mediante adoção de medidas de proteção ou de prevenção a fim de se combater as condutas homofóbicas e transfóbicas atualmente tão disseminadas na sociedade brasileira<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 414.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em:

Já a Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, também seguiu o Relator na íntegra, conforme antecipou antes mesmo de dar seu voto total. Em primeiro lugar, entende que o fato de haver projetos de lei em tramitação não afasta a omissão legislativa, conforme jurisprudência do próprio Supremo. Nisto, acatou o pedido para declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional ao não tipificar a homotransfobia. Todavia, entendeu que “A ação objetiva – seja enfatizado – não comporta nem busca juízo de condenação pecuniária, ainda que constatada a omissão legislativa<sup>88</sup>”.

Para a Ministra, há inegável gravidade quando se trata da violência sofrida pela população LGBTQIAPN+. Ainda, há conduta não apenas omissiva, mas comissiva do Poder Público, “[...]a bloquear a tutela pretendida, deixando em desvalia jurídica direitos fundamentais e inalienáveis da cidadania e da dignidade humana<sup>89</sup>”. Para tanto, defendeu o dever de criação de políticas afirmativas, como o caso Maria da Penha, para coibir tais condutas comissivas por parte do Estado.

Mais uma vez, o caso Ellwanger, outrora citado, vem como leading case para a decisão de reinterpretar o conceito de racismo, priorizando Carmen Lúcia que este já é um entendimento pacificado e que deve se estender para o caso em análise, por se tratar de termo amplo. Considerando a proteção constitucional deficiente, existente mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição, a Ministra compreende a necessidade de interpretar o conceito de racismo diante da omissa atuação do Poder Público, inclusive o fazendo em consonância com os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Assim, julgou procedente em partes, também acompanhando o Relator.

---

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 425.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 457.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 462.

Primeiro a abrir divergência, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a estrutura excludente do Estado em relação à população LGBTQIAPN+, e que a engrenagem jurídica, ao longo da história, se mostrou eficiente como mudança dos paradigmas postos. Reconheceu, ainda, que de fato há uma mora inconstitucional. Entretanto, não compreende o Ministro que é dever da Corte reinterpretar outros casos existentes na jurisprudência para atuar nesta seara de ação por omissão legislativa, sob pena de violar o princípio da reserva legal.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.<sup>90</sup>

Portanto, votou o Ministro Lewandowski pelo acolhimento parcial da ação, apenas para declarar a omissão inconstitucional, e cientificar o Congresso Nacional para tomar as medidas cabíveis.

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes apresentou sua decisão, acompanhando integralmente o Relator. Para fazê-lo, Mendes destaca diversas normas constitucionais que respaldam o direito à liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, em especial, no quinto artigo do nosso texto constitucional. Assim, “[...]pretensão que se formula no sentido de combate à homofobia e à transfobia tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade<sup>91</sup>”.

O Ministro ressalta, ainda, que embora haja ação por parte do Congresso Nacional, esta resultou ineficiente, por embaraços causados pela própria Casa Legislativa – a exemplo da morosidade do projeto proposto pela Deputada Iara Bernardi. Mendes aponta, também, que desde o início do julgamento, o Senado Federal demonstrou atividade na tramitação de projetos de lei que, em alguma medida, englobam a discussão acerca da homotransfobia. Assim, compreendeu o Ministro que o caso em tela é efetivo para auxiliar nas relações institucionais

---

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 05 Ago 2023. p. 514.

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. **26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 06 Ago 2023. p. 520.

entre os Poderes da República. Todavia, isto não é suficiente para coibir o estado de mora inconstitucional, acatado pelo Ministro.

Destaca também Mendes que há um mandado de criminalização na Constituição, e que a ausência da tipificação da homotransfobia leva a uma generalização da situação de violência contra este grupo. Por isso, trata-se de um caso em que se deve reconhecer a omissão legislativa e, sobretudo, um direito fundamental básico de uma minoria. Por fim, compreende o Ministro que deve ser aplicada a Lei de racismo aos casos de homotransfobia, mas não como forma de ativismo judicial, e sim de atuação ativa da Corte para garantir direitos fundamentais.

Penúltimo a votar, o Ministro Marco Aurélio Melo também abriu divergência em relação ao voto do Relator. Embora reconheça a gravidade da violência contra a população LGBTQIAPN+, entendeu que a via utilizada não é adequada para deduzir tal pretensão.

Descabe, a partir da garantia à igualdade – artigo 5º, cabeça, da Constituição Federal –, assentar-se, num primeiro passo, a existência de direito público subjetivo à criminalização da conduta de outrem para, num segundo, vislumbrar-se ausência de norma a regulamentar o exercício de tal direito. A ressaltar essa óptica, observem ser da titularidade do Estado, e não dos particulares, o poder-dever de punir<sup>92</sup>.

Para sustentar seu voto, Marco Aurélio ressalta a norma imperativa constitucional que consagra o princípio da reserva legal e, para tanto, defende que esta atribuição cabe, exclusivamente, ao Poder Legislativo, não podendo o Judiciário interferir nesta demanda. É neste contexto que compreende, também, que não caberia ao Supremo interpretar o conceito de racismo, uma vez que a própria legislação deixa claro em que situações isto se aplicaria:

Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o

---

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 26. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 06 Ago 2023. p. 552.

esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto<sup>93</sup>.

Para o Ministro, a competência constitucional é clara, no sentido de contemplar o Congresso Nacional, no artigo 22, o dever de legislar sobre matéria penal, afastando assim qualquer competência do Poder Judiciário neste sentido. Ainda, entende acerca da impossibilidade de decidir, simultaneamente, sobre a mora inconstitucional e a aplicação do crime de racismo para casos de homotransfobia<sup>94</sup>. Assim, rechaça o Ministro que haveria qualquer mandado de criminalização no artigo 5º, inciso XLI, uma vez que as palavras ali expressas têm sentido próprio, não cabendo nova interpretação. Logo, não haveria, portanto, mora inconstitucional e, conseqüentemente, não caberia interpretação na lacuna normativa. Assim, julgou improcedente os pedidos.

Por fim, último Ministro a votar, o então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, votou de forma sucinta pela procedência do pedido em partes, nos moldes do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Ou seja, votou pelo reconhecimento da mora inconstitucional, mas não pela aplicação do crime de racismo frente à lacuna legal.

Assim, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal decidiu por declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional e, conseqüentemente, dar interpretação conforme à Constituição para aplicar a Lei de Racismo em casos de condutas homotransfóbicas. Entretanto, tal decisão foi passível de diversas críticas e defesas, que não passaram despercebidas por juristas e pela sociedade em geral.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 06 Ago 2023. p. 554.

<sup>94</sup> “A controvérsia resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se declara eventual “mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia” ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico- constitucional de racismo”, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989”. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 06 Ago 2023. p. 555.

#### 1.4 REPERCUSSÃO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CONSTRUÇÃO DE UMA LINHA JURISPRUDENCIAL PROTETIVA COMO ARGUMENTO FRENTE ÀS CRÍTICAS

Tratando-se de uma decisão emblemática e que movimentou diversos setores da sociedade – especialmente enquanto *amicus curiae* na ação movida pelo PPS – a decisão do Supremo Tribunal Federal atraiu holofotes para si e, como era imaginável, sofreu diversas críticas pela sociedade e por juristas de modo geral. Os argumentos vão desde questões morais/religiosas, conforme dito pelo Presidente da República à época, Jair Messias Bolsonaro<sup>95</sup>, até discussões sobre os limites da atuação judicial.

Em um artigo publicando no Conjur, o delegado Felix Dollinger criticou a decisão do STF e afirmou se tratar de uma ofensa ao princípio da legalidade e da reserva legal. Isto implica em uma interpretação extensiva que seria prejudicial ao direito penal e, ainda, à própria segurança jurídica consagrada por estes princípios constitucionais. “Quando o STF reconhece uma suposta omissão em matéria penal, equiparando a homofobia ao racismo, ocorre uma clara analogia proibida pela própria Constituição e pela consagrada doutrina. Não há que se falar em interpretação extensiva nem interpretação analógica<sup>96</sup>”.

Na mesma linha de argumentação, André Luiz Maluf, Rogério Greco e William Douglas compreendem que a decisão em sede de controle de constitucionalidade fere a própria Constituição, além das normas base do Direito Penal e alicerces do Estado de Direito. Sustentam que a Lei de racismo, claramente, não comporta em sua prescrição a conduta homofóbica e, neste sentido, uma interpretação que ultrapasse o texto legal viola o princípio basilar da legalidade. Ainda, compreendem que o suposto mandado de criminalização, presente no artigo 5º, inciso XLI invocado pela parte autora e utilizado como

---

<sup>95</sup> Para Bolsonaro, a decisão fere a liberdade religiosa, uma vez que o cristianismo interpreta a homossexualidade como algo a ser repellido. Ainda, entende que a decisão do STF cria uma luta de classes que, segundo ele, prejudica os próprios homossexuais, uma vez que empresários vão repensar antes de contratar gays, já que não se poderia mais [sic] fazer piada sobre isto. Em: AGENCIA BRASIL. **Bolsonaro critica decisão do STF de criminalizar homofobia**. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/bolsonaro-critica-decisao-do-stf-de-criminalizar-homofobia>. Acesso em 08 Set 2023.

<sup>96</sup> DOLLINGER, F. M. V. **Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/felix-magno-omissao-legislativa-principio-legalidade-penal>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

argumento positivo pela Corte, não contempla um mandado específico, pois assim o legislador constituinte não o fez:

Contudo, no caso vertente, não há comando específico e determinado, mas sim um dever geral de proteção conforme a conveniência e oportunidade do legislador para selecionar aqueles bens jurídicos mais relevantes que merecem a tutela do Direito Penal. Mandados de criminalização expressos de fato existem, como no caso do racismo, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV), onde a Constituição resolveu por opção do Constituinte Originário trazer para o seu corpo um tratamento especial *prima facie* sobre as outras condutas que poderiam ser criminalizadas. Nestes casos, há sim, um dever de legislar. Entretanto, extrair da norma geral (XLI), como querem os autores do MI e da ADO supra, um comando vinculante para o Legislativo atuar de forma específica criando um novo tipo penal sob o pretexto da proteção de um bem que a parte considera relevante, e ainda pela via judicial transversa, é derrubar qualquer ideia de reserva legislativa, separação dos Poderes e discricionariedade política na condução da política criminal<sup>97</sup>.

Para os autores, os princípios da legalidade e da reserva legal seriam cláusulas pétreas enquanto direitos fundamentais do cidadão e, nesta toada, por não existir tipo penal específico para crimes de homotransfobia, não poderia haver nenhuma interpretação que levasse a este entendimento. Ainda, considerando a teoria da separação de poderes, consagrada no artigo 2º da Constituição da República, não caberia ao Judiciário prolatar sentença aditiva, sob pena de interferir na tripartição de poderes e, mais uma vez, no princípio da reserva legal. “não há omissão inconstitucional total ou parcial a ser colmatada pelo STF, e ainda que houvesse, tratar-se-ia de matéria sujeita à reserva absoluta do Legislativo, resguardada pelos princípios da legalidade estrita e da separação dos Poderes<sup>98</sup>”.

Um outro argumento abordado pelos autores reflete-se na violação princípio da proporcionalidade no tocante ao viés da proteção insuficiente. Para eles, não haveria, na suposta omissão legislativa, uma proteção insuficiente, uma vez que existem outros tipos penais na legislação brasileira que abarcam o

---

<sup>97</sup> MALUF, A. L.; GRECO, R.; DOUGLAS, W. **Conflito entre os Poderes** : pode o Supremo criar o crime de homofobia? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019>. Acesso em 05 de set. de 2023.

<sup>98</sup> MALUF, A. L.; GRECO, R.; DOUGLAS, W. **Conflito entre os Poderes** : pode o Supremo criar o crime de homofobia? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019>. Acesso em 05 de set. de 2023.

preconceito contra a população LGBTQIAPN+, tais como injúria e difamação. Isto posto, só haveria possibilidade, portanto, de decisão em sede do princípio da proporcionalidade na proteção insuficiente em casos de mandado de criminalização expresso, como terrorismo e crimes hediondos. Do contrário, haveria uma evidente atuação desproporcional pela Corte na criação de um tipo penal.

Por fim, sustentam que a melhor saída, neste caso, seria o diálogo institucional: ao invés de declarar a mora e reinterpretar o conceito de racismo, deveria dialogar com o Legislativo, no sentido de propor a necessidade de criação de tipo penal, o que não usurparia a competência do Supremo e, tampouco, violaria princípios basilares do Direito Penal<sup>99</sup>.

O professor da Universidade de São Paulo, Gustavo Badaró, é mais assertivo na crítica ferrenha que tece ao STF: “Não temos mais, portanto, garantia da legalidade no direito penal! Descanse em paz nullum crimen, nulla poena, sine lege<sup>100</sup>”. Em sua contestação à decisão, reafirma o entendimento de que a homofobia é prejudicial, que os direitos da população LGBTQIAPN+ devem ser respeitados e, sobretudo, que a Constituição Federal é clara neste sentido ao abarcar os direitos e garantias fundamentais. Todavia, segundo o professor, isto não significa que “[...]quem assim agir estará praticando um ato de preconceito racial e, muito menos, que possa ser punido pelas figuras que caracterizam o crime de racismo, previstas na Lei nº 7.716/1989<sup>101</sup>”.

Não existiria, de acordo com Badaró, nenhum indicativo na lei de racismo que pudesse contemplar atos de homotransfobia, uma vez que pertencer à população LGBTQIAPN+ não possui conexão com raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, prescritos na lei. Tipificar a homotransfobia é necessário, mas não deve ser realizado pelo Poder Judiciário, e sim pelo Congresso

---

<sup>99</sup> MALUF, A. L.; GRECO, R.; DOUGLAS, W. **Conflito entre os Poderes** : pode o Supremo criar o crime de homofobia? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019>. Acesso em 05 de set. de 2023.

<sup>100</sup> BADARÓ, G. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo** : um truque de ilusionista. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

<sup>101</sup> BADARÓ, G. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo** : um truque de ilusionista. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

Nacional e, ainda assim, não seria necessariamente a medida mais eficiente de acordo com o professor. O caminho, portanto, é a criação de políticas públicas pelo Estado, afim de coibir atos de violência contra esta população.

Logo, o que é defendido pelo autor é o princípio da legalidade, e não da jurisdicionalidade, ou seja, o Judiciário determinando o que é ou não legal e, assim, criando tipos penais. Julgar de acordo com a interpretação da norma é viável, segundo Badaró, mas não pode alcançar um sentido de máxima discricionariedade e liberdade interpretativa, pois isto afetaria também a segurança jurídica. Assim, conclui:

Depois de toda a defesa da legalidade, e da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal criar tipos penais, o voto do ministro Celso de Mello, no que acaba de ser acompanhado por seus pares, realizou um verdadeiro truque de ilusionista: não é possível criar um tipo penal, mas é possível utilizar um tipo penal já existente, para considerar crime algo que nele não está descrito<sup>102</sup>.

Monique Cheker vai além ao tecer críticas à decisão do Supremo, alegando que esta viola os princípios garantistas de Luigi Ferrajoli, que busca a proteção contra as arbitrariedades e a violação à liberdade que são imperativas no Direito Penal. Para tanto, Cheker resgata o conceito de legalidade estrita do teórico italiano, no sentido de que se trata da condição de validade das leis vigentes, uma vez que leva em consideração outras garantias que são expressas na legalidade penal. Isto significa que, para Cheker, que a interpretação do crime de racismo para incluir a homotransfobia viola o princípio garantista, em conjunto com a concepção de estrita legalidade<sup>103</sup>.

Outro argumento trazido pelos críticos à decisão trata da inexistência de omissão legislativa pelo Congresso Nacional. Em artigo publicado no Conjur, Rafael Dalla Barba defende que, ontologicamente, não poderia se aplicar o crime de racismo em casos de homotransfobia, o que resulta em analogia *in malam partem*. Para ele, “[...] Iguar esses conceitos assim não seria menos absurdo

---

<sup>102</sup> BADARÓ, G. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo** : um truque de ilusionista. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

<sup>103</sup> CHEKER, M. **Criminalização da homofobia pelo STF viola garantismo de Ferrajoli** . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-03/monique-cheker-criminalizacao-homofobia-stf-viola-garantismo-ferrajoli>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

do que igualar livros a mesas, cachorros a gatos ou a associação mais arbitrária que nos venha à cabeça [...]”<sup>104</sup>. Ainda, Barba compreende que não há mandado de criminalização expresso na Constituição neste sentido, o que gera a ausência de um dever institucional do Legislativo em criar um tipo penal específico para crimes contra a população LGBTQIAPN+.

Também não há nenhum indício de que o constituinte tenha pretendido ampliar o significado do conceito de racismo — este sim objeto de mandamento de criminalização constitucional — para abranger outros tipos de fenômenos ou coisas. Pelo contrário: o próprio texto constitucional defere ao legislador a tarefa de tipificar o racismo. Aliás, desde a edição da Lei 7.716/89, o legislador já fez duas modificações no seu texto, não sinalizando em nenhuma delas que sua intenção tenha sido incluir questões de gênero ou identidade sexual. Se o quisesse, já o teria feito quando aumentou a proteção diante de crimes resultantes de preconceito contra raça ou aprovou o estatuto da igualdade racial. Se raça é um fenômeno ontologicamente distinto de gênero e se a Constituição ordena a proibição (sempre por intermédio do Legislativo) exclusivamente do racismo, a conclusão só pode ser a inexistência de mora legislativa<sup>105</sup>.

Ainda defende o autor que o STF apenas interpretou um possível mandado de criminalização que estaria no artigo 5º, inciso XLI da Constituição, mas que, de fato, não existe. Para tanto, lança questionamentos que, no seu entendimento, caberiam em uma suposta omissão legislativa:

A pergunta é: se há mora legislativa decorrente desses termos, de onde podemos concluir que a Constituição obriga o legislador a proibir, primeiro jurídica e segundo criminalmente? Por quais razões “mora” significaria uma (i) obrigação do (ii) Poder Legislativo em (iii) proibir (iv) criminalmente determinada conduta? E se há uma mora, qual é o prazo para o legislador cumpri-la? Qual a possível sanção?<sup>106</sup>

Diante deste cenário, Barba finaliza com a constatação de o que deve prevalecer é o princípio da separação de poderes, pois assim se garantirá a civilização de fato. Reconhecer a homotransfobia, nos termos proferidos pelo STF, seria usurpar a competência que lhe é dada constitucionalmente.

<sup>104</sup> BARBA, R. G. D. **Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

<sup>105</sup> BARBA, R. G. D. **Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

<sup>106</sup> BARBA, R. G. D. **Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

Em se tratando da separação de poderes, Luiz Augusto Rutis afirma, veementemente, que somente o Poder Legislativo teria competência para criminalizar a homofobia. Não nega, todavia, que há omissão legislativa. Mas critica, em contrapartida, a flexibilização dada pelo Supremo ao flexibilizar normas expressamente constitucionais sobre a criminalização de condutas. Rutis ressalta que a arguição trazida na ação, corroborada pela PGR, é se ‘causar arrepios’ e não se sustenta, uma vez que tal flexibilização da legalidade em prol da interpretação constitucional não é possível em matéria de direito penal<sup>107</sup>.

A expressão “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” inclui, em concepção doutrinária clássica, a noção de lei prévia, escrita, estrita e determinada. Esse é o conteúdo normativo do que se denomina princípio da legalidade. Não há qualquer mandamento de otimização no artigo 5º, XXXIX, CF. A aplicabilidade da referida norma não está sujeita às possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Não existe espaço para ponderações aqui. A legalidade penal é aplicada na lógica do “tudo ou nada”. Ou a norma incriminadora foi elaborada previamente à conduta tipificada, está escrita, seguiu todas as formalidades legislativas, prescrevendo uma conduta determinada, e, por tudo isso, é legítima; ou, faltando algum desses requisitos, a criminalização será inidônea, inconstitucional<sup>108</sup>.

Assim, defende Rutis que não existe mandado de criminalização e, ainda que existisse, este caberia somente ao Legislativo, não podendo o Judiciário realizar interpretação diversa sob pena de ferir o princípio da separação de poderes constitucional.

Estas são apenas algumas das críticas que foram tecidas em relação à omissão legislativa e conseqüente interpretação constitucional declarada pela Corte brasileira. Evidente, existem diversas outras, mas que caminham na mesma linha argumentativa: analogia in malam partem, violação ao princípio da separação de poderes e usurpação da competência ao interpretar norma que não pretende abarcar o conceito de homotransfobia enquanto racismo.

---

<sup>107</sup> RUTIS, L. A. **Apenas o Poder Legislativo pode criminalizar a homofobia** . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/luiz-rutis-apenas-legislativo-criminalizar-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

<sup>108</sup> RUTIS, L. A. **Apenas o Poder Legislativo pode criminalizar a homofobia** . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/luiz-rutis-apenas-legislativo-criminalizar-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

Em que pese as argumentações, defende-se, na presente tese, de que não se trata de uma violação de fato, mas sim de controle de constitucionalidade cujo principal objetivo é efetivar preceito constitucional e, sobretudo, preservar direitos e garantias fundamentais. Os motivos pelos quais a criminalização da homotransfobia é importante já foram descritos no início deste capítulo e, na decisão do STF, os fundamentos são os mesmos. A violação, preconceito e consequente processo de exclusão da população LGBTQIAPN+ são recorrentes na sociedade brasileira, o que viola diretamente os direitos resguardados no texto constitucional. Se o Legislador não agiu para tornar efetiva a referida proteção, cabe à Corte tomar para si as rédeas da democracia, operando em consonância com a teoria do judicial review, com objetivo de proteger a Constituição – o que lhe é legitimamente garantido pela norma de 1988.

A linha jurisprudencial construída pela Corte, cuja função precípua é a proteção de direitos inerentes à população LGBTQIAPN+, tem sido tecida com o mesmo fio condutor que perpassa por todo o texto constitucional, com perspectivas de tutela de direitos e garantias fundamentais, prezadas pelo constituinte originário. Neste sentido, há alguns anos o Supremo Tribunal Federal profere decisões que não necessariamente ampliam tais direitos, mas que na realidade garantem uma efetiva proteção da intenção do legislador quando da prescrição de garantia dos direitos individuais. Vejamos como isto tem funcionado ao longo do tempo.

A primeira e histórica decisão diz respeito ao reconhecimento da união estável homoafetiva, em 2011. Em sede de controle de constitucionalidade, na ADPF n. 132 e ADI 4.277, o Supremo equiparou as relações homoafetivas às uniões estáveis entre casais heterossexuais, após a ação ser proposta pelo governo do Estado do Rio de Janeiro. O que se discutia era a aplicação do regime jurídico de união estável para casais homoafetivos, na interpretação conforme a Constituição, de modo a tornar efetiva norma estadual sobre o Estatuto do Servidor Público do Rio de Janeiro<sup>109</sup>.

Em síntese, o objetivo era declarar o preceito fundamental de direito à liberdade e igualdade por parte de casais homoafetivos, em interpretação

---

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 12 set. 2023.

conforme, uma vez que estes estariam excluídos do rol de benefícios garantidos aos servidores públicos do Estado, em especial casais heteronormativos. Em sede de ADI, julgada em conjunto, o que se pleiteava era a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723<sup>110</sup> do Código Civil, afim de reconhecer a união estável de casais homoafetivos também.

Neste cenário, o Supremo julgou procedente as ações "[...] para o fim de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-lhe, ainda, as mesmas regras e consequências jurídicas inerentes à união estável heterossexual<sup>111</sup>".

Já no ano de 2015, a Corte julgou a ADPF 291, que trata da descriminalização da homossexualidade no âmbito militar. O que se discutia era o artigo 235 do Código Penal Militar – Decreto-Lei 1001/1969, que assim prescrevia: “Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano<sup>112</sup>.”

Os requerentes alegavam que o referido dispositivo no Código Militar violava diversos artigos da Constituição, em especial os que tratam de direitos individuais, como os prescritos no artigo 5º, I, III, X e LXI. Pleiteavam, portanto, pela invalidação desta norma, pois ela violaria preceitos fundamentais indispensáveis à liberdade individual. Todavia, a Corte compreendeu que “[...] a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição)<sup>113</sup>”. Logo, manteve válida a norma em virtude do seu conteúdo protetivo, mas interpretou a não recepção pela Constituição Federal de 1988 dos termos ‘pederastia’ e ‘homossexual’, uma vez que estes são discriminatórios e ofendem a liberdade de orientação sexual.

---

<sup>110</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 12 set. 2023. p. 20.

<sup>112</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em 15 set. 2023.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 221**. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em 15 set. 2023.

Em 2017, a Suprema Corte tratou do regime de sucessão de bens para casais homoafetivos, no Recurso Extraordinário 646.721, do Rio Grande do Sul. O que se pleiteava era a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil<sup>114</sup>, que estabelecia uma condição discriminatória entre cônjuges e companheiros, na sucessão dos bens do casal. De modo que o STF já havia conhecido a união homoafetiva, o Recurso também buscava tratar do direito sucessório entre casais do mesmo sexo também. Neste sentido, a Corte compreendeu que existem múltiplas condições familiares e que, à luz da Constituição, tal norma do Código Civil seria inconstitucional. Portanto, deu provimento ao recurso e passou a inserir casais homoafetivos nos casos de sucessão.

No ano seguinte, em 2022, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275. Neste julgamento, o objeto da lide era a Lei n. 6.015/1973, que trata dos registros públicos. Em seu artigo 58, há a possibilidade de alteração do registro civil, por meio do pronome, que pode ser substituído por apelidos públicos notórios. Todavia, o processo de retificação para pessoas trans e travestis era mais burocrático e dependia de cirurgia de redesignação sexual, o que dificultava as alterações por estas pessoas. Neste sentido, a Ação postulava a declaração de inconstitucionalidade ao referido diploma legal, uma vez que esta norma era discriminatória e ofendia direitos individuais das travestis e transexuais.

Em julgamento histórico, a Corte deu provimento ao pedido, realizando interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, para “[...]reconhecer aos transgêneros o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes<sup>115</sup>”. No Acórdão, é possível verificar, em síntese, o entendimento dos Ministros:

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental

---

<sup>114</sup> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.275**. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 15 set. 2023.

subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente<sup>116</sup>.

Em matéria educacional, a Corte também se manifestou na ADPF 457, acerca da divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual nas escolas. Embora a discussão tenha ocorrido, em partes, sobre critérios de competência legislativa constitucional, o que merece destaque, aqui, é o debate acerca da liberdade de ensinar e de aprender, nas diversas temáticas que permeiam a educação. Neste sentido, a Corte declarou inconstitucional a Lei n. 1.516/2015, do município de Novo Gama, em Goiás. Tal lei proibia a veiculação de materiais que tratassem da suposta “ideologia de gênero” e, diante da alegação de inconstitucionalidade, o STF decidiu dar provimento ao pedido, declarando a inconstitucionalidade da referida norma por violar o direito de liberdade de ensinar e aprender, além de reconhecer o papel do Estado em combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Assim, tornou efetivo, também, a dignidade humana existente na Constituição da República<sup>117</sup>.

Regentes da ministração do ensino no País, os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, conseqüentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF), não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhada pelas maiorias.

Ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF)<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.275**. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 15 set. 2023.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 457**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>. Acesso em 15 set. 2023.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 457**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>. Acesso em 15 set. 2023.

Em mais um importante julgado, em 2020, o Supremo também se manifestou acerca da possibilidade de doação de sangue por homossexuais. Trata-se da ADI n. 5.543, cujo objeto foi a inconstitucionalidade do artigo 64, inciso IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, que determinava como inapto para doar sangue homens que tiveram relações com outros homens<sup>119</sup>. Além deste, foi objeto do controle de constitucionalidade uma Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, a RDC n. 34/2014, que estabelecia diretrizes de boas práticas no ciclo do sangue.

Diante deste cenário, o STF declarou a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, por violar a dignidade da pessoa humana. No entendimento da Corte, a restrição acaba por ferir a autonomia privada de homossexuais, além de violar o direito de igualdade previsto como direito fundamental. Logo, a dignidade da pessoa humana seria prejudicada em virtude de uma conduta discriminatória.

O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim<sup>120</sup>.

Portanto, a jurisprudência da Corte sempre caminhou em uma linha de proteção de direitos humanos, com vistas a proteger a dignidade humana da população LGBTQIAPN+. As condutas discriminatórias do Estado e da sociedade, de modo geral, fere preceitos básicos cujos titulares são todos os indivíduos e, neste sentido, parece claro que há uma exclusão aos membros da população em análise.

As violências sofridas por este grupo, conforme visto anteriormente, são diversas e podem ensejar inclusive a morte de gays, lésbicas, travestis e

---

<sup>119</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em <[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)>. Acesso em 15 set. 2023.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.543**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acesso em 15 set. 2023.

transexuais de modo geral, devendo o Estado realizar a proteção que lhe confere a Constituição de 1988. Até o momento, o Poder Legislativo não se posicionou e sequer cumprir o seu dever legal de criar norma protetiva a esta população, ainda que evidente a sua incumbência. É por isto que cabe ao Judiciário, enquanto poder estatal e, solidariamente, responsável por esta tutela, declarar a omissão inconstitucional do Legislativo frente à sua evidente conduta omissiva.

Para além disto, o Judiciário detém o poder-dever de tutelar este grupo diante de tal omissão e, neste contexto, acertada a decisão de interpretar a lei de racismo para inserir condutas homotransfóbicas, demonstrando que o Estado brasileiro ainda se preocupa com direitos individuais, e que é seu dever fazer valer o que prescreve o texto constitucional.

## CAPÍTULO 2: MÚLTIPLAS LENTES E O DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A proteção de direitos humanos passa a ser objeto de preocupação internacional com o final da 2ª Guerra Mundial, com a busca efetiva da salvaguarda dos indivíduos enquanto sujeitos de direito. Para que isto ocorresse, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um precedente normativo, dando origem a diversos instrumentos espalhados pelo globo que pudessem caracterizar a unificação do pensamento e espírito dos Estados neste momento: o diálogo intraestatal e a redução de violações cometidas contra os indivíduos.

Essa expansão dos direitos humanos significa também tratar de um diálogo entre sistemas internacionais de proteção, ou seja, na necessidade de construir uma relação calcada na troca de experiências, observando a diversidade e complexidade de cada um destes sistemas, especialmente no que se refere à prática da tolerância.

Isto implica em dizer que não basta apenas a cooperação internacional na busca da implementação de direitos, mas também na sedimentação de uma relação dual, marcada pela constitucionalização do direito internacional e na internacionalização do direito constitucional para que, efetivamente, alcancemos maior efetividade na proteção dos direitos humanos fundamentais<sup>121</sup>.

Para tanto, a criação de um direito comum é calcado na horizontalidade das relações entre as variadas ordens que compõem o sistema de proteção de direitos, aproveitando-se os distintos entendimentos e interpretando-os para alcançar um sentido comum e adequado para a proteção do indivíduo. Ou seja:

A criação de um direito constitucional comum e dialogado dá maior legitimidade às decisões, sobretudo em se tratando de direitos em disputa, porque traz maior nível de concordância, proveniente de uma fundamentação que se frui de argumentos já utilizados em situações materialmente conexas ao que está sendo discutido<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> FACHIN, Melina Girardi. À guisa de introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível. In: FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo Multinível: diálogos a partir do direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

<sup>122</sup> FACHIN, Melina Girardi. À guisa de introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível. In: FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo Multinível: diálogos a partir do direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017, p. 25.

O que se pretende, no presente capítulo, é apresentar como o constitucionalismo multinível, transformador ou comum – conforme apontado pelos autores – é uma ferramenta adequada para fazer a leitura da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da criminalização da homotransfobia. Isto porque a relação dialógica entre os sistemas de proteção de direitos humanos é uma ferramenta valiosa para a concretização destes direitos e, a partir da cláusula de abertura<sup>123</sup> na Constituição Federal de 1988, permite-se que a atuação judicial em matéria de proteção e defesa de direitos humanos deve ser realizada de modo concorrente entre o âmbito interno e externo.

Pensar o diálogo comum entre os sistemas significa perscrutar em que contexto este se insere, onde se inicia e como percorre esta construção. Diálogo, no sentido estrito, pressupõe a troca de ideias entre duas ou mais partes, de forma interativa, e que contempla – não necessariamente – como resultado o acordo. Em matéria de direito constitucional, o diálogo possui um caminho ainda mais tortuoso: constitucionalistas, de modo geral – e sem aqui parecer crítico a esta postura – tendem a considerar o controle de constitucionalidade e a norma interna como fonte suprema de valor interpretativo dos casos concretos. Neste momento, importa inverter esta lógica que, atualmente, parece ultrapassada.

Para tanto, para vencer este desafio, será realizada uma revisão acerca dos principais aportes teóricos referentes a este diálogo entre sistemas, apontando como esta construção ocorre e quais os sentidos e impactos por ela trazidos, formando assim uma rede de proteção em direitos humanos. É a partir daí que se inicia uma intensa fundamentação acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e seu impacto transformador na garantia dos direitos da população LGBTQIAPN+. Agora, a lente deixa de ser unicamente constitucional, mas passa a ser múltipla e ampla na releitura do direito.

## 2.1 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO COMUM PARA O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

---

<sup>123</sup> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ao se considerar que a construção do direito não necessariamente deve ocorrer nas fronteiras estatais – especialmente se considerarmos o mundo globalizado e a teoria geral dos direitos humanos – mas também nos espaços extraestatais, os juízes assumem um papel primordial para a sedimentação desta nova forma de ler o direito constitucional.

Laurence Burgorgue-Larsen apresenta, em carta encaminhada ao Presidente do Tribunal Francês, Bruno Genevois, uma defesa da tese da necessidade de internacionalização do diálogo entre os juízes. Para tanto, compreende que, no mundo globalizado em que vivemos, é necessário internacionalizar as decisões nacionais e, em contrapartida, nacionalizar os processos internacionais, uma vez que isto contribui para a construção de um direito múltiplo.

A noção de diálogo, pensada a partir da perspectiva de Larsen, deve abarcar não somente a relação dual entre juizes, mas sim assumir uma função multidimensional, ampliando as noções e interações de vários julgadores. Ao seu ver, isto pode ocorrer sob o manto de dois contextos específicos: no primeiro deles, um sistema vertical, ocorrido entre um juiz internacional e um juiz doméstico, na qual “um conjunto de vinculações processuais específicas oriundas dos sistemas internacionais que dominam as ordens jurídicas internas que vão obrigar os juízes, assentados nas duas margens do espaço jurídico: a margem nacional e a margem supranacional, a conversar”<sup>124</sup>. Já o segundo cenário trata de um diálogo mais aberto, no qual “juízes de todas as tendências se lançam em conversas judiciais na base de uma abertura espontânea ao mundo da justiça na sua globalidade internacional<sup>125</sup>”. O primeiro, ela denomina como sistema orquestrado; o segundo, sem nexos.

Larsen aborda a importância do diálogo judicial e da integração jurídica, tanto na Europa quanto em outras regiões do mundo, como América Latina e

---

<sup>124</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145>>. Acesso em 01 Abr. 2024. p. 265.

<sup>125</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145>>. Acesso em 01 Abr. 2024. p. 265.

África. O caso Cohn-Bendit é citado como importante na jurisprudência administrativa francesa, pois mostra o quanto o direito comunitário surge como ferramenta adequada para o diálogo dito orquestrado. E assim, por meio deste diálogo, entre jurisdições nacionais e a Corte de Justiça, que se alcançou o desenvolvimento da integração europeia.

Este modelo de diálogo, para Larsen, não é mais exclusivo da Europa, mas também se desenvolve em países latino-americanos e africanos, refletindo a multiplicidade do processo de integração e demonstrando um fenômeno de internacionalização. Essa integração exportou-se, refletindo nos sistemas jurídicos dessas regiões. Não obstante, menciona também o diálogo que ocorre no âmbito das convenções de proteção dos direitos humanos, que, embora menos estruturado, é induzido pela subsidiariedade dos mecanismos de garantia coletiva, tornando juízes nacionais como motores das mudanças normativas nos Estados partes das convenções de proteção.

A título exemplificativo, o sistema interamericano caminha neste sentido. A construção de um diálogo entre juiz nacional e juiz da Corte Interamericana se torna uma realidade que, de acordo com Larsen, decorre de dois fatores primordiais: o primeiro está relacionado ao artigo 2º da Convenção Americana, que determina que os países adequem sua legislação interna às normas do sistema; o segundo, diz respeito ao controle de convencionalidade legitimado pelos sistemas constitucionais dos países membros da Convenção, uma vez que se tornam jurisprudência das decisões domésticas, fomentando este diálogo múltiplo. A Colômbia aparece, assim, como um exemplo importante desta ferramenta, posto que insere em suas decisões diversas das interpretações realizadas pelo Sistema interamericano. Trata-se, portanto, de um diálogo convencional.

Os diálogos são construídos a todo tempo, entre os juízes nacionais – a qual Larsen denomina como diálogo horizontal – bem como entre juízes exógenos, conhecido como diálogo vertical. São diversas as decisões que, por vezes, realizam esta troca de fundamentos que, por um lado, dizem respeito ao próprio mundo globalizado, pelo qual as relações entre países se constroem em diversas áreas – e a jurídica não poderia ser diferente<sup>126</sup>. Há, portanto, a

---

<sup>126</sup> “Os juízes não permanecem enclausurados nas suas torres enquanto que, por toda parte, a necessidade de se adaptar à interpretação dos mercados, das economias, das finanças, da

necessidade interna de construir estes diálogos, fundamentais para a construção de direitos que, por vezes, são comuns em diversos espaços no mundo.

Mas Larsen não ignora as dificuldades decorrentes da construção deste diálogo, deixando evidente em sua obra os obstáculos que emergem nesta possível interação entre os sistemas. Afinal, a simples menção a uma decisão estrangeira não caracteriza, por si só, um diálogo. É necessário ir além, de modo a obter uma verdadeira relação de entrosamento entre os sistemas para que o diálogo, de fato, ocorra. E isto se dá, segundo Larsen, devido ao avanço das relações globais nos diversos setores, dentre os quais o Judiciário não fica alheio e os juízes apontam abertos a outros juízes.

A resposta para este diálogo está na coerência:

Trata-se, ora de garantir a coerência de sistemas cujos princípios de funcionamento são similares: encontramos, então, aqui, a lógica de sistema, é o ideal sistêmico; ora in fine de fazer prevalecer uma visão comum dos direitos da pessoa humana, e até de seu grau de proteção, é o ideal humanista. O ideal sistêmico é evidente no campo dos processos de integração (econômica e política); induzem necessariamente a um diálogo entre os juízes dos sistemas integrativos<sup>127</sup>.

Neste sentido, Larsen aponta uma série de relações entre sistemas distintos e juizes que fazem aprofundar ainda mais a noção do que seria, de fato, o diálogo. Grande exemplo, para ela, são as interconexões entre Sistema americano (Corte Interamericana) e o Sistema Europeu (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) que, conjuntamente, controem uma rede de proteção de direitos, em um verdadeiro sistema humanista. Isto se deu, especialmente, pela

---

pesquisa etc. impera. Os questionamentos se tornam idênticos de perto ou de longe nos cinco continentes, principalmente quando se trata de direitos fundamentais. Os juízes não podiam simplesmente ficar na beira da estrada, i.e. fora das múltiplas mutações dos sistemas jurídicos e de suas interconexões; não podiam ser espectadores desse movimento sem ter a vontade (bem compreensível) de se tornar atores principais dele, sob pena de ver sua autoridade e, sem dúvida, igualmente, sua legitimidade (suficientemente discutida de vez em quando) claramente questionadas. Nesse contexto de abertura dos sistemas, não é de se admirar do fato que os atores que os compõem sejam atentos a o que acontece “em outro lugar”, o que acaba aparecendo na função de julgar”. Em: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Prismas**: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145>>. Acesso em 01 Abr. 2024. p. 291.

<sup>127</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Prismas**: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145>>. Acesso em 01 Abr. 2024. p. 293.

atuação da Corte Interamericana em resgatar a jurisprudência europeia consolidada, o que fez a abertura para um diálogo que produziu, conseqüentemente, a utilização da jurisprudência interamericana pelo Tribunal Europeu.

O diálogo ocorre, sobretudo, pela necessidade a partir de discussões globais que exigem a criação de um sistema comum internacional. Dentre estes casos, Larsen cita a homoparentalidade, eutanásia, pena de morte, dentre outros, como questões que incitam à busca por respostas no campo interno, estrangeiro e internacional. “O que está certo é que os juízes se abrem às decisões estrangeiras: eles podem usá-las para seu conforto para os únicos fins de fortalecer uma argumentação interna, ou então, de forma mais audaciosa, no objetivo claro de operar uma magistral mudança de rumo”<sup>128</sup>.

Portanto, o que Larsen coloca em cheque, em suma, é a necessidade de abertura para a construção de diálogos, o que nos leva a criação de um sistema comum capaz de abarcar os variados problemas jurídicos ao longo do globo. O fortalecimento deste diálogo permite a dimensão de um direito produzido à luz das melhores práticas, de modo que os juízes se permitem utilizar de referências estrangeiras para a realização do diálogo em si.

Ainda, é importante priorizar que esta relação já ocorre, mesmo que de forma não homogênea. Ao longo de sua Carta, Larsen aponta as correlações existentes entre Tribunal Europeu, Africano, Sulamericano, dentre outros, como forma de ressaltar sua tese de que o diálogo entre os sistemas é uma tendência, justamente devido a troca entre juízes em âmbitos distintos e, para além disso, da necessidade imposta pelo próprio sistema globalizado das relações econômicas, sociais e jurídicas. Logo, seu apelo é pelo dever, entre os mais variados sistemas jurídicos, de incorporar decisões capazes de produzir o que ela denomina de um ideal humanista que proteja, de fato, direitos fundamentais.

Importante ressaltar que o diálogo não está pautado, apenas, na jurisprudência de variados tribunais, mas também na doutrina de outras regiões que permitem a incorporação de decisões voltadas para a garantia de direitos

---

<sup>128</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145>>. Acesso em 01 Abr. 2024. p. 301.

humanos. A título exemplificativo, Larsen e Cespedes<sup>129</sup> citam uma verdadeira rede de diálogo produzida por diversos atores, dentre os quais a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os advogados e demais praticantes que nela atuam<sup>130</sup>, quando se refere ao uso de decisões partindo do Tribunal de Estrasburgo.

Todavia, no sentido inverso, a relação não foi a mesma – o que não pode ser encarado como algo desanimador ou impedimento para a construção do diálogo. Isto porque os autores ressaltam a existência de outros vetores que fomentam o diálogo entre os juízes, especialmente se tratando do sistema europeu, que tem forte atuação de ONGs e grupos acadêmicos por meio de *amici curiae*. Há, ainda, o papel significativo das vítimas em recorrer à jurisprudência do sistema interamericano como instrumento de defesa, funcionando assim como vetor do diálogo entre as Cortes.

Em seus estudos qualiquantitativos, Larsen e Cespedes perceberam o aumento gradativo das decisões no âmbito europeu que se valem de decisões interamericanas como fundamento denominado de “direito internacional relevante”. Perceberam, também, que a menção dos sistemas distintos, uns pelos outros, decorre de aspectos tanto processuais quanto materiais. No campo processual, prevalecem menções acerca da dimensão de competência *rationae temporis* e do princípio de *estoppel*; no aspecto material, o diálogo se torna mais entrelaçado:

Há muitas questões sobre as quais a CIDH faz referência à jurisprudência do TEDH. Estes temas vão desde o método de interpretação evolutiva da Convenção, até os métodos para determinar as reparações em casos de expropriação. Por outro lado, as questões

---

<sup>129</sup> BURGORGUE –LARSEN, Laurence; CESPEDES, Nicolás Montoya. O diálogo Judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. In: UREÑA, R.; GALINDO, George et al. **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. Disponível em: <[http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PMDH\\_Manual\\_portugues%20%281%29.pdf](http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PMDH_Manual_portugues%20%281%29.pdf)>. Acesso em 29 Abr. 2024.

<sup>130</sup> Do exposto resulta que, segundo refletido nas próprias sentenças, os principais vetores entre a jurisprudência da Corte de San José e do Tribunal de Estrasburgo são os membros do sistema interamericano de direitos humanos, ou seja, a Corte, os seus juízes e a Comissão. A este respeito, é surpreendente que nas sentenças da CIDH, talvez por causa da maneira em que esta resume os seus argumentos, não seja refletido se as vítimas, os Estados ou os *amici curiae* também atuam como vetores. Esse trabalho é de se esperar, pois, como já foi referido, a importância óbvia da jurisprudência europeia para a Corte de San José como ferramenta de persuasão, sugere que todos os participantes são vetores potenciais entre os dois sistemas. Na realidade, são os estudos doutrinários, por vezes com base na experiência prática, que nos levam a pensar que ONGs como *amici curiae* desempenham um papel claro na matéria.

relevantes nas quais o TEDH faz referência às sentenças da Corte de San José estão concentradas de forma particular em dois aspectos: o desaparecimento forçado e as obrigações positivas dos Estados que são derivadas da Convenção regional<sup>131</sup>.

Em que pese as análises mais detalhadas feita pelos autores acerca de cada um destes direitos utilizados como fonte do diálogo, esta tese inspira-se nos estudos de Larsen e Céspedes para demonstrar que o diálogo entre sistemas é possível, e que há uma crescente via entre sistema europeu e interamericano no que tange à proteção de direitos humanos. Ainda que o sistema americano se valha mais do sistema europeu do que o contrário - e por razões histórico-cronológicas - os pesquisadores corroboram que as intersecções entre sistemas é uma realidade.

É pensando na necessidade da construção de um diálogo para a proteção em matéria de direitos humanos que importa considerar quais os tipos de posturas devem ser adotadas pelos juízes, sejam em âmbito interno ao Estado, sejam aqueles pertencentes a estruturas sistêmicas de proteção de direitos humanos, para que o constitucionalismo multinível avance como pauta de um direito comum.

Se para Larsen o papel está parcialmente centrado nos juízes, Jackson parte para o papel que este desempenha em sua atuação na construção do diálogo. Para tanto, partindo desta análise é que Vicki Jackson<sup>132</sup> demonstra a existência de três tipos de posturas distintas de tribunais no que se refere à matéria do diálogo entre cortes. Sucintamente, tratemos de cada uma delas.

A primeira, denominada de resistência, é compreendida como indiferença à leis internacionais ou ordenamentos jurídicos distintos do direito constitucional interno, postura esta recorrente nos Estados Unidos da América. Em segundo lugar, tem-se a postura de convergência, na qual as cortes realizam a interpretação constitucional em harmonia com leis internacionais e as melhores práticas baseadas no consenso transnacional.

---

<sup>131</sup> BURGORGUE –LARSEN, Laurence; CESPEDES, Nicolás Montoya. O diálogo Judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. In: UREÑA, R.; GALINDO, George et al. **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. P. 19. Disponível em: <[http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PMDH\\_Manual\\_portugues%20%281%29.pdf](http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PMDH_Manual_portugues%20%281%29.pdf)>. Acesso em 29 Abr. 2024

<sup>132</sup> Jackson, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance and engagement. 35 **Federal Law Review**, 161, 2007.

Por fim, há a postura intitulada de engajamento, caracterizada por uma forma intermediária, na qual os juízes nacionais não estão inteiramente fechados a interpretar suas normas constitucionais em consonância com a Constituição do Estado, mas também não assumem um comportamento inteiramente aberta de diálogo e harmonização do direito externo e interno.

Consoante a proposta deste ensaio e coadunando com o exposto no tópico anterior, a postura de convergência de apresenta como a mais adequada para a construção do diálogo multinível. Há que se ressaltar que instrumentos normativos internacionais, como tratados de direitos humanos, assumem papel fundamental para a perspectiva convergente. Todavia, é preciso caminhar no mesmo sentido da proposição de Jackson, que seja, destacar o papel de juízes na construção de um sistema transnacional de proteção.

Assim, a convergência pode ser entendida de diversas maneiras – como uma postura normativa em constituições e tribunais, ou como um modo quase normativo, quase funcional. Pode surgir da teoria normativa, de fatores institucionais (relacionados com o papel dos tribunais e dos juízes) e de forças exógenas (da economia política) que empurram nesta direção. (tradução: o autor).<sup>133</sup>

Esse diálogo é peça chave para que o direito comum e plúrimo, pautado na interlocução, se consolide em um cenário global. E, para que isto ocorra, algumas propostas metodológicas se apresentam para auxiliar na aplicabilidade do constitucionalismo multinível e transnacional.

Em outro escrito, Vicki Jackson apresenta desafios de uma proposta metodológica para a realização de estudos comparados em matéria constitucional<sup>134</sup>. Ou seja, seu conceito se estrutura a partir da noção de que métodos comparativos, entre ordens jurídicas distintas, em matéria constitucional, possuem uma metodologia própria, com desafios específicos. Desta forma, desenvolve quatro objetivos fundamentais que permitem a aplicabilidade de tal metodologia.

---

<sup>133</sup> Thus, convergence may be understood in several ways - as a normative posture in constitutions and courts, or as a quasi-normative, quasi-functional mode. It may arise from normative theory, from institutional factors (relating to the role of courts and judges) and from exogenous forces (of political economy) pushing in this direction. Em: Jackson, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance and engagement. 35 **Federal Law Review**, 161, 2007.

<sup>134</sup> JACKSON, Vicki C. Methodological challenges in comparative Constitutional law. 28 **Penn. St. Int'l L. Rev.** 319-326 (2010).

Em primeiro lugar, entende que é necessário compreender outros sistemas, ou seja, atingir uma expertise de sistemas distintos, levando em conta suas barreiras linguísticas, conhecimento, dentre outras características essenciais para esta percepção.

Além disto, Jackson propõe como segundo objetivo a noção de que é preciso uma autoreflexão e o conhecimento do seu próprio sistema, desenvolvendo sua melhor compreensão. Desta maneira, é possível rever determinados institutos jurídicos que, em certa medida, são essenciais ou não baseados em estudos comparativos. E é por isto que este é mais um desafio a ser considerado.

O terceiro objetivo apresentado por Jackson implica em identificar, por meio da autoreflexão, o entendimento de quais são as melhores práticas, ou seja, do que é normativamente preferível. A autora deixa claro que este é um grande desafio que implica em questões adjacentes, como o estabelecimento de uma base do que é uma norma justa ou uma boa norma.

Por fim, o quarto objetivo consiste no fato de que a própria doutrina ou o texto constitucional, em sua natureza, apontam questões que são próprias do universo comparativo. É caso, por exemplo, das normativas comuns na Corte Europeia de Justiça, baseada nas tradições dos seus países membros. Essa aparenta ser uma pesquisa empírica fácil, mas que a autora afirma possuir muito mais desafios do que aparentam.

Portanto, as propostas Jackson apontam para um objetivo: a necessidade de juízes e tribunais, dos mais variados, adotarem posturas de convergência na interpretação de suas normas, bem como na observação dos desafios referentes à estudos comparados, quais sejam, a necessidade de encontrar boas práticas, conhecer os sistemas – tanto próprios, quanto os externos – bem como buscar respostas para os questionamentos trazidos pelos próprios textos constitucionais ou as doutrinas locais, algo inerente ao estudo comparativo<sup>135</sup>.

Esta postura dos juízes e tribunais desemboca no que se compreende, atualmente, como constitucionalismo transformador. O conceito desenvolvido pela doutrina dos estudos do diálogo entre sistemas compreende a necessidade

---

<sup>135</sup> JACKSON, Vicki C. Methodological challenges in comparative Constitutional law. 28 *Penn. St. Int'l L. Rev.* 319-326 (2010).

da construção de um modelo constitucional capaz de transformar e realizar mudanças sociais impactantes.

Entendemos constitucionalismo transformador como uma abordagem à interpretação jurídica que considera a efetiva transformação das estruturas profundamente arraigadas para uma sociedade mais igualitária ou sociedade democrática, um dos objetivos primordiais da prática interpretativa<sup>136</sup>.

O que se pretende, de acordo com Bogdandy e Ureña, é criar um modelo de interpretação normativa das Constituições que se utilizem de ferramentas capazes de compreender os preceitos constitucionais à luz dos problemas da sociedade em si. Isto implica, de modo pragmático, na mudança ou transformação das estruturas existentes para a real implementação dos objetivos constitucionais.

Necessário, sobretudo, entender que o papel do constitucionalismo transformador não é o de realizar política pública em si, produzindo seus efeitos, mas sim de promover uma interpretação jurídica que aborde o texto constitucional visando um impacto a longo prazo. Isto significa que se valer deste modelo de interpretação constitucional pode, demasiadamente, não alcançar resultados imediatos, mas nem por isso deixa de ser transformador, uma vez que usou lentes distintas para aplicação da norma.

Neste sentido, as Constituições atuais, ditas transformadoras, são “expressão de um projeto político de mudança social por meio de mecanismos constitucionais, que vincula os poderes estatais na atuação positiva em direção ao estado de coisas delineado pela constituição<sup>137</sup>”. Isto implica na atuação a partir de duas dimensões: a primeira visando alterar as condições político-sociais existentes, manifestando uma segunda dimensão, que é o dever de repudiar o passado e buscar um futuro diferente e capaz de transformar as relações existentes.

No âmbito do sistema interamericano, o constitucionalismo transformador trouxe resultados de impacto e demonstram o que a sua teoria pretende

---

<sup>136</sup> BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p.27-73, 2021.

<sup>137</sup> ARGUELHES, D. W.; SÜSSEKIND, E. P.. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, out. 2022.

construir. Na região, são diversas as Constituições que passaram por mudanças, conforme aponta Bogdandy, que revelam seu caráter transformador da lei. Neste aspecto, tratam-se de Constituições com garantias de direitos fundamentais, ampla defesa da democracia e regime democrático, bem como a proteção de direitos socioeconômicos. O caráter transformador de países como Brasil, Peru, Paraguai e Bolívia reside no fato de que estes Estados passaram por contextos de violação massiva de direitos humanos que, motivados pelo espírito comum e transformador, inseriram em suas normas internas o mesmo caráter libertário da lei em oposição ao modelo repressivo anterior, dos regimes autoritários<sup>138</sup>.

Esse comportamento decorre não apenas do dever dos Estados ao ratificarem a Convenção Americana, mas também do seu ideal transformador a partir das cláusulas de aberturas presentes em seu texto, as quais garantem a incumbência do Estado em adotar normas advindas de tratados de direitos humanos. O que se pretende, nesse modelo de Constituição, é construir um diálogo transformador com o sistema internacional de proteção, o que representa o seu caráter distinto de uma mera Constituição garantidora de direitos.

É necessário, sobretudo, que as Constituições assumam papéis que permitam identificar sua proposta como um projeto de transformação de fato, para ir além do que está na norma, ampliando o seu campo de atuação:

A especificidade do CT está além da existência de um texto que promete saúde, justiça social, educação e proteção à dignidade humana, entre outras cláusulas que seriam transformadoras em sociedades marcadas por desigualdade e exclusão. É necessário considerar também a cultura jurídica, a comunidade profissional e as instituições que interpretam, aplicam e constroem argumentos com base nesse texto. Nessa chave, ganhou destaque no debate global a ideia de “constitucionalismo transformador” (CT) como caracterizador não de textos constitucionais, mas sim de um tipo de projeto constitucional<sup>139</sup>.

Portanto, o que caracteriza o constitucionalismo transformador não é a mera disposição normativa – primeiro passo e primordial, é claro – mas sim a

---

<sup>138</sup> BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.27-73, 2021.

<sup>139</sup> ARGUELHES, D. W.; SÜSSEKIND, E. P.. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, out. 2022.

forma com a qual todo o arcabouço jurídico aplica essa normativa<sup>140</sup>. A trilha, para tanto, perpassa por caminhos previamente delineados. Isto significa que, antes de mais nada, é necessário que todos os envolvidos na aplicação do direito se conscientizem da forma com a qual implementam a norma, de modo conservador, e se permitirem abrir para outra abordagem, outros argumentos e maneiras de implementação da norma. Trata-se, logo, de um viés crítico de aplicação da Constituição, o que se define por constitucionalismo transformador, com uma perspectiva de transformação social<sup>141</sup>.

Arguelhes e Sussekind<sup>142</sup> pensam em um conceito, a partir das experiências promovidas por diversos autores que se debruçaram sobre os estudos acerca do constitucionalismo transformador, estruturados em três elementos essenciais, que ultrapassa o simples fato de ser uma Constituição transformadora, mas adiciona um elemento crucial para causar o impacto transformador daquilo que se propõe o constitucionalismo com esta lente. Estes elementos estão sintetizados na existência de uma Constituição com dispositivos que dependem de mudança social para sua implementação; um dever do Estado de promover as mudanças trazidas no texto constitucional; e uma atuação prática de atores que estão diretamente ligados ao sistema jurídico no qual esta Constituição se insere. É, com esta última característica, que os autores compreendem o caráter transformador proposto<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Neste mesmo sentido, adota-se o conceito trazido por Karl Klare, após o apartheid na África, acerca do constitucionalismo transformador: “a long term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed ... to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction”. Em: KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

<sup>141</sup> VAN MARLE, Karin. Transformative Constitutionalism As/And Critique, 2 **Stellenbosch Law Review** 286, 2009.

<sup>142</sup> ARGUELHES, D. W.; SÜSSEKIND, E. P.. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, out. 2022.

<sup>143</sup> “[...]podemos pensar em um conceito minimalista ou “fino” de CT, combinando as seguintes características: (i) um texto constitucional com dispositivos que, para serem cumpridos, demandem mudança social, (ii) vinculando a ação estatal positiva à promoção dessa mudança prevista no texto, e que (iii) encontra eco em ideias e práticas de atores relevantes dentro daquele sistema jurídico. Constituições transformadoras operam nas duas primeiras dimensões, mas o CT como projeto expressa um triplo alinhamento: um texto animado por ambições transformadoras que vinculam a ação estatal e que é levado a sério, nesses termos, pela comunidade de seus intérpretes e aplicadores”. Em: ARGUELHES, D. W.; SÜSSEKIND, E. P.. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, out. 2022.

Todavia, ambos reconhecem, a partir de uma densa revisão de literatura acerca dos elementos caracterizadores do constitucionalismo transformador, que há um dever de ir além do texto constitucional na garantia de direitos, por meio de “[...] instituições e procedimentos voltados para a transformação de promessas constitucionais em realidade<sup>144</sup>”. Estes instrumentos/ferramentas que permitem a implementação do caráter transformador das Constituições pode ser definido a partir do controle de convencionalidade, da interpretação evolutiva e de cláusulas de aberturas constitucionais<sup>145</sup>.

James Fowkes<sup>146</sup>, por sua vez, aponta que o constitucionalismo transformador possui três características centrais baseadas em direitos. Neste momento, atenhamo-nos a uma de suas categorias trazidas pelo autor: a dignidade e igualdade. Apesar disso, entende que estes são motivadores para uma mudança a partir de Cortes Constitucionais – e, para isto, Fowkes cita decisões sul-africanas que partiram da nova Constituição no regime pós-apartheid<sup>147</sup>. Embora estas decisões passam por críticas variadas tecidas por Fowkes<sup>148</sup>, é importante mencionar que ele compreende tais decisões como combustíveis para o caráter transformador que o constitucionalismo se propõe a fazer. Isso significa que, embora existam diversas decisões que negam direitos básicos aos grupos exemplificados, quando a Corte constitucional preocupa-se em decidir a partir destes dois direitos em espécie, cria uma tensão própria do constitucionalismo transformador, que fomenta mudanças substanciais no sistema judicial.

Ainda que dignidade e igualdade sejam essenciais para o constitucionalismo transformador, não são os únicos objetos de atenção. Isto posto, o modo de funcionamento institucional se torna imperioso e crucial para

---

<sup>144</sup> ARGUELHES, D. W.; SÜSSEKIND, E. P.. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, out. 2022.

<sup>145</sup> BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p.27-73, 2021.

<sup>146</sup> FOWKES, James. Transformative constitutionalism and the global south: the view from South Africa (October 3, 2015). In: VON BOGDANDY, Armin; FERRER, Eduardo; MORALES, Mariela; PIOVESAN, Flavia (ed.). **Transformative constitutionalism in Latin America: a new Latin American *ius Commune***. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2847579>

<sup>147</sup> Fowkes cita o caso “S v Makwanyane”, que tem como fundamento a invalidação, pela Corte Constitucional do país, da pena de morte. Ainda, cita outras decisões do Tribunal que promoveram diversos direitos da população LGBTI – termo utilizado pelo autor em seu texto.

<sup>148</sup> Neste momento, opta-se por não inserir tais críticas, por não se conectarem com o tema do presente trabalho.

garantir a concretização deste novo mecanismo de materialização revolucionária. Neste sentido, os tribunais assumem um papel fundamental nesta engrenagem, uma vez que possuem a função essencial de colocar em prática aquilo que predispõe a Constituição. Logo, é um dever da Corte constitucional se valer do constitucionalismo transformador para realizar as mudanças necessárias para colocar em prática o projeto constitucional previamente elaborado.

Corroborando este posicionamento, Roux<sup>149</sup> faz uma análise da atuação do Tribunal Constitucional Sul-Africano e constata, a partir de alguns casos, que de fato a Corte assumiu uma função protagonista no regime democrático pós-apartheid. Isto implica dizer que, ainda que novas Constituições democráticas deem margem para que os juízes atuem com maior discricionariedade, o caso da África do Sul mostrou que os responsáveis pela revisão judicial atuaram de modo mais equilibrado, sem deixar de lado as decisões políticas dos atores que levam em consideração o momento em que a sociedade está inserida, mas também legitimando a transformação social exigida pela nova Constituição e seu caráter transformador.

Este equilíbrio do Tribunal Constitucional corrobora a legitimidade do poder Judiciário em se assumir o protagonista de realizar a transformação trazida pela nova Constituição, mas sem abandonar a dimensão de que, ainda, está vinculado à norma como limite à discricionariedade da revisão judicial, bem como de garantir as cartas de direitos e manter ativo o poder político do Executivo na tomada de decisões de políticas públicas<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> ROUX, Theunis. Legitimizing transformation: political resource allocation in the South African Constitutional Court. **Democratization**, v. 10, n. 4, p. 92-111, 2003. Disponível em: <[https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/ROUX\\_-\\_Legitimizing\\_transformation\\_-\\_political\\_resource\\_allocation\\_in\\_SACC.pdf](https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/ROUX_-_Legitimizing_transformation_-_political_resource_allocation_in_SACC.pdf)>. Acesso em: 22 Mai 2024.

<sup>150</sup> “Legal rules do constrain the exercise of judicial discretion in controversial cases. However, by exploiting ambiguities in the normative structure governing their decisions, courts are able to manage their relationship with the political branches to a considerable degree. The South African Constitutional Court has shown itself to be particularly adept at this kind of strategic behaviour, using the space provided by the new constitutional order to good effect. In particular, the four cases discussed in this article suggest that the Court is scripting a role for itself as legitimator of the post-apartheid social transformation project. The advantage of this role is that it has allowed the Court to build its legitimacy by endorsing the political branches’ social transformation efforts. At the same time, the Court has been able to give meaningful effect to the Bill of Rights, whilst remaining respectful of the political branches’ residual prerogative to determine public policy.” Tradução: “As regras legais restringem o exercício da discricionariedade judicial em casos controversos. No entanto, ao explorarem ambiguidades na estrutura normativa que rege as suas decisões, os tribunais são capazes de gerir a sua relação com os ramos políticos num grau considerável. O Tribunal Constitucional Sul-Africano tem-se mostrado particularmente adepto

Contudo, ao assumir este papel, é necessário compreender de que forma os Tribunais ou Cortes Constitucionais realizam essa função, levando em consideração o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo país em si. Diante desta incerteza, Jorge Ernesto Roa Roa<sup>151</sup> se debruça sobre o tema para compreender as relações existentes entre o constitucionalismo transformador e os modelos constitucionais de controle de constitucionalidade, a partir dos modelos ditos fortes e fracos<sup>152</sup> de revisão judicial.

Em que pese o constitucionalismo transformador dialogue com ambos os sistemas, Roa Roa aponta que o modelo de controle forte mantém uma relação mais íntima com o que se propõe a teoria do constitucionalismo transformador em si, haja vista o objetivo de mudança decorrente desta nova forma de ler e aplicar a Constituição. Não obstante, isso não implica no total amoldamento

---

deste tipo de comportamento estratégico, utilizando com bons resultados o espaço proporcionado pela nova ordem constitucional. Em particular, os quatro casos discutidos neste artigo sugerem que o Tribunal está a definir um papel para si próprio como legitimador do projeto de transformação social pós-apartheid. A vantagem deste papel é que permitiu ao Tribunal construir a sua legitimidade ao apoiar os esforços de transformação social dos ramos políticos. Ao mesmo tempo, o Tribunal conseguiu dar um efeito significativo à Declaração de Direitos, ao mesmo tempo que manteve o respeito pela prerrogativa residual dos ramos políticos para determinar a política pública”. Traduzido pelo autor. Em: ROUX, Theunis. Legitimizing transformation: political resource allocation in the South African Constitutional Court. **Democratization**, v. 10, n. 4, p. 92-111, 2003. Disponível em: <[https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/ROUX\\_-\\_Legitimizing\\_transformation\\_-\\_political\\_resource\\_allocation\\_in\\_SACC.pdf](https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/ROUX_-_Legitimizing_transformation_-_political_resource_allocation_in_SACC.pdf)>. Acesso em: 22 Mai 2024.

<sup>151</sup> ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024.

<sup>152</sup> Al primer grupo (débil) pertenecen aquellos diseños institucionales en los cuales existe algún sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución –o con una ley que funge como parámetro de control- en la última palabra dentro de la democracia<sup>4</sup>. A contrario sensu, los sistemas fuertes de revisión judicial de la ley son aquellos en los cuales la decisión sobre la invalidez o inaplicación de un acto del legislador es adoptada por los jueces, con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico o, al menos, de garantizar su inaplicación definitiva. En estos diseños institucionales, la decisión judicial es la última palabra sobre la interpretación de la Constitución dentro del sistema democrático.

“O primeiro grupo (fraco) pertence àqueles desenhos institucionais em que existe algum sistema de controle de constitucionalidade, limitado pela impossibilidade de conversão de decisões judiciais sobre a incompatibilidade de leis com a Constituição – ou com uma lei que sirva de parâmetro de controle –. na última palavra dentro da democracia<sup>4</sup>. Por outro lado, sistemas fortes de fiscalização jurisdicional da lei são aqueles em que a decisão sobre a nulidade ou não aplicação de um ato do legislador é adotada pelos juízes, com caráter definitivo e com potencial para eliminar o ato normativo do legal ou, pelo menos, garantir a sua não aplicação definitiva. Nestes desenhos institucionais, a decisão judicial é a última palavra na interpretação da Constituição dentro do sistema democrático”. Traduzido pelo autor. Em: ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024.

entre os dois institutos em análise, uma vez que o motor de ação transformadora dos sistemas jurídicos parte do diálogo entre os julgadores.

Retomando aquilo que Roux afirmou em sua teoria, citado anteriormente, Roa Roa também caminha no mesmo sentido, imprimindo uma convergência entre os autores ao afirmar que o constitucionalismo transformador tem como premissa base um grande nível de atuação da função judicial, de modo que ressignifica o conceito de ativismo judicial – muito criticado em modelos democráticos. Aqui, no constitucionalismo transformador, o caráter ativista não é uma mera atuação mais contundente e invasiva do Judiciário por si só, mas sim um modelo de atuação mais ativa para garantir direitos violados em contextos de desigualdades sociais, próprios de países da América Latina.

Por outro lado, os modelos fracos de controle de constitucionalidade pouco se conciliam com o constitucionalismo transformador, dado que este “[...] rejeita a imposição de limites à função judicial que procurem evitar ou mitigar a intervenção judicial para proteger os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais”<sup>153</sup>. Assim, as competências dos Tribunais, em modelos fracos, são restritas, o que impede a concretização do caráter transformador proposto pelo novo constitucionalismo. Ainda, não dialoga com este modelo porque, em muitas ocasiões, não se permite o diálogo entre magistrados nacionais e juízes de tribunais internacionais, alma mater do constitucionalismo transformador.

Os mecanismos de equilíbrio entre poderes, com um Judiciário forte e responsável por interpretar a Constituição, são amplamente aceitos pelo constitucionalismo transformador, impedindo assim chefes do Executivo ou membros do Legislativo – vinculados ao Executivo – de tomar decisões que não correspondem ao proposto pela própria Constituição, além de evitar aplicar normas que corroboram com a justiça social. Aqui, Roa Roa realiza um paralelo com o dever de proteger minorias – o que coaduna cabalmente com a proposta desta tese:

Da mesma forma, o constitucionalismo transformador considera que alguns mecanismos de constitucionalismo fraco (por exemplo,

---

<sup>153</sup> “[...] rechaza la imposición de límites a la función judicial que pretendan evitar o mitigar la intervención judicial para proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Traduzido pelo autor. Em: ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. p. 4. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024.

exortações) não são suficientes para proteger as minorias, incluir a perspectiva de gênero ou reconhecer a desigualdade econômica. Para o constitucionalismo transformador, estes mecanismos constituem um ideal de modelo deliberativo de democracia que não é suficientemente sensível à discriminação e, por esta razão, não é aplicável na América Latina. Por outro lado, o constitucionalismo transformador opta por um modelo de social-democracia em que os juízes têm a possibilidade de responder às exigências básicas dos cidadãos em contextos de sociedades mal ordenadas<sup>154</sup> (tradução: o autor).

É aqui que se reconhece, registradamente, que é dever do modelo transformador de Constituições de garantir as necessidades de minorias que, majoritariamente, são excluídas de direitos mais essenciais, cabendo aos Tribunais realizar tal função. Todavia, isto não significa que o constitucionalismo transformador apoia radicalmente o modelo de controle forte de constitucionalidade, uma vez que deve haver um fator primordial neste processo: a independência judicial.

Roa Roa elenca fatores que interferem na proposta do constitucionalismo transformador enquanto um projeto adequado de revolução na garantia de direitos. Neste sentido, entende que a centralidade do Judiciário pode ser um risco ao projeto transformador, uma vez que há exemplos recentes que impactaram países do continente americano – tais como Venezuela, Honduras ou Bolívia. Isto porque há a necessidade de independência judicial para que o poder Judiciário não seja cooptado por mecanismos de atuação que não se voltem para a proteção de direitos humanos.

À vista disto, o modelo de controle fraco de constitucionalidade oferece mecanismos que conseguem conter a atuação de um Judiciário que não possui compromisso com a concretização desses direitos humanos. Entretanto, se os juízes assumem um papel primordial, que é típico do controle forte, mas que depende de uma ação de refreamento típica do controle fraco, então há um claro

---

<sup>154</sup> “Del mismo modo, el constitucionalismo transformador considera que algunos mecanismos del constitucionalismo débil (e.g. exhortos) no son suficientes para proteger a las minorías, incluir la perspectiva de género o reconocer la desigualdad económica. Para el constitucionalismo transformador, esos mecanismos constituyen un ideal propio de un modelo deliberativo de democracia que no es suficientemente sensible a la discriminación y, por tal razón, no es aplicable en América Latina. En cambio, el constitucionalismo transformador opta por un modelo de democracia social en el que los jueces tengan la posibilidad de responder a reclamos ciudadanos básicos en contextos de sociedades poco ordenadas”. Em: ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. p. 5. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024.

paradoxo no constitucionalismo transformador enquanto projeto de mudança radical.

Trata-se de um paradoxo ou um potencial contradição porque o constitucionalismo transformador melhora o diálogo entre as autoridades judiciais nacionais e internacionais, ao mesmo tempo que apoia um constitucionalismo forte que nega ou fecha o diálogo entre juízes e outras autoridades a nível nacional. O constitucionalismo político salienta que os instrumentos internacionais de direitos humanos e os seus tribunais só são democraticamente legítimos se forem concebidos de forma a poderem ser controlados democraticamente e se forem compatíveis com modelos nacionais fracos de revisão constitucional. Para os constitucionalistas políticos, existe uma ligação direta entre o desenho nacional de controle de constitucionalidade e a legitimidade democrática tanto dos tribunais nacionais como dos tribunais internacionais. O constitucionalismo transformador deve explicar como o seu compromisso com modelos nacionais fortes de justiça constitucional se liga a uma teoria da legitimidade dos tribunais internacionais que seja compatível com o forte desenho da justiça constitucional nacional <sup>155</sup> (tradução: o autor).

Surge, então, a tarefa de analisar o papel do Judiciário, sob o aspecto constitucional, no processo de mudança social. Em primeiro aspecto, Roa Roa aponta que é necessária uma atuação conjunta com demais atores para a transformação desejada, dentre eles o Executivo e Legislativo, as organizações sociais e cidadãos de modo geral. Caso isto não ocorra, a responsabilidade acaba sendo praticamente inteira do Judiciário, o que não produz resultados necessariamente adequados e transformadores como propõe o constitucionalismo transformador. Ainda, importa levar em consideração que, se esta atuação não for conjunta, há chances de mudanças políticas que podem dificultar as mudanças sociais necessárias. As ações devem, portanto, ser

---

<sup>155</sup> Se trata de una paradoja o potencial contradicción porque el constitucionalismo transformador potencia el diálogo entre las autoridades judiciales nacionales e internacionales mientras que apoya el constitucionalismo fuerte que niega o cierra el diálogo entre los jueces y otras autoridades a nivel nacional. El constitucionalismo político señala que los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus tribunales solo son legítimos democráticamente si están diseñados de manera que puedan ser controlados democráticamente y si son compatibles con modelos internos de revisión de constitucionalidad de tipo débil. Para los constitucionalistas políticos, existe una conexión directa entre el diseño nacional del control de constitucionalidad y la legitimidad democrática, tanto de los tribunales nacionales como de los tribunales internacionales. El constitucionalismo transformador debe explicar de qué manera su compromiso con modelos fuertes de justicia constitucional a nivel interno se conecta con una teoría de la legitimidad de los tribunales internacionales que sea compatible con el diseño fuerte de la justicia constitucional a nivel interno. Em: ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. p. 6. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024.

estratégicas, de modo a construir uma jurisprudência que pensa a longo prazo, mas que, sobretudo, leva em consideração o momento político atual.

Diante disso, o dever do Judiciário para realizar tais mudanças está fundamentado nos seguintes aspectos: “[...] esforçar-se para permanecer como ator jurídico, superar as tradições jurídicas formalistas consolidadas antes da transformação, evitar interpretações originais da Constituição e permitir a evolução do sistema constitucional”<sup>156</sup>. E, para desempenhar tal papel, é necessário apostar na atuação conjunta com demais atores sociais para realizar as mudanças almejadas, assumindo uma postura de deferência realizada por estes atores diversificados.

O grande dilema se encontra nas situações em que os demais atores não atuam de modo a realizar a transformação necessária. Neste sentido, surgem duas formas de atuação destes atores: uma conservadora, e outra regressiva – de contrarreforma. Na primeira situação, os juízes devem promover as mudanças, identificando os pontos cegos das ações de demais atores; já no segundo caso, a postura dos juízes deve ser firme, conservadora e de defesa em relação aos direitos já conquistados.

Neste ponto, Roa Roa recorre à Dixon para promover os debates necessários acerca do papel desempenhado pelos juízes. Acerca dos pontos cegos, compreende que estes podem decorrer da aplicação – impedimento do legislador de prever que uma lei, ainda que pareça constitucional, pode ter uma aplicação contrária ao sentido da Constituição; da perspectiva – dificuldade em avaliar o impacto de leis em determinados grupos da sociedade; e acomodação – aprova-se norma que apresentam o interesse do legislador, mas que deixa de fora outros importantes objetivos do ponto de vista constitucional.

Somado a estes elementos de pontos cegos, há também uma omissão legislativa, que permitem que interesses eleitorais se sobreponham à concretização dos próprios direitos fundamentais, o que, aliado à inércia da administração como um todo, pode levar a resultados gravosos no tangente à

---

<sup>156</sup> “[...] hacer un esfuerzo por mantenerse como un actor jurídico, superar las tradiciones jurídicas formalistas consolidadas antes de la transformación, evitar las interpretaciones originalistas de la Constitución y habilitar la evolución del sistema constitucional”. Traduzido pelo autor. Em: ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. p. 8. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024

concretização do direito em si. Logo, Dixon propõe que os tribunais assumam um papel preventivo, de modo a evitar que os efeitos de ponto cego se prolonguem, contribuindo assim para superar este bloqueio institucional – mas não de forma meramente indicativa, e sim dialógica.

Para tanto, o papel desempenhado pelos Tribunais para conter estes pontos cegos, devem partir, na perspectiva de Dixon, dos próprios cidadãos como principais interessados em remediar os efeitos causados pelo próprio legislador em sua atuação. Assim, não haverá conflito entre os próprios poderes, uma vez que o próprio cidadão suscitou o controle de constitucionalidade como mecanismo para garantir os direitos constitucionais.

Roa Roa aborda, portanto, o papel do *lus Constitutionale Commune* para a garantia da consubstanciação deste projeto transformador. Logo, neste momento, após o resgate dos aportes teóricos necessários para a formação do diálogo entre sistemas, mister analisar de que forma este projeto está sedimentado no direito latinoamericano. A investigação sobre o *lus Constitutionale Commune* latinoamericano assume um papel primordial neste estudo.

## 2.2 REDE DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O IUS COMMUNE INTERAMERICANO

A partir das concepções acerca do constitucionalismo transformador, abordado na última seção, bem como do constitucionalismo multinível e as possíveis relações entre os distintos sistemas normativos – cujo principal foco é o estabelecimento de um diálogo e uma rede de atuação, compartilhada com uma compreensão do direito comum e de melhores práticas – surge uma nova lente para as questões emergentes de direitos humanos. A este mecanismo, alcunha-se de *lus Constitutionale Commune Latinoamericano* – ICCAL, uma rede criada com o objetivo de transformar a região americana, por um viés essencialmente transformador.

Neste sentido, pode-se compreender tal conceito como a relação dual existente entre o direito constitucional interno – o juiz nacional – e o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, na construção de um diálogo

pautado na interlocução de ideias, conceitos e melhor compreensão de direitos humanos<sup>157</sup>.

É nesta toada que o constitucionalismo multinível se apresenta como uma ferramenta adequada para a proteção da dignidade humana, preceito fundamental tutelado tanto em âmbito interno e externo aos Estados. Ou seja, o princípio *pro persona*, que protege o indivíduo enquanto sujeito de direitos, é o que fundamenta o estabelecimento do *ius commune* para que se alcance um sentido único das normativas envolvendo direitos humanos fundamentais. Portanto,

Daí a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível. A formação de uma nova cultura jurídica, baseada em uma nova racionalidade e ideologia, surge como medida imperativa à afirmação de um *ius constitutionale commune* latino-americano<sup>158</sup>

Para tanto, importa conhecer a origem do que se intitula como rede ICCAL, seus impactos na região latinoamericana e, sobretudo, o quanto contribui para a formação de uma rede comum para a proteção de direitos humanos, especialmente em se tratando de direitos da população LGBTQIAPN+, tema do presente estudo.

As discussões sobre um novo olhar para o constitucionalismo latinoamericano teve raízes profundas no Colóquio Iberoamericano, realizado pelo Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público. Organizado por Mariela Morales Antoniazzi – pesquisadora direta de tema latinoamericanos e idealizadora do projeto – o principal objetivo deste

---

<sup>157</sup> “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina es una lectura del constitucionalismo latinoamericano que se basa en la interacción entre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y las autoridades judiciales nacionales. El *Ius Constitutionale Commune* afirma que en la región se ha desarrollado un constitucionalismo transformador basado en la mayor protección de los derechos humanos establecidos en las Constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris interamericano*”. Em: ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research Paper Series**. 2020-11, p. 10

<sup>158</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024. p. 1380

Colóquio é o intercâmbio de ideias, criando assim uma agenda comum aos debates voltados para o constitucionalismo na América Latina<sup>159</sup>.

O que caracteriza o *lus Commune* é “[...] a combinação do direito nacional e internacional público, a orientação metodológica a partir de princípios, a centralidade dos direitos e a estratégia de perseguir transformações de maneira incremental<sup>160</sup>”. Isto significa dizer que o constitucionalismo latinoamericano mantém uma estrutura de relação dialógica entre direito interno e externo, de modo que sua construção perpassa pelas duas instâncias de atuação para a formação de um direito comum. Ainda, os princípios, voltados para o direito como elemento central, são fatores preponderantes para a construção deste direito comum, posto que o método de atuação são principiológicos e que visam estabelecer mecanismos de maneira a colocar esta forma de implementar o direito em prática.

De acordo com Flávia Piovesan<sup>161</sup>, existem três fatores elementares para pensar o *lus Commune* Latinoamericano, que tem como ponto de partida a democratização na região sob os seguintes prismas:

- 1) o crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região;
- 2) a emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos;
- 3) o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.

A combinação entre o sistema interamericano e a somatória de forças no âmbito latinoamericano impulsionaram a criação de uma rede de fortalecimento do constitucionalismo e da proteção dos direitos humanos. Trata-se de uma nova forma de compreender os impactos das violações de direitos e, sobretudo, de

---

<sup>159</sup> Bogdandy, Armin Von. *lus Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019.

<sup>160</sup> Bogdandy, Armin Von. *lus Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019, p. 246.

<sup>161</sup> PIOVESAN, Flávia. *lus constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024. p. 1380

interpretar o sistema regional de proteção sob uma perspectiva dialógica, objetivando um direito comum.

Com a finalidade de demonstrar este novo olhar para o constitucionalismo latinoamericano, Bogdandy<sup>162</sup> parte da dimensão de que há um problema central na América Latina, pautada na desigualdade e exclusão como preponderantes. É a partir da premissa de que a desigualdade é fruto da exclusão que o autor interpreta a necessidade de redistribuição e acesso a bens sociais mínimos para que haja uma transformação na realidade destes países latinoamericanos. Esta exclusão impede que indivíduos participem de diversos sistemas sociais em espécie, tais como educação, saúde, política, dentre outros, o que resulta numa desigualdade acentuada dentro de um mesmo sistema político-jurídico.

O dever de inclusão aparece como um marco do ICCAL, assente nos princípios constitucionais e na releitura da Constituição para além de um aparato de organização estatal, mas também como o conjunto de direitos e deveres que integram a sociedade, bem como a sua concretização na vida social. É nesse contexto que se deslinda o conceito de *lus Commune*, que ultrapassa as barreiras da Europa e finca raízes no contexto latinoamericano, levando e consideração suas peculiaridades e realidades próprias.

Patrícia Perrone Campos Mello<sup>163</sup> ressalta que o constitucionalismo transformador é a base para o *lus Commune*. Tem por premissa, também, que a região possui componentes que fazem com que seja possível a construção deste direito comum, dada a semelhança de idioma, as violências decorrentes dos regimes autoritários e a desigualdade social que assola os países que compõem a América Latina. Direciona, ainda, à fraqueza das instituições – especialmente ao promover interesses pessoais em suas ações – o resultado do processo de exclusão e corrupção a que se submetem os cidadãos. É neste cenário que há a necessidade criação do ICCAL como método de mudança, por meio do constitucionalismo transformador.

A ideia de um “direito comum latinoamericano” não emerge de forma isolada, mas sim dentro de contextos e pressupostos teóricos fundamentais que

---

<sup>162</sup> Bogdandy, Armin Von. *lus Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019.

<sup>163</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o lus Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?* **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019.

o acompanham. Rodolfo Arango afirma que o constitucionalismo latinoamericano se solidifica em três pilares específicos: os direitos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional<sup>164</sup>. Sobretudo, Arango defende a tese que “O *Ius Constitutionale Commune* para a América Latina pode se basear numa concepção integrada de direitos fundamentais, numa concepção social de democracia e numa concepção participativa de jurisdição constitucional”<sup>165</sup>.

Pensar os direitos fundamentais em uma lógica integrada, permite compreender que estes independem de seu status positivo ou negativo, ou seja, está para além da concepção de que os direitos fundamentais são mera esfera de direito individual, mas permitir ampliar seu reconhecimento enquanto direito social também, dando um status mais amplo a estes direitos. Neste diapasão, o ICCAL surge com uma proposta mais apta a conversar com a realidade da região, saindo de uma mera formulação abstrata e idealista para um projeto prático e capaz de enfrentar os desafios da realidade.

A democracia social, por sua vez, é concebida para além da realidade individual, mas sim pelo papel do Estado em intervir em esferas particulares para a garantia de um bem-estar coletivo/social. Assim, o que se busca é o fim social do Estado, ainda que decorra de ingerência no processo político para atingir os anseios de muitas Constituições latinoamericanas. Por este motivo, Arango defende que o viés social da democracia é o que sustenta o *Ius Commune*, uma vez que garante aos cidadãos que o direito ultrapasse as barreiras de mera proposição, atingindo um patamar de concretude. E é aqui que os juízes assumem papel primordial: “Os juízes constitucionais do Estado social de direito têm um papel central neste modelo de democracia para evitar que os preceitos

---

<sup>164</sup> Arango, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). ***Ius Constitutionale Commune en América Latina***: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

<sup>165</sup> “[...] *Ius Constitutionale Commune* para Latinoamérica puede sustentarse en una concepción integrada de los derechos fundamentales, una social de la democracia y una participativa de la jurisdicción constitucional”. Tradução: o Autor. Em: Arango, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). ***Ius Constitutionale Commune en América Latina***: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 182.

constitucionais sejam letra morta devido às realidades econômicas das quais depende o exercício do poder político”<sup>166</sup>.

O terceiro pilar está assentado no papel da jurisdição constitucional como garantia da democracia e dos direitos fundamentais. Os motivos para a atuação de juízes constitucionais, neste sentido, são diversos: omissão legislativa, as desigualdades sociais, além das relações de poder que favorecem o clientelismo. Logo, os juízes assumem a tarefa de fazer valer as normas constitucionais – desde que estes atuem com integridade e compromisso com a ordem jurídica. Merece destaque, para fins deste estudo, o trecho da obra de Arango na qual o autor descreve o quanto os juízes assumem este papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais, haja vista a inércia ou falta de comprometimento do próprio poder político – assim como foi discutido na primeira parte desta tese, acerca da criminalização da homotransfobia.

A jurisdição constitucional é uma garantia essencial para a validade dos direitos fundamentais e da democracia quando o seu desenho institucional é bem-sucedido. Os juízes, se atuarem com integridade no foro de princípios que são os tribunais constitucionais, são capazes de desbloquear o processo democrático e tomar decisões difíceis que os políticos por vezes não se atrevem a tomar por medo das consequências<sup>167</sup> (tradução: o autor)

Não se deve esquecer que, para que uma jurisdição constitucional atue na garantia dos direitos e da democracia, indispensável que seja participativa: os debates e decisões, de modo geral, devem garantir que variados grupos e vozes da sociedade participem do processo como um todo, efetivando a

---

<sup>166</sup> “Los jueces constitucionales del Estado social de derecho tienen en este modelo de democracia un papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político. Tradução: o Autor. Em: Arango, Rodolfo. *Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 189.

<sup>167</sup> La jurisdicción constitucional es garantía esencial para la vigencia de los derechos fundamentales y de la democracia cuando su diseño institucional es afortunado. Los jueces, si actúan con integridad en el foro de los principios que son los tribunales constitucionales, están en capacidad de desbloquear el proceso democrático y tomar decisiones difíciles que los políticos no se atreven a tomar por temor a las consecuencias “Em: Arango, Rodolfo. *Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 189.

representatividade necessária para implementação do direito constitucional. Combinando estes três pilares, o ICCAL poderá promover a transformação a que se propõe.

Os fundamentos do ICCAL são imprescindíveis para compreender a sua base, mas não são suficientes para pensar em algo que parece substancial ao cerne do debate aqui travado: por que *ius Commune*, afinal? Bogdandy<sup>168</sup> esclarece o sentido do termo empregado nesta lente do direito, partindo essencialmente da abertura constitucional para o direito externo, bem como para a formação de um discurso pautado no direito comparado. Isso significa que há um dever estabelecido pelo conceito abarcado por este direito dito comum, no qual a correlação entre sistemas distintos se engendra numa formulação de um mecanismo adequado de proteção de direitos humanos.

O primeiro aspecto, referente à abertura, está intrinsecamente ligado à Convenção Americana como um reprodutor do diálogo a partir do direito internacional público. Isto se dá, também, pela reciprocidade no fortalecimento dos direitos humanos, haja vista a relação mútua entre os dois sistemas de proteção. É decorrente deste entrelaçamento e da abertura constitucional que ocorre a estruturação de um direito comum. “Trata-se também de uma troca comum, já que vincular o direito estatal ao direito internacional público constitui uma ruptura na maneira tradicional de estudar tais áreas do direito, tendo em vista que, tradicionalmente, seu tratamento acadêmico e sua investigação são realizadas separadamente<sup>169</sup>”.

Por outro lado, o direito comparado latinoamericano tem sua origem no Instituto Iberoamericano, na década de setenta, cujo objetivo primordial era a realização do direito constitucional com fins democráticos<sup>170</sup>. A partir disto, foram diversos exemplos<sup>171</sup> que reverberaram a concepção de direito comparado com

---

<sup>168</sup> Bogdandy, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019.

<sup>169</sup> Bogdandy, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019, p. 251

<sup>170</sup> Bogdandy ressalta que se tratava de um período de regimes ditatoriais autoritários na América Latina, o que motivou esta necessidade de apoiar o direito constitucional em uma base comum latinoamericana de estrutura democrática.

<sup>171</sup> O autor cita, a título exemplificativo, a Revista Latinoamericana de Direitos Humanos, da Universidade Nacional da Costa Rica; a Revista Jurídica Latinoamericana, do Instituto para Integración de América Latina; e a Revista Latinoamericana de Derecho, da Universidad Autónoma de México.

sentido transformador, na construção de revistas e periódicos que calcassem o tema do constitucionalismo contemporâneo, num viés comparado, como base para sua própria existência.

Ao sintetizar o que seria o *lus Commune* – e partindo da premissa de que o conceito é múltiplo, diverso e não tão evidente assim – José Maria Sena de la Garza, professor da Universidad Nacional Autónoma de México, propõe cinco afirmações das quais entende estruturais para compreender o que é o ICCAL:

1. O *lus Commune* Latinoamericano em direitos humanos pode ser um órgão normativo e doutrinário, focado na formação de uma cultura jurídica comum no espaço latinoamericano.
2. Entre os desafios do projeto do *lus Commune* estão: a. Conformar-se como um conjunto normativo dotado de conteúdo terminológico e conceitual próprio; b. A incorporação de uma técnica de raciocínio jurídico; c. E um método para argumentação lógica.
3. O diálogo e a interação entre a atividade judicial e a doutrina podem contribuir para integrar elementos de diferentes blocos regulatórios e assim construir, através da interpretação, novas normas jurídicas e instituições que melhorem a proteção dos direitos humanos em nossos países.
4. O projeto *lus Commune* na América Latina deve colocar-se a seguinte questão: quais os possíveis canais de penetração e difusão da sua proposta (cultura jurídica) nos meios de comunicação relacionados com o ensino e a prática do direito?
5. O *lus Commune* latinoamericano pode constituir-se como princípios racionais de justiça e equidade e regras de uma técnica jurídica refinada, que prepara o jurista para uma compreensão e aplicação mais corretas do direito próprio”.<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Nas palavras do autor: 1. El *lus Commune* latinoamericano en derechos humanos puede ser un cuerpo normativo y de doctrina, enfocado a conformar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano.

2. Entre los retos del proyecto del *lus Commune* está: a. El conformarse como un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual propio; b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico; c. Y de un método para la argumentación lógica.

3. El diálogo e interacción entre la actividad judicial y la doctrina puede contribuir a integrar elementos procedentes de diferentes bloques normativos y así construir por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, que mejoren la protección de los derechos humanos en nuestros países.

4. El proyecto del *lus Commune* en América Latina debe plantearse la siguiente pregunta: ¿cuáles son los posibles cauces de penetración y difusión de su propuesta (cultura jurídica) en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho?

5. El *lus Commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidade y reglas de una refinada técnica jurídica, que prepare al jurista para una más recta comprensión y aplicación del derecho propio”

Tradução: o Autor. Em: De la Garza, José Maria Sena. El concepto del *lus Commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 213.

Isto significa que há uma série de ações para a solidificação da proposta trazida pelo *Ius Commune*. O papel dos investigadores na produção da doutrina é um caminho fundamental para estabelecer os marcos normativos comuns, próprios do ICCAL. A ideia de diálogo, da construção de saberes e do consenso entre os pesquisadores do constitucionalismo latinoamericano são capazes de fortalecer a dimensão dos direitos humanos e da democracia propriamente dita, criando assim um conceito próprio, que seja capaz de realizar a transformação necessária na região.

Destaca-se o papel do Judiciário, uma vez que as decisões judiciais precisam assumir o caráter transformador que o ICCAL propõe. Desse modo, é preciso também fortalecer a relação dialógica entre os decisores e os pesquisadores, intencionando formar uma linguagem comum, bem como robustecer o direito, partindo dos pressupostos teóricos para o resultado prático. É, sem dúvidas, um desafio provocativo.

Mas, como inculcar, na região, a necessidade do ICCAL como nova ferramenta metodológica de transformação do direito? Ainda, qual a abordagem mais adequada para que isto ocorra? A resposta inicial parece estar na radiografia do espaço na qual esse direito comum quer se estabelecer.

A partir dessa necessidade, o *Ius Commune* também exige o dever de compreensão acerca do seu contexto latinoamericano. Não se trata, aqui, da integração política ou econômica dos países da América Latina; tampouco do estreitamento de laços de cultura latinoamericana em si; quiçá da formação de um bloco regional. Trata-se da formação de um discurso jurídico comum, que pode contribuir para o direito e a proteção de direitos humanos em si de forma robusta. “Trata-se de assegurar, a nível regional, a implementação das decisões e o cumprimento das promessas centrais das constituições estatais, sobretudo daquelas realizadas posteriormente aos governos autoritários dos anos 70 e 80 do século passado<sup>173</sup>”. De modo que os países ainda não concretizaram tal proposição, a raiz do ICCAL é a realização das promessas constitucionais, conforme planejou o constituinte originário.

---

<sup>173</sup> Bogdandy, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019, p. 255.

Outras dimensões, que fazem parte do ICCAL, são abordadas por diversos estudiosos do tema<sup>174</sup>. A primeira delas refere-se a uma função analítica, pautada na existência e interconexão entre várias ordens jurídicas distintas que se pautam no constitucionalismo transformador – aqui representados pela Convenção Americana, a jurisprudência interna e internacional, a cláusula de abertura nas constituições, bem como as garantias estabelecidas internamente pelos Estados por meio de sua ordem jurídica em si.

A segunda diz respeito a uma função normativa, cujo objetivo principal na realização do constitucionalismo transformador está alicerçado na propagação dos parâmetros de direitos humanos, empoderar atores sociais e rever os déficits nacionais existentes.

Por fim, a terceira e última dimensão possui uma função acadêmica: a pesquisa no direito com enfoque nacional e internacional, combinando três elementos essenciais: direitos humanos, democracia e Estado de Direito<sup>175</sup>.

Acerca disto, Mello afirma que existem três ideias que compõem o eixo central do *Ius Commune*: a supraestatalidade, o pluralismo ideológico entre ordem interna e internacional do Estado, e a atuação judicial. “É esse conjunto de ideias que permite a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), um corpo de direito comum latinoamericano que expressa uma construção regional de standards em matéria de direitos humanos, democracia e estado de direito<sup>176</sup>”.

A supraestatalidade tem relação direta com a abertura em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste sentido, os países na América Latina possuem a denominada estatalidade aberta, “[...] por meio da qual as constituições e os ordenamentos jurídicos dos países que a integram mantêm uma “janela” de diálogo com o direito internacional dos direitos

---

<sup>174</sup> Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Ximena Soley se propuseram a fazer uma revisão teórica do que é, efetivamente, a rede ICCAL. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

<sup>175</sup> BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017

<sup>176</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 256.

humanos<sup>177</sup>". Desse modo, os países passam a inserir, em sua ordem interna, os preceitos decorrentes do sistema interamericano.

O pluralismo dialógico, por outro lado, não só está relacionado com a abertura entre os sistemas em si, mas também na relação dialógica produzida por eles. Implica dizer que há uma necessidade que as Cortes nacionais passem a se valer das decisões e interpretações de Cortes internacionais; mas, também, cabe aos Tribunais internacionais valerem-se da jurisprudência doméstica para incorporar em seus julgamentos. Mello salienta que esse pluralismo pode ocorrer de forma vertical – como o citado anteriormente – mas também horizontal: os países signatários da Convenção Americana devem dialogar entre si, por meio de seus tribunais; e os tribunais internacionais também devem exercer tal função, buscando como resultado a linguagem comum do direito<sup>178</sup>.

Já a atuação judicial está calçada na noção de que o Judiciário exerce importante papel na implementação do constitucionalismo transformador. E é a partir dos standards, criados pelo sistema interamericano, que o Judiciário local passa a função de colocar em prática tais padrões. Assim, a relação dialógica se constrói e o constitucionalismo transformador é posto em prática. Acerca do papel judicial:

Proferido um precedente pela Corte IDH, espera-se que cada país o tenha em consideração quando da apreciação dos casos que lhes são submetidos, de forma a aplicar a norma convencional com o significado que lhe é atribuído pela Corte IDH. Caso contrário, o país deve se desincumbir de um ônus argumentativo especialmente forte na apresentação de razões relevantes para não o fazer<sup>179</sup>.

Dessarte, unindo as três ideias, tem-se elementos essenciais para o constitucionalismo transformador e para a dimensão do *Ius Commune* Latinoamericano. A partir do momento que os Estados passem a aderir fielmente

---

<sup>177</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 256.

<sup>178</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019.

<sup>179</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 258.

a estes mecanismos, o escopo do direito na região passará por transformações profundas e necessárias.

Ampliando o conceito, para que haja uma mudança de fato, proposta pelo ICCAL, são necessários três elementos/fases essenciais: desenhar, desenvolver e propagar o conceito do *Ius Commune*. Isto pressupõe que haja uma linguagem comum entre todos aqueles que, de alguma maneira, impactam no direito. E é nesta linguagem comum que a rede ICCAL propõe uma profunda interação entre direito nacional e direito internacional.

O nome ICCAL responde a um esforço para reunir pessoas e projetos com origens muito diversas, que, no entanto, compartilham um elemento comum: a convicção sobre o potencial transformador que os direitos humanos, a democracia e o Estado de direito possuem na América Latina.<sup>180</sup>

É a partir desta proposta que o ICCAL assume o papel de ser um porta voz do direito, de modo a mobilizar uma gama muito mais ampla do que juristas para a transformação da sociedade como um todo. Logo, seu compromisso maior é com o constitucionalismo transformador.

Há que se ressaltar que a ideia de realizar uma transformação na América Latina parece um pouco distante ou abstrata, sobretudo por carecer de uma metodologia própria de ação para realizar tais mudanças. Todavia, a rede ICCAL parte de dois componentes fundamentais em sua agenda de atuação: o primeiro deles é o enfrentamento aos diversos problemas existentes nos países da região americana, tais quais a instabilidade institucional e a própria corrupção; já o segundo toca as condições às quais a população está submetida, que revelam uma profunda desigualdade no contexto da região latinoamericana. Aqui, os grupos vulneráveis aparecem como principais atores deste processo de efetiva necessidade de transformação, uma vez que estão assentados na desigualdade e exclusão como marcos característicos<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> “La denominación ICCAL responde a un esfuerzo por reunir a personas y proyectos con orígenes muy diversos, quienes, sin embargo, comparten un elemento en común: la convicción respecto del potencial transformador que poseen los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina”. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 21.

<sup>181</sup> Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR,

Mister apontar que o projeto que representa o ICCAL não está pautado em nenhum tipo de partidarismo, mas sim no compromisso de superar as desigualdades sociais e os problemas enfrentados na América como um todo. A agenda social, própria do constitucionalismo transformador, se coloca como o pano de fundo necessário para a concretização do projeto criado pelas Constituições da região. Sobretudo, o direito surge como forma de materializar a proposta democrática e de inclusão social, mas não como um único caminho, e sim como um protagonista que atua em rede de articulação para a implementação deste projeto.

Todavia, não se pode desconsiderar que o Estado de Direito, em muitos países da América Latina, é apenas uma fachada ou um artifício que, na prática, não protege aqueles que estão no ciclo de exclusão. As instituições, por sua vez, são (i)responsáveis pela perpetuação deste processo de exclusão, seja por não aplicar a lei de maneira protetiva, seja por não enfrentar desafios e atores privados que, em grande parte, contribuem para o cenário da desigualdade. Para além disto, é preciso salientar que certos marcos jurídicos, em matéria de direitos humanos, não são vinculantes ou são aplicados de maneira relativa. É a partir disto que se verifica a debilidade do Judiciário – inclusive a falta de confiança da população, em geral, na judicatura –, abordada por teóricos que abordam o papel da rede ICCAL – subordinação à atores privados; nomeação de juízes ligados ao Poder Executivo e submissão a estes chefes do governo; falta de acesso à justiça por aqueles que mais necessitam, em matéria social; dentre outros aspectos<sup>182</sup>.

Isso não significa que há uma desesperança na atuação do Estado, por meio do Poder Judiciário, para a concretização dos direitos humanos. Há, inclusive, uma compreensão pela rede ICCAL de que este dever de implementar o direito ultrapassa o Judiciário em si, mas contempla outros poderes e agentes estatais que, conjuntamente, atuam para trazer à tona mecanismos de proteção

---

Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017

<sup>182</sup> Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

de direitos no âmbito interno. É assim que o *Ius Commune* se pauta: na ideia de Estado de Direito.

Embora direitos humanos e Estado de Direito sejam primordiais, a rede ICCAL se preocupa com a sustentação da democracia como elemento essencial para a transformação na região. E, considerando a América Latina, não há como se desvencilhar da corrupção como obstáculo à concretização deste projeto, haja vista seu impacto nas condições sociais dos países. Este fenômeno – e aqui não utilizado como algo bom, mas sim prejudicial – causa a falsa percepção na população de que a democracia não é uma forma adequada de governo, considerando os resultados por ela trazidos que caminham lado a lado com a corrupção.

O sistema democrático está enfraquecido pela existência de pobreza generalizada, profundas desigualdades, discriminação por motivos étnicos e, em muitos casos, pelo fraco desempenho econômico. Estes fatores enfraquecem as instituições democráticas da região e afetam a percepção que os latino-americanos têm da democracia. Na verdade, muitos latino-americanos não parecem ser defensores ferrenhos da democracia e, o que pode ser ainda mais desanimador, é o fracasso da região em produzir cidadãos democráticos ao longo do tempo [...]. As causas deste fenômeno são múltiplas e complexas. As informações dos últimos vinte anos sugerem que a crise econômica provoca desconfiança nas instituições democráticas, no entanto, a esta causa somam-se a desigualdade persistente, a violência e a corrupção. Neste sentido, os cidadãos não só exigem a garantia efetiva dos seus direitos civis e políticos, mas também exigem segurança, emprego e melhores condições de vida. Neste contexto, algumas pessoas estão mesmo dispostas a apoiar regimes autoritários em troca da obtenção de algumas das suas reivindicações <sup>183</sup> (tradução: o autor).

---

<sup>183</sup>El sistema democrático se debilita por la existencia de la pobreza generalizada, las profundas desigualdades, la discriminación por motivos étnicos y, en muchos casos, por el mal desempeño económico. Estos factores debilitan a las instituciones democráticas de la región y afectan la percepción que los latinoamericanos tienen de la democracia. En efecto, muchos latinoamericanos no parecen ferreos defensores de la democracia y, lo que puede resultar todavía más desalentador, es el fracaso de la región para producir ciudadanos demócratas con el paso del tiempo [...]. Las causas de este fenómeno son múltiples y complejas. La información sobre los últimos veinte años sugiere que la crisis económica provoca desconfianza en las instituciones democráticas, sin embargo, a esta causa se suman la desigualdad persistente, la violencia y la corrupción. En este sentido, los ciudadanos no solo reclaman la garantía efectiva de sus derechos civiles y políticos, sino que exigen seguridad, empleo y mejores condiciones de vida. En ese contexto, algunas personas incluso están dispuestas a apoyar regímenes autoritarios a cambio de obtener algunas de sus reivindicaciones. Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 36.

O fator 'corrupção' contribui, sobretudo, para o surgimento de líderes populistas<sup>184</sup>, o que enfraquece o sistema de freios e contrapesos, bem como a própria democracia em si. Isto, sem dúvidas, é elemento de preocupação da rede ICCAL, que não desconsidera tais condições para a solidificação do constitucionalismo transformador.

Mas como pensar a rede ICCAL diante de tantos desafios? A premissa está no aproveitamento das múltiplas formas de pensar o constitucionalismo: o neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo latinoamericano e a internacionalização do direito constitucional<sup>185</sup>. Diante destas concepções, o ICCAL aproveita ideias e contradições resultantes desses fenômenos e os reaproveita sob um novo olhar: o constitucionalismo não deve estar a serviço do populismo e de grupos que privilegiam suas ideologias ao invés do direito; assim, parte da premissa de que são cruciais a separação de poderes e o modelo de democracia representativa<sup>186</sup>.

A partir de uma proposta de inovação, a rede ICCAL tem seu pilar calcado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, haja vista a proposta partir de diversos pesquisadores que integram a região latinoamericana. A proposição, pautada no diálogo, movimenta a nova forma de reflexão sobre o constitucionalismo, enfatizando a luta contra as debilidades generalizadas e as desigualdades sociais, nos países da região, que geram exclusão/anulação da própria essência da dignidade humana. Com este intuito, o ICCAL reúne características que lhe são inerentes: pesquisadores comprometidos com a temática de direitos humanos – sob uma lente dialógica entre sistema nacional e internacional – que ultrapassam as barreiras da jurisdição do Estado, mas que vem, no cenário global/regional, a possibilidade de um direito comum capaz de transformar o direito.

---

<sup>184</sup> Importa ressaltar que a ideia de populismo, aqui, não se volta para uma ideologia específica. Conforme a região historicamente demonstrou, existem diversas formas de populismo que angariaram ideologias distintas, como a de Fujimori no Peru e de Menem na Argentina.

<sup>185</sup> Ressalta-se que não é objetivo do presente estudo abordar estas formas de pensar o constitucionalismo. Para mais informações sobre o tema, buscar Leonardo Garcia Jaramillo, Luis Prieto Sanchis, Luigi Ferrajoli e Salazar Ugarte.

<sup>186</sup> Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Os investigadores que integram a rede têm como interesse prioritário o diálogo constante entre os desenvolvimentos que decorrem da evolução do direito nacional e do direito internacional dos direitos humanos à luz dos desafios sociais e econômicos que lhes são impostos. Da mesma forma, o ICCAL inclui investigadores especializados em direito nacional e em direito internacional, que realizam o seu trabalho de investigação independentemente das fronteiras dos sistemas jurídicos que devem ser atravessados. O ICCAL liga juristas especializados em direito público nacional, que consideram que o direito comparado e internacional são essenciais para a sua profissão, com juristas especializados em direito internacional que entendem que não existe fenómeno global sem fenómeno local. Todos esses juristas e pesquisadores unem esforços para explorar a emergência de um direito constitucional comum na América Latina<sup>187</sup> (tradução: o autor).

Por se tratar de uma proposta instigante e inovadora – ainda que resgatando as boas práticas e ações das formas de pensar o constitucionalismo na região – o *Ius Commune* enfrenta alguns desafios para sua concretização. Isto porque se trata de um esforço conjunto dos Estados, em consonância com o sistema interamericano, para a exteriorização de um direito comum nas Américas.

Frente a estes obstáculos, Piovesan<sup>188</sup> propõe alguns olhares necessários, na região, para que o ICCAL se fortaleça e permita o estabelecimento deste direito comum. Em primeiro lugar, faz-se necessária a emergência de um novo Direito Público, que supere a cláusula de abertura constitucional, mas que fomente uma doutrina e uma jurisprudência pautada no diálogo entre os sistemas, de modo a assegurar a prevalência de direitos

---

<sup>187</sup> “Los investigadores que forman parte de la red tienen como interés prioritario el diálogo constante entre los desarrollos que surgen de la evolución del derecho nacional y la gobernanza internacional de los derechos humanos a la luz de los desafíos sociales y económicos que se les imponen. Del mismo modo, el ICCAL incluye tanto a investigadores especialistas en el derecho nacional como en derecho internacional, quienes realizan su trabajo de investigación con independencia de las fronteras de los sistemas legales que haya que traspasar. El ICCAL vincula a los juristas especialistas en el derecho público nacional que consideran que el derecho comparado e internacional son esenciales para su profesión con los juristas especialistas en derecho internacional que entienden que no existe un fenómeno global sin un fenómeno local. Todos estos juristas e investigadores unen sus esfuerzos para explorar la emergencia de un derecho constitucional común en América Latina” Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 50-51.

<sup>188</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024.

humanos como eixo central da cultura jurídica. Aqui, o diálogo multinível é ferramenta crucial para esta cultura, haja vista a percepção de que existem fundamentos para além da ordem constitucional interna dos países.

Em segundo lugar, reconhecer a importância do sistema interamericano, visando seu fortalecimento, é um progresso necessário para a solidificação do *ius Commune*. Para isto, Piovesan ressalta a necessidade de ampliar os Estados parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como o reconhecimento jurisdicional da Corte Interamericana. Há, ainda, a indispensabilidade de garantir a independência governamental dos membros do sistema interamericano<sup>189</sup>, o que pode ser feito por meio de monitoramento destes membros, gerando maior transparência. A supervisão também deve ser feita sob as decisões do sistema, uma vez que garantem que os Estados estejam atentos aos anseios da Convenção Americana, interpretados pelos membros da Corte e Comissão, de modo a ensejar uma linguagem comum latinoamericana<sup>190</sup>.

Um terceiro desafio que se apresenta é o dever de avanço em relação aos direitos humanos na região, especialmente ao proteger a democracia e o Estado de direito. Historicamente, o sistema interamericano despontou como estrutura democratizante na região, considerando os diversos países que passavam por regimes autoritários a partir da década de 1970, quando a Convenção entre em vigência<sup>191</sup>. Entretanto, seu papel agora é de “[...] fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis<sup>192</sup>”.

---

<sup>189</sup> Importa mencionar que a autora entende que os membros, tanto os indicados para a Comissão ou Corte Interamericana, não representam os interesses do Estado em si, mas sim a prevalência dos direitos humanos. Logo, sua atuação deve ser em defesa da Convenção, e não dos governos.

<sup>190</sup> Acerca disto, Piovesan: “[...] as decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem produzir eficácia jurídica direta, imediata e obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa fé, que orienta a ordem internacional”. Em: PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024.

<sup>191</sup> Sobre a estrutura, história e funcionamento do Sistema Interamericano, verificar a seção 3 desta pesquisa.

<sup>192</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024. p. 1384.

O que se nota, diante destas concepções e das múltiplas visões explanadas pelos entusiastas do *Ius Commune* na América Latina, é que sua base está assentada no constitucionalismo transformador. Ainda, percebe-se que o ICCAL tem como meta principal as mudanças e impactos necessários, na região, que possam superar os diversos problemas ali insurgentes e recorrentes. Logo, o Judiciário assume a função primordial de realizar estas mudanças, garantindo assim os direitos humanos que são elementares para concretizar os projetos decorrentes do constitucionalismo nas Américas. Todavia, é preciso levar em conta e discorrer mais acerca de um ponto elementar para este estudo: o diálogo como fonte de produção normativa no objetivo do direito comum.

### 2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: ESTABELECENDO DIÁLOGOS

Conforme apontado, o constitucionalismo transformador é o principal objetivo do *Ius Commune* Latinoamericano. A releitura do constitucionalismo atual, sob uma lente comum e transformadora, é um potencial projeto de mudança nas circunstâncias que circundam o sistema regional de proteção de direitos humanos. Agora, para que o comum se crie, é primordial pensar num mecanismo que seja capaz de congregiar as distintas visões, realidades e percepções acerca do direito posto em prática, buscando a melhor interpretação e firmiação destas normas, a fim de atender ao interesse crucial a que se propõem as Constituições: os direitos humanos.

Neste cenário, a doutrina e os investigadores que pesquisam o *Ius Commune* defendem a tese de que o método adequado para alcançar este objetivo, para além de todos os mecanismos apontados no tópico anterior, é o diálogo entre os sistemas de proteção. Assim, aqui, trabalhar-se-á com a dimensão de que o direito constitucional necessita se internacionalizar, ou seja, as decisões e práticas dos juízes locais devem transcender o seu território, de forma a alcançar outras ordens jurídicas. Sob outra perspectiva, também é primordial que o direito internacional se constitucionalize, numa ótica de que os juízes domésticos devem incorporar, às suas decisões, as jurisprudências

decorrentes dos juízes internacionais, estabelecendo assim uma verdadeira rede.

Paola Alvarado<sup>193</sup> é uma das pesquisadoras defensoras da rede de proteção de direitos humanos. Para tanto, compreende que é necessário o fortalecimento do *ius Commune* para que tal rede se constitua de fato, uma vez que o direito comum é ferramenta essencial para a harmonização e constitucionalização do direito a nível internacional. Assim, indica que há necessidade de convivência entre ordenamentos jurídicos distintos, para que se estabeleçam respostas comuns a problemas comuns.

O primeiro passo para que se firme a constitucionalização para além do âmbito interno dos Estados é o diálogo, pautado de forma mais ampla do que a simples troca de ideias. O papel dos ordenamentos jurídicos distintos não é de apenas de migrar entendimentos e posicionamentos. Trata-se, sobretudo, de compreender a importância de uma comunicação transjudicial, cujo objetivo principal é firmar um marco normativo comum pautado na interlocução/diálogo destes autores.

Ressalta-se que este diálogo deve ocorrer em via de mão dupla, ou seja, não basta que juízes nacionais se valham de decisões transnacionais, firmando uma espécie de hierarquia. É preciso, também, que tribunais internacionais, sejam eles de âmbito interno de outros Estados, sejam os pertencentes à sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, se valham de decisões de juízes nacionais para que o diálogo efetivamente se estruture. É neste sentido que a rede de proteção se firma: na migração de posicionamentos e interpretações do direito para atingir um único objetivo em comum, qual seja, a proteção do indivíduo. O sistema interamericano demonstra, em diversos casos, atuar nesta perspectiva<sup>194</sup>.

É nesse contexto que o conceito de rede de proteção se apresenta: no contexto do diálogo, da relação dual entre ordenamentos jurídicos distintos, entre juízes nacionais e supranacionais, elevando o constitucionalismo a um nível

---

<sup>193</sup> ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Mas allá de la utopia**: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível. 2013. 355 f. (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

<sup>194</sup> A terceira sessão abordará minuciosamente como o sistema interamericano contribui para a relação dialógica, por meio da evidenciação de casos concretos.

múltiplo de cooperação, sem a preponderância de hierarquias, mas sim de relações que prezam pela harmonização e construção de um direito comum. Esta rede visa, em última análise, solidificar o direito para garantir que o princípio pro persona seja aplicado na prática. Em suma, entende-se que:

Os membros desta rede se relacionam através do exercício do diálogo formal e informal. A primeira, de que tratamos neste trabalho, baseia-se em normas constitucionais e regionais que obrigam o juiz a realizar um exercício de harmonização. A segunda é realizada em cenários não jurídicos e existe como consequência do reconhecimento que os próprios juízes, a academia e a sociedade civil em geral, fazem da importância e necessidade de partilhar e utilizar determinado tipo de informação para cumprir a tarefa de proteção <sup>195</sup> (tradução: o autor).

Portanto, o diálogo multinível firmado por meio de uma rede de proteção de direitos humanos, se apresenta como a ferramenta adequada para proteger e aplicar direitos humanos de maneira efetiva e que se pautem pela primazia do indivíduo.

Esta proposição é fomentada por diversos pesquisadores acerca do *lus Commune* e do constitucionalismo transformador. Mello <sup>196</sup> assevera que há uma infinidade de atores que podem contribuir neste diálogo, que ultrapassam os limites circunscritos ao Judiciário, mas alcançam demais órgãos e agentes diversificados que, conjuntamente, interpretam o direito. Neste âmbito, estão os demais poderes do Estado, o Ministério Público, os movimentos sociais, a própria academia/pesquisadores, dentre outros.

Em adição a estes agentes, existem os elementos materiais deste diálogo, como a própria Convenção Americana, além das Constituições dos Estados e demais tratados internacionais decorrentes da matéria de direitos humanos. Deste modo, há uma relação entre ordens jurídicas distintas que, conjuntamente,

---

<sup>195</sup> “Los miembros de esta red se relacionan a través del ejercicio del diálogo formal e informal. El primero, del cual nos hemos ocupado en este trabajo, encuentra fundamento en las normas constitucionales y regionales que obligan al juez a adelantar un ejercicio de armonización. El segundo se adelanta en escenarios no jurídicos y existe como consecuencia del reconocimiento que los propios jueces, la academia y la sociedad civil en general, hacen de la importancia y necesidad de compartir y usar cierto tipo de información para cumplir la tarea de protección” Em: ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Mas allá de la utopia: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel.** 2013. 355 f. (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 113.

<sup>196</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *lus Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019.

reafirmam o princípio da dignidade humana, concretizando a prevalência dos direitos humanos.

Esta interatividade entre atores/ordenamentos jurídicos distintos forma o que se denomina por constitucionalismo em rede. A proposta não é de que hajam decisões iguais, mas sim que se colem o máximo de pontos de vistas distintos para se chegar à produção de um resultado adequado. Neste sentido:

A concepção de um constitucionalismo em rede pressupõe, em primeiro lugar, a percepção de que os diversos atores ou pontos da rede enfrentam problemas semelhantes. Por isso, a observação sobre as respostas dadas a tais problemas por cada qual constitui um elemento importante a ser levado em consideração, a título de informação, para resolver os próprios problemas. Nenhum ator está obrigado a decidir de forma idêntica. Entretanto, todos devem engajar-se, com seriedade, em conhecer os pontos de vista dos demais integrantes da rede. Com o tempo, essa interlocução permite a construção de entendimentos comuns e convergentes a respeito de uma mesma matéria. Os entendimentos comuns funcionam como um mecanismo indutor da concretização dos direitos<sup>197</sup>.

Corroborando a formação da rede, são pensadas estratégias para que esta funcione de modo adequado, permitindo assim uma estruturação a partir de seis funções distintas. A primeira delas é a função informacional: é importante que os membros da rede compartilhem entre si as discussões em casos difíceis semelhantes, despontando um apoio técnico mútuo. Neste sentido, é olhar para casos na rede que já foram decididos, identificando os aspectos positivos para a tomada de decisões na situação concreta atual.

A segunda função é a dialógica, pela qual os tribunais internacionais assumem posturas distintas – de resistência, convergência ou de engajamento argumentativo<sup>198</sup>. Para Mello, o modelo argumentativo da função dialógica é o que melhor se adequa ao constitucionalismo em rede, uma vez que permite que juízes de tribunais distintos possam dialogar a partir de decisões pré-existentes,

---

<sup>197</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 260.

<sup>198</sup> Ressalta-se que Patrícia Perrone Campos Mello, utilizada como referência neste momento para tratar da rede de constitucionalismo, vale-se dos estudos de Vicki Jackson acerca dos tipos de posturas adotadas pelos Tribunais Internacionais no momento de diálogo entre sistemas. Dito isto, tais elementos teóricos foram abordados no item 2.1 do presente capítulo, ao tratar do constitucionalismo transformador. Para mais informações, verificar: Jackson, Vicki C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance and engagement*. 35 **Federal Law Review**, 161, 2007.

mas de modo argumentativo, no sentido de defender os mesmos posicionamentos ou divergir deles, desde que de forma exploratória<sup>199</sup>.

A terceira função é a definidora de standards. Trata-se da definição de padrões normativos comuns, pelos quais os tribunais admitem consensos acerca da melhor interpretação ou melhor prática do direito. Os consensos não excluem os dissensos resultantes desta interação em rede, mas instituem uma compreensão dominante acerca de determinados temas de direitos humanos, estabelecendo assim um critério objetivo para sua implementação. Estes standards são passos estruturantes para o estabelecimento do diálogo e a formação da rede.

A quarta função é denominada motivacional, que necessita da definição de standards, da função anterior, para se estabelecer. A ideia é de motivação propriamente dita, uma vez que países da região que ainda não tenham aderido a estes padrões interpretativos, podem ser coagidos – e aqui no bom sentido da palavra – a adotar tais interpretações, para que não se sintam afastados da rede que compõem. Para Mello, “há, nessa perspectiva, um elemento de incentivo reputacional para que se avance na tutela de direitos, à luz de tais standards mínimos<sup>200</sup>”.

A quinta função é a de monitoramento recíproco, que consiste na inspeção de um país membro da rede sobre outro, a fim de verificar se há ou não a internalização de direitos a partir das ideias e interpretações apresentadas pela própria rede. Isso permite que os Tribunais domésticos possam auferir padrões interpretativos das quais não conseguiram verificar anteriormente, por

---

<sup>199</sup> “Esse último modelo, de engajamento argumentativo, concilia o reconhecimento de uma dimensão universal dos direitos humanos, com uma dimensão particular, inerente a cada povo, acerca dos mesmos direitos. Com base nele, as cortes têm o dever de enfrentar, argumentativamente, o alcance dado a determinados direitos por outras ordens, quer para acolhê-los na mesma medida, quer para conferir-lhes tratamento distinto. O modelo de engajamento argumentativo é, assim, aquele que melhor se ajusta à concepção do constitucionalismo em rede e parece trazer insights importantes, tanto em relação à interação entre Corte IDH, cortes domésticas, à interação entre as próprias cortes constitucionais e supremas cortes latino-americanas quanto a temas comuns que são chamadas a julgar (sem prejuízo de se reconhecer um peso diferenciado à ratio decidendi das decisões da Corte IDH)”. Em: Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o lus Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 261.

<sup>200</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o lus Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 261.

diversos fatores – dentre eles culturais – permitindo a realização do diálogo e a concretização do direito comum.

Por fim, a sexta função é intitulada de mútua cooperação e apoio, que é composta do suporte entre os países membros da rede para o estabelecimento do direito comum e da forma mais adequada de concretização do direito. Tendo em vista os diversos fatores desiguais que assolam a região – fatores estes demonstrados inclusive ao longo desta seção – existem países que se encontram em situação mais favorável e avançada no tangente à democracia, por exemplo, do que outros que perpassam por regimes autoritários ou de corrupção exacerbada. Portanto, a função de apoio designa um papel importante para que países estáveis façam denúncias ou pressão em relação a violações existentes na região, evitando assim a fragilidade e promovendo a implementação de direitos humanos.

Isto posto, a sintetização da ideia de constitucionalismo em rede, proposta por Mello, merece destaque, vez que orienta o diálogo proposto pelo *Ius Commune Latinoamericano*.

O constitucionalismo em rede opera, portanto, como um *soft power* em matéria de proteção aos direitos humanos, à democracia e ao estado de direito. Abre caminho para o intercâmbio, para o diálogo e para o aprendizado recíproco entre distintas ordens. Dá ensejo ao estabelecimento de *standards* mínimos de proteção e à definição das melhores práticas. Cria incentivos reputacionais e mecanismos de monitoramento e de cooperação recíproca entre os agentes da rede. Nessa medida, favorece a progressiva adoção de níveis mais altos de concretização de direitos humanos e estabelece mecanismos de resiliência contra retrocessos em ordens sob ameaça<sup>201</sup>.

O enfoque dialógico também encontra voz nas discussões de Melina Girardi Fachin, para quem o espaço de proteção de direitos humanos não mais se encontra adstrito ao Estado, *per se*, mas ultrapassa estas barreiras e traz à tona o dever de realizar uma interconexão entre os sistemas interno e internacional, como mecanismo elementar de concretização de direitos humanos<sup>202</sup>. Aborda que o foco, aqui, é o princípio *pro persona*, ou seja, um

---

<sup>201</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019, p. 262.

<sup>202</sup> Fachin, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**. Porto, v. 1, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <ccons.com.br/wp-

princípio voltado para a centralização do indivíduo como sujeito objeto da proteção estatal.

Para que este diálogo ocorra, Fachin frisa que o pluralismo é elemento vital na solidificação desta interconexão, especialmente quando os Estados notam que, no âmbito doméstico, a produção do direito está além daquilo que prescreve a Constituição; e no âmbito internacional, coexistem ordens jurídicas distintas, sem hierarquias, formando um ordenamento “plural e múltiplo”<sup>203</sup>.

Concebendo esta consciência de que existem interconexões entre o âmbito interno e internacional, é preciso destacar que o debate deve avançar num sentido de integração jurídica entre ordens distintas. Sob esta lente, Virgílio Afonso da Silva propõe um debate para além da noção de hierarquia ou vinculação judicial, mas em um olhar mais avançado que possa contribuir para o diálogo no âmbito da América do Sul<sup>204</sup> - o que, para esta pesquisa, é importante como estrutura de pensamento vinculada ao ICCAL.

Silva parte da ótica que a integração pode ocorrer de realidades comuns, de contextos econômicos, sociais e culturais semelhantes, e não de instituições ou Constituições análogas. Aqui, estaria um ‘pontapé inicial’ de possíveis interações, que superam a lógica de que as instituições precisam ser comuns para que a integração aconteça. O diálogo – que ele denomina transnacional – aborda uma integração jurídica mais inicial, cuja construção está assentada em dois modelos distintos: os empréstimos constitucionais e a migração de ideias.

O modelo de empréstimos constitucionais “[...] envolvem a importação de regras da constituição de um país para a constituição de outro<sup>205</sup>”. Todavia, em um sentido mais amplo, Silva compreende que estes empréstimos estão além de uma simples transplantação de regras, mas envolvem também teorias e

---

content/uploads/2021/10/2020-4.constitucionalismo-multinivel-dialogos-em-direitos-humanos-.pdf>.

<sup>203</sup> Fachin, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**. Porto, v. 1, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <ccons.com.br/wp-content/uploads/2021/10/2020-4.constitucionalismo-multinivel-dialogos-em-direitos-humanos-.pdf>.

<sup>204</sup> Silva, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

<sup>205</sup> Silva, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 518.

ideias constitucionais, além de se aplicar não só no âmbito constituinte, assim como no âmbito jurisprudencial. Decorrente desta interpretação, o modelo de migração de ideias aparece como outra alternativa viável para a integração jurídica.

No modelo de migração de ideias, a concepção é muito mais irrestrita, porque transcende a simples cópia escrita de textos constitucionais diversos, mas integra ideias diversas, num sentido livre e plúrimo. Por isto, a alcunha de “migração” se adequa mais àquilo que propõe a teoria trazida por Silva. Há, assim, uma liberdade de câmbio de ideias e teorias que possam ser internalizadas em ordens jurídicas distintas – no âmbito nacional e internacional. Ou, para além disto, pode ser utilizada por ordens jurídicas nacionais diferentes, de forma horizontal, estabelecendo um verdadeiro diálogo de forma livre e não vinculativa.

A migração de ideias também desemboca em uma migração de critérios interpretativos. Tribunais distintos se valem de critérios utilizados por outros tribunais/ordens jurídicas que permitem a superação de dimensões que, até então, eram tidas como absolutas. É o caso da Inglaterra, por exemplo, que por muito tempo vigorou o princípio da irrazoabilidade e que, com a atuação da Corte Europeia, passou a adotar o princípio da proporcionalidade em seus julgados<sup>206</sup>.

O empréstimo de ideias gera uma aproximação entre as partes que dialogam, e a integração aprofunda a construção de um direito comum. O compartilhamento e migração de pensamentos, no âmbito jurídico permite que os países da região sul global possam enfrentar seus desafios sob uma perspectiva semelhante. Para Silva:

Se é possível afirmar que, em uma dada região, quanto mais os tribunais constitucionais empregam os mesmos critérios interpretativos, tanto maior será a integração jurídica entre eles - e parece-me que é possível afirmar isso - então a migração de ideias constitucionais pode ter um papel importantíssimo na integração jurídica dessa região, porque, mesmo que não haja muita legislação comum ou instituições comuns, os tribunais (e os ordenamentos

---

<sup>206</sup> Silva cita outros casos em que a integração jurídica ocorreu, e ordens jurídicas diversas como Estados Unidos da América, Alemanha e Inglaterra. Para mais informações a respeito, verificar: Silva, Virgílio Afonso da. *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

jurídicos como um todo) aproximam-se por meio de uma aproximação no discurso jurídico<sup>207</sup>.

A proposição de Virgílio Afonso da Silva é um pontapé inicial para reflexões acerca do diálogo em sede de ICCAL. A proposta, no *lus Commune*, também tem como premissa base que as partes desta grande malha possam estabelecer conexões e partilha de ideias e proposições, a fim de criar um constitucionalismo próprio da região latinoamericana. Mas, é preciso cuidado. Há, sobretudo, uma preocupação para que este mecanismo não seja convertido em um discurso para legitimar posturas que são avessas à concepção do diálogo em si.

A despeito disto, Schaffer, Rios, Leivas e Gomes reforçam a concepção de que não basta o simples uso de uma norma/jurisprudência de outra ordem jurídica para caracterizar o diálogo. Vai além disso: o diálogo não deve ser utilizado apenas para reforçar uma corrente de pensamento que se aproxima daquilo que pretende decidir o julgador, mas deve ser concebido visando a garantia da dignidade humana, o valor do direito e a proteção do indivíduo. Logo, o diálogo tem como premissa evidenciar as semelhanças entre os casos, além de notabilizar de que forma o caso “emprestado” contribui para a solução do litígio sob Júdice<sup>208</sup>.

Tendo isto em vista, importa delimitar a noção de diálogo que se pretende abordar nesta reflexão. Partimos do conceito de Melina Fachin sobre o tema:

Diálogo, no seio desta reflexão, no âmbito dos direitos, rima com compreensão e reconhecimento da diversidade, destacando a necessidade de tolerância e respeito no exercício comunicativo. A dimensão dialógica deve ser, assim, aqui ser compreendida como exercício de alteridade e cooperação em que os sujeitos refletem entre si<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Silva, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 522.

<sup>208</sup> Schäffer, Gilberto; Rios, Roger Raupp; Leivas, Paulo Gilberto Cogo; Gomes, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, Dez 2017. Disponível em: <<https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/789/Ajuris143DT8>>. Acesso em 22 Jul 2024.

<sup>209</sup> Fachin, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**. Porto, v. 1, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <[ccons.com.br/wp-](https://ccons.com.br/wp-)

Pensar diálogo pressupõe relações nas quais membros distintos fazem parte. Não se trata, portanto, de relação hierárquica. As múltiplas vozes que compõem este diálogo resultam de espaços distintos, especialmente considerando o sul global. Para nós, tendo em vista a concepção do *lus Commune*, o diálogo precisa ser construído a partir do contexto latinoamericano. As experiências trazidas pela região, acerca dos temas em debate no constitucionalismo contemporâneo, é que permitem repensar a lógica da proteção de direitos humanos a partir de uma perspectiva dialógica ampliada.

Relações dialógicas também requerem sujeitos que participem deste elo. Aqui, não se fala em sujeito ativo ou passivo na relação, mas todos possuem o mesmo peso na produção dos consensos acerca da proteção dos direitos. Exclui-se a convicção de que somente juízes e tribunais, domésticos ou internacionais, podem fazer parte desta interlocução, mas ampliam-se os sujeitos, integrando também outros que dali fazem parte. São atores que, novamente, precisam ser plurais.

Evidente que o Poder Judiciário faz parte desta relação, permanecendo como protagonista devido a fatores distintos, muitas vezes decorrentes do próprio cenário no qual o direito internacional dos direitos humanos está inserido. Todavia, não se pode olvidar que os pesquisadores, os demais poderes ou outros atores – como clínicas de Universidades ou organizações sociais – assumem papel relevante na construção destas interlocuções, haja vista a pressão ou interpretação que fazem a partir das normas internas ao Estado ou normas presentes no cenário internacional. O litígio estratégico, por exemplo, é um bom arquétipo de como estas relações são construídas<sup>210</sup>.

Quando os diálogos ocorrem no âmbito do Poder Judiciário, estes são denominados diálogos judiciais. Há uma troca de interpretações e de

---

content/uploads/2021/10/2020-4.constitucionalismo-multinivel-dialogos-em-direitos-humanos-.pdf>, p. 57.

<sup>210</sup> A título exemplificativo, Melina Fachin cita exemplos de como a construção do diálogo se opera entre atores distintos no cenário em que se insere. O sistema interamericano de direitos humanos recomendou ao Brasil uma alteração significativa nas suas políticas relacionadas à proteção à violência contra a mulher. Fruto disso, surge a Lei Maria da Penha, fruto do diálogo entre o sistema internacional de proteção e do Poder Legislativo brasileiro. Além disto, foram protagonistas as associações em defesa dos direitos das mulheres, bem como o próprio movimento feminista que, em conjunto, realizaram movimentos de pressão para que as recomendações da Comissão Interamericana fossem aceitas.

concretização das normas de direitos humanos, possibilitando um câmbio capaz de fixar standards normativos importantes. Conforme ressaltado anteriormente, especialmente nas pesquisas de Patrícia Perrone Campos Melo, esta correlação ocorre entre juízes nacionais e internacionais, permitindo com que haja uma harmonia entre os diferentes locus de aplicação do direito, além do reconhecimento de que esta relação dialógica é fundamental ao exercício da democracia em si.

Acerca destes diálogos judiciais e da proteção democrática – que é inerente ao fundamento do ICCAL –, importa destacar as reflexões trazidas por Ana Carolina Lopes Olsen, que evidencia o papel emancipador da relação dialógica entre as ordens distintas:

Nesse diapasão, os diálogos judiciais assumem uma dimensão cooperativa na medida em que seus interlocutores (as Cortes e seus magistrados) se dispõem a ouvir e a informar sobre interpretações normativas, assim concretizando a empreitada comum de construir standards em direitos humanos. Essa construção tem como um dos pilares fundamentais a proteção da democracia, já que fora do ambiente democrático os direitos humanos não sobrevivem<sup>211</sup>.

Ainda, Olsen e Kozicki<sup>212</sup> apontam para uma característica relevante do diálogo judicial, que consiste na utilização de decisões estrangeiras para fundamentar uma decisão contrária no Tribunal que realizou o diálogo. Isto significa que o diálogo judicial não é só a concordância em si, mas a dissonância também faz parte desta relação. As críticas também podem ser construtivas e, ainda, podem representar uma parte do caminho trilhado rumo ao direito comum.

Se o objetivo do diálogo é a formação de standards, mister consubstanciar quais os elementos que deflagram esta relação, precipuamente analisada sob a perspectiva da relação dialógica entre sistema interamericano e juízes nacionais:

Trata-se de um diálogo marcado por (i) policentrismo, em virtude da diversidade de intérpretes dos direitos humanos para a construção dos standards regionais; (ii) integralidade, pois todas as cortes envolvidas

---

<sup>211</sup> Olsen, Ana Carolina Lopes. **Diálogos Judiciais para o enfrentamento da erosão democrática no Brasil**: contribuições da Opinião Consultiva n. 28/2021. Em: Olsen, Ana Carolina Lopes; Fachin, Melina Girardi; Mello, Patrícia Perrone Campos. *Diálogos Constitucionais Transformadores*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2022. 308 p.

<sup>212</sup> Olsen, Ana Carolina Lopes; Kozicki, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de políticas públicas**. v. 9, n. 2, Ago 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf>>. Acesso em 21 Jul 2024.

podem figurar como origem ou destino desses standards regionais; (iii) deliberação, em que a Corte regional atua como um primo inter pares em uma rede deliberativa transnacional, e não um órgão hierárquico de cassação; (iv) multidirecionalidade, pois as comunicações entre as cortes se realizam em diversos sentidos, da Corte supranacional para as nacionais ou o inverso, ou ainda entre as cortes nacionais entre si<sup>213</sup>.

Estas características corroboram as propostas anteriores acerca do diálogo. De modo que estamos tratando, na presente pesquisa, sobre o diálogo existente no âmbito do *Ius Commune*, então é imprescindível destacar de que maneira isto ocorre no sistema interamericano. Paola Andrea Acosta<sup>214</sup> esclarece que, em sede de ICCAL, o diálogo não é apenas uma migração de ideias, mas vai muito além disso: trata-se de uma interação entre o juiz interamericano e o juiz nacional, que visa a proteção de direitos humanos e que possui um viés de obrigatoriedade. Neste sentido:

Levando em conta esse quadro teórico, podemos dizer que a crescente interação entre o juiz interamericano e os juízes constitucionais pode ser classificada como um diálogo de natureza formal e vertical, ou seja, um uso mútuo da jurisprudência como resultado da plena convicção que ambos têm, tanto os juízes nacionais como o juiz regional, de que existe um objetivo comum - a proteção dos direitos humanos - e um quadro jurídico comum de referência - a CADH - que os obriga a articular-se.

Esta definição nos permite diferenciar o diálogo da mera migração de ideias ou exercícios de direito comparado. Para nós, o diálogo é obrigatório e sua obrigação decorre tanto das normas interamericanas quanto das constitucionais<sup>215</sup> (tradução: o autor).

<sup>213</sup> Olsen, Ana Carolina Lopes; Kozicki, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de políticas públicas**. v. 9, n. 2, Ago 2019. p. 312. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf>>. Acesso em 21 Jul 2024.

<sup>214</sup> Acosta, Paola Andrea. **Ius Commune Interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo**. Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017

<sup>215</sup> “Atendiendo a este marco teórico, podemos decir que la creciente interacción entre el juez interamericano y los jueces constitucionales puede ser catalogada como un diálogo de naturaleza formal y vertical,<sup>3</sup> esto es, un uso mutuo de la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo compartido —la protección de los derechos humanos— y un marco jurídico de referencia común —la CADH— que los obliga a articularse.

Esta definición nos permite diferenciar el diálogo de la mera migración de ideas o de los ejercicios de derecho comparado. Para nosotros, el diálogo es mandatorio y su obligatoriedad se desprende de las normas tanto interamericanas como constitucionales

É fruto desse diálogo que se forma a rede de proteção em direitos humanos, no contexto latinoamericano. Ela é fomentada pelo diálogo, seja ele formal ou informal. O diálogo formal diz respeito às normas decorrentes das constituições ou da região – aqui, da Convenção Americana – que vinculam os juízes a harmonizar as interpretações judiciais entre os distintos sistemas. Já o diálogo informal é mais amplo, e contempla os próprios juízes, a sociedade civil e os pesquisadores acadêmicos e geral, que reconhecem a importância do compartilhamento de informações para realizar a devida proteção em matéria de direitos humanos<sup>216</sup>.

Esta rede de proteção, firmada a partir do diálogo, é o cerne do *Ius Commune*. Esta teia de aranha, denominada por Acosta, concentra um emaranhado de atores e membros que a desenvolvem, por meio das interlocuções verticais – entre juiz regional e nacional – e horizontais – entre juízes nacionais de ordens jurídicas distintas. No centro desta teia, como pedra angular, está a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é responsável pela proteção de direitos em toda a região latinoamericana. Não se trata de uma relação hierarquizada, mas de um diálogo multinível, que permite múltiplas interações entre todos estes membros da teia. Logo, os efeitos do diálogo e do *Ius Commune* geram três efeitos importantes:

- a) o diálogo é causa e consequência da reformulação das relações entre o direito internacional e o direito interno, b) com ele se promovem reformas constitucionais e jurídicas que permitem ampliar ou reforçar o catálogo de direitos, e ajustes processuais e institucionais que contribuem para a tarefa de proteção, c) aumenta a eficácia da proteção oferecida aos indivíduos tanto no sentido estrito (para casos específicos e no que diz respeito ao cumprimento de sentenças nacionais e internacionais) como no sentido amplo, ou seja, gerando a cultura e as ferramentas necessárias evitar violações, ou seja,

---

Em: Acosta, Paola Andrea. **Ius Commune Interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo**. Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 373.

<sup>216</sup> Acosta, Paola Andrea. **Ius Commune Interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo**. Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017

conseguir proteção sem recorrer à Justiça, como deveria ser <sup>217</sup>  
(tradução: o autor).

Portanto, diante de todo o arcabouço teórico, é possível depreender que:

1-) o constitucionalismo transformador é um objetivo a ser alcançado na região latinoamericana, por meio de uma releitura das Constituições locais e da interpretação e aplicação do direito de modo a proteger o indivíduo; nesta proposição, o poder Judiciário assume função protagonista, mas não única, devendo atuar conjuntamente com demais órgãos, poderes, sociedade civil e diversos atores para concretizar a transformação almejada. 2-) o *Ius Commune* é uma proposta que promove a integração entre diversos atores no contexto latinoamericano que, a partir das características comuns da região, pretendem formar um direito comum, com potencialidades e peculiaridades próprias, mas sempre visando o fim comum que é a proteção de direitos humanos. Aqui, o sistema interamericano assume papel de destaque, por se tratar de um sistema que envolve a região e que tem uma função unificadora do direito 3-) o diálogo entre as ordens jurídicas distintas, num modelo multinível, é essencial para a construção do ICCAL e do conseqüente constitucionalismo transformador. A noção de rede de proteção, envolvendo atores múltiplos e diversos, é ferramenta adequada para a concretização do projeto do *Ius Commune*.

Neste sentido, o *Ius Constitutionale Commune* da América Latina é o grande passo para que as ordens jurídicas, como no caso brasileiro, firmem um diálogo importante e protetivo de direitos humanos que, no nosso caso, se concentra na defesa da população LGBTQIAPN+ como sujeito de direitos. É o que se pretende construir na próxima seção.

---

<sup>217</sup> a) el diálogo es causa y consecuencia de la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, b) con él se impulsan las reformas constitucionales y legales que permiten ampliar o reforzar el catálogo de derechos, y los ajustes procesales e institucionales que coadyuvan en el cometido de protección, c) potencia la efectividad de la tutela ofrecida a los individuos tanto en sentido estricto (para casos específicos y respecto del cumplimiento de las sentencias, nacionales e internacionales) como en sentido amplio, esto es, generando la cultura y herramientas necesarias evitar las violaciones, esto es, para lograr la protección sin tener que acudir a los estrados judiciales, tal como debe ser. Em: Acosta, Paola Andrea. **Ius Commune Interamericano. Brevisimas notas sobre el concepto de diálogo**. Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 384.

### **CAPÍTULO 3 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA COMO UM STANDARD INTERAMERICANO – ESTABELECENDO OS DIÁLOGOS ENTRE SISTEMA INTERNO E INTERAMERICANO**

Chega-se ao momento de enfrentar o principal desafio desta tese: analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, de criminalizar a homotransfobia, sob uma lente multinível e dialógica. O primeiro capítulo desenhóu um resgate histórico da população LGBTQIAPN+, o processo que deslindou na decisão perante o STF e os impactos e críticas desenvolvidos por juristas nacionais acerca do possível ativismo judicial realizado pela Corte brasileira.

No segundo capítulo, a teoria do *Ius Commune*, impulsionada pelo constitucionalismo transformador e construída por meio do diálogo em rede, permite que se compreendam as novas interfaces que rondam o constitucionalismo contemporâneo, em especial o que se desenvolve no seio da América Latina. A concepção de constitucionalismo em rede dá uma roupagem dinâmica e forma consensos que possibilitam uma melhor interpretação dos direitos, essencialmente voltados para a proteção do indivíduo.

Se, conforme apontado, o ICCAL tem como protagonista o sistema interamericano, sobretudo a Corte Interamericana, então imprescindível que seja realizado um panorama geral acerca deste mecanismo de proteção de direitos humanos em âmbito regional. Logo, o recorte desta seção está centrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, sua proposição e institucionalização, bem como os instrumentos disponíveis para implementação dos direitos e funcionamento do sistema como um todo.

Se o *Ius Commune* tem como premissa o diálogo, então importa também discorrer sobre a jurisprudência do sistema interamericano e como ela contribui para a formação de rede e para a unificação do direito tido como comum, realizando o necessário impacto transformador na região. Conforme salientado, existem inúmeras particularidades e fraquezas que assolam a América Latina, cabendo às Cortes constitucionais colocar em prática o projeto abarcado por suas Constituições. Os países membros da Convenção Americana podem – e devem – adotar as interpretações realizadas pelo sistema, mas também os juízes interamericanos necessitam formar a via de mão dupla neste diálogo em

rede, valendo-se das decisões dos juízes nacionais para a interpretação da Convenção. É o que se pretende abordar aqui.

Se o objetivo do *Ius Commune* é a formação de standards que contemplem a região latinoamericana, capazes de realizar o constitucionalismo transformador, então a criminalização da homotransfobia, no Brasil, pode ser um padrão interpretativo interessante neste diálogo. A tese se sustenta nisto: olhar para a decisão do Supremo Tribunal Federal sob uma lente multinível, construindo a proposta de que criminalizar a homotransfobia é um padrão interpretativo que deve se estender por toda a região. A rede ICCAL é o mecanismo aqui adotado, uma vez que oportuniza a interconexão de sistemas distintos para fixar estes standards, habilitando os juízes nacionais e regionais para a concretização dos direitos individuais da população LGBTQIAPN+, além de conferir segurança jurídica a este grupo em toda a região.

Mostrar-se-á, com esta construção teórico-prática, que é possível estabelecer um preceito comum que sirva de reflexão e normatização para ordens jurídicas distintas, firmando um diálogo capaz de realizar a transformação proposta pelo *Ius Commune* na América Latina e, sobretudo, garantindo a dignidade humana de sujeitos que estão, ainda, assolados pela desigualdade, violência e preconceitos sociais e institucionais.

### 3.1 CONTEXTUALIZANDO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NORMATIVA – O PAPEL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O cenário em que se desenvolve o sistema interamericano remonta à análise sobre o que se denomina, na teoria dos direitos humanos, de sistema global e sistema regional de proteção de direitos humanos. Todo este arcabouço se torna uma preocupação já no final da Primeira Guerra Mundial, com a Liga das Nações, mas atinge seu apogeu após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra, fruto de movimentos nacionalistas em países da Europa que culminaram em um conflito que deixou milhares de pessoas mortas.

Historicamente, diversos movimentos foram responsáveis pela preocupação global com a proteção de direitos dos indivíduos em si, dando espaço ao ser humano como sujeito de direitos e salvaguarda, retirando todo o

protagonismo, no cenário internacional, do Estado como sujeito de proteção na esfera de direito internacional. André de Carvalho Ramos<sup>218</sup> cita uma série de fatores que marcaram a transição para a proteção dos direitos humanos, dentre eles o combate à escravidão, a proteção dos direitos de estrangeiros em geral, a proteção de feridos vítimas de guerras, proteção de minorias que sofriam perseguições – estes, em especial, no contexto da Primeira Guerra – e, por fim, a ascensão de direitos sociais, fruto da Organização Internacional do Trabalho/OIT.

Frente ao nazifascismo e demais movimentos autoritários emergentes na década de 1940, o fim da Segunda Guerra Mundial deu espaço à eclosão de um desejo que se repetia e que viria a ser um órgão promissor no futuro do direito internacional dos direitos humanos: a Organização das Nações Unidas/ONU. Neste momento histórico, havia um desejo de países ocidentais em internacionalizar os direitos humanos, bem como de proteger os indivíduos do flagelo da guerra, conforme consta no próprio preâmbulo da Carta de São Francisco<sup>219</sup>.

Dentre seus órgãos, a ONU conta com a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Segurança, o Conselho de Tutela, o

---

<sup>218</sup> RAMOS, André de C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. *E-book*. ISBN 9786553628762. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628762/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>219</sup> A Carta de São Francisco ou Carta da ONU foi um documento criado na Conferência de São Francisco, entre abril de junho de 1945, nos Estados Unidos da América, cujo objetivo principal era a fundação de um órgão destinado a proteger direitos humanos. A Carta estabeleceu um organismo cuja finalidade é garantir a paz e segurança internacional. Conforme eu preâmbulo: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas”. Em: ONU BRASIL. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>>. Acesso em 25 Jul 2024.

Secretariado e a Corte Internacional de Justiça – órgão jurisdicional criado para julgar litígios entre os Estados membros da Organização. Em seu seio, foram celebrados diversos tratados internacionais, dentre eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Além destes, tratados cujo objetivo principal é a proteção de indivíduo também foram ratificados, além da realização de Conferências e demais trabalhos que efetivam direitos humanos ao longo de todo o globo<sup>220</sup>. Neste estudo, o foco é deslocado para movimentos regionais de proteção de direitos humanos, haja vista o recorte aqui dado.

Conforme apontou-se na seção 2 da presente pesquisa, a América Latina possui realidade semelhante entre seus países, no contexto econômico, social e cultural. Estas realidades motivaram a criação do *Ius Commune Latinoamericano*, justamente fundamentado no anseio de solucionar, por meio do direito, os diversos problemas enfrentados na região. É isto que caracteriza o sistema regional de proteção de direitos humanos: a existência de marcos que possibilitam enfrentar dificuldades acentuadas num mesmo espaço, por meio de um mecanismo capaz de atuar frente a estas adversidades para promover direitos e assegurar a proteção dos indivíduos que ali se encontram.

O seu marco está atrelado à institucionalização de um órgão, em âmbito regional, denominado Organização dos Estados Americanos/OEA. Foi na 9ª Conferência Interamericana, de Bogotá, que a Organização se estabeleceu, bem como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem<sup>221</sup>. Em linhas gerais, o órgão tem como finalidade conglobar os interesses dos países do continente americano, nos diversos setores existentes nas relações internacionais. Dentre eles, há também o objetivo de proteger direitos humanos, por meio de um diálogo fortalecido entre os países que congregam deste

---

<sup>220</sup> O site das Nações Unidas reúne todos os documentos, eventos realizados e demais mecanismos de atuação da Organização. Para mais informações, acessar: <<https://www.un.org/en>>.

<sup>221</sup> “A Declaração Americana, que é anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconheceu a universalidade dos direitos humanos ao expressar que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão ou nacional de um Estado, mas, sim, de sua condição humana (Preâmbulo da Declaração)”. Em: RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. *E-book*. ISBN 9788553623068. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623068/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

interesse comum. É a partir daí que surge a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>222</sup>.

Em que pese a Carta da OEA e a Declaração Americana estabelecerem uma série de compromissos com direitos humanos, estes documentos não instituíram órgãos específicos para protegê-los nas Américas. Foi com a pressão política de países membros que a necessidade de institucionalização destes órgãos se acentuou, e a OEA propiciou o prosseguimento de tal medida, criando – por meio de uma Resolução – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos/Comissão IDH/CIDH<sup>223</sup>.

Todavia, ressalta-se que seu caráter imperativo, perante os Estados, era nulo, uma vez que não era um órgão da OEA em si, mas apenas um mecanismo para promover direitos humanos na região. Diante deste contexto, foi necessário sucumbir às necessidades do momento, estabelecendo-se uma reforma na Carta da OEA, elevando a CIDH à um órgão capaz de supervisionar e controlar direitos humanos no âmbito das Américas. Portanto, a CIDH incorporou uma função preventiva, emitindo relatórios anuais e recomendações aos Estados-membros, a fim de proteger os direitos humanos internamente nestes países<sup>224</sup>.

A criação da CIDH ocorreu em 1959, na Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores. Neste momento, foi determinada, também, a redação de uma Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como um órgão jurisdicional que seria denominado de Corte Interamericana. O projeto foi construído ao longo dos anos, passando por revisões e alterações até que, em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, os Estados-membros assinaram a Convenção Americana de Direitos

---

<sup>222</sup> “Em suma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos está firmemente ancorado no documento fundante da Organização dos Estados Americanos. Como norma vinculante, a Carta da OEA determina a proteção dos direitos humanos enquanto objetivo e princípio da organização, elabora o conteúdo da proteção a alguns direitos humanos, estabelecendo direitos de modo expresso ou implícito, e solidifica institucionalmente o Sistema, na medida em que dispõe base normativa para a atuação da Comissão Interamericana enquanto órgão da OEA. Ao prever a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Carta também indicou o caminho para o fortalecimento do Sistema e para a criação da Corte Interamericana”. Em: PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia C. **Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640010/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>223</sup> FACHIN, M. G. (Org.). **Guia de proteção de direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. Curitiba : InterSaberes, 2019. 352p.

<sup>224</sup> FACHIN, M. G. (Org.). **Guia de proteção de direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. Curitiba : InterSaberes, 2019. 352p.

Humanos/CADH – Pacto de São José da Costa Rica, que viria a ser ratificada no ano de 1978 com o décimo primeiro país a ratificá-la<sup>225</sup>.

Em seu texto, a CADH incorporou a já existente Comissão, ampliando a atuação do órgão e complementando sua função com o estabelecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, um segundo mecanismo de supervisão do sistema interamericano. A Convenção ampliou as normas de direitos humanos que já constavam na Declaração Americana<sup>226</sup>, mas agora de forma vinculativa, uma vez que a Declaração tinha um caráter de *soft law*<sup>227</sup>. Acerca do papel mais amplo, abordado pela Convenção, Ramos sintetiza esta atuação em sua obra:

A partir da entrada em vigor da Convenção, a Comissão passou a ter papel *dúplice*. Em primeiro lugar, continuou a ser um órgão principal da OEA, encarregado de zelar pelos direitos humanos de modo amplo, incumbido até mesmo do processamento de petições individuais retratando violações de direitos humanos protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana. Em segundo lugar, a Comissão passou a ser também órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, analisando petições individuais e interestatais, bem como interpondo ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte. Caso o Estado não tenha ratificado ainda a

<sup>225</sup> PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia C. **Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640010/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>226</sup> Em: RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553623068. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623068/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>227</sup> Atualmente, a doutrina moderna denomina as normas não vinculativas como *soft norms*. Neste sentido: “A denominação mais usual desse direito internacional não obrigatório é *soft norm* ou, como preferem os franceses, *droit mou*. Em português essas expressões seriam traduzidas por direito leve ou direito frouxo, expressões utilizadas para marcar a oposição ao conceito tradicional *hard law*, direito rígido, imponível. Inicialmente, utilizava-se o conceito *soft law* inapropriadamente porque a expressão *law* já tem em si um conceito de cogência. Gradativamente, a teoria jurídica cedeu ao conceito inglês *soft norm*. Não se trata apenas de uma questão de denominação, mas a expressão tem um grande conteúdo conceitual, em razão da diferença essencial entre uma lei internacional, obrigatória, e uma norma não obrigatória. Claro, o termo escolhido não lhe dá seu valor, mas é melhor utilizar uma expressão mais próxima da realidade. Uma parte considerável do trabalho dos juristas de direito internacional consiste em identificar o valor exato das normas internacionais.

Essas normas não têm o mesmo grau de atribuição de capacidades nem são tão importantes quanto as normas restritivas, mas os Estados comprometem-se a cooperar e a respeitar os acordos realizados, sem submeter-se, no entanto, a obrigações jurídicas. Consideramos que essa modalidade de comprometimento representa uma atribuição de capacidade, sendo que o Estado permite à comunidade internacional garantir primeiramente um controle moral sobre as disposições dos acordos e, depois, porque esses acordos servem como base à realização de futuros acordos restritivos. Por isso, constituem uma etapa intermediária da atribuição de capacidade, já portadora de consequências concretas”. Em: VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553609031. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609031/>. Acesso em: 28 jul. 2024.

Convenção ou caso tenha ratificado, mas não tenha reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte, a Comissão insere suas conclusões sobre a petição individual no seu Informe Anual, que será apreciado pela Assembleia Geral da OEA<sup>228</sup>.

Atualmente, a CADH conta com 82 artigos, distribuídos em três partes distintas: a primeira trata dos deveres dos Estados e dos direitos protegidos; a segunda aborda os meios de proteção – evidenciando o papel da Comissão e da Corte; e o terceiro versa sobre as disposições transitórias. São 23 Estados-partes da Convenção neste momento – já chegou a 25, mas houve renúncia por Venezuela e Trindade e Tobago<sup>229</sup> – o que não necessariamente ratifica a competência da Corte Interamericana para julgá-los.

No Estado brasileiro, a incorporação da CADH só aconteceu no ano de 1992, quando o país ratificou o Pacto e promulgou o Decreto n. 678/92, dando validade jurídica interna e internacional do tratado. Isto se deu por conta da abertura democrática no país, a partir da Constituição Federal de 1988, além do compromisso do Estado brasileiro em proteger direitos humanos em seus dispositivos. Inicialmente, a competência da Corte não foi reconhecida pelo Brasil, mas posteriormente, em 1998, o país passa a aceitar a jurisdição do Tribunal, dando abertura para que pudesse ser julgado perante o sistema por violações em matéria de direitos previstos na Convenção e demais instrumentos regionais<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> Em: RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 194. *E-book*. ISBN 9788553623068. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623068/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>229</sup> “Os Estados que ratificaram a Convenção Americana são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

A Venezuela apresentou em 10 de setembro de 2012 um instrumento de denúncia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). A denúncia surtiu efeito a partir de 10 setembro de 2013.

Trindade e Tobago apresentou em 26 de maio de 1998 uma denúncia perante o Secretário da OEA. A denúncia surtiu efeito a partir de 28 de maio de 1999.

Em conformidade com o estipulado no artigo 78.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “os Estados Partes poderão denunciar esta Convenção [...] mediante um pré-aviso de um ano”. Cabe ressaltar que, tal como estabelecido no parágrafo 2º do citado artigo 78 da Convenção, as denúncias não isentam os Estados das obrigações contidas na Convenção Americana no que concerne a todo fato que, podendo constituir uma violação dessas obrigações, tenha ocorrido anteriormente à data na qual a denúncia produz efeito”. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/que\\_es\\_la\\_corte.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=pt)>. Acesso em 28 Jul. 2024.

<sup>230</sup> Fachin, Melina Girardi (Org.). **Guia de proteção de direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. Curitiba : InterSaber, 2019. 352p.

Inicialmente, a Convenção reconhece o dever dos Estados de cumprir o previsto em seu texto, sem qualquer tipo de conduta discriminatória ou preconceituosa em suas variadas formas. Ainda, estabelece em seu artigo 2º algo crucial para a implementação de medidas em âmbito interno dos Estados: o dever de adotar disposições de direito interno. Isto significa que os Estados-partes da CADH necessitam criar normas ou outras medidas possíveis para cumprir o definido pelo Pacto. Para além disto, gera um outro dever para os mecanismos de controle interno: a incumbência de suprimir qualquer tipo de norma que, em alguma medida, afronte a Convenção<sup>231</sup>. Para tanto, há um importante mecanismo no âmbito do sistema que possibilita esta adequação: o controle de convencionalidade<sup>232</sup>.

Por fim, o artigo segundo gera mais um encargo para o Estado, que é a responsabilidade em adequar suas instituições à CADH. Isto significa que há uma deferência ao sistema quando o Estado, internamente, reformula toda a estrutura dos Poderes e demais órgãos para que haja uma harmonia entre estes e a Convenção. Este dever é o que permite com que os Estados adotem as medidas impostas pela região, havendo maior proteção e unidade nas decisões que vinculam toda a América<sup>233</sup>.

O disposto neste artigo da CADH é importante, neste estudo, uma vez que é uma ponte para o estabelecimento dos diálogos abordados na seção anterior. Quando o sistema determina que um Estado membro necessita se

---

<sup>231</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. eBook (470 p.)

<sup>232</sup> Para fins didáticos, a discussão acerca do controle de convencionalidade será abordada ao final desta subseção.

<sup>233</sup> “Essas obrigações gerais estabelecidas pelos artigos 1 e 2 não se aplicam de modo isolado: seu conteúdo se define em relação a cada um dos direitos da Convenção. Por exemplo, no caso *Azul Rojas Marín e outra vs. Peru*, a Corte analisou a detenção e tortura de uma mulher transexual, as quais haviam sido perpetradas por agentes policiais peruanos motivados por razões discriminatórias. A Corte concluiu que o Peru violou os direitos à liberdade pessoal, à integridade e à vida privada, assim como os direitos a garantias judiciais e proteção judicial da vítima, em relação com a obrigação geral de respeito e garantia estabelecida pelo artigo 1.1. Em outras palavras, o Estado falhou em respeitar e garantir os direitos à liberdade, à integridade, à vida privada, a garantias judiciais e à proteção judicial. Além disso, a Corte determinou que a lei doméstica tipificava o delito de tortura indevidamente, o que impediu a adequada investigação do caso. Por isso, o Estado violou os direitos a garantias judiciais e à proteção judicial também em relação à obrigação de adotar disposições de direito interno”. Em: PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia C. **Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640010/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

adequar ao padrão normativo da região, um passo é dado rumo à interlocução necessária para solidificar o direito comum que é almejado pela rede ICCAL. É por isto que o sistema interamericano é um grande protagonista desta relação dialógica, uma vez que reúne os demais países da América Latina na consecução deste fim.

Em sede de direitos civis e políticos, a Convenção Americana complementa o previsto na Declaração Americana, e se assemelha ao previsto em demais tratados do sistema global – em especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da ONU. São previstos direitos como vida, segurança jurídica, integridade pessoal, proteção contra a escravidão, liberdade de consciência e religião, direito à indenização, liberdade de pensamento, direito à nacionalidade, direitos políticos, direito de propriedade, dentre tantos outros<sup>234</sup>. O objetivo da CADH é implementar, por meio de tratado, a proteção e internalização de direitos humanos na região, uma vez que os Estados se vinculam a partir do momento em que ratificam o Pacto.

No tangente aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção se limitou a adotar o desenvolvimento progressivo. Isto implica na omissão textual a quais tipos de direitos são protegidos, ao contrário dos direitos civis e políticos que contemplam uma gama extensa de especificidades. Todavia, é importante destacar que isto não significa que o artigo 26 da CADH é uma mera norma programática: tanto a Corte quanto a Comissão Interamericana já consubstanciaram em seus informes/relatórios/decisões que estes direitos geram um dever de observância pelos Estados-partes da Convenção, sendo, portanto, exigíveis<sup>235</sup>. Há, neste sentido, um avanço da jurisprudência no âmbito do sistema interamericano acerca da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>236</sup>. Ainda, há destaque especial para o Protocolo de San Salvador, adotado em 1988 e ratificado pelo Brasil em 1996, cujo escopo é a

---

<sup>234</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>.

<sup>235</sup> PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia C. **Curso de Direitos Humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559640010/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>236</sup> A título exemplificativo, a Corte Interamericana firmou entendimento acerca da exigibilidade e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no caso Guevara Díaz vs. Costa Rica, em sua sentença de 2022. Para mais informações, verificar: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_453\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf)>.

proteção e ampliação dos direitos previstos no artigo 26 da Convenção Americana<sup>237</sup>.

Assim como previsto em Constituições, de modo geral, a CADH dispõe acerca da suspensão de garantias em casos específicos, conforme consta no artigo 27 – o que inclui casos de guerra, perigo público ou outras emergências que, per se, permitem a interrupção temporária de alguns direitos previstos no Pacto. Todavia, esta possibilidade possui aplicação restrita não se refere a todos os direitos indistintamente, excetuando, a título exemplificativo, os direitos políticos. Ainda, o artigo 31 estabelece a não exclusão de outros direitos que possam vir a surgir para além do rol disposto no tratado, especialmente decorrentes de sentenças ou outras medidas adotadas pela Corte ou Comissão<sup>238</sup>.

Passemos, então, à segunda parte da CADH, que prescreve normas referentes aos órgãos de sua composição. Conforme já mencionado, são órgãos do sistema interamericano a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são competentes para tratar dos assuntos dispostos na Convenção. A partir do artigo 33 do Pacto, são estabelecidas as regras e procedimentos inerentes a cada um destes órgãos.

A Comissão, com sede em Washington, nos Estados Unidos da América, é composta por sete membros, com notório conhecimento em matéria de direitos humanos e idoneidade moral. Os cargos são ocupados por países membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral da Organização, com mandato de quatro anos, com uma única possibilidade de reeleição. O artigo 41 determina as funções da Comissão, quais sejam:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;

---

<sup>237</sup> RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. *E-book*. ISBN 9788553623068. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623068/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

<sup>238</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

- d) solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g) apresentar um relatório anual à Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos<sup>239</sup>.

Ou seja, a Comissão permaneceu com funções já pre-estabelecidas quando de sua criação pela Carta da OEA e Declaração Americana de Direitos Humanos, ampliando parte delas para atender ao disposto na CADH. Ainda, cumpre salientar que o Estatuto da Comissão contempla, em seu artigo 18, a prerrogativa de “fazer observações in loco em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo<sup>240</sup>”. O objetivo é investigar, mais de perto, as ações em matéria de direitos humanos nos Estados-partes da Carta, além de sugerir recomendações e soluções amistosas para eventuais violações, conforme consta no seu Regulamento<sup>241</sup>.

<sup>239</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <  
[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>.

<sup>240</sup> OEA. **Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <  
<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/estatutocidh.pdf>>.

<sup>241</sup> Artigo 39. Investigação in loco

1. Se considerar necessário e conveniente, a Comissão poderá realizar uma investigação in loco, para cuja eficaz realização solicitará as facilidades pertinentes, as quais serão proporcionadas pelo Estado em questão. Em casos graves e urgentes, a Comissão poderá realizar uma investigação in loco mediante consentimento prévio do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

2. A Comissão poderá delegar a um ou mais de seus membros o recebimento de prova testemunhal conforme as regras estabelecidas no artigo 65, incisos 5, 6, 7 e 8.

Artigo 40. Solução amistosa

1. Em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido das partes, pôr-se-á à disposição destas a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto, fundamentada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.

2. O início e a continuação do procedimento de solução amistosa basear-se-ão no consentimento das partes.

3. A Comissão, quando assim considerar necessário, poderá atribuir a um ou mais dos seus membros a tarefa de facilitar a negociação entre as partes.

4. A Comissão poderá dar por concluída sua intervenção no procedimento de solução amistosa se advertir que o assunto não é suscetível de solução por esta via ou se alguma das partes decidir retirar-se do mesmo, não concordar com sua aplicação ou não mostrar-se disposta a chegar a uma solução amistosa fundamentada no respeito aos direitos humanos.

A CADH estabelece mecanismos de denúncia às violações do seu texto, por meio de petição individual, coletiva ou de entidade não governamental. Há, portanto, ampliação do acesso aos direitos previstos na Convenção, colocando o indivíduo como centro de proteção no âmbito do sistema. Os requisitos de admissibilidade para apresentar uma denúncia estão predispostos no artigo 46, que exigem o esgotamento dos recursos internos; ausência do decurso do prazo de seis meses após a decisão definitiva do caso, no próprio Estado; ausência de litispendência ou coisa julgada internacional; e qualificação da(s) parte(s). Todavia, são inseridas hipóteses de exceção aos dois primeiros requisitos, como o exemplo da inobservância do devido processo legal por parte do Estado<sup>242</sup>.

Quando recebida a denúncia de um Estado que supostamente violou direitos humanos e, atendidos os requisitos iniciais, a Comissão dá início ao processo. Caso reconheça a admissibilidade da denúncia, o órgão encaminha uma solicitação de informações ao Estado, que terá um prazo razoável fixado para responder. Após os esclarecimentos por parte do Estado ou com o seu decurso de prazo sem a devolutiva com as informações, a Comissão analisa se existem ou subsistem motivos para a petição e, em caso negativo, arquiva a denúncia. No caso de procedência, a CIDH pode proceder à investigação e solicitar apoio das partes e do Estado para a averiguação. Ao fim, a Comissão pode propor uma solução amistosa, de acordo com a vontade dos Estados partes, para solucionar o litígio. Destaca-se que, em caso de gravidade e

---

5. Se for alcançada uma solução amistosa, a Comissão aprovará um relatório que incluirá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada e será transmitido às partes e publicado. Antes de aprovar esse relatório, a Comissão verificará se a vítima da presumida violação ou, se pertinente, seus beneficiários, expressaram seu consentimento no acordo de solução amistosa. Em todos os casos, a solução amistosa deverá ter por base o respeito aos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.

6. Se não for alcançada uma solução amistosa, a Comissão dará prosseguimento à tramitação da petição ou caso.

Em: OEA. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 2013. Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp> >.

<sup>242</sup> “As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

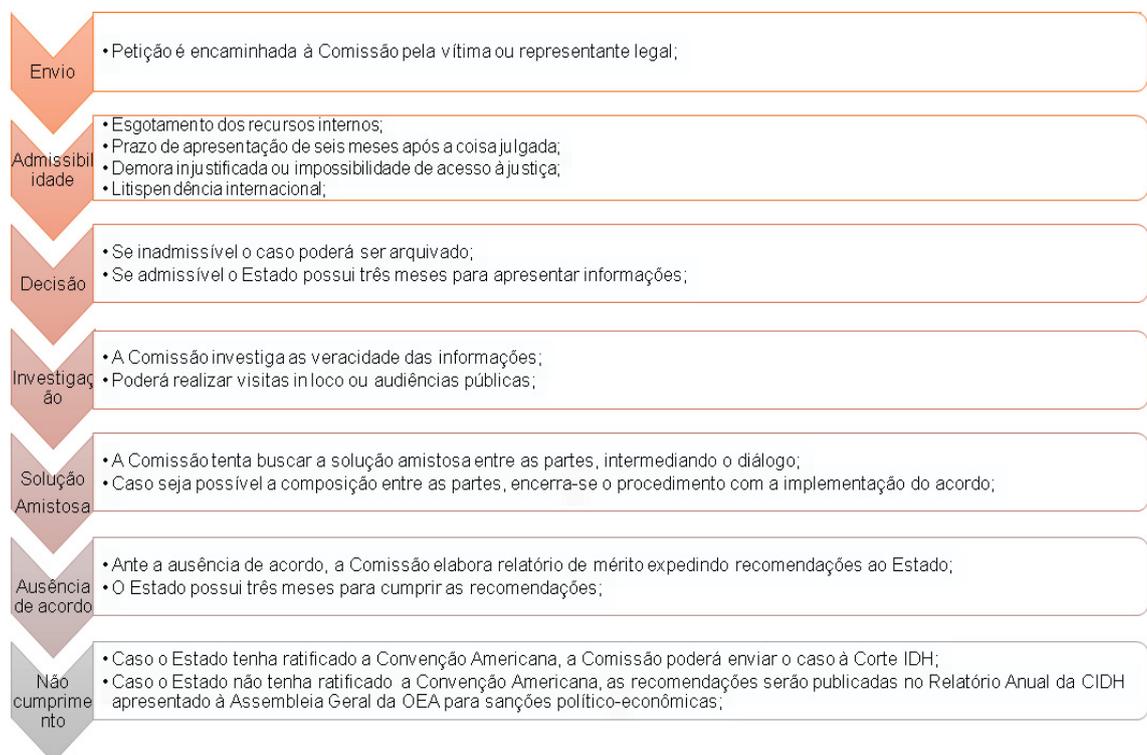
b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”. Em: OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) >.

urgência, a CADH estabelece que pode a Comissão apenas apresentar uma petição ao Estado para realizar tais investigações.

Caso a solução amistosa não ocorra, a Comissão redige um relatório com os fatos e conclusões alcançadas, encaminhando aos Estados partes e, se entender pertinente, formulando proposições e recomendações. Há um prazo de três meses para que o Estado tome providências e o conflito seja solucionado e, caso isto não ocorra, a Comissão pode submeter o caso à Corte. Se o Estado não reconhece a competência do órgão jurisdicional, um novo relatório é firmado e inserido no relatório anual da CIDH à Assembleia Geral da OEA. A seguir, é possível identificar tais fases por meio de um fluxograma:

FIGURA 2: Fluxograma de procedimento da Comissão IDH<sup>243</sup>



Cumprido salientar que, para além de atuar enquanto órgão de admissibilidade de casos de violação de direitos humanos na região, a Comissão também exerce um papel fundamental de assessorar os países membros da Convenção. Seu papel consultivo é exercido por meio de relatorias temáticas<sup>244</sup>,

<sup>243</sup> FACHIN, Melina Girardi (Org.). **Guia de proteção de direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. Curitiba : InterSaberes, 2019. 352p.

<sup>244</sup> Atualmente, a Comissão conta com as seguintes relatorias temáticas: Direitos dos povos indígenas; Direitos da Mulher; Mobilidade Humana; Liberdade de Expressão; Direitos da criança

que tem como finalidade realizar uma espécie de radiografia sobre temas concernentes à CADH. Além disto, as relatorias desempenham uma função orientadora para pesquisas acadêmicas e para a atuação dos Estados a fim de proteger direitos humanos, dentre outras diversas atividades definidas em seu regulamento<sup>245</sup>.

Passada a fase de atuação da Comissão, surge como protagonista a Corte Interamericana, órgão judicial do sistema interamericano e que tem como função precípua o julgamento de litígios internacionais que envolvem violação à Convenção. Assim como a Comissão, a Corte também é composta por sete juízes, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, cuja lista é fruto da indicação dos próprios Estados membros da Organização. O mandato de atuação dos juízes eleitos é de seis anos, havendo possibilidade de uma reeleição<sup>246</sup>.

Com sede em São José, na Costa Rica, a Corte tem por função analisar casos que sejam submetidos, exclusivamente, por algum Estado-parte ou pela Comissão – desde que esgotados os requisitos anteriormente citados. Frisa-se que a Convenção determina que os seus Estados membros devem reconhecer a competência da Corte para atuar em casos nos quais seu país viole direitos humanos. Isto significa que um Estado, ainda que tenha ratificado a Convenção, não necessariamente será julgado pela Corte Interamericana<sup>247</sup>.

Além do papel contencioso, a Corte IDH possui uma função consultiva. Neste sentido, determina o artigo 64 da CADH que os Estados membros podem solicitar à Corte uma opinião consultiva acerca da interpretação da própria

---

e adolescentes; Defensores de direitos humanos; Direitos das pessoas privadas de liberdade; Direitos dos afrodescendentes e contra a discriminação racial; Direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex; Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; Memória, verdade e justiça; Direitos do idoso; Pessoas com deficiência. Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/r/default.asp>>. Acesso em 28 Jul. 2024.

<sup>245</sup> “Além disso, no âmbito de suas funções promocionais, consultiva e assessora, a Comissão IDH pode elaborar minutas de tratados e convenções, interpretar a própria CADH e, eventualmente, determinar a compatibilidade entre a legislação interna e a Convenção.

A Comissão IDH se mostra como órgão mais próximo à sociedade civil, pois, utilizando-se de audiências temáticas, monitora as atividades dos Estados membros da OEA e abre portas para o contato direto com os membros da Comissão IDH. Isso porque, através das audiências, a sociedade civil pode apresentar situações complexas de violações de direitos humanos sem, no entanto, litigar num caso concreto”. Em: Fachin, Melina Girardi (Org.). **Guia de proteção de direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. Curitiba : InterSaberes, 2019. 352p, p. 60.

<sup>246</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>.

<sup>247</sup> Neste caso, em situações de violações de direitos, a Comissão encaminha o seu relatório para a Assembleia da OEA, conforme descrito anteriormente.

Convenção ou de algum tratado elaborado no âmbito regional. Ainda, pode a Corte, a partir de solicitação de um Estado, analisar se sua lei interna é compatível com instrumentos internacionais de proteção no sistema interamericano.

Na fase processual, a Convenção determina que a sentença da Corte é definitiva e inapelável, ou seja, não é passível de recurso, cabível apenas um pedido de interpretação da decisão, em caso de divergência acerca do sentido ou alcance. O prazo para este pedido é de 90 dias, a contar da notificação da decisão<sup>248</sup>.

As demais informações e regramentos acerca do processo não estão dispostos na CADH, mas sim no Regulamento da Corte, aprovado primeiramente em 1980, com última alteração em 2009<sup>249</sup>. Além da participação do Estado demandado e da Comissão enquanto representante das vítimas, estas poderão se fazer presente durante todo o processo, produzindo provas ou peticionando para complementar a fase processual. Os Estados tem o dever de cooperar durante a instrução, nas fases escrita ou oral. São cabíveis medidas provisórias para suprir urgências ou gravidades de violações de direitos. Na sentença, são determinadas medidas de reparação, que devem ser cumpridas pelo Estado e, da decisão, cabe pedido de interpretação. Por fim, destaca-se que a Corte também pode formular opinião consultiva, a partir do pedido dos Estados, acerca da interpretação do sistema ou, a título exemplificativo, de tema afeto a direitos humanos e tratados<sup>250</sup>.

Tendo em vista o desenho institucional do sistema interamericano, importa resgatar o mencionando anteriormente, acerca da inserção dos parâmetros normativos e interpretativos da Comissão e Corte no âmbito interno aos Estados. Esta força vinculante está pauçada, precipuamente, no artigo 2º da CADH, que determina o dever dos Estados membros do sistema de adotar medidas de direito interno – judicial, administrativa ou legislativa – para adequar sua estrutura ao sistema regional de proteção de direitos humanos.

---

<sup>248</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

<sup>249</sup> OEA. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1980. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf).

<sup>250</sup> OEA. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1980. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf).

Este mecanismo de harmonização é dado a alcunha de controle de convencionalidade, cuja função principal é a “[...] compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país<sup>251</sup>”. Mazzuoli defende que as normas internas brasileiras devem estar em conformidade com esses tratados internacionais, superando a esfera do controle de constitucionalidade. Nesse contexto, o parâmetro normativo transcende a Constituição, passando a considerar as normas internacionais, que devem, em última análise, ser compatíveis com a Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento sobre o status normativo dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, alinhando-se ao artigo 5º, §3º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Esse dispositivo estabelece que os tratados internacionais de direitos humanos têm o mesmo nível hierárquico das Emendas Constitucionais, desde que sejam ratificados pelo mesmo processo legislativo.

Destaca-se, neste contexto, a argumentação de Mazzuoli sobre a modalidade de controle que se fundamenta na interpretação à luz dos parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos.

Isto tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de supralegalidade<sup>252</sup>.

Mazzuoli enfatiza a importância da compatibilidade vertical material, que requer a conformidade das leis internas tanto com a Constituição quanto com os

---

<sup>251</sup> MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. **Revista Argumenta – UENP**, Jacarezinho. N. 15, p. 77-114. 2011. (p. 79).

<sup>252</sup> O controle de supralegalidade, alegado pelo autor, remete à interpretação dada pela Suprema Corte brasileira no tocante ao status normativo dos tratados internacionais após sua ratificação. Mazzuoli defende que tratados internacionais comuns possuem status normativo supralegal, diferentemente da interpretação do STF, que compreende os tratados comuns com status legal, apenas. Para mais informações, ver RE 466.343-1/SP. In: MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. **Revista Argumenta – UENP**, Jacarezinho. N. 15, p. 77-114. 2011. (p. 79).

tratados de direitos humanos vigentes, bem como outros instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Dessa forma, o controle de convencionalidade baseia-se em um conjunto diversificado de instrumentos, utilizando-os como parâmetros de proteção dos direitos humanos, sem se restringir apenas à Constituição Federal, mas incorporando também outras normativas relevantes e respeitando a hierarquia dos tratados internacionais.

Piovesan<sup>253</sup> justifica a aplicação do controle de convencionalidade na América Latina considerando as desigualdades e o contexto histórico dos países da região. Esse controle é garantido por cláusulas de abertura presentes em algumas Constituições latino-americanas, que permitem a integração entre jurisdições internas e externas. Assim, Piovesan argumenta que:

[...] o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico<sup>254</sup>

Logo, para Piovesan, o controle de convencionalidade é um mecanismo adequado para promover a integração entre sistemas de proteção dos direitos humanos, baseado no diálogo e formando o denominado *ius commune* latinoamericano. Este *ius commune* visa a criação de um direito comum fundamentado na dignidade da pessoa humana<sup>255</sup>.

Diversas classificações do controle de convencionalidade foram propostas, e entre elas, destacamos a de André de Carvalho Ramos, que apresenta uma análise didática sobre o tema. Segundo Ramos, o controle de convencionalidade pode ter dois efeitos: negativo, ao invalidar normas ou decisões que sejam incompatíveis com as normas internacionais, e positivo, ao

---

<sup>253</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC. São Paulo, n. 19 – jan./jun. 2012.

<sup>254</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC. São Paulo, n. 19 – jan./jun. 2012.

<sup>255</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC. São Paulo, n. 19 – jan./jun. 2012.

ajustar essas normas aos padrões internacionais, que ele denomina controle destrutivo e construtivo de convencionalidade, respectivamente<sup>256</sup>.

Ramos ainda distingue o controle de convencionalidade em duas categorias: internacional e nacional. O controle internacional é amplamente realizado por órgãos internacionais que verificam a conformidade dos atos internos com normas extraterritoriais, como tratados e princípios gerais do direito. O controle nacional, por outro lado, é conduzido pelos juízes e tribunais brasileiros, que avaliam a compatibilidade entre as normas internas e internacionais em seus julgamentos. Em ambos os casos, trata-se de um controle abrangente que examina a validade material e formal das normas nacionais à luz dos parâmetros internacionais dos quais o Brasil é parte.

Acerca das finalidades do controle de convencionalidade, estas são amplas. Rivas<sup>257</sup> aponta que um destas proposições é prevenir violações de direitos humanos e descumprimento de obrigações do Estado. De modo que o sistema possui um caráter subsidiário, é dever dos Estados adotar os parâmetros normativos de ordem regional, não podendo estes apenas aguardar uma nova decisão da Corte Interamericana, por exemplo, para aplicar as normas convencionais.

Uma outra finalidade diz respeito ao fortalecimento do diálogo judicial entre as Cortes nacionais e a Corte Interamericana. Assim, o juiz nacional assume um compromisso de aplicar as normas em consonância com a Convenção e, também, com a interpretação realizada pela Corte. Em contrapartida, os Tribunais Internacionais possuem o dever de se valer das interpretações de tribunais constitucionais dos Estados que auxiliam na proteção dos direitos humanos, realizando assim um verdadeiro diálogo capaz de realizar as mudanças necessárias em âmbito regional.

A última finalidade do controle é a consolidação do *Ius Commune*, uma vez que passa a se firmar um sistema consolidado a partir do diálogo entre

---

<sup>256</sup> RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda . (2022). Controle de Convencionalidade, teoria do duplo controle e o pacto nacional do Judiciário pelos direitos humanos: avanços e desafios. **Revista Direitos Culturais**, 17(41), 283-297.

<sup>257</sup> Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Cortes e do controle de convencionalidade. Este sistema, integrado, forma o que Mariela Moralles denomina de interamericanização dos direitos humanos, haja vista que o fortalecimento do sistema permite a troca de jurisprudências e o estabelecimento de um padrão mínimo de proteção dos direitos.

Para construir um direito que efetivamente proteja os direitos humanos, é essencial fortalecer o diálogo entre o ordenamento jurídico interno e externo. Nesse sentido, Ramos defende o “[...] diálogo entre as Cortes, uma vez que ambas – STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos – cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais<sup>258</sup>”.

No âmbito desta discussão, o controle de convencionalidade emerge como uma ferramenta fundamental para a construção de um direito comum, na medida em que facilita a integração entre os sistemas de proteção dos direitos humanos e fortalece o diálogo transformador entre eles.

Borges e Piovesan<sup>259</sup> corroboram essa perspectiva, argumentando que o controle de convencionalidade não apenas serve como um elo para o estabelecimento de um *ius commune* – um direito comum baseado no diálogo – mas também permite a aplicação recíproca de jurisprudências. Isso significa que as decisões do sistema interamericano podem influenciar a interpretação normativa interna dos Estados, enquanto as jurisprudências nacionais podem informar as decisões em nível regional, criando assim um mecanismo de retroalimentação. O objetivo primordial é, portanto, a proteção efetiva do princípio *pro persona*.

É, portanto, razoável concluir que o controle de convencionalidade constitui um mecanismo essencial para a harmonização das normas nacionais com as internacionais. Este controle estabelece uma relação dual que assegura a proteção dos direitos humanos em suas múltiplas dimensões, possibilitando a aplicação otimizada das normas de acordo com os princípios estabelecidos em tratados e recomendações internacionais.

---

<sup>258</sup> RAMOS, André de Carvalho. (2009). Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 104, 241-286.

<sup>259</sup> BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Rev. Direitos fundam. Democ.**, v. 24, n. 3, p. 5-26, dez. 2019.

Em sede de sistema interamericano, o controle de convencionalidade passou por uma evolução gradual. Juana María Ibáñez Rivas<sup>260</sup> adota a classificação de Burgorgue-Larsen, pela qual é possível estabelecer três etapas evolutivas deste mecanismo na região, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira é uma espécie de gestação do termo, na qual a teoria do controle começa a surgir nos votos<sup>261</sup> do juiz Sérgio García Ramírez, de modo que estes votos fizeram as primeiras aproximações com a teoria e apontaram os impactos para as jurisdições nacionais. Em linhas gerais, Ramírez aponta que os Estados não podem submeter apenas parte de sua jurisdição à Corte, adequando apenas alguns de seus órgãos e mantendo intacto outros organismos internos sob a égide da soberania estatal. É aí que o juiz insere o controle de convencionalidade, sob um prisma de que é dever estatal se submeter à jurisdição da Corte Interamericana.

A segunda etapa tem relação com a aparição expressa do conceito de controle de convencionalidade, cujo escopo está no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*<sup>262</sup>, que determinou o papel – no caso concreto – do Poder Judiciário em realizar tal controle, a fim de se valer da Convenção como suporte para decisões internas em seu país, em especial a partir da criação de leis. Em suma, o Estado tem o dever de analisar sua legislação para que estas estejam em harmonia com a CADH e demais instrumentos presentes no âmbito do sistema interamericano.

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado

---

<sup>260</sup> Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

<sup>261</sup> Os votos em que emerge o controle de convencionalidade estão nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*; *Tibi vs. Equador*; e *López Álvarez vs. Honduras*.

<sup>262</sup> O caso *Almonacid Arellano vs. Chile* foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e trata da responsabilidade do Estado chileno pela violação de direitos humanos durante a ditadura militar (1973-1990). O caso específico envolve o desaparecimento forçado de Luis Almonacid Arellano, que foi detido por agentes do Estado e nunca mais encontrado. A denúncia foi apresentada pela família de Almonacid Arellano, que alegou que o Estado chileno havia violado vários direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), incluindo o direito à vida, a proteção judicial e o direito a um recurso efetivo. Em: Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>.

ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo<sup>263</sup>.

Cumprido destacar um ponto importante acerca da decisão do caso chileno na Corte IDH, posto que Tribunal ressalta a falha do poder Legislativo em adotar normas que se harmonizam com a CADH, ao mesmo tempo que impulsiona o dever do Judiciário de aplicar normas que se subsumam à Convenção, além de abster-se de aplicar normas que sejam contrárias a ela. Logo, o Judiciário está em consonância com o verdadeiro intérprete da Convenção, qual seja, a Corte IDH.

Com o conceito firmado pela Corte, a terceira etapa se consolida, que trata dos alcances do controle de convencionalidade.

En esta etapa cabe destacar dos tendencias, una en la cual la Corte Interamericana reitera los estándares establecidos sobre el control de convencionalidad, y otra en la que aprovecha el marco fáctico del caso y los debates jurídicos del mismo para realizar precisiones respecto a dicha herramienta<sup>264</sup>.

Com este recorte metodológico, Rivas<sup>265</sup> aponta alguns destes alcances a partir da jurisprudência interamericana. O primeiro deles trata das características do controle, que saem da imprecisão do caso Arellano sobre o dever de realizar um “certo controle” para, de fato, realizar o controle de

---

<sup>263</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. 2006, parágrafo 124. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>.

<sup>264</sup> Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 392.

<sup>265</sup> Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

convencionalidade em si. Ou seja, é dever do Judiciário realiza-lo de ofício, independentemente de provocação, mas sempre que estiver, no exercício de suas funções, diante de um caso no qual deve realizar a interpretação conforme a Convenção<sup>266</sup>. São diversos os casos da Corte que reforçam este entendimento<sup>267</sup>. O segundo alcance está atrelado aos órgãos responsáveis por aplicar o controle de convencionalidade, no qual a jurisprudência da Corte reitera que não apenas juízes, mas todos os órgãos estatais que estão vinculados à justiça em si, possuem o dever – independente de provocação – de realizar o controle. Ainda, amplia os titulares de concretização da convencionalidade no caso *Gelman vs. Uruguai*, determinando que esta é uma responsabilidade de qualquer autoridade pública, sobretudo o Judiciário<sup>268</sup>.

O terceiro alcance apontado por Rivas<sup>269</sup> faz menção aos parâmetros objetos de controle, que se ampliam para além da CADH, inserindo assim todo o corpus juris interamericano – os tratados aprovados no âmbito regional – bem como a interpretação que se faz deles. Por fim, o quarto alcance dialoga com as formas de manifestação de controle, que podem ser inter partes – a partir da decisão dos juízes sobre o caso concreto – ou de efeito erga omnes, vinculando todos os Estados partes da Convenção.

### 3.2 PRECEDENTES DO SISTEMA INTERAMERICANO E A CONSTRUÇÃO DE UM IUS COMMUNE: EXISTE UMA REDE DE PROTEÇÃO?

Com as contribuições trazidas pelo sistema interamericano, sua estrutura, a Convenção e o fortalecimento do diálogo, próprio do *Ius Commune*, é momento de olhar para os precedentes da Corte e verificar a existência, em si, da rede de proteção transformadora que é proposta pela rede ICCAL. Metodologicamente, partiremos de dois enfoques: o primeiro na jurisprudência da Corte IDH, no

<sup>266</sup> Corte IDH. **Caso Aguado Alfaro e outros vs. Peru**. 2006. Disponível em < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>.

<sup>267</sup> Dentre eles, destacam-se os casos *La Cantuta vs. Peru*; *Boyce e outros vs. Barbados*; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*; *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*.

<sup>268</sup> Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. 2011. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>.

<sup>269</sup> Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

tangente a julgamentos envolvendo a população LGBTQIAPN+ e, posteriormente, das suas opiniões consultivas e relatórios temáticos produzidos em sede de CIDH. Iniciaremos pela jurisprudência.

O precedente histórico, na Corte IDH, é o caso *Atalla Riffo vs. Chile*<sup>270</sup>, cujo escopo é pautado na conduta discriminatória do país chileno a uma mulher lésbica, em sede de sua disputa litigiosa de guarda dos seus filhos. Em 2004, o caso chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O litígio envolvia alegações de violação dos direitos à vida privada e à não discriminação da Sra. Karen Atalla Riffo, que ocorria no contexto de um processo judicial de custódia de suas filhas.

A Sra. Karen Atalla, fruto de seu casamento com seu ex-companheiro, teve três filhos. No entanto, devido a questões relacionadas à sua orientação sexual, optou pelo divórcio. Após iniciar um novo relacionamento com uma companheira, seu ex-marido entrou com uma ação judicial solicitando a guarda das crianças.

Na petição para a guarda, alegava-se que a orientação sexual da Sra. Atalla representava um risco potencial para o bem-estar das crianças. Argumentava-se que a convivência com a nova companheira da Sra. Atalla violaria os padrões de um ambiente familiar tradicional, composto por um homem e uma mulher, e que isso poderia causar danos psicológicos aos filhos, incluindo o risco de exposição a doenças como herpes e AIDS.

O Tribunal de Menores de Villarrica, ao conceder a guarda provisória ao pai, levou em consideração a orientação sexual da Sra. Atalla, alegando que a convivência com sua nova companheira alterava a rotina familiar e priorizava o bem-estar da mãe em detrimento do bem-estar das crianças. A disputa evoluiu até alcançar a Corte Suprema de Justiça do Chile, que, por uma votação de três a dois, decidiu conceder a guarda definitiva ao pai.

Importa destacar os argumentos utilizados pela Corte chilena, que incluía a alegação de que as crianças estavam sofrendo discriminação devido à orientação sexual da mãe, inclusive sendo privadas de visitas de amigas. A Corte também argumentou que as crianças estavam confusas em relação à orientação sexual materna e que a Sra. Atalla havia priorizado seus interesses

---

<sup>270</sup> Corte IDH. **Caso Atalla Riffo e crianças vs. Chile**. 2012. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf)>.

personais ao assumir publicamente sua orientação sexual e viver com sua companheira. Além disso, a Corte sustentou que a relação homossexual poderia prejudicar o bem-estar psicológico das filhas e criar confusão sobre papéis de gênero em um lar sem a presença paterna. A decisão enfatizou ainda que as crianças estavam em situação de vulnerabilidade por possuírem uma família diferente das demais em seu meio social, sendo esses fatores considerados suficientes para justificar a concessão da guarda ao pai.

Em sua decisão, a Corte rechaçou o argumento trazido pelo Estado chileno, especialmente ao compreender que havia uma falta de proporcionalidade entre a medida tomada (retirada da guarda) e o objetivo visado (interesse do menor de idade). Logo, por unanimidade, a Corte Interamericana decidiu por declarar que o Estado do Chile violou o direito à igualdade e à não discriminação, presentes no artigo 24 em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Um segundo caso julgado no âmbito interamericano é caso *Duque vs. Colômbia*<sup>271</sup>, que foi levado à Corte e aborda sérias alegações de violações dos direitos humanos cometidas pelo Estado colombiano. A controvérsia está centrada na negativa, por parte do Estado, à concessão de pensão por morte ao senhor Ángel Alberto Duque, que mantinha uma relação homossexual com um outro homem, que era funcionário público. Em virtude do falecimento de seu cônjuge, Duque solicitou ao Estado o direito de pensão em razão da união, algo que lhe era de direito de acordo com a legislação local.

Todavia, a Companhia colombiana responsável por conceder o benefício negou tal pedido, alegando que a legislação pátria apenas contemplava casais heterossexuais, excluindo-se, portanto, o senhor Duque, uma vez que não se contemplaria união entre pessoas do mesmo sexo. Posteriormente, ainda que a Corte Constitucional da Colômbia tivesse reconhecido, por sua jurisprudência, que este é um direito garantido a casais homoafetivos, tal decisão adveio apenas em 2010 – enquanto que o caso do senhor Duque ocorreu em 2011. Tendo em vista o lapso temporal, a Corte Interamericana ressaltou que houve tratamento discriminatório por parte do Estado em todos estes anos e, sobretudo, uma

---

<sup>271</sup> Corte IDH. **Caso Duque vs. Colômbia**. 2016. Disponível em <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)>.

conduta persistente por alegar prescrição do direito à pensão acumulada dos anos em que o tratamento igualitário não havia sido reconhecido.

Destaca-se que a Corte IDH apontou diversos países do sistema regional que já haviam adotado o mesmo entendimento da extensão do direito à pensão por morte, como o caso do Brasil, na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4277, de 5 de maio de 2011, que estendeu os direitos de casais heterossexuais a casais homoafetivos<sup>272</sup>. Este posicionamento da Corte possui relação com a proposta de diálogo, trazida na seção anterior, na qual as práticas são utilizadas de modo recíproca entre agentes estatais e a Corte, com a finalidade de estabelecer o direito comum.

Em sua decisão, a Corte determinou que houve violação ao direito de igualdade perante a lei, nos termos do artigo 24 da CADH, em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado. Ainda, declarou o dever da Colômbia de dar prioridade ao pedido de pensão por parte de Duque, além de indeniza-lo pela violação ao seu direito e, por fim, a responsabilidade do Estado em reaver os valores retroativos de pensão.

Em outro julgado, a Corte tratou do direito à não discriminação em sede militar, no caso Flor Freire vs. Equador<sup>273</sup>. Homero Flor Freire argumentou, em sua petição, que o Estado do Equador deveria ser responsabilizado pelo seu afastamento da Força Terrestre Equatoriana. Esse afastamento foi baseado no Regulamento de Disciplina Militar interno, que estabelecia a exclusão de militares envolvidos em atos sexuais com pessoas do mesmo sexo. Observou-se, ademais, que o mesmo regulamento estipulava punições menos severas para outros tipos de atos sexuais considerados "ilegítimos" em comparação aos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

A petição foi submetida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em agosto de 2002 e admitida em março de 2010. Em novembro de 2013, a Comissão divulgou um relatório concluindo que o Estado do Equador havia violado vários direitos previstos nos artigos 24, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão recomendou, portanto, que o

---

<sup>272</sup> STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, de 05 de maio de 2011.** Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.

<sup>273</sup> Corte IDH. **Caso Flor Freire vs. Equador.** 2016. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf)>.

Estado equatoriano proporcionasse reparação moral e material a Flor Freire, reconhecesse publicamente a discriminação sofrida pelo Sr. Flor Freire e adotasse medidas para prevenir a discriminação em ambientes militares. Devido à inércia do Estado, o caso foi encaminhado à Corte Interamericana, que possui jurisdição para julgar essas questões de acordo com a Convenção.

Embora o Estado do Equador tenha alegado o não esgotamento dos recursos internos, os juízes decidiram, por unanimidade, que tal alegação não procedia, uma vez que cabe ao Estado demonstrar a exaustão desses recursos. O Estado não conseguiu cumprir com o ônus probatório necessário, resultando na rejeição da exceção preliminar.

Em sua sentença, a CIDH concluiu que o Estado do Equador era responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei e pela proibição de discriminação, conforme previsto no artigo 24 da Convenção, em conjunto com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. Além disso, o Estado foi condenado por violar o direito à honra e dignidade, conforme o artigo 11.1 da Convenção, em conexão com o artigo 1.1, que trata da obrigação de respeitar os direitos.

O Estado equatoriano também foi responsabilizado por violar a garantia de imparcialidade, prevista no artigo 8.1 da Convenção, uma vez que o Comandante responsável pela aplicação da sanção “[...] no reunía elementos subjetivos ni objetivos de imparcialidad para actuar como Juez de Derecho en el procedimiento de información sumaria del señor Flor Freire, que concluyó en el establecimiento de su responsabilidad disciplinaria<sup>274</sup>”.

Consequentemente, a CIDH determinou várias medidas na sentença, incluindo o pagamento dos encargos de seguridade social devidos ao Sr. Flor Freire; a publicação da sentença em um jornal de ampla circulação; a implementação de programas de capacitação para membros das Forças Armadas visando a prevenção da discriminação; e o pagamento de danos materiais e morais ao demandante. Este caso teve um impacto significativo, promovendo alterações na interpretação da CIDH sobre a questão da não discriminação, especialmente dentro das instituições militares.

---

<sup>274</sup> “[...] não dispunha de elementos subjetivos ou objetivos de imparcialidade para atuar como Juiz de Direito no procedimento de informação sumária do Sr. Flor Freire, que culminou na apuração de sua responsabilidade disciplinar”. Tradução: o Autor. Corte IDH. **Caso Flor Freire vs. Equador**. 2016. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf)>.

O Estado peruano também passou por um julgamento e foi condenado perante a Corte, pelo caso *Azul Rojas Marín vs. Peru*<sup>275</sup>. O motivo do julgamento perante o sistema interamericano diz respeito aos fatos ocorridos em 2008, quando a senhora Rojas Marín estava caminhando nas ruas e foi abordada pela polícia peruana, sendo levada até a Delegacia e passando por procedimentos vexatórios, violentos e discriminatórios.

À época dos fatos, a senhora Rojas se identificava como um homem gay<sup>276</sup> e, de acordo com a CIDH, a violência empregada pelas forças policiais possui profunda relação com sua orientação sexual, uma vez que as ofensas estavam relacionadas com a sua sexualidade. As práticas de tortura também ocorreram, além do emprego de métodos extremamente violentos que impactaram na integridade da senhora Marín. Com a ausência de investigação e conseqüente arquivamento do inquérito, este foi arquivado por um juiz peruano. Diante deste cenário, o caso foi submetido à CIDH que entender haver violações por parte do Peru.

O Estado, em sua defesa, alegou falta de esgotamento de recursos internos – especialmente por tratar de um pedido extemporâneo por parte da senhora Rojas, o que seria um esgotamento errôneo. Ainda, alegou que a Corte atuou como uma quarta instância, o que é vedado pela CADH. Todavia, a Corte afastou este entendimento e confirmou sua competência para analisar este caso de violação de direitos à população LGBTQIAPN+.

Destaca-se um trecho da decisão, na qual a Corte assevera os motivos pelos quais a violência contra esta população persiste:

La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Esta violencia,

---

<sup>275</sup> Corte CIDH. **Caso Azul Rojas Marín vs. Peru**. 2020. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)>.

<sup>276</sup> Atualmente, Rojas Marín se identifica como uma mulher trans, alterando sua identidade de gênero que, quando dos fatos, era distinta. Para mais informações: <<https://www.releg.red/blog-eng/blog-azul>>

alimentada por discursos de ódio, puede dar lugar a crímenes de ódio<sup>277</sup>.

Acerca de sua detenção, a Corte a considerou ilegal, pois não atendeu ao disposto na lei interna do país – não houve sequer registro da detenção. Ainda, restou evidente o uso indevido da força, além da violação de sua integridade pessoal por meio de violência sexual, uma vez que o laudo médico apontou sangue e lesões extragenitais. Neste caso, a Corte considerou tais atos como tortura, violando o artigo 11 da CADH.

Importante mencionar que a Corte determinou, em sua sentença, o dever do Estado na garantia de não repetição. Neste sentido, ordenou que o Estado peruano adotasse um protocolo de investigação e administração de justiça em casos de violência contra pessoas LGBTQIAPN+, além da sensibilização e capacitação dos agentes estatais. Prescreveu, também, que o Estado adotasse um sistema interno de compilação estatística de violência contra esta população, uma vez que isto é fundamental para criar estratégias a fim de erradicar as violências em razão de discriminação contra pessoas LGBTQIAPN+.

Logo, por unanimidade, a Corte declarou o Peru responsável pela violação ao direito de liberdade pessoal, direito à integridade pessoal, proteção à honra e dignidade, violação às garantias judiciais e proteção judicial, além do dever de adotar disposições de direito interno que atendam a instrumentos internacionais de proteção, como a Convenção para prevenir e punir a tortura. O Estado foi condenado a indenizar a vítima, além de lhe prestar auxílio médico e psicológico, bem como reconhecer sua responsabilidade internacional por violações à senhora Azul Rojas Marín.

A violência contra pessoas trans não esbarrou apenas no Peru. O caso *Vicky Hernández vs. Honduras*<sup>278</sup> trata do assassinato de Vicky Hernández, uma

---

<sup>277</sup> “A violência contra pessoas LGBTI tem uma finalidade simbólica, a vítima é escolhida com o propósito de comunicar uma mensagem de exclusão ou subordinação. A este respeito, a Corte indicou que a violência exercida por motivos discriminatórios tem o efeito ou a finalidade de impedir ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais da pessoa sujeita a essa discriminação, independentemente de essa pessoa se identifica ou não com determinada categoria. Esta violência, alimentada pelo discurso de ódio, pode levar a crimes de ódio”. Tradução: o Autor. Em: Corte CIDH. Caso Azul Rojas Marín vs. Peru. 2020. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)>.

<sup>278</sup> Corte IDH. **Caso Vicky Hernández vs. Honduras**. 2021. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf)>.

mulhertrans e defensora dos direitos humanos em Honduras, ocorrido em 28 de junho de 2009, no contexto do golpe de Estado hondurenho. Vicky Hernández foi encontrada morta em San Pedro Sula após ter saído de casa na noite anterior para trabalhar e não ter retornado. A morte de Vicky ocorreu em um período de intensa repressão e violência, exacerbadas pelo golpe, especialmente contra a comunidade LGBTQIAPN+.

A investigação sobre o assassinato de Vicky Hernández foi caracterizada pela negligência e falta de diligência das autoridades hondurenhas, refletindo a discriminação sistêmica e a impunidade prevalente no país em relação aos crimes contra pessoas LGBTQIAPN+. Esse contexto de desamparo jurídico e social levou o caso a ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que emitiu uma sentença em 26 de março de 2021.

A Corte IDH determinou que o Estado de Honduras violou vários artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incluindo o direito à vida (artigo 4), o direito à integridade pessoal (artigo 5), o direito à liberdade pessoal (artigo 7), as garantias judiciais (artigo 8) e a proteção judicial (artigo 25), todos em conjunto com o artigo 1.1, que estabelece o dever dos Estados de respeitar e garantir os direitos ali reconhecidos. Além disso, a Corte considerou violado o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará<sup>279</sup>, que se refere à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

A Corte Interamericana apontou que o Estado de Honduras foi responsável pela violação do direito à vida de Vicky Hernández ao não proteger adequadamente sua integridade pessoal e ao falhar em investigar seu assassinato de maneira diligente e efetiva. A falta de uma investigação adequada também representou uma violação do direito de acesso à justiça e à proteção judicial, evidenciando uma omissão do Estado em seu dever de garantir os direitos fundamentais da vítima.

Para reparar as violações cometidas, a Corte IDH ordenou ao Estado de Honduras várias medidas. Entre elas, destacou-se a necessidade de realizar

---

<sup>279</sup> A Convenção Belém do Pará, também denominada de Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, foi criada no ano de 1994 e ratificada pelo Estado brasileiro em 1995. Em linhas gerais, o objetivo da Convenção é lutar contra a violência contra a mulher, definida como “[...]qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”, conforme consta no artigo 1º do referido diploma. Para mais informações, acessar: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>.

uma investigação completa, imparcial e efetiva para identificar, julgar e punir os responsáveis pelo assassinato de Vicky Hernández. A Corte também exigiu a implementação de programas de treinamento sobre direitos humanos e diversidade sexual e de gênero para as forças de segurança e funcionários públicos, com o objetivo de promover uma cultura de respeito e inclusão<sup>280</sup>.

Adicionalmente, a Corte ordenou a criação de um centro de proteção e apoio às pessoas LGBTQIAPN+, como forma de oferecer um espaço seguro e de suporte para essa comunidade. Outra medida de reparação importante foi o reconhecimento público da responsabilidade do Estado hondurenho pelas violações dos direitos humanos de Vicky Hernández, como forma de promover a memória e a verdade.

Por fim, a sentença enfatiza a importância de erradicar a impunidade e de implementar políticas inclusivas e respeitosas dos direitos humanos para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Mais uma vez, a Corte avança em sua jurisprudência para garantir direitos da população LGBTQIAPN+, como imperativo para fazer cumprir o disposto na Convenção Americana.

Em 04 de fevereiro de 2022, novamente a Corte CIDH condena o Chile em razão de discriminação à população LGBTQIAPN+. O caso "Pavez Pavez vs. Chile"<sup>281</sup> refere-se à situação de Sandra Pavez, uma professora de religião que, em 2007, foi impedida de continuar lecionando em uma escola pública na cidade de San Bernardo, no Chile, após revelar sua orientação sexual como lésbica. Sandra Pavez tinha uma longa trajetória como educadora e também atuava como catequista, sendo responsável por ensinar religião católica na escola onde trabalhava. Contudo, sua carreira foi abruptamente interrompida quando o bispo da Diocese de San Bernardo revogou seu certificado de idoneidade moral, um documento obrigatório para que pudesse exercer a função de professora de religião, conforme as exigências do sistema educacional chileno.

---

<sup>280</sup> Destaca-se que a decisão, neste caso, se assemelha à do caso Azul Rojas Marín, mencionado anteriormente. Neste sentido, é possível estabelecer um padrão interamericano de decisões referentes à população LGBTQIAPN+, especialmente no tangente a medidas de não repetição e capacitação dos agentes estatais.

<sup>281</sup> Corte IDH. **Caso Pavez Pavez vs. Chile**. 2022. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf)>.

A revogação do certificado foi justificada exclusivamente pela orientação sexual da vítima, o que gerou uma situação de discriminação direta contra ela. O bispo, ao tomar essa decisão, fundamentou-se na doutrina católica, que condena relações homoafetivas, argumentando que Sandra, ao se identificar como lésbica, não estaria em conformidade com os preceitos morais exigidos para o ensino da respectiva religião. A partir dessa decisão, Sandra Pavez foi afastada de suas funções como professora de religião e redirecionada para tarefas administrativas, o que representou um rebaixamento em sua carreira e um impacto significativo em sua vida profissional e pessoal.

A vítima, então, buscou a reparação de seus direitos perante o sistema judiciário chileno, mas seus esforços foram infrutíferos. As cortes chilenas, ao analisarem o caso, decidiram em favor da Diocese, argumentando que a decisão estava protegida pelo direito à liberdade religiosa, permitindo que a Igreja Católica determinasse quem estava qualificado para ensinar religião segundo seus próprios critérios. Após esgotar as vias judiciais no Chile sem obter uma solução satisfatória, Sandra Pavez submeteu a denúncia ao sistema interamericano.

Na análise do caso, a Corte IDH considerou que o Estado chileno violou diversos artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, destacando-se o direito à igualdade e à não discriminação (artigo 24), o direito ao trabalho (artigo 26) e o direito à proteção judicial (artigo 25). A Corte concluiu que a revogação do certificado de idoneidade moral de Sandra Pavez, motivada exclusivamente por sua orientação sexual, representou uma forma clara de discriminação que não poderia ser justificada sob o manto da liberdade religiosa.

A Corte IDH ressaltou que, embora o direito à liberdade religiosa seja protegido pela Convenção Americana, ele não pode ser utilizado como pretexto para praticar atos que violem os direitos humanos de outras pessoas. Neste sentido, a Corte afirmou que a decisão da Diocese de San Bernardo foi arbitrária e desproporcional, uma vez que impôs a Sandra Pavez uma restrição severa e injustificada em seu direito ao trabalho e em sua dignidade pessoal. Além disso, a Corte considerou que o Estado do Chile falhou em seu dever de proteger Sandra contra essa discriminação e em garantir que ela pudesse exercer plenamente seus direitos sem sofrer prejuízos com base em sua orientação sexual.

Em termos de reparação, a Corte Interamericana ordenou ao Estado chileno que tomasse várias medidas concretas. Em primeiro lugar, determinou que o Estado oferecesse a Sandra Pavez a possibilidade de ser reintegrada a uma posição similar àquela que ocupava antes da revogação do seu certificado, garantindo-lhe, assim, o retorno ao exercício pleno de sua profissão. A Corte também recomendou que o Chile revisasse suas práticas e regulamentos educacionais para assegurar que a orientação sexual não fosse utilizada como critério de discriminação, especialmente em contextos relacionados à liberdade religiosa.

Além disso, a Corte IDH estabeleceu que o Estado chileno deveria implementar políticas públicas e programas educativos voltados à sensibilização e ao respeito pelos direitos das pessoas LGBTQIAPN+, com o objetivo de prevenir e combater a discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero. A Corte também sugeriu que o Estado promovesse campanhas de conscientização para a sociedade em geral, a fim de fomentar um ambiente de maior respeito e inclusão para as pessoas LGBTQIAPN+.

Por fim, o mais recente julgado da Corte IDH foi o caso *Olivera Fuentes vs Peru*<sup>282</sup>, que teve sua sentença firmada em 02 de fevereiro de 2023. Envolvendo o papel de empresas e pessoas LGBTQIAPN+, a Corte abriu um novo precedente jurisprudencial ao condenar o Peru em razão de discriminação ocorrida dentro de um supermercado.

O caso teve origem em um incidente ocorrido em 11 de agosto de 2004, quando Christian Manuel Olivera Fuentes e seu parceiro do mesmo sexo estavam em uma cafeteria do Supermercado Santa Isabel, em Lima. O casal foi abordado por funcionários do supermercado, após um cliente reclamar que suas demonstrações de afeto eram inapropriadas na presença de crianças. Olivera foi instruído a cessar tais demonstrações ou deixar o estabelecimento. Sentindo-se discriminado, a vítima apresentou uma denúncia junto à Comissão de Proteção ao Consumidor (CPC) do Indecopi, acusando o supermercado de discriminação baseada em orientação sexual.

A CPC rejeitou a denúncia, alegando falta de provas suficientes para comprovar o tratamento discriminatório. Essa decisão foi posteriormente

---

<sup>282</sup> Corte IDH. **Caso Olivera Fuentes vs. Peru.** 2023. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_484\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_484_esp.pdf)>.

confirmada pelo Tribunal de Defesa da Concorrência e da Propriedade Intelectual, que afirmou que as alegações se baseavam apenas nos relatos das partes e não havia provas conclusivas para sancionar o supermercado. Olivera, então, esgotou as vias administrativas e judiciais nacionais, incluindo recursos perante a Corte Superior de Justiça de Lima e a Corte Suprema de Justiça do Peru, todos sem sucesso.

Em seu julgamento, a Corte Interamericana enfatizou a responsabilidade dos Estados em garantir a igualdade e a não discriminação, conforme a CADH. Em casos de discriminação por terceiros, as autoridades administrativas e judiciais devem monitorar e assegurar que empresas e indivíduos respeitem os direitos humanos fundamentais, especialmente em casos envolvendo orientação sexual e identidade de gênero.

A Corte determinou que havia indícios significativos de discriminação no tratamento dispensado a Olivera, que não foram devidamente considerados pelas autoridades peruanas. Destacou que, em casos de discriminação, a carga da prova deve recair sobre a parte acusada, que deve demonstrar a inexistência de discriminação ou apresentar justificativas objetivas e razoáveis para suas ações. No caso de Olivera, a Corte concluiu que as autoridades peruanas não aplicaram adequadamente este princípio, resultando em uma violação de seus direitos conforme os artigos 7.1, 8.1, 11.2, 24 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1.

Diante disto, a Corte ordenou uma série de medidas de reparação, reconhecendo a necessidade de remediar as violações sofridas por Olivera e promover a inclusão e proteção dos direitos LGBTQIAPN+ no Peru. Entre as medidas, a Corte determinou que o Estado oferecesse tratamento psicológico gratuito à vítima, que publicasse a sentença em meios de comunicação de grande circulação, e implementasse campanhas de sensibilização para promover o respeito e a igualdade de direitos para pessoas LGBTQIAPN+. Além disso, foi ordenado que o Estado desenvolvesse políticas públicas para assegurar que empresas respeitem os padrões interamericanos de igualdade e não discriminação.

Vale destacar que as medidas de reparação, adotadas pela Corte, firmam mais uma vez sua jurisprudência e a necessidade de que os Estados membros da Convenção Americana se adequem aos padrões interamericanos de proteção

de direitos humanos. Na temática de direitos LGBTQIAPN+, o dever de igualdade e não discriminação, em virtude de condutas preconceituosas por parte do Estado – seja por meio de seus agentes, seja por meio da ineficiência de proteção aos direitos individuais por parte de agentes privados – se tornam imperativos na região.

O caso *Olivera Fuentes* destaca a importância da proteção jurídica robusta para os direitos das pessoas LGBTQIAPN+ no âmbito interamericano, sublinhando a responsabilidade dos Estados e do setor privado em garantir que esses direitos sejam respeitados e promovidos. A sentença da Corte Interamericana estabelece precedentes importantes para a interpretação e aplicação dos direitos humanos no contexto de discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero, reforçando o compromisso com a eliminação de práticas discriminatórias e a promoção da igualdade material para todos os indivíduos.

Por fim, tratando-se do papel da Corte, também é crucial trazer a Opinião Consultiva n. 24<sup>283</sup> para demonstrar a interpretação sistemática, em âmbito americano, acerca dos direitos da população LGBTQIAPN+. Esta Opinião foi emitida em resposta a uma consulta formulada pelo Estado da Costa Rica, que solicitou à Corte esclarecimentos sobre as obrigações dos Estados no que concerne ao reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTQIAPN+, especialmente no que diz respeito à mudança de nome e gênero em documentos oficiais e ao reconhecimento de direitos familiares para casais do mesmo sexo.

No início do parecer, a Corte deixa claro que a identidade de gênero é uma das esferas mais íntimas e elementares da vida privada das pessoas e que o reconhecimento da identidade de gênero autopercebida é essencial para garantir a dignidade e a autonomia individual. A Corte destacou que negar a uma pessoa a possibilidade de retificar seu nome e gênero em documentos oficiais equivale a uma violação de seus direitos à vida privada, dignidade e identidade, todos garantidos pela CADH<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n. 24. 2017. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>.

<sup>284</sup> “De acordo com o exposto, pode-se concluir que o direito de cada pessoa de definir autonomamente sua identidade sexual e de gênero e que os dados que aparecem nos registros, bem como nos documentos de identidade, sejam acordes ou correspondam à definição que si mesmos é protegida pela Convenção Americana através das disposições que garantem o livre desenvolvimento da personalidade (artigos 7° e 11.2), o direito à privacidade (artigo 11.2), o

A Opinião Consultiva também aborda a forma como os Estados devem organizar o procedimento de mudança de nome e gênero. A Corte estipulou que os Estados têm a obrigação de estabelecer procedimentos adequados, não onerosos e que a mudança de nome, sexo ou gênero em registros e documentos deve basear-se unicamente no consentimento livre e informado da pessoa solicitante. Logo, a Corte explicitamente rejeita a imposição de requisitos excessivos, como diagnósticos médicos ou psicológicos, tratamentos hormonais ou cirurgias, por entender que estes procedimentos violam a autonomia e a dignidade da pessoa<sup>285</sup>.

Um dos aspectos mais inovadores desta Opinião Consultiva é a discussão sobre a temática do direito de família de casais do mesmo sexo. A Corte foi enfática ao afirmar que nenhuma norma, decisão ou prática interna, seja de direito interno ou derivada de aplicação de preceitos convencionais, pode ser interpretada ou aplicada em um sentido que restrinja ou prejudique o gozo e exercício de direitos humanos com base na orientação sexual das pessoas. Assim, a Corte concluiu que os Estados devem assegurar que os casais do mesmo sexo tenham acesso a todos os direitos e benefícios que derivam do reconhecimento de uma relação familiar, incluindo o direito à adoção, herança, pensão, entre outros.

---

reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º) e o direito ao nome (artigo 18). O precedente significa que os Estados devem respeitar e garantir a toda pessoa a possibilidade de registrar e/ou alterar, retificar ou adequar seu nome e os outros componentes essenciais de sua identidade, como a imagem, ou a referência ao sexo ou ao gênero, sem interferência de autoridades públicas ou de terceiros. Nessa linha, o expressado implica, necessariamente, que as pessoas que se identifiquem com diferentes identidades de gênero devem ser reconhecidas como tal. Além disso, o Estado deve garantir-lhes que possam exercer seus direitos e contrair obrigações em função desta mesma identidade, sem ver-se obrigadas a possuir outra identidade que não representa sua individualidade, especialmente quando envolve uma exposição contínua ao questionamento social sobre esta mesma identidade afetando assim, o exercício e o gozo efetivo dos direitos reconhecidos pelo direito interno e pelo direito internacional". Em: Corte IDH. **Opinião Consultiva n. 24. 2017.** Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>.

<sup>285</sup> "Por outro lado, no que respeita aos certificados médicos, psicológicos ou psiquiátricos normalmente exigidos nesse tipo de procedimento, a Corte entende que além de ter um caráter invasivo e colocar em juízo a atribuição de identidade levada a cabo pela pessoa, repousam no pressuposto de que ter uma identidade contrária ao sexo que foi atribuído no nascimento constitui uma patologia. É assim que tais requisitos ou certificados médicos contribuem para perpetuar os preconceitos associados à construção binária dos gêneros masculino e feminino". Em: Corte IDH. Opinião Consultiva n. 24. 2017. δ 130. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>.

A este respeito, a Corte IDH aplica entendimento ampliativo acerca de direitos patrimoniais, aplicando-se os mesmos referentes a casais heterossexuais.

A Convenção Americana protege, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2) assim como o direito à proteção da família (artigo 17), o vínculo familiar que pode derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo. A Corte também estima que devam ser protegidos, sem discriminação alguma, com respeito aos casais entre pessoas heterossexuais, de acordo com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24), todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar protegido entre pessoas do mesmo sexo. Sem prejuízo do anterior, a obrigação internacional dos Estados transcende as questões vinculadas unicamente aos direitos patrimoniais e se projeta em todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, assim como aos direitos e obrigações reconhecidos no direito interno de cada Estado que surgem dos vínculos familiares de casais heterossexuais<sup>286</sup>.

A Corte também esclareceu que a proteção jurídica à família, conforme estabelecido no artigo 17 da Convenção Americana, não se limita a um único modelo de família, devendo ser compreendida de forma a incluir as diversas formas de organização familiar, incluindo aquelas formadas por casais do mesmo sexo. A CIDH afirmou que a orientação sexual de uma pessoa ou a identidade de gênero de uma pessoa não podem ser motivos que justifiquem a negação de qualquer um dos direitos garantidos pela Convenção Americana.

Por fim, a Opinião Consultiva n. 24/2017 representa uma reafirmação dos princípios de igualdade e não discriminação que fundamentam o sistema interamericano de direitos humanos. A Corte estabelece que os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias para garantir que as pessoas LGBTQIAPN+ possam exercer plenamente seus direitos, em condições de igualdade com os demais cidadãos. Essa decisão não apenas fortalece a proteção dos direitos dessas pessoas na América Latina, mas também serve como um guia normativo para outros tribunais e organismos internacionais.

Como se viu, a jurisprudência da Corte é robusta e vasta na proteção de direitos humanos, firmando um posicionamento protetivo em sede de direitos da população objeto de estudo do presente trabalho. Todavia, merece destaque,

---

<sup>286</sup> Corte IDH. **Opinião Consultiva n. 24.** 2017. § 199. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>.

também, a Comissão Interamericana, que produz Relatórios temáticos em suas atividades enquanto órgão responsável pela promoção de direitos humanos na região.

No início desta tese, foram apresentados alguns dados acerca da violência contra a população LGBTQIAPN+ no âmbito das américas, como forma de robustecer os dados brasileiros decorrentes da discriminação e violência. Há uma profunda relação entre o contexto fático do Brasil e dos países da América Latina em relação à violência por orientação sexual ou identidade de gênero, colocando ao sistema interamericano uma responsabilidade em estabelecer um parâmetro interpretativo adequado de atuação dos Estados, conforme o predisposto na Convenção Americana.

Outro documento produzido pela CIDH e que impacta diretamente na interpretação do sistema acerca do dever de proteção à população LGBTQIAPN+ diz respeito ao “Reconhecimento de Direitos de Pessoas LGBTI<sup>287</sup>”. Publicado em 7 de dezembro de 2018, o relatório visa sistematizar os problemas relacionados à violência contra a população LGBTQIAPN+ no continente americano, assim como os avanços obtidos nos últimos anos, com base na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O documento busca identificar os direitos dessa população, protegê-la contra diversas formas de violência, e capacitá-la para o pleno desenvolvimento de suas capacidades individuais.

A Comissão constatou de imediato que, no continente americano, a violência e a intolerância são fatores cruciais que impedem gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais — entre outros membros dessa população — de exercerem seus direitos humanos de forma plena, o que impacta negativamente em seus direitos políticos, civis, econômicos e sociais. No entanto, a Comissão reconhece que, nos últimos dez anos, políticas públicas voltadas à população LGBTQIAPN+ foram essenciais para o avanço dos direitos humanos desse grupo, demonstrando que progressos significativos foram alcançados ao longo do tempo.

---

<sup>287</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CIDH. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. 2019. Disponível em <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> Acesso em 30 Jul 2024.

O relatório destaca, entre os padrões normativos mais relevantes, a jurisprudência da própria Corte Interamericana. Um caso emblemático nesse sentido é o de *Atala Riffo vs. Chile* que, conforme apontado anteriormente, consolidou-se o entendimento de que a orientação sexual não pode, em hipótese alguma, ser utilizada como critério de discriminação, uma vez que tal prática violaria diretamente o artigo 1.1 da CADH. Portanto, a orientação sexual é considerada uma categoria protegida pela Convenção, ainda que de forma indireta, conforme interpretação dada pela Corte:

A orientação sexual e a identidade de gênero, bem como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Portanto, qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero de uma pessoa é proibida pela Convenção. Consequentemente, nenhuma regra, decisão ou prática do direito interno, seja por autoridades estatais ou indivíduos, pode diminuir ou restringir, de forma alguma, os direitos de uma pessoa com base na sua orientação sexual, identidade de gênero e/ou na sua expressão de gênero<sup>288</sup>.

O relatório ainda enfatiza a posição da Comissão quanto ao direito à igualdade e à não discriminação em relação à população LGBTQIAPN+, ressaltando que nenhuma norma, decisão ou prática — seja de agentes estatais ou de particulares — pode ser discriminatória ou restringir, de qualquer forma, os direitos de pessoas com base em sua orientação sexual. Nesse sentido, o Sistema Interamericano estabelece um dever para os Estados de adotarem legislações que definam e proíbam claramente a discriminação e a intolerância em todos os âmbitos possíveis, nos quais pessoas LGBTQIAPN+ possam se sentir reprimidas ou discriminadas.

Embora o relatório mencione alguns dos avanços alcançados nesse tema, é pertinente destacar os desafios persistentes na região, os quais devem ser objeto de controle de convencionalidade por parte dos Estados, além de

---

<sup>288</sup> “La orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género”. Tradução: o Autor. Em: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CIDH. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. 2019. Disponível em <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> Acesso em 30 Jul 2024.

demandarem ações estatais que estejam alinhadas aos padrões estabelecidos pelo Sistema Interamericano. Entre os principais desafios identificados, estão:

Esses desafios incluem, entre outros, a persistência da violência contra pessoas LGBTI no continente; a existência de criminalização das orientações sexuais, identidades e expressões não normativas de gênero em vários estados do continente; a recente adoção de leis e outras medidas estatais contrárias ao princípio da igualdade e não discriminação; campanhas e iniciativas de desinformação que proliferam estigmas e estereótipos contra as pessoas LGBTI, como aqueles que se autodenominam contra a "ideologia de gênero"; e o avanço de grupos e movimentos contrários ao reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTI, na sociedade e no poder do Estado<sup>289</sup>.

Esses dados alarmantes exigem uma resposta dos Estados da região, considerando que as interpretações da Comissão e da Corte Interamericana contrariam tais comportamentos dos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). No caso do Brasil, o relatório menciona a influência de setores conservadores e contrários aos direitos LGBTQIA+ ocupando cargos nos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, destaca-se a exclusão dos termos "identidade de gênero" e "orientação sexual" da Base Nacional Comum Curricular, o que constitui uma violação clara à diversidade sexual, caracterizando condutas discriminatórias<sup>290</sup>.

O relatório também chama a atenção para o crescimento do movimento "Escola sem Partido", que promove projetos de lei que proíbem a discussão de determinados temas nas escolas, especialmente a identidade de gênero, sob o pretexto de evitar a doutrinação ideológica por parte dos professores. Tal postura do Estado preocupa a Comissão, conforme explicitado no documento, uma vez que esse tipo de aparelhamento estatal viola diretamente os direitos garantidos

---

<sup>289</sup> "Estos desafíos incluyen, entre otros, la persistencia de la violencia en contra de las personas LGBTI en el continente; la existencia de la criminalización de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas en varios Estados del continente; la reciente adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; campañas e iniciativas de desinformación que proliferan estigmas y estereotipos contra las personas LGBTI, como por ejemplo aquellas autodenominadas en contra de la 'ideología de género'; y el avance de grupos y movimientos contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en la sociedad y a nivel de los Poderes estatales". Tradução: o Autor. Em: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CIDH. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. 2019. Disponível em <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> Acesso em 30 Jul 2024.

<sup>290</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CIDH. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. 2019. Disponível em <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> Acesso em 30 Jul 2024.

pela CADH, além dos padrões normativos do Sistema Interamericano, já mencionados.

Diante do cenário persistente de discriminação e violação de direitos na região, a Comissão conclui o relatório com uma série de recomendações para os Estados, que servem como parâmetros para que adotem medidas que protejam a população LGBTQIAPN+. Entre essas recomendações, destaca-se a necessidade de coleta e análise de dados sobre violência e discriminação contra essa população, de forma coordenada e sistemática, articulando diversos setores estatais para a criação de políticas públicas voltadas a essas pessoas, algo que não é possível sem informações adequadas.

Outra recomendação importante é assegurar que todas as pessoas possam definir sua identidade de gênero em documentos oficiais, registros estatais, entre outros, permitindo que sejam formalmente reconhecidas da mesma forma como se identificam. Cabe ao Estado, portanto, criar mecanismos para que essas medidas sejam implementadas de maneira eficaz.

Um aspecto fundamental diz respeito à criação de políticas públicas que promovam o respeito e a aceitação social das pessoas LGBTQIAPN+, o que deve ser feito por meio da educação e da cultura em geral, conforme recomenda a Comissão. Isso confronta diretamente um dos problemas relatados, como o movimento Escola Sem Partido, que age em sentido contrário ao que determina o Sistema Interamericano.

A Comissão já expressou preocupação com os rumos adotados pelo Estado brasileiro na área da educação, especialmente em relação ao movimento mencionado. Isso porque, segundo a Comissão, em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, esse projeto de lei viola a educação com perspectiva de gênero, o que infringe o disposto no artigo 13.2 do Protocolo de San Salvador, que trata da liberdade de expressão dos educadores. Essa compreensão é essencial para discutir o avanço dos direitos LGBTQIAPN+ no âmbito educacional, por meio do controle de convencionalidade.

Em relação à educação com perspectiva de gênero, a CIDH recorda ao Estado que essa abordagem é uma ferramenta fundamental para combater a discriminação e a violência contra mulheres e pessoas com diferentes orientações sexuais e identidades de gênero. Trata-se de um conceito que busca visibilizar a posição de desigualdade e subordinação estrutural das mulheres em

relação aos homens, devido ao gênero. Portanto, a Comissão lembra ao Estado da sua obrigação de adotar medidas específicas para modificar os padrões socioculturais de comportamentos heteronormativos, incluindo a elaboração de programas educacionais formais e não formais para combater preconceitos, costumes e outras práticas baseadas na premissa da inferioridade das mulheres ou de outros grupos historicamente discriminados em razão de sua diversidade sexual ou identidade de gênero.

Destaca-se, também, o dever dos Estados de adotar medidas legais que protejam a população LGBTQIAPN+ contra atos discriminatórios, inclusive prevendo sanções aos responsáveis e eventuais reparações necessárias, garantindo que a identidade de gênero e orientação sexual sejam consideradas como fatores determinantes para tal discriminação, quando aplicável. Em outras palavras, trata-se da necessidade de adequar o sistema de justiça para que a população encontre amparo no judiciário local, desde a fase de investigação, até o acesso pleno à justiça. A Comissão ressalta que os serviços públicos de assistência judiciária devem estar disponíveis para todos.

Ressalta-se que o Brasil criminalizou a homotransfobia não por meio de tipificação legislativa, o que seria mais desejável e protetivo, mas sim pela aplicação do crime de racismo de forma equiparada, conforme entendimento jurisprudencial do STF citado anteriormente. Isso indica que o Estado brasileiro não está em consonância – ao menos por meio do Poder Legislativo – com o padrão estabelecido pelo Sistema Interamericano, evidenciando a necessidade de adequar-se aos parâmetros previstos em nível regional de proteção dos direitos humanos.

Finalmente, é essencial destacar a recomendação da Comissão de que as autoridades estatais devem abster-se de fazer declarações públicas ou utilizar meios que incitem a violência contra pessoas com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero. Assim, os agentes públicos ficam vinculados a este dever de proteção a direitos da população LGBTQIAPN+, devendo adotar uma postura ética e não discriminatória, promovendo assim o bem de todos e o predisposto na Convenção.

Verifica-se, portanto, que há um padrão jurisprudencial consolidado no âmbito do sistema interamericano, seja na Comissão, seja na Corte, promovendo assim standards interpretativos para que os Estados membros

apliquem no seu campo jurisdicional interno. O propósito, neste sentido, é que haja uma harmonização entre as jurisdições nacional e internacional, para que a consolidação de direitos seja comum entre todos os países pertencentes ao sistema.

Isto posto, é o momento de construir o diálogo necessário entre estes âmbitos, no referente à criminalização da homotransfobia enquanto um padrão interamericano, por meio do *Ius Commune*.

### 3.3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB UMALENTE MULTINÍVEL: CRIAÇÃO DE UM MARCO NORMATIVO COMUM PARA A PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+.

Passados todos os elementos que compõem o sistema, a jurisprudência consolidada da Corte e os relatórios temáticos da Comissão, o presente trabalho foca, nesta seção, na construção da tese de que a decisão do STF, ao criminalizar a homotransfobia, é um marco normativo no âmbito regional de proteção de direitos humanos. Iniciemos a partir das relações dialógicas entre cada um dos elementos anteriormente abordados. Para tanto, opta-se pela divisão em categorias distintas: a primeira referente à decisão do STF com a lente multinível, a qual denominaremos de “criminalização convencional da homotransfobia”; a segunda categoria trata da transformação da decisão como um padrão regional, a qual denominamos de “standard interamericano de criminalização da homotransfobia a partir do ICCAL”; e, por fim, uma categoria acerca do dever de criminalizar, denominada de “mandado implícito de criminalização da homotransfobia”. A seguir, serão tratadas cada uma delas de modo a contemplar o objetivo deste estudo: o dever de criminalização como mecanismo de proteção de direitos da população LGBTQIAPN+.

#### 1-) *Criminalização Convencional da Homotransfobia*

O controle de convencionalidade é um instrumento, no sistema interamericano, que possibilita que os Estados tomem decisões a partir dos parâmetros estabelecidos pela região, centralizados na Corte e Comissão Interamericana. Neste sentido, o Estado brasileiro, ao ratificar a Convenção, tem

o dever de aplicar estes padrões em sua jurisprudência, dever este que não se restringe apenas ao Poder Judiciário, mas também a todos os espectros públicos que possuem um dever de proteger direitos humanos.

Conforme demonstrado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao criminalizar a homotransfobia, realizou controle de constitucionalidade que lhe compete. Isto porque sua decisão tem como objetivo suprir lacuna deixada pelo Poder Legislativo, que foi omissivo ao não fornecer procedimentos para um direito protetivo àqueles que são vítimas da violência cotidiana – a população LGBTQIAPN+. Logo, o remédio cabível utilizado foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão/ADO que possui o objetivo principal de declarar a morosidade legislativa.

Os dados apontaram que o cenário de violência, no Brasil, é alarmante e merece uma atuação concreta do Poder Público para sua erradicação. Os atos, majoritariamente, são praticados em virtude de preconceito e discriminação, o que contraria a Constituição Federal e os seus direitos fundamentais, prescritos no texto constitucional. Mas não só. A decisão do STF, frente a omissão legislativa no dever de criminalizar, fere também os parâmetros interpretativos do sistema interamericano. Embora a criação de políticas públicas e demais medidas de não repetição, especialmente por meio da educação, sejam necessárias – conforme apontado em diversas decisões na subseção anterior – a criminalização é fundamental para punir os atos atentatórios a direitos protegidos pela Convenção Americana.

Nota-se que as ações de violência, inclusive gerando resultado morte, são motivadas essencialmente pelo fato de que pessoas possuem orientação sexual e/ou identidade de gênero distinta dos padrões heteronormativos e, portanto, a motivação dos crimes<sup>291</sup> tem uma única finalidade: atacar a dignidade e a existência de pessoas por exercerem a sua liberdade de ser quem, de fato, são.

Isto posto, a Opinião Consultiva n. 24/2017 já pacificou o entendimento de que é dever do Estado adotar medidas legislativas que permitam a população

---

<sup>291</sup> Sobre os tipos de crimes cometidos, retornar à seção 1.2, a qual aborda as violências cometidas contra pessoas LGBTQIAPN+. Destacam-se, sobretudo, os crimes de homicídio, lesão corporal e estupro, que aparecem no ranking de crimes mais praticados contra esta população.

LGBTQIAPN+ de exercer plenamente seus direitos<sup>292</sup>. Ou seja, parece claro que há, no caso concreto, um dever de prestação legislativa por parte do Estado brasileiro, motivado pelo alto índice de violência no país.

Considerando que há uma ausência de atuação pelo Legislativo, ainda que diversos projetos de lei tenham sido propostos para suprir esta demanda, coube ao Judiciário assumir o papel de, enquanto Corte Constitucional e titular de guarda e tutela da Constituição Federal, decidir pela aplicação mais protetiva ao indivíduo, criminalizando assim os atos homotransfóbicos. Não se trata, portanto, de ativismo judicial, uma vez que a Corte não toma para si a usurpação de uma competência que não lhe pertence, mas sim realiza um dever imposto pela Constituição de proteger direitos humanos que, neste caso, foram negligenciados pelos parlamentares que, sim, deveriam ter tipificado estas condutas violentas.

Em que pese as diversas críticas apresentadas na primeira seção, essencialmente por penalistas e constitucionalistas, estas são respaldadas em parâmetros interpretativos muito restritos, que desconsideram os direitos humanos e deixam à mercê do Parlamento a vontade ou não de proteger tais direitos. Isto fere, precipuamente, não só a própria Constituição, mas, particularmente, a Convenção Americana e seus direitos consagrados não apenas no seu texto, mas também no *corpus juris*<sup>293</sup> construído, ao longo do tempo, em âmbito regional.

Com a cláusula de abertura presente no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, o Estado brasileiro reconhece que os direitos humanos estão protegidos não apenas pelo rol exemplificativo constante no respectivo diploma, mas contempla também os presentes em demais instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos do qual o Brasil faça parte. Isto posto, ao ratificar a CADH, o Brasil assumiu uma responsabilidade internacional de observação a esta normativa e, para além disso, reconheceu sua competência orientadora e vinculativa no tocante à proteção de direitos. Logo, a

---

<sup>292</sup> Corte IDH. **Opinião Consultiva n. 24.** 2017. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>.

<sup>293</sup> Aqui, referimo-nos à própria Convenção, os demais tratados ratificados no sistema interamericano, bem como a jurisprudência da Corte IDH e da CIDH, todos abordados ao longo deste estudo.

criminalização da homotransfobia é, de fato, atinente ao predisposto no sistema interamericano.

A este dever denominamos de Criminalização Convencional da Homotransfobia, posto que sua raiz se encontra no controle de convencionalidade. Conforme apontado, o artigo 2º da Convenção determina que cabe ao Estado adotar disposições de direito interno para proteger os preceitos abarcados pela CADH<sup>294</sup>. Estas disposições não se restringem ao Legislativo propriamente dito, mas também contempla os poderes Executivo e Judiciário. Isto significa que, de imediato, caberia ao poder Legislativo adotar lei que proteja os direitos de liberdade, igualdade e não discriminação da população LGBTQIAPN+.

Consoante a jurisprudência do sistema regional, há um dever de proteção a estes direitos desta população. As diversas condenações, apontadas na subseção anterior, apontam majoritariamente para a necessidade que os Estados se adequem ao sistema interamericano, e de que protejam direitos mais básicos como o direito à orientação sexual, identidade de gênero ou retificação do nome, a título exemplificativo. Destarte, quando o STF decide pela criminalização, sua decisão é convencional, haja vista o caráter compatível com a Convenção e o dever assumido, pelo Estado brasileiro, de cumpri-las. Olhar para o julgamento da Corte brasileira, apenas com uma leitura restrita, não dá vazão à uma interpretação ampla e protetiva, que é garantida quando se analisa a partir da lente multinível: a decisão deixa de ser unicamente constitucional, e passa a ser convencional. Firma-se, portanto, uma compatibilidade entre aquilo que decide o STF e os tratados internacionais de direitos humanos – aqui, a Convenção Americana.

Ainda, ao decidir pela criminalização e proteger os direitos da população LGBTQIAPN+, o Supremo agiu conforme preconiza o controle de convencionalidade. Parte, portanto, de três justificativas: a primeira, da proteção de direitos humanos, presentes precipuamente no artigo 5º da Constituição

---

<sup>294</sup> “Art. 2º: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Em: OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>.

brasileira; a segunda, na cláusula de abertura e no reconhecimento de demais instrumentos normativos para além da Constituição Federal; e terceiro, na própria Convenção Americana e sua jurisprudência, aplicadas como escopo para a decisão. Trata-se de um controle construtivo de convencionalidade<sup>295</sup>, que ajusta as normas domésticas aos padrões estabelecidos internacionalmente.

A incorporação da criminalização está em consonância com os direitos protegidos pela Convenção e, para além disto, reconhece a importância dada pelo sistema interamericana aos direitos da população LGBTQIAPN+. Se os atos homotransfóbicos atacam, diretamente, os direitos previstos na CADH, então é dever do Estado criminalizar tais condutas e, adjacente a isto, criar mecanismos capazes de reduzir estas violações para além do viés punitivista, mas também educativo. A realização do controle de convencionalidade deve ser realizada de ofício pelo Poder Judiciário, e independe de provocação ou pré determinação do sistema internacional de proteção. Tanto o caso *Gelman vs. Uruguai*<sup>296</sup> quanto o caso *Aguado Alfaro e outros vs. Peru*<sup>297</sup> fazem menção a este dever, que não se restringe a um órgão em si, mas a todo o Estado e seus mecanismos de ação, em especial o Poder Judiciário.

As finalidades do controle de convencionalidade são diversificadas. Anteriormente, apontamos a construção teórica de Rivas<sup>298</sup> acerca destas perspectivas e, em uma delas, alude-se ao dever de prevenir futuras violações de direitos humanos. Ora, nesta toada, parece evidente que a criminalização da homotransfobia, ainda que por equiparação ao crime de racismo, atende aos anseios da convencionalidade decorrente da jurisprudência do sistema interamericano. A tipificação desta conduta busca um fim, que é reduzir a violência contra a população LGBTQIAPN+. Portanto, criminalizar a homotransfobia possui estreita relação com a garantia de não repetição que,

---

<sup>295</sup> RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda . (2022). Controle de Convencionalidade, teoria do duplo controle e o pacto nacional do Judiciário pelos direitos humanos: avanços e desafios. *Revista Direitos Culturais*, 17(41), 283-297.

<sup>296</sup> Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>.

<sup>297</sup> Corte IDH. **Caso Trabajadores Demitidos do Congreso (Aguado Alfaro) vs. Peru**. 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>.

<sup>298</sup> Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

embora não seja a única medida – e advogamos no mesmo sentido<sup>299</sup> – é uma das possíveis soluções para o enfrentamento de transgressões do pacto social e de direitos humanos.

Para além disso: o sistema interamericano já consolidou, em sua jurisprudência e nos Relatórios da CIDH, que a orientação sexual e identidade de gênero não podem ser objeto de condutas discriminatórias e violentas. Acertadamente, o Supremo Tribunal Federal construiu a tese – e muito antes da ADO 26 – de que racismo tem como motivação o preconceito e, assim, estendeu tal interpretação para o caso da homotransfobia<sup>300</sup>. Portanto, por uma extensão lógico-dedutiva, esta interpretação está calcada, também, na jurisprudência do próprio sistema interamericano e do seu standard sobre a temática protetiva dos direitos LGBTQIAPN+. Há, assim, controle de convencionalidade.

Portanto, sustenta-se a tese de que a criminalização, realizada pelo STF, nada mais é do que um controle de convencionalidade, porque leva em consideração os parâmetros do sistema interamericano e produz decisão mais benéfica e protetiva aos direitos humanos – a assim denominada, na jurisprudência da Corte, como norma convencional interpretada ou *res interpretata*<sup>301</sup>. Logo, afasta-se a tese de ativismo judicial ou de usurpação de competência, prevalecendo a hipótese de que a Corte Constitucional agiu de acordo com os mandos determinados, tanto pela Constituição, quanto pela

---

<sup>299</sup> A tipificação da conduta, por si só, não é suficiente para prevenir futuras violências contra a população LGBTQIAPN+. Assim como a jurisprudência da Corte Interamericana, compreendemos que é imperioso adotar medidas distintas, tais quais políticas públicas de educação e conscientização acerca das temáticas de direitos humanos, essencialmente na temática da orientação sexual e identidade de gênero.

<sup>300</sup> A despeito disto, destaca-se a análise realizada por Roger Raupp Rios e Lawrence Estivalet de Mello sobre a decisão do STF, que corrobora o contemplado neste estudo: “Não há como negar a magnitude e a urgência do direito constitucional à não discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, dada a intensidade de sua violação e as consequências deletérias da mora legislativa. Por outro lado, há que se evitar efeitos colaterais indesejáveis, sobre os quais não faltou atenção no voto do relator, quanto à fragilização da garantia da legalidade estrita na tipificação penal, essencial no regime democrático. Ao mesmo tempo, entrelaçando as dimensões fáticas e normativas dessa delicada equação antidiscriminatória, a polissemia atribuída à proibição do racismo também suscita indagação, não só quanto à interpretação do caso Ellwanger, mas em especial acerca das compreensões do racismo, da homofobia e da dinâmica dos critérios proibidos de discriminação”. Em: Rios, Roger Raupp; Mello, Lawrence Estivalet. Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do “racismo social” à discriminação sexista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 169, p. 321-345, 2020.

<sup>301</sup> A concepção de *res interpretata* e *res judicata* surgiram por meio do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quando da supervisão de cumprimento de sentença do caso Gelman vs. Uruguai. Para mais informações sobre, acessar o relatório da Corte, disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf) >.

Convenção Americana. Corrobora-se esta tese a partir dos parâmetros convencionais e, também, pela própria decisão do Supremo<sup>302</sup>. Assim, realizou-se a criminalização convencional da homotransfobia.

## 2-) *Standard interamericano de criminalização da homotransfobia a partir do ICCAL*

Se a rede ICCAL objetiva a construção de um diálogo comum no sistema interamericano, então a criminalização da homotransfobia, no Estado brasileiro, é justificada a partir desta premissa. Iniciemos pela proposta de diálogo tentada pelo *Ius Commune*. A interlocução entre a Opinião Consultiva n. 24 e o voto do Ministro Celso de Mello, por exemplo, facilita a relação dialógica entre o sistema regional e a Corte constitucional brasileira. Demonstra, também, que há uma postura de convergência pelo Supremo, uma vez que o voto pela criminalização decorre dos parâmetros normativos do sistema interamericano – ainda que de forma não tão intensa.

O constitucionalismo transformador, essência do ICCAL, está calcado na dimensão de que cabe aos juízes e demais agentes públicos atuar, nos termos da Constituição, para atender aos problemas sociais em si. Partindo deste argumento, é possível fazer um silogismo de que a Corte constitucional brasileira, ao criminalizar a homotransfobia, estaria atendendo a um fim objetivamente constitucional: garantir a igualdade e liberdade dos indivíduos – no caso, da população LGBTQIAPN+. Aqui, o constitucionalismo se faz presente em sua vertente transformadora, e o STF age em harmonia com a corrente de pensamento proposto pelo ICCAL.

Para além disto, o Supremo recorre à jurisprudência do sistema interamericano que, conforme posto, assegura o direito à igualdade e não discriminação de pessoas em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual. Logo, são dois resultados práticos da decisão: o primeiro é a concretização do constitucionalismo transformador, buscando efetivar os direitos

---

<sup>302</sup> Sublinha-se o voto do Ministro Relator, Celso de Mello, que recorre à Opinião Consultiva n. 24 sobre os direitos da população LGBTQIAPN+, essencialmente quanto a identidade de gênero e orientação sexual. O voto do Ministro está disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf> >.

humanos prescritos pela Constituição da República; o segundo, estabelecer o diálogo entre os sistemas de proteção de direitos humanos, vez que os juízes domésticos efetivaram posicionamento convergente com os juízes em âmbito internacional.

Se o constitucionalismo transformador, de acordo com o preconizado por Bogdandy, Roa Roa e demais pesquisadores da temática, é a transformação gradativa por meio de interpretação jurídica que visa a consecução dos fins constitucionais, então a decisão da Corte brasileira atende justamente a esta proposição. A finalidade, ao que parece, é realizar uma mudança no cenário de violência brasileira por meio da tipificação de condutas homotransfóbicas. A Constituição Federal do Brasil prescreve, como objetivo da República, promover o bem de todos sem nenhum tipo de preconceito ou discriminação em virtude, por exemplo, de sexo<sup>303</sup>. Por interpretação mais ampla, resta claro que este fundamento constitucional também ampara os preconceitos em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. Isto posto, o constitucionalismo transformador se integra à decisão da Corte constitucional, haja vista o propósito de mudança necessária para eliminar a violência contra a população LGBTQIAPN+.

Novamente, a cláusula de abertura constitucional sustenta a tese de interlocução entre os sistemas para implementar o constitucionalismo transformador. A teoria aponta para um compromisso de que os juízes nacionais estejam receptivos a interpretações externas ao seu âmbito de atuação, objetivando atingir uma mudança social necessária, essencialmente no contexto latinoamericano em se tratando da rede ICCAL. A partir do momento em que o Estado brasileiro ratifica a Convenção Americana e, ademais, reconhece a competência da Corte Interamericana para julgar casos e emitir pareceres sobre a interpretação da CADH, então é inevitável que sua conduta interpretativa

---

<sup>303</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em: BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

esteja em harmonia com os precedentes regionais. Se o ICCAL está assentado no constitucionalismo transformador, assim também está o Estado brasileiro.

Os elementos primordiais do constitucionalismo transformador estão alicerçados em dois direitos humanos fundamentais: a dignidade e a igualdade. Criminalizar a homotransfobia atende, sobretudo, a estas duas normas prescritas tanto na Constituição, quanto na CADH, considerando que as condutas homotransfóbicas ferem, de imediato, a dignidade humana e o direito de igualdade e não discriminação. E é aqui que o poder Judiciário assume função protagonista de fazer prevalecer os objetivos constitucionais e convencionais: decidir de modo a proteger os indivíduos, e garantir a mudança social necessária na região latinoamericana.

A rede ICCAL se apresenta como ferramenta que resgata a consecução do princípio *pro persona*, além de construir uma teia de decisões inter-relacionadas que buscam efetivar direitos humanos fundamentais. O sistema interamericano, em conjunto com a Constituição brasileira democrática, além do anseio pelas mudanças, proposto pela comunidade LGBTQIAPN+, são elementos essenciais e que dialogam diretamente com a proposta do *Ius Commune Latinoamericano*<sup>304</sup>.

Resgatando os aportes teóricos consubstanciados no presente estudo, a violência é um traço marcante não só nos dados obtidos no Estado brasileiro, mas também na própria região latinoamericana. As semelhanças do contexto social entre os países do sistema é um elemento primordial do ICCAL, o que possibilita a formação de rede e do diálogo entre jurisdições em âmbito regional. Os dados dos grupos de defesa LGBTQIAPN+ brasileiros, em conjunto com o Anuário de Segurança, além do Relatório da Violência LGBTI na região, formulado pela Comissão Interamericana, permitem a aproximação nos contextos de discriminação dos países membros do sistema. Presente, portanto, um dos pressupostos teóricos do ICCAL.

A interconexão entre os sistemas nacional e interamericano é o caminho adequado para fortalecer direitos humanos na região. Como se demonstrou na

---

<sup>304</sup> A respeito disto, consultar: PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024

seção anterior, o controle de convencionalidade é um dos fundamentos para criminalizar a homotransfobia. A partir do momento em que a Corte constitucional se utiliza desta engrenagem, então é possível estabelecer uma relação dialógica que contribui para o direito comum na América Latina. Neste raciocínio, o pluralismo dialógico, apontado por Mello<sup>305</sup>, é o conceito ao qual recorreremos para sustentar a tese de que a criminalização encontra fundamento no ICCAL: não se trata apenas de aplicar o controle de convencionalidade, mas também de estabelecer interações entre os juízes domésticos e interamericanos, de modo a interpretar o direito conjuntamente em prol da garantia e proteção dos direitos humanos.

Diante deste cenário de relação dialógica, dos consensos estabelecidos e dos pressupostos teóricos do *ius Commune*, é que propomos que a decisão do STF em criminalizar a homotransfobia se torne um *standard* interamericano. A base conceitual para a consolidação da rede ICCAL se encontram presentes: o contexto latinoamericano se assemelha; a decisão da Corte brasileira se harmoniza com o padrão interpretativo do sistema regional; e o diálogo dos juízes se faz necessário para completar a proposta do *ius Commune*. Portanto, se o pluralismo dialógico pressupõe a utilização dos precedentes de Cortes internacionais – como foi, de fato, realizado na decisão da ADO 26 – então também deve haver uma contrapartida desta Corte em se valer da interpretação dos juízes nacionais.

No âmbito interamericano, a criminalização da homotransfobia não foi objeto de deliberação pela CIDH ou pela Corte IDH. Logo, se partimos da proposição de que a relação entre as ordens jurisdicionais deve ser recíproca, então advogamos pela tese de que a decisão brasileira é um *standard* interamericano: na ausência de norma que tipifique crimes homotransfóbicos, diante das violências exacerbadas contra a população LGBTQIAPN+ nos países da região, e objetivando dar efetividade ao proposto pelas Constituições democráticas e transformadoras, é que defendemos que as Cortes regionais apliquem a medida mais protetiva aos direitos humanos favoráveis a esta

---

<sup>305</sup> Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019.

população. Assim, se a Corte reconhece este *standard*, do mesmo modo os outros países devem fazer.

Há que se ressaltar que, ainda que o sistema interamericano não estabeleça o diálogo direto com o Estado brasileiro na criminalização da homotransfobia, este pode ocorrer de forma horizontal: as Cortes constitucionais dos países da região latinoamericana não só podem, mas devem recorrer aos fundamentos da Suprema Corte do Brasil para impedir que as violações de direitos humanos, em seus países, se perpetuem. Isto implica na formação de rede, proposta pelo ICCAL, que só tende a fortalecer os direitos humanos na região e estabelecer um direito protetivo comum.

Portanto, defendemos, subsidiariamente, que é papel dos Estados, membros desta rede de proteção, utilizarem a decisão emancipatória e protetiva dos direitos LGBTQIAPN+, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, para fortalecer direitos humanos na região. Isto porque as lacunas normativas presentes nos países – de criminalizar a homotransfobia –, somadas ao propósito do ICCAL, das democracias constitucionais e da própria CADH, justificam que esta interlocução seja efetivada, a fim de estabelecer boas práticas e interpretação protetiva de direitos humanos.

Este deve ser um compromisso partilhado, além de representar a base da democracia promovida e defendida na região. Parece claro que o constitucionalismo transformador, o pluralismo dialógico, e a rede ICCAL, são elementos que, combinados, fortalecem os direitos humanos e, sobretudo, garantem a dignidade da população LGBTQIAPN+. Logo, criminalizar a homotransfobia, como mecanismo de neutralizar as violências sofridas por esta população, deve ser um *standard* interamericano.

### *3-) Mandado implícito de criminalização da homotransfobia*

Os diversos direitos prescritos na Convenção Americana são fundamentais para justificar a criminalização da homotransfobia. Todavia, vamos além destes direitos: a proposição que fazemos, aqui, é de que existe um mandado de criminalização, ainda que implícito, pelo sistema interamericano, e é sobre ele que nos debruçaremos agora.

O arcabouço interpretativo do sistema, quando da análise dos casos julgados pela Corte e dos relatórios promovidos pela Comissão, estabelecem os mesmos parâmetros normativos: a orientação sexual e a identidade de gênero são direitos protegidos pela Convenção, de modo que condutas preconceituosas e discriminatórias esbarram nesta tutela do sistema interamericano, devendo os Estados atuar no mesmo sentido. À guisa disto, cria-se uma categoria protetiva no âmbito regional, que nos permite alvitar uma teoria de que criminalizar a homotransfobia é um dever do Estado por determinação do próprio sistema interamericano.

Esta proposição está enraizada em três componentes que possibilitam a conjectura da imposição implícita: a primeira delas, presente no artigo 2º da Convenção, que determina o dever dos Estados de adotar disposições de direito interno para atender aos direitos protegidos pela Convenção. Deste modo, em se tratando da defesa dos direitos LTBQIAPN+, caberia ao Estado promulgar norma mais protetiva a esta população, atendendo ao que dispõe a CADH e colocando, em prática, um dever que lhe foi outorgado convencionalmente. Presente, portanto, um primeiro pressuposto deste mandado de criminalização.

Uma segunda componente está nos relatórios produzidos pela Comissão Interamericana acerca dos direitos LGBTQIAPN+. Em um deles, conforme apresentado anteriormente, a violência contra este grupo assola a região, o que viola diretamente a Convenção e os direitos por ela protegidos, alarmando os Estados o dever de proteção a estes indivíduos. Para além disto, o relatório acerca do reconhecimento de pessoas LGBTI também apresenta a necessidade de que os países protejam as categorias “orientação sexual” e “identidade de gênero”, adotando medidas capazes de sanar as violações decorrentes de ações discriminatórias e preconceituosas.

O relatório deixa claro que é dever dos Estados de adotar, inclusive, medidas sancionatórias para garantir que atos violentos e discriminatórios não ocorram. A justificativa é de que a impunidade é motivadora para que estes atos se repitam, uma vez que não existe norma que puna condutas homotransfóbicas. A segurança pessoal e o acesso à justiça são duas categorias de direitos protegidos pela Convenção e que, de acordo com o relatório, são inerentes e objeto de preocupação pela CIDH. Para reforçar a tese do mandado implícito de criminalização, vejamos o que predispõe a Comissão:

Em relação à segurança pessoal, a CIDH concluiu que, apesar de ainda haver alto índice de violência contra as pessoas LGBTI no continente, a Comissão reconhece que vários Estados adotaram medidas tendentes a enfrentar os diversos matizes dessa violência, a partir da adoção de legislações que criminalizam de maneira específica a violência por preconceito contra essas pessoas, ou que estabelecem agravantes para casos de crimes cometidos contra esta população. A CIDH reitera a importância de que os Estados da região empreendam esforços para a concretização das recomendações formuladas pela Comissão sobre violência contra as pessoas LGBTI.

Além disso, e em que pesem as grandes barreiras e desafios no acesso à justiça pelas pessoas LGBTI, alguns Estados apresentaram medidas concretas para proporcionar uma resposta judicial efetiva diante de violações dos direitos humanos das pessoas LGBTI, como a criação de unidades especializadas de investigação e a capacitação de funcionários do sistema de administração de justiça. A Comissão toma nota do esforço e recorda que a sensibilização dos operadores de justiça é um passo inicial para o acesso efetivo à justiça das pessoas LGBTI, que também depende da existência de recursos ágeis e efetivos, da criação e aplicação prática de protocolos específicos para uma devida atuação, assim como de investigações sérias, imparciais e sem preconceitos nos casos de violência e discriminação<sup>306</sup>.

Conforme se nota, é dever dos Estados em adotar medidas reparatórias que protejam a população LGBTQIAPN+ diante dos atos de violência e discriminação que são contra ela praticados. Isto significa que, ao criminalizar a homotransfobia, o STF atende às recomendações propostas pela CIDH, como um dever de efetivar os direitos previstos na própria Convenção Americana. Isto não só justifica a atuação do Supremo, mas também rechaça a tese de que estaria usurpando da competência legislativa de criar norma penal. Ora, diante da inércia parlamentar, é um dever convencional do Judiciário de proteger direitos humanos de pessoas LGBTQIAPN+. Presente, portanto, mais um componente que nos permite afirmar que há um mandado implícito de criminalização.

E, por último, há um terceiro componente, que está alicerçado na jurisprudência da Corte Interamericana. As decisões proferidas pelo Tribunal, nos diversos casos que tocam direitos LGBTQIAPN+, formam um rol de precedentes normativos e interpretativos que protegem a orientação sexual e identidade de gênero. Neste sentido, casos que resultaram em violência por

---

<sup>306</sup> OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **CIDH publica relatório sobre avanços e desafios no reconhecimento dos direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas.** Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/126.asp>>.

parte do Estado, como Vicky Hernández vs. Honduras ou Azul Rojas Marín vs. Peru, possuímos o mesmo fundamento decisório: há um dever do Estado de dirimir estas violências e adotar medidas, internamente, para impedir que tais condutas ocorram novamente. Isto significa que os Estados possuem um mandato para propor mudanças sociais em seu contexto interno, a fim de que as garantias convencionais sejam respeitadas em âmbito nacional.

Os diversos julgados apontam para deveres de proteção em relação a retificação de nome, o direito de transição de gênero, a liberdade sexual em espaços públicos, o direito decorrente de matrimônio entre casais homoafetivos, dentre inúmeros outros aspectos abordados pela Corte e revistos neste estudo. Os direitos protegidos pela Convenção, somados à jurisprudência da Corte, formam um corpus juris interamericano de direitos LGBTQIAPN+ que, conjuntamente, são violados por condutas homotransfóbicas. Logo, ao criminalizar a homotransfobia, o Estado brasileiro coaduna com esta jurisprudência, realizando um dever imposto pelo sistema interamericano.

A partir destes pressupostos é que defendemos a tese de que há um mandato de criminalização implícito, haja vista que a Convenção determina o dever do Estado em adotar medidas – sejam elas legislativas, administrativas ou judiciais – que sejam capazes de proteger os direitos nela previstos, conforme preceitua o artigo 2º, somado aos relatórios temáticos que determinam que os Estados são responsáveis por proteger a população LGBTQIAPN+, garantindo-lhes a salvaguarda contra condutas violentas e discriminatórias, e também à jurisprudência da Corte Interamericana, que determina que orientação sexual e identidade de gênero são categorias abrangidas pela CADH, imputando aos Estados a responsabilidade de protegê-las.

Portanto, a tese que aqui se propõe é que a leitura da decisão de criminalizar a homotransfobia, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, não deve ser realizada apenas sob o prisma penal ou constitucional, mas sim pela lente multinível. Isto significa que os parâmetros normativos e interpretativos estão para além do âmbito doméstico, atingindo também o espaço internacional. E esta proposição só é possível porque a Constituição brasileira é democrática e contempla a cláusula de abertura como um preceito constitucional.

Reforçamos a concepção de que a criminalização é convencional, porque atende ao controle de convencionalidade e busca fundamentos na Convenção

Americana e no seu corpus juris; também de que a decisão é fruto do diálogo entre sistemas, fruto do ICCAL, possibilitando a criação de um standard interamericano por meio da consecução de um fim comum: a criação de um direito protetivo e emancipatório, capaz de propor boas práticas na região latinoamericana; e, por fim, de que a criminalização decorre de um mandato implícito, proposto pelo sistema interamericano, seja por meio da Convenção, dos relatórios temáticos ou do conjunto de decisões da Corte Interamericana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve origem na proposição de criar um standard normativo comum, no âmbito do sistema interamericano, de proteção dos direitos LGBTQIAPN+. Para tanto, a proposta teórica partiu da ideia de justificar a criminalização da homotransfobia, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de uma lente multinível e, sobretudo, de transforma-la em um padrão interpretativo comum para os demais países membros da região.

Ao longo da construção do trabalho, a violência e preconceito se demonstraram como fator preponderante. O Brasil, assim como outros países da região, possui uma marca drástica de discriminação em relação às pessoas em virtude de sua orientação sexual e identidade de gênero. Homens gays, mulheres lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais, intersexos, queers, dentre tantos outros integrantes deste grupo, têm seu direito de liberdade violados rotineiramente, haja vista a intolerância que caracteriza a sociedade brasileira e de outros países, conforme demonstraram os dados da segurança pública do nosso país e os dados da violência apresentados pela Comissão Interamericana.

Frente a estes problemas estruturais, é preciso tomar providências. Tanto a Constituição Federal do Brasil, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, asseguram direitos como igualdade, liberdade e vida digna, que devem ser frutos de esforços coletivos para garantir o bem-estar de todos na sociedade. No cenário brasileiro, pós regime militar autoritário, a democracia se tornou uma marca do constitucionalismo contemporâneo, e decorrente disto é que surge a responsabilidade do Estado em garantir que todos tenham acesso a direitos humanos fundamentais.

A Constituição, ao prescrever uma cláusula de abertura, promove um diálogo direto com a ordem internacional, demonstrando o compromisso de garantir direitos humanos por meio de instrumentos diversos, mas que possuem a mesma finalidade. É decorrente disto que, ao ratificar a Convenção Americana, o Brasil assume a incumbência de instrumentalizar os direitos nela previstos, garantindo que não apenas a Constituição seja parâmetro interpretativo, mas também a Convenção, harmonizando a ordem interna e internacional. A partir daí, há uma dupla ordem jurisdicional que, conjuntamente, busca implementar direitos humanos de forma efetiva e protetiva.

Ao reconhecer a competência da Corte Interamericana, o Estado brasileiro amplia esta ordem, trazendo para si a responsabilidade em adotar os paradigmas predispostos em sede regional, concatenando assim a proteção de direitos dos indivíduos de forma coesa, robusta e plural. Conforme demonstrado, o sistema interamericano possui vasta produção normativa a respeito de direitos LGBTQIAPN+, que dão aos Estados um rumo de atuação em seus sistemas administrativos, legislativos e judiciais, como imperativo categórico do dever convencional de proteção.

A mora legislativa é evidente. Ao longo dos anos, projetos de lei foram propostos e amplamente fundamentados no processo de exclusão, violência e preconceito, na sociedade brasileira, para almejar a tipificação de condutas discriminatórias. O conservadorismo imperou e as medidas de proteção legislativas não prosperaram. O Parlamento brasileiro não criou norma protetiva aos direitos humanos de população LGBTQIAPN+ e, assim, a impunidade prevaleceu como marco característico de nosso país e a violência permaneceu ampla. É aí que o Judiciário assume o papel protagonista de buscar solução para implementar a segurança e os direitos humanos prescritos no texto constitucional.

Criminalizar a homotransfobia é uma resposta judicial para a omissão legislativa, mas não só: é também uma resposta para toda a sociedade, para pessoas trans assassinadas pelo simples motivo de assumir quem, de fato, são. A identidade de gênero não é salvaguarda ou pretexto para violência, e a Suprema Corte brasileira rechaça esta hipótese ao determinar que condutas homotransfóbicas são passíveis de punição. Ainda que a resposta não tenha sido dada pelo caminho ideal – a tipificação legislativa – a solução encontrada atende aos anseios deste grupo marginalizado, além de satisfazer a pretensão constitucional de que nossa sociedade seja justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, cor ou sexo.

Demonstramos as críticas oriundas de juristas acerca da atuação do STF. Ativismo judicial? Entendemos que não. O que há, aqui, é proteção de direitos humanos. E o fundamento não está apenas na Constituição Federal, mas também na ordem internacional. A Convenção Americana e o seu *corpus juris* determinam o dever de proteger direitos que são abarcados no sistema interamericano: o direito à orientação sexual e identidade de gênero. Ignorar

estes preceitos significa violar o tratado do qual o Brasil ratificou e assumiu a responsabilidade em cumprir.

Portanto, é razoável afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal encontra um claro fundamento no sistema interamericano, e a resposta está também aliada aos diálogos entre sistemas. É aqui que o *lus Commune Latinoamericano* assume função essencial e solidifica esta tese. Foi demonstrado que a proposta do constitucionalismo latinoamericano é realizar a transformação necessária e almejada pelas Constituições democráticas da região. A rede ICCAL tem como aporte teórico a emancipação dos direitos, a leitura destes por meio de uma relação dialógica, e a interlocução de interpretações capazes de promover direitos humanos de forma efetiva. Criminalizar a homotransfobia atende a estes princípios.

O que se defendeu, ao longo da construção teórica aqui presente, é que a decisão da criminalização carece de uma visão ampla. Não basta analisar a ADO 26 sob um prisma meramente doméstico, mas é imperioso dilatar a compreensão sob um olhar protetivo a direitos humanos. Não se deve deixar um grupo à mercê das violências cotidianas, mas é fundamental assumir a responsabilidade, enquanto Estado, em dar a devida proteção constitucionalmente e convencionalmente impostas. É uma dupla responsabilidade que o Estado brasileiro assumiu e que, na ausência de cumprimento pelos poderes Executivo e Legislativo, toma para si o Judiciário o dever de concretizá-lo. Este é o primeiro ponto: há justificativa para tal decisão.

Um segundo ponto defendido neste estudo é que a Suprema Corte brasileira realizou controle de convencionalidade. Decidir pela criminalização está para além da constitucionalidade, mas também encontra fundamento na Convenção Americana e seus parâmetros normativos e interpretativos. O STF não fugiu desta responsabilidade e, acertadamente, atendeu ao proposto pelo sistema interamericano por meio de sua vasta jurisprudência: há um dever de proteger direitos humanos da população LGBTQIAPN+, inclusive em caráter sancionatório. Logo, criminalizar é um dever convencional.

Todavia, não só o controle de convencionalidade é utilizado para defender nossa proposta, mas é um dos elementos que faz parte de um projeto muito maior, que é o ICCAL. O constitucionalismo transformador se alia a esta concepção, e o anseio de impactar mudanças necessárias na região faz com

que o Estado brasileiro encontre, na criminalização, uma possível resposta para isto. Concordamos, é claro, que a tipificação legislativa seria a resposta mais adequada, tendo em vista nosso arcabouço jurídico pautado no sistema da civil law de tradição romano-germânica. Mas asseveramos, contundentemente, que não se pode fechar os olhos para os problemas sociais da população LGBTQIAPN+, e o constitucionalismo transformador nos oferece ferramentas suficientes para justificar a ação judicial protetiva.

O *lus Commune* surge como ideia de concatenar decisões regionais que sejam mais garantidoras de direitos humanos. A formulação de uma rede de proteção emerge como resposta aos diversos problemas enfrentados na região interamericana, e a troca de experiências, visões, interpretações e decisões são elementares para a construção deste direito comum. Com isto, só se tem a vencer e encontrar resultados profícuos na promoção dos direitos humanos, além de promover o bem-estar dito regional. Para tanto, reforçamos a importância desta articulação para que a nossa região possa avançar no diálogo entre os juízes nacionais e internacionais e, sobretudo, avançar na proteção dos direitos humanos por parte de todos os agentes estatais. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade coletiva.

Quantas mais pessoas LGBTQIAPN+ precisarão ser sacrificadas até que o Poder Legislativo tome a providência legal necessária? O princípio da reserva legal seria preponderante neste contexto, afastando toda e qualquer outra possibilidade de proteger estas pessoas? Entendemos que não. E sustentamos não apenas calcados no argumento de proteção de direitos humanos, as também no arcabouço teórico constitucional, convencional e dialógico, propostos pela Constituição Federal, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo *lus Commune* Latinoamericano. Juntos, somam forças para proteger esta população vulnerável e garantir que o preconceito e discriminação não imperem.

Portanto, ressaltamos nossa hipótese aqui defendida veementemente: a criminalização da homotransfobia não é mero ativismo judicial; não é usurpação da competência legislativa; não é anomalia jurídica travestida de arranjo interpretativo. É, sim, uma observância do que determina a teoria geral dos direitos humanos. É a garantia de que gays, lésbicas, travestis e transexuais são

sujeitos de direitos, e que estão protegidos pela igualdade, liberdade, não discriminação e tantas outras normas fundamentais.

Defendemos a decisão do STF baseados em três fundamentos principais: primeiro, há um dever convencional de criminalização, haja vista que a Convenção Americana determina a incumbência dos Estados em fazer o controle de convencionalidade, ou seja, adequar suas ações aos parâmetros normativos e interpretativos do sistema interamericano. A própria Convenção, a cláusula de abertura constitucional e a produção normativa do sistema, conjuntamente, permitem afirmar essa responsabilidade do Estado brasileiro.

Em segundo lugar, a decisão da Corte brasileira deve ser compreendida como um *standard* normativo no sistema interamericano. Isto se justifica pelo próprio *ius Commune*, posto que sua base fundamental é a relação dialógica entre os diferentes sistemas. Desta forma, cabe à Corte IDH incorporar a decisão brasileira e valer-se dela para propor um novo paradigma aos Estados latinoamericanos. Assim, diante do cenário regional comum das violências e discriminação, o *standard* firmado é que, frente a ausência de atuação do Legislativo, cabe ao Judiciário efetivar as medidas sancionatórias para as condutas discriminatórias e violentas, reafirmando um tipo penal específico para proteger a população LGBTQIAPN+. O fundamento está no próprio sistema interamericano, que já consolidou entendimento de que é dever dos Estados adotar medidas, quaisquer que sejam, para efetivar os direitos inerentes a estas pessoas.

E, em terceiro lugar, defende-se que há um mandato implícito de criminalização, que está assentado na Convenção Americana, na jurisprudência da Corte e nos relatórios temáticos da Comissão. O mandato, ainda que implícito, é imperativo, e cabe aos Estados adotarem. O Brasil, por meio da ADO 26, atendeu a este dever e, ao tipificar a homotransfobia, colocou em prática aquilo que propõe o sistema interamericano.

Por fim, cumpre ressaltar que este estudo não se esgota aqui, mas é apenas o início de uma nova proposição para fortalecer o direito comum na região, além de suprir uma necessidade que é mais do que evidente em nosso cenário interamericano. O direito deve ser instrumento de mudanças, e o constitucionalismo deve, sim, ser transformador. A população LGBTQIAPN+ merece esta proteção, e não só porque está prescrito na Convenção e na

Constituição: merece pelo fim das vulnerabilidades e deste processo histórico de exclusão. Não se trata apenas de teoria, mas sim da prática: pessoas estão sendo violentadas e morrendo, cotidianamente, fruto deste preconceito. Unir o sistema interamericano e sistema constitucional são essenciais para a evolução imprescindível deste cenário, e é isto que defendemos aqui.

## REFERÊNCIAS

ABGLT. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. 2015. Disponível em: <https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunica%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf>.

Acosta, Paola Andrea. **Ius Commune Interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo**. Em: Bogdandy, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017

AGENCIA BRASIL. **Bolsonaro critica decisão do STF de criminalizar homofobia**. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/bolsonaro-critica-decisao-do-stf-de-criminalizar-homofobia>. Acesso em 08 Set 2023.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Mas allá de la utopia: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível**. 2013. 355 f. (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. 2023. Disponível em: <https://antrabrasil.org/historia/>. Acesso em 22 Jul. 2023.

Arango, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

ARGUELHES, D. W.; SÜSSEKIND, E. P.. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, out. 2022.

BADARÓ, Gustavo. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo** : um truque de ilusionista. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

BBC. **STF aprova a criminalização da Homofobia.** Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>> Acesso em 13 Set 2022.

BENEVIDES, Bruna G.. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022.** ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023.

Bogdandy, Armin von et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. Em: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión.** México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Bogdandy, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador. **Revistas Culturais Jurídicas**, Vol. 6, n. 14, Mai/Ago, 2019.

BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión.** México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017

BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.27-73, 2021.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Rev. Direitos fundam. Democ.**, v. 24, n. 3, p. 5-26, dez. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em 15 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 158, de 4 de fevereiro de 2016.** Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)>. Acesso em 15 set. 2023.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Manual Orientador sobre Diversidade.** Brasília, 2018. Disponível em:

[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy\\_of\\_ManualLGBTDIGITAL.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy_of_ManualLGBTDIGITAL.pdf).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.275**. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.543**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acesso em 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 12 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 221**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 457**. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>. Acesso em 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 26**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 03 Ago 2023.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. eBook (470 p.)

BURGORGUE –LARSEN, Laurence; CESPEDES, Nicolás Montoya. O diálogo Judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. In: UREÑA, R.; GALINDO, George et al. **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. Disponível em: <[http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PMDH\\_Manual\\_portugues%20%281%29.pdf](http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PMDH_Manual_portugues%20%281%29.pdf)>. Acesso em 29 Abr. 2024.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Prismas**: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145>>. Acesso em 01 Abr. 2024.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão de identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CARVALHO, M.; CARRARA, S.. Em direito a um futuro trans?: contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad** (Rio de Janeiro), n. 14, p. 319–351, ago. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sess/a/bwWdcsDTNwS9mxzBkX6MSmx/?lang=pt#>>.

CHEKER, Monique. **Criminalização da homofobia pelo STF viola garantismo de Ferrajoli** . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-03/monique-cheker-criminalizacao-homofobia-stf-viola-garantismo-ferrajoli>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

CIDH. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**. 2012. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>> Acesso em 12 Set 2019.

CIDH. **Opinión Consultiva OC-24/17**. 2017. Disponível em <[http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/seriea_24_esp.pdf)> Acesso em 19 Set 2019

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CIDH. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. 2019. Disponível em <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> Acesso em 30 Jul 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas**. OEA. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em 13 Jun 2023.

Corte CIDH. **Caso Azul Rojas Marín vs. Peru**. 2020. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Aguado Alfaro e outros vs. Peru**. 2006. Disponível em <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>.

Corte IDH. **Caso Duque vs. Colômbia**. 2016. Disponível em <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Flor Freire vs. Equador**. 2016. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>.

Corte IDH. **Caso Oliveira Fuentes vs. Peru**. 2023. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_484\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_484_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Pavez Pavez vs. Chile**. 2022. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro) vs. Peru**. 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Caso Vicky Hernández vs. Honduras**. 2021. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf)>.

Corte IDH. **Opinião Consultiva n. 24**. 2017. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>.

DOLLINGER, Felix Magno Von. **Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/felix-magno-omissao-legislativa-principio-legalidade-penal>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

FACHIN, L. E.; FACHIN, M. G. A proteção dos Direitos Humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, M. B. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. – 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Fachin, Melina Girardi (Org.). **Guia de proteção de direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. Curitiba : InterSaberes, 2019. 352p.

FACHIN, Melina Girardi. À guisa de introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível. In: FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo Multinível: diálogos a partir do direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

Fachin, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**. Porto, v. 1, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <[ccons.com.br/wp-content/uploads/2021/10/2020-4.constitucionalismo-multinivel-dialogos-em-direitos-humanos-.pdf](https://ccons.com.br/wp-content/uploads/2021/10/2020-4.constitucionalismo-multinivel-dialogos-em-direitos-humanos-.pdf)>.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**: Informação para gerar Transformação. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>.

FOWKES, James. Transformative constitutionalism and the global south: the view from South Africa (October 3, 2015). In: VON BOGDANDY, Arnim; FERRER, Eduardo; MORALES, Mariela; PIOVESAN, Flavia (ed.). **Transformative constitutionalism in Latin America: a new Latin American lus Commune**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2847579>

FRANCO, Neil. **A diversidade entra na escola**: Histórias de professores e professoras que transitam pelas fronteiras das sexualidades e do gênero. 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2009.

G1. **Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la 'virar mulher'**. 12 de Janeiro de 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html>> Acesso em 12 Set 2019.

G1. **Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte no CE**. 04 de Março de 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html>> Acesso em 12 Set 2019.

G1. **Turista gay é espancado por grupo em SP e post viraliza**: 'Não foi minha escolha'. 12 de Julho de 2018. Disponível em < <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/turista-gay-e-espancado-por-grupo-em-sp-e-post-viraliza-nao-foi-minha-escolha.ghtml>> Acesso em 12 Set 2019.

JACKSON, Vicki C. Methodological challenges in comparative Constitutional law. **28 Penn. St. Int'l L. Rev.** 319-326 (2010).

Jackson, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance and engagement. **35 Federal Law Review**, 161, 2007.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero** : conceitos e termos. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>.

KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

MALUF, André Luiz; GRECO, Rogério; DOUGLAS, William. **Conflito entre os Poderes** : pode o Supremo criar o crime de homofobia? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019>. Acesso em 05 de set. de 2023.

MARQUES, M. C. C. **A história de uma epidemia moderna**: a emergência política da Aids/HIV no Brasil. São Carlos : RiMa, 2003; Maringá : EDUEM, 2003.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do "diálogo das fontes". **Revista Argumenta – UENP**, Jacarezinho. N. 15, p. 77-114. 2011. (p. 79).

Mello, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o lus Constitutionale Commune na América Latina tem

uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.2, p. 253-285, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP).

MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; REIS, Toni. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2022**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2023.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **CIDH publica relatório sobre avanços e desafios no reconhecimento dos direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/126.asp>>.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de São José de Costa Rica), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>.

OEA. **Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/estatutocidh.pdf>>.

OEA. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp>>.

Olsen, Ana Carolina Lopes. **Diálogos Judiciais para o enfrentamento da erosão democrática no Brasil**: contribuições da Opinião Consultiva n.28/2021. Em: Olsen, Ana Carolina Lopes; Fachin, Melina Girardi; Mello, Patricia Perrone Campos. **Diálogos Constitucionais Transformadores**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2022. 308 p.

Olsen, Ana Carolina Lopes; Kozicki, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de políticas públicas**. v. 9, n. 2, Ago 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf>>. Acesso em 21 Jul 2024.

ONU BRASIL. **Carta das Nações Unidas. 1945**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>>. Acesso em 25 Jul 2024.

PARKER, Richard. Intersecções entre estigma, preconceito e discriminação na Saúde Pública Mundial. In: MONTEIRO, Simone; VILLELA, Wilza (orgs.). **Estigma e Saúde**. Rio de Janeiro : FIOCRUZ, 2013.

PAULA, C. E. A.; SILVA, A. P.; BITTAR, C. M. L. Vulnerabilidade Legislativa de grupos minoritários. **Ciênc. saúde coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, dez 2017.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC. São Paulo, n. 19 – jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>> Acesso em 15 jun. 2024.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia C. **Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640010/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553623068. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623068/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

RAMOS, André de C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9786553628762. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628762/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. (2009). Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 104, 241-286.

RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda . (2022). Controle de Convencionalidade, teoria do duplo controle e o pacto nacional do Judiciário pelos direitos humanos: avanços e desafios. **Revista Direitos Culturais**, 17(41), 283-297.

REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>

REIS, Toni; CAZAL, Simón (orgs.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 3ª edição. Curitiba: IBDSEX, 2021. Disponível em: <https://aliancagbti.org.br/wp-content/uploads/2022/01/manual-de-comunicacao-gaylatino-V-2021-WEB.pdf>.

Rios, Roger Raupp; Mello, Lawrence Estivalet. Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do “racismo social” à discriminação sexista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 169, p. 321-345, 2020.

Rivas, Juana María Ibáñez. El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3571507>. Acesso em: 25 Mai 2024.

ROUX, Theunis. Legitimizing transformation: political resource allocation in the South African Constitutional Court. **Democratization**, v. 10, n. 4, p. 92-111, 2003. Disponível em: [https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/ROUX\\_-\\_Legitimizing\\_transformation\\_-\\_political\\_resource\\_allocation\\_in\\_SACC.pdf](https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/ROUX_-_Legitimizing_transformation_-_political_resource_allocation_in_SACC.pdf). Acesso em: 22 Mai 2024.

RUTIS, Luiz Augusto. **Apenas o Poder Legislativo pode criminalizar a homofobia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/luiz-rutis- apenas-legislativo-criminalizar-homofobia>. Acesso em: 07 de set. de 2023.

SANTIN, Janaína Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. ANTISSEMITISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO CASO SIEGFRIED ELLWANGER. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 25, n. 10, p. 162-182, abr. 2020. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6194>. Acesso em: 10 set. 2023.

SARLET, I. W. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

Schäffer, Gilberto; Rios, Roger Raupp; Leivas, Paulo Gilberto Cogo; Gomes, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, Dez 2017. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/789/Ajuris143DT8>. Acesso em 22 Jul 2024.

SEMPRE FAMÍLIA. **O que é ideologia de gênero?**. Disponível em: <https://www.semprefamilia.com.br/virtudes-e-valores/o-que-e-ideologia-de-genero/>. Acesso em 28 Jul 2023.

Silva, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales

(Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Do movimento sexual ao LGBT**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009. 196p.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>

>. Acesso em 14 Jun 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.**

**4.277, de 05 de maio de 2011**. Disponível em <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.

VAN MARLE, Karin. Transformative Constitutionalism As/And Critique, 2 **Stellenbosch Law Review** 286, 2009.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553609031. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609031/>. Acesso em: 28 jul. 2024.