

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
Faculdade De Direito “Prof. Jacy De Assis”  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito

Gabriel Rodrigo de Sousa

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS  
PENAIIS INCRIMINADORAS: o dever de criminalização das condutas homotransfóbicas  
como forma de proteção do direito fundamental à liberdade sexual**

Uberlândia  
2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
Faculdade De Direito “Prof. Jacy De Assis”  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito

Gabriel Rodrigo de Sousa

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS  
PENAS INCRIMINADORAS: o dever de criminalização das condutas homotransfóbicas  
como forma de proteção do direito fundamental à liberdade sexual**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como pré-requisito para defesa de Dissertação de Mestrado.

Linha de Pesquisa: Tutela Jurídica e Políticas Públicas.

Orientador: Alexandre Walmott Borges

Coorientadora: Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro

Uberlândia  
2022

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU  
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

S725  
2023

Sousa, Gabriel Rodrigo de, 1997-  
OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO  
NORMAS PENAS INCRIMINADORAS: [recurso eletrônico] : o  
dever de criminalização das condutas homotransfóbicas  
como forma de proteção do direito fundamental à  
liberdade sexual / Gabriel Rodrigo de Sousa. - 2023.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

Coorientadora: Cláudia Regina de Oliveira Magalhães  
da Silva Loureiro.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de  
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2023.26>

Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Borges, Alexandre Walmott, 1971-,  
(Orient.). II. Loureiro, Cláudia Regina de Oliveira  
Magalhães da Silva, 1974-, (Coorient.). III.  
Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduação em  
Direito. IV. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:  
Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091  
Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074


**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito  
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902  
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br


**ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO**

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 191, PPGDI				
Data:	Vinte e oito de fevereiro de dois mil e vinte e três	Hora de início:	18:00	Hora de encerramento:	20:00
Matrícula do Discente:	12112DIR014				
Nome do Discente:	Gabriel Rodrigo de Sousa				
Título do Trabalho:	OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS PENAS INCRIMINADORAS: O DEVER DE CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS HOMOTRANSFÓBICAS COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SEXUAL				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Efetividade e Devolução de Conceitos Sociais				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Arthur Ramos do Nascimento - UFGD; Humberto Bersani - UFU; e Alexandre Walmott Borges - UFU - orientador do candidato.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Alexandre Walmott Borges, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato, agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir o candidato. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o candidato:

Aprovado.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pelo discente.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Walmott Borges, Professor(a) do Magistério Superior**, em 06/03/2023, às 18:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Humberto Bersani, Professor(a) do Magistério Superior**, em 06/03/2023, às 21:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Arthur Ramos do Nascimento, Usuário Externo**, em 07/03/2023, às 18:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Gabriel Rodrigo de Sousa, Usuário Externo**, em 08/03/2023, às 09:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://www.sei.ufu.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **4313137** e o código CRC **DD55AE36**.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas  
IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos  
STF Supremo Tribunal Federal  
DINCOTE Divisão Nacional Antiterrorismo

## RESUMO

A presente dissertação possui como ponto de partida a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Vicky Hernandez vs. Honduras, que reconheceu pela primeira vez e condenou um Estado do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela morte de uma mulher transgênera. Além do caso citado, o trabalho analisa a possibilidade jurídica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (e as interpretações das Cortes Internacionais advindas deles), podem atuar como normas penais incriminadoras ou, ao menos, gerar obrigações positivas aos Estado no sentido de criminalizar determinadas condutas como forma de proteção aos Direitos Humanos. Além disso, importante discussão sobre a vinculação ou não dos Estados Nacionais da Jurisdição Consultiva da Corte Interamericana, em especial a OC 24, é um dos nortes da pesquisa. Logo, a partir de metodologia básica estratégica, analítica, descritiva, qualitativa e a partir de argumentos não dedutivos(dialéticos) tentar comprovar o problema de pesquisa supracitado. Como resultados alcançados, foi verificado que o dever de “investigar e punir” é um dos standards do SIDH e, como tal, influenciou a Corte na decisão tomada em Vicky Hernandez vs. Honduras e dialoga com o exarado pelo STF na ADO 26 e MI 4733.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tratados Internacionais; normas penais incriminadoras; Corte IDH; Jurisdição Consultiva; liberdade sexual

## RIASSUNTO

La presente dissertazione ha come punto di partenza la sentenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo , nel caso Vicky Hernandez vs. Honduras, che per la prima volta ha riconosciuto e condannato uno Stato del Sistema interamericano dei diritti umani per la morte di una donna transgender. Oltre al caso citato, il contributo analizza la possibilità giuridica dei Trattati Internazionali sui Diritti Umani (e delle interpretazioni delle Corti Internazionali che ne derivano), che possono fungere da norme penali incriminatrici o, quanto meno, generare obblighi positivi nei confronti dello Stato in il senso di criminalizzare determinati comportamenti come mezzo per proteggere i diritti umani. Inoltre, un'importante discussione sul legame o meno degli Stati nazionali della giurisdizione consultiva della Corte interamericana, in particolare l'OC 24, è uno dei punti a nord della ricerca. Pertanto, da una metodologia di base strategica, analitica, descrittiva, qualitativa e da argomentazioni non deduttive (dialettiche) si cerca di dimostrare il problema di ricerca sopra menzionato. Di conseguenza, è emerso che il dovere di "indagare e punire" è una delle norme del sistema interamericano dei diritti umani e, come tale, ha influenzato la decisione della Corte nel caso Vicky Hernandez c. Honduras e dialoghi con quello registrato dall'STF in ADO 26 e MI 4733.

**PAROLE CHIAVE:** Trattati internazionali; norme penali incriminanti; Tribunale dell'IDH; Giurisdizione consultiva; libertà sessuale



## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>10</b>
1 Dignidade humana da população LGBTQIAPN: uma análise a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) .....	10
1.1-A tutela das população LGBTQIAPN+: uma visão a partir da Opinião Consultiva 24 ....	21
1.2-O Direito e o projeto de vida digna da população LGBTQIAPN+ e o papel do Estado brasileiro em relação a proteção penal dos grupos vulneráveis: um olhar a partir do caso Loayza Tamayo vs. Peru e Vicky Hernandez vs Honduras. ....	34
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	<b>64</b>
1-O Supremo Tribunal Federal e os conflitos doutrinários no combate as omissões inconstitucionais .....	64
1.1-A disciplina do Supremo Tribunal Federal em relação à criminalização da homotransfobia: críticas doutrinárias em relação a questão do princípio da legalidade penal.....	64
1.2-Da Constituição ao Pacto de São José da Costa Rica como normas penais incriminadoras: possibilidade de expressão do neopunitivismo dos Direitos Humanos? .....	72
<b>CAPÍTULO 3</b> .....	<b>89</b>
1-Os desafios para a efetividade da criminalização da homotransfobia: a insuficiência da decisão do Supremo e os entraves extrajurídicos para a construção da cidadania LGBTQIAPN + .....	89
3.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como normas penais incriminadoras: possibilidade jurídica e críticas doutrinárias a partir de uma hermenêutica da Corte IDH .....	97
3.2 A perspectiva pragmática sobre o papel das instituições democráticas(STF e Corte IDH) na construção de políticas públicas eficazes em combater a homotransfobia: a cidadania em construção no Brasil .....	105
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>113</b>
<b>Referências</b> .....	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

A tutela dos Direitos Humanos das pessoas LGBTQIAPN<sup>1+</sup> é assunto incipiente nas discussões das Cortes Internacionais quando comparadas a outras temáticas e grupos vulneráveis. Por essa razão, compreender a recente jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os debates existentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos relacionados à democracia, ao direito à autodeterminação, à proteção, à vida, à integridade e ao combate aos discursos e atos de ódio contra a população LGBTQIAPN+ é fundamental para também situar a necessidade de criminalização da homotransfobia enquanto forma legítima de proteção e tutela dos direitos humanos, em sua visão garantista.

O presente trabalho abordará duas recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber: a Opinião Consultiva 24 de 2017 e o caso *Vicky Hernández vs. Honduras*, de 2021, que são pioneiros nas discussões no âmbito do Sistema Interamericano dos direitos das pessoas transgênero. Além disso, para situar essas decisões no contexto brasileiro, a pesquisa fará uma breve análise da força vinculante das Opiniões Consultivas no ordenamento brasileiro e refletirá como o caso *Vicky Hernández* representa o início de um importante debate para a proteção das pessoas transgêneras nas Cortes Internacionais e como a decisão moldará a jurisprudência da Corte IDH e servirá como parâmetro fundamental para todos os países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, inclusive o Brasil.

Outrossim, o estudo pretende apresentar, em seu capítulo 1, uma breve análise da Opinião Consultiva 24 e os debates existentes na doutrina internacionalista sobre o alcance e os limites dessas decisões para os Estados nacionais e, assim, apresentar as duas correntes principais existentes: o caráter vinculante das Opiniões Consultivas e a efetiva realização de controle de convencionalidade dessas decisões em face dos ordenamentos jurídicos domésticos e, uma segunda corrente, de que o papel da jurisdição consultiva seria o de mera aferição de convencionalidade e, portanto, não vinculante, representando apenas um mero exercício hermenêutico do entendimento da Corte sobre as questões suscitadas nas Opiniões Consultivas. Todas essas questões serão trabalhadas a partir de uma breve contextualização sobre o alcance do princípio da dignidade humana e as suas relações com as decisões supracitadas.

---

<sup>1</sup> Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexuais, Pansexuais e gênero neutro, dentre outras denominações

No mesmo capítulo, haverá uma explanação sobre o caso *Vicky Hernández vs. Honduras* e a sua contextualização com democracia, direitos humanos e proteção dos grupos vulneráveis pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nesse aspecto, será analisado como a interpretação dos direitos humanos deve ser pautada no princípio da máxima efetividade (*pro personae*) e em uma hermenêutica emancipatória dos direitos humanos, lastreadas pelo entendimento do Pacto de São José da Costa Rica - enquanto instrumento vivo e fruto dos desafios do seu tempo. Assim sendo, será ponderado, criticamente, o voto parcialmente dissidente da juíza e presidente da Corte IDH, Juíza Elizabeth Odio Benito e a relação dos Estados com a Convenção de Belém do Pará.

Além disso, o caso *Loayza Tamayo* servirá de complemento hermenêutico no sentido de compreender como o dano ao projeto de vida afeta diretamente as pessoas LGBTQIAPN+ e como a falta de reconhecimento e políticas públicas, inclusive a partir de uma relação do Direito Penal e os Direitos Humanos impedem a construção de uma cidadania sexual, robusta e pautada por princípios democráticos. Todos esses diálogos serão realizados a partir de uma visão da uma Justiça de Transição de gênero, pautada por incluir nos debates e no seio da Democracia, visões e pautas antes esquecidas ou ignoradas pelos autores do sistema jurídico.

O capítulo 2 se preocupa com a fundamentação da criminalização da homotransfobia a partir de uma visão da Jurisdição Constitucional interna, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob a perspectiva emancipatória. Além disso, o capítulo situa o Direito Penal como instrumento legítimo para a tutela dos direitos humanos para, por fim, analisar os desafios inerentes ao reconhecimento das pessoas LGBTQIAPN+ como sujeitos de direitos. Assim sendo, será analisado como as decisões do STF, no MI 4733 e na ADO 26 representam importantes standards, que bem dialogaram com a jurisprudência da Corte IDH em matéria de proteção de gênero. Contudo, será apresentado visões diferenciadas sobre o uso do Direito Penal na tutela dos Direitos Humanos, a partir de uma posição denominada por alguns autores, como o neopunitivismo dos Direitos Humanos e das Cortes Internacionais.

O capítulo 3, por sua vez, responderá à pergunta chave do presente trabalho, isto é, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, podem ser considerados normais penais incriminadoras, ou seja, podem criar ou vincular os Estados Nacionais na tipificação de determinadas condutas, como a homotransfobia. Por fim, será feito um panorama geral dessas questões e o futuro que o Brasil e América Latina enfrentarão em relação a tutela das pessoas LGTQIAPN+. Por fim, propõe-se que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem ser fontes de normas penais incriminadoras ou, ao menos, gerar obrigações específicas aos

Estados de criminalizar condutas homotransfóbicas como uma forma básica de proteção dos direitos humanos.

Como objetivos específicos, o trabalho analisará o papel da criminalização da homotransfobia a partir de uma visão do Direito Penal enquanto instrumento garantidor de direitos humanos, abordando as relações entre democracia e direitos humanos e de como a população LGTQIA+ pode ter o direito ao reconhecimento.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a de cunho dialético, com a utilização da pesquisa documental indireta, através da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência. O método escolhido tem a finalidade de confirmar, ao final, as premissas de que os pareceres consultivos emitidos no contexto da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos são de observância obrigatória para os Estados-membros do Sistema Interamericano, posição que reforça sua força vinculante apta a consolidar o princípio *pro personae* e de que a criminalização da homofobia, a partir de uma visão dos direitos humanos, é uma etapa importante para a proteção das pessoas LGTQIAPN+.

Para isso, sempre necessário um diálogo que analise as diferenças e semelhanças entre o estado de coisas existente ou não no Brasil e na sua jurisdição Constitucional em cotejo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos

## **CAPÍTULO 1-Dignidade humana da população LGBTQIAPN+: uma análise a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)**

A dignidade humana é elemento fundante do ordenamento jurídico brasileiro e do SIDH. É um conceito de elevada abertura semântica, possuindo inúmeras variações ao longo do desenvolvimento dos Direitos Humanos. A situação da população LGBTQIAPN+ é alarmante em relação a promoção da sua dignidade e reconhecimento de Direitos. Muitas vezes, essas pessoas são vistas como “objetos” de direito e não pessoas. Diante disso, fundamental é contextualizar as discussões existentes sobre a dignidade humana para uma visão mais geral e correta sobre a temática.

A dignidade da pessoa humana e a sua elevação constitucional são elementos relevantes para a construção de uma sociedade fraterna e livre de preconceitos. Fundamental, portanto, é compreender a sua natureza jurídica e a sua origem, que remontam à filosofia e ao pensamento do filósofo Immanuel Kant. A partir da construção de conceitos como o do imperativo categórico e a noção de que o homem é um fim em si mesmo, ou seja, um sujeito dotado de valor e, como tal, deve ser respeitado<sup>2</sup>, a dignidade humana foi aos poucos passando do terreno da filosofia para o do Direito.

Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo do pensamento Iluminista, cujos escritos sobre dignidade humana apresentam tamanha importância que alguns autores utilizam a expressão “virada kantiana” para expressar a influência do autor para o Direito, malgrado sua teoria não seja imune a críticas. Para o filósofo, a fundamentação da dignidade da pessoa humana encontra guarida no fato de que as pessoas não têm preço, mas dignidade. Assim sendo, a fundamentação dessa dignidade é encontrada na autonomia da pessoa humana, que lhe confere

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. dez. 2010. Mimeografado. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

a capacidade de agir conforme a moralidade, não dependendo de raça, cor, sexo ou qualquer outro fator<sup>3</sup>.

Kant, portanto, defendia, a partir da criação do chamado imperativo categórico a seguinte formulação:

[...] age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”. A dignidade humana é valor considerado fundamento e fim último da ordem política, reconhecendo que pessoas são portadoras de direitos e créditos, não podendo seu valor individual ser sacrificado em prol de uma ideia de racionalidade humana<sup>4</sup>.

Avançando na teoria kantiana, Luís Roberto Barroso discorre sobre conceitos de autonomia e dignidade à luz da teoria do filósofo alemão. Interpretando esses conceitos, Barroso advoga que a autonomia expressa uma vontade livre de cada indivíduo de se representar a partir dos ditames de determinadas leis, a partir de uma visão que cada indivíduo dá a si mesmo, visando a construção de um ser moral, no qual os desejos de instintos e interesses não devem ser superiores a uma lei universal.

A partir dessa visão de uma lei universal e do imperativo categórico, todas as coisas têm um preço ou uma dignidade. É o caso da pessoa humana, dotada de dignidade, pois essa é insubstituível. Kant, portanto, defende que o homem possui um valor absoluto, pautado como um fim em si mesmo. Para tanto, o autor vaticina que o homem somente possui dignidade quando atrelada a uma noção de liberdade, que assim fica delimitada:

O conceito de liberdade é um conceito puro da razão que, precisamente por isso, é transcendente para a filosofia teórica, isto é, um conceito tal que não lhe pode ser dado nenhum exemplo adequado em qualquer experiência possível. Ele não constitui, portanto, objeto de nenhum conhecimento teórico possível para nós, e absolutamente não pode valer como um princípio constitutivo, mas unicamente como regulador e, na verdade, apenas como um princípio meramente negativo da razão especulativa. No uso prático da mesma, porém, ele prova sua realidade mediante princípios práticos que demonstram, como leis, uma causalidade da razão pura para determinar o arbítrio independentemente de todas as condições empíricas (do sensível em geral), e que demonstram em nós uma vontade pura na qual os conceitos e leis morais têm sua origem<sup>5</sup>.

Hugo Rezende Henriques, em tese de doutoramento, ao analisar o conceito de liberdade em Kant, discorre que o pensamento do autor leva a um formalismo exacerbado, pois o imperativo categórico possui autoridade incontestada sobre os desígnios humanos:

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 35.

<sup>4</sup> BRANDÃO, Thiago Henrique. O aspecto da moral e da liberdade nos direitos da pessoa com deficiência: análise segundo a filosofia prática em Immanuel Kant. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 111, n. 1, pp. 151-159, fev. 2019.

<sup>5</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 27.

Assim, por uma via insuspeita de um formalismo acentuado, a Liberdade em Kant se envereda por um caminho que estranhamente parece enclausura-la nos estreitos limites de premissas autoritárias, que levam a uma forma de agir (para que seja moralmente boa) estritamente adstrita aos padrões de uma racionalidade que, embora individual em sua raiz, se universaliza como verdade impositiva a todos os sujeitos que a ela deveriam ser capazes de chegar por seu próprio esforço de racionalidade. De uma maneira de certa forma imprevista, a Liberdade em Kant se mostra como uma busca por uma Igualdade concreta que se evade da potencialidade humana da diversidade (o dionisíaco) e nos aproxima da racionalidade mecanicista de um deus-máquina (Deus ex machina)<sup>6</sup>.

José de Magalhães Campos Ambrósio, por sua vez, ao desenvolver indagações sobre a verdadeira relação entre liberdade e dignidade em Kant, discorre sobre a ambiguidade existente entre a própria pessoa humana, envolta em um processo de criação de uma máquina humana, dotada de razão e liberdade que caminha para uma vida moral, ou seja, a formulação teórica da pessoa humana como um ser fruto de uma liberdade limitada pela sociedade que o cerca.

O autor ainda discursa sobre a influência do pensamento kantiano para a constituição, ou, ao menos, para a tentativa de construção de uma sociedade transnacional pautada pelo respeito irrestrito aos Direitos Humanos e pela vinculação dos Estados à dignidade humana; nos seguintes termos:

Enfim, se o passado pouco pode oferecer para a construção do presente e do futuro e se realmente é difícil olhar filosoficamente para o passado a partir da óptica kantiana, a projeção do seu pensamento para o futuro conquistou várias vitórias: seu ideal de perfeição ainda hoje orienta uma concepção cosmopolita do Direito e, principalmente, de direitos humanos que passam ser garantidos por uma entidade supranacional (Organização das Nações Unidas - ONU) – tudo isso, é claro, com a forte presença do antagonismo. É a trágica lacuna que separa a condição humana de seu ideal<sup>7</sup>.

Porém, a concepção de pessoa e dignidade em Kant, muitas vezes, não pode ser enquadrada com perfeição no contexto latino-americano. A pessoa humana em que os Direitos Humanos e o Direito Constitucional devem tutelar é aquela de carne e osso, dotada de princípios, gostos particulares, instintos e características que, de fato, a tornem única para o Direito e para a realidade concreta de cada país e de cada pessoa. As pessoas, justamente por serem únicas, não são ilhas a serem tratadas com desprezo pela sociedade que as cercam. Fundamental é, a partir da formação de uma sociedade mais inclusiva e democrática, vislumbrar que somos seres essencialmente políticos, conforme elucida Aristóteles:

§ 10. Claramente se compreende a razão de ser o homem um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos. A natureza, dizemos, nada faz em vão. O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros

<sup>6</sup> HENRIQUES, Hugo Rezende. **Fenomenologia do poder**. O Estado de Direito e seu compromisso com o Poder como liberdade. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2020, p. 138.

<sup>7</sup> MAGALHÃES, José de. **Os Tempos do Direito**: Ensaio para uma (Macro) Filosofia da História. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2015, p. 77.

animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e a se fazer compreender uns aos outros. A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial, e, em consequência, o que é justo ou injusto. O que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado<sup>8</sup>.

Daniel Sarmiento, ao analisar o atual estágio da construção do princípio da dignidade humana, escreve que, fundamental para a efetiva valorização da pessoa humana enquanto sujeito de Direitos, é o entendimento que utiliza a metáfora do “Mágico de Oz”, ou seja, de que tão grave é a situação do espantalho, que não possuía cérebro, é o do homem de lata, que não possuía coração, dois órgãos igualmente vitais para a existência humana e que não podem ser dissociados. Logo, os sentimentos são os motores que permitem a luta pelos Direitos Humanos e por justiça.

Não há razão sem sentimento e não há sentimento sem razão. Ambos são indispensáveis para a compreensão do Estado Democrático de Direito enquanto salvaguarda dos vulneráveis a partir de uma visão emancipatória dos Direitos Humanos.

Avançando nessa abordagem, fundamental é apontar que o contexto do iluminismo kantiano impedia que fossem considerados elementos afetos à sexualidade, às minorias sociais, à tutela do corpo humano, legitimando tabus e violências contra corpos que vislumbrassem ou contemplassem aquilo que era considerado estranho ou aversivo à normalidade da época:

O discurso iluminista parecia temer as emoções por associá-las ao obscurantismo, ao atraso e ao autoritarismo. Porém, sem sentimentos não há verdadeira humanidade. No conto infantil O Mágico de Oz, tão grave como o problema do espantalho, que não tinha cérebro, era o vivenciado pelo homem de lata, ao qual faltava o coração. “Cérebro e coração” que, aliás, não podem ser dissociados, sendo igualmente valiosos para a nossa humanidade. Os sentimentos são, ademais, combustíveis indispensáveis para a luta por justiça e para promoção dos direitos humanos<sup>9</sup>.

O corpo humano era visto como um tabu e, naquele contexto específico, ao dar azo ao individualismo exacerbado, impediu que questões inerentes à desigualdade e à proteção dos vulneráveis fossem questões secundárias ou inexistentes, justamente pelo forte caráter teológico que essas questões ainda possuíam no período Iluminista, malgrado a razão começasse a ganhar terreno na sociedade do século XVIII<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> DUARTE, Marcelo Barbosa. O ANIMAL ESSENCIALMENTE POLÍTICO. *Cadernos do PET Filosofia*, Vol. 10, n. 19, Jul-Dez, 2020, pp. 37-44.

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 76.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.76



Antônio Junqueira de Azevedo<sup>11</sup>, por sua vez, adverte que uma das consequências imediatas do princípio da dignidade humana é a construção de um respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens, a partir de suas condições naturais, a partir da criação e da preservação dos chamados direitos de personalidade do homem, correspondentes ao seu livre desenvolvimento no meio social, a partir, por exemplo, do direito ao nome, à identidade, à liberdade (inclusive sexual), direito à igualdade e ao direito à intimidade.

Jürgen Habermas<sup>12</sup> advoga que a dignidade da pessoa humana é a fonte moral da qual os Direitos Fundamentais extraem o seu conteúdo. Contudo, diante da sua universalidade abstrata, os Direitos Humanos precisam ser concretizados em cada caso particular, levando que na fundação das Nações Unidas, o apelo à dignidade da pessoa humana facilitou a construção de um certo consenso sobre matérias, muitas vezes, diversas – no sentido cultural. Para tanto, o autor avança ao afirmar que a dignidade da pessoa humana foi um conceito jurídico construído tardiamente, justamente por ser um conceito inacabado e em constante evolução.

Quando há maciças violações aos Direitos Humanos, passamos por um processo de descoberta, das condições sociais, econômicas, políticas – que levam aos motivos da constante marginalização, pobreza extrema, desigualdade de sexo e gênero, contra migrantes, minorias culturais e étnicas, religiosas e raciais, dentre outros grupos, e permitem que a concepção de dignidade seja alterada e passe a ser melhor explorada a partir do conteúdo normativo dos Direitos Humanos, permitindo o reconhecimento e a proteção de novos direitos.

Habermas ainda avança ao descrever que os direitos liberais de liberdade foram consolidados a partir de pilares básicos como inviolabilidade da liberdade ir e vir da pessoa, das relações de mercado e do livre exercício<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 2 maio 2022.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. São Paulo: ed. Unesp, 2012b.

<sup>13</sup> A partir dessa exposição do tema de pesquisa, inicia-se uma exposição sucinta da teoria funcionalista de Luhmann, relacionando-a criticamente ao tema de pesquisa proposto. Posteriormente, com foco na teoria da democracia radical de Habermas, demonstrando-se como a proteção dos sujeitos vulneráveis, em especial os da comunidade LGBTQIA+, podem encontrar fundamentações jusfilosóficas em sua teoria para a aferição e proteção desses novos sujeitos e dos Direitos Humanos fundamentais. Para Luhmann, a sociedade sempre foi uma rede de comunicações. Contudo, conforme explica Campilongo, os modos de organização da sociedade variaram drasticamente durante a História e, somente após a modernidade, foram estabelecidos critérios formais e mais restritos sobre o alcance dos subsistemas do Direito, da Política e da Economia. Essas irritações, recíprocas e fortes entre esses sistemas passaram a desenhar o contexto de construção do Constitucionalismo moderno, a partir de elementos afetos à divisão dos poderes, Estado democrático de Direito, proteção às minorias, dentre outros. Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

O Direito Constitucional, a partir de uma construção liberal-burguesa do Iluminismo do século XVIII, passa a ser visto como o “centro emanador do ordenamento jurídico”. Contudo, por meio de um processo de fortalecimento apenas da igualdade formal e da força política da *lex mercatoria*, isto é, a força econômica, impediu e impede que essa nova ordem jurídica seja construída a partir de princípios éticos ou morais voltados à efetiva proteção da pessoa humana, nos moldes kantianos – de que a pessoa não é fim em si mesmo, não possuindo valor, porém dignidade.

A teoria kelseniana, presa aos postulados do ser (dos fatos) e do dever-ser, não consegue explicar, a partir de sua visão hermética do sistema jurídico, como as relações sociais e os frutos dela advindas devem ser respondias pelo direito nacional e internacional de formas coerentes. Isso ocorre porque uma norma somente é válida quando lastreada e fundada em uma norma superior, hipoteticamente construída para dar validade a todo o restante do sistema jurídico<sup>14</sup>.

Como pensar, portanto, a relação do Direito, democracia e Direitos Humanos a partir do surgimento de novos direitos e sujeitos constitucionalmente designados, tais como a população LGTQIA+, para a real e efetiva proteção do ordenamento jurídico nacional e internacional?

Habermas<sup>15</sup>, a partir de uma visão deliberativa do discurso, entende que o êxito na participação democrática depende de “um código jurídico que esteja institucionalizado na forma de direitos fundamentais<sup>16</sup>”. Logo, o Direito, para o autor, deriva de um *standard* que permita a formulação democrática de um discurso deliberativo que vise a efetiva função do

---

<sup>14</sup> Por isso, diz que a teoria luhmanniana não faz com que o Direito seja absolutamente alienado da realidade. Por meio da comunicação, faz seleção de determinadas expectativas sociais (advindas da sociedade, do seu ambiente), seleciona e inclui algumas dentro do sistema e contingencia outras para conter as frustrações. Dessa forma, o que garante a operação do sistema de maneira autopoietica, mediante uma diferenciação do seu ambiente, é o fechamento. E, segundo Luhmann, o que garante a unidade e o fechamento do sistema é a conexão entre código e função (e não ao contrário da teoria positivista, o fundamento de validade da norma em outra norma superior, em sequenciamento piramidal de validação). Como todo sistema que se encarrega de uma função, o Direito, como sistema, dispõe de um símbolo –da validade –que se incumbe de gerar a unidade do sistema operação a operação. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22, n. 43, 2019, p. 9.

<sup>15</sup> Malgrado Luhmann e a sua teoria defenderem que o Direito não seja totalmente alheio à discrepante e difícil realidade social que assola os grupos excluídos, em especial aos países da América Latina, o autor ignorou, em sua análise, a possibilidade efetiva de grupos dos mais diversos populacionais de atuarem para alterarem o seu quadro de desigualdades. Habermas, por outro lado, enxerga, a partir da obra *Facticidade e Validade*, em uma mudança de paradigma, um papel fundamental do Direito e, ao estar presente no mundo da vida, ou seja, uma esfera de reprodução simbólica da sociedade, e abrange cultura (saber de fundo), sociedade (moralidade, eticidade, direito) e personalidade, conectando o sistema às demandas desse mundo da vida, alterando a realidade que o circunda. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, Vol. II. Tradução de Fabio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 149.

<sup>16</sup> BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José e TESCARO JÚNIOR, João Evanir. Jürgen Habermas: Teoria Crítica e Democracia Deliberativa. **Confluências**, vol. 12, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, 2012, p. 149.

Direito a partir da sua possibilidade transformativa do mundo da vida efetivamente estruturado. Logo, não é suficiente que alteremos as normas ou institutos jurídicos sem que isso seja refletido no cotidiano das pessoas<sup>17</sup>.

Para o autor, na construção inicial da sua Teoria da Ação Comunicativa<sup>18</sup>, o Direito é um instrumento de poder que regula a economia e as relações sociais, nas quais as possibilidades de emancipações da pessoa humana são mínimas. Avançando em sua proposta, destaca-se que o posicionamento de Habermas acerca do Direito, em Facticidade e Validade, é alterado ao defender que o Direito não é um sistema, conforme Luhmann desenhou, malgrado possa também ser elemento de exercício do poder. Além disso, o Direito conecta demandas sociais ao mundo da vida, tendo o poder de alterá-la, alinhando propostas de facticidade, ou seja, de coerções existentes e de validade que dão legitimidade às demandas sociais.

---

<sup>17</sup>Para Luhmann, portanto, a leitura da sociedade não pode ser feita a partir de um único mecanismo, seja ele a religião, o Direito, o poder ou a economia. Nesse sentido, a sociedade é uma constituição multicêntrica e policontextual, com sistemas que coexistem e concorrem entre si. O Direito seria, portanto, apenas um subsistema dentro de outros no contexto social.

Outrossim, o Direito irrita e é irritado por outros subsistemas, como o político e o econômico, além de interferir e se acoplar a eles. O Direito não é, portanto, o que determina a lógica e a reprodução de todos os subsistemas com os quais se comunica, possui limites e alcances bem mais limitados no sentido de ser apenas mais um elemento em um mundo pautado por elevada complexidade

Nos pós-modernidade, houve o desencantamento do mundo, afastando a metafísica e a religião como fatores determinantes da vida entre os homens. Já na pós-modernidade, houve um novo desencantamento, pois não é possível mais lidar com a certeza, mas sim com a contingência tutelar inerente à vida humana. Cf. RODRIGUEZ, Darío. **La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann**. Santiago do Chile: Metapolítica, 2001, p. 31.

<sup>18</sup> O funcionalismo vislumbra uma composição social atomizada, pulverizada na igualdade formal. A sociedade é, diante desse contexto, um organismo onde os homens são as células e a coletividade é marcada por relações específicas, às quais se destinam a estabilidade e padronização de condutas. Logo, o funcionamento da estrutura social é garantido por atividades institucionalizadas.

O Direito é um sistema que opera no código legal/ilegal e procura estabelecer expectativas normativas que são diferentes das expectativas cognitivas. As cognitivas, são aquelas advindas do conhecimento, mas não admitem desilusão quando determinada lei da física, por exemplo, for desobedecida, obrigando a revisão do conhecimento. Por outro lado, as expectativas normativas, não advém da norma, inclusive as penais, e não admitem o seu descumprimento. A pena ou sanção aparece como um elemento de recuperação da confiança que foi abalada na prática ilegal do infrator.

A teoria da autopoiese relaciona-se com o fato do ser humano ou organismo vivo atuar como um sistema operativamente fechado, mas cognitivamente aberto, pois sente os influxos do meio envolvente, isto é, as suas irritações e perturbações, por meio dos inputs, que são irritações do meio, cujas respostas são motivadas e medidas de maneira proporcional às irritações advindas do meio envolvente de outros sistemas sociais.

Logo, no sistema penal contemporâneo, os principais fatores de irritação são as transformações de ordem técnica e os novos modos de organização econômica e política que, no contexto de globalização econômica, trouxeram ao Direito a necessidade de salvaguardar novos processos e demandas que anteriormente não eram postas diante da sua necessidade de regulação. Nesse sentido, pode-se explicar a teoria de Luhmann e sua relação com a proteção de novos direitos, em especial à sua tutela penal, no sentido que, movimentos sociais – como os do LBTQIA+ – são sistemas que irritam o Direito, o obrigando a dar respostas às suas demandas.

É aqui que o foco se concentra na teoria da ação comunicativa e na democracia radical de Habermas, como um contraponto à teoria de Luhmann. Habermas, em oposição à Luhmann, não enxerga o Direito apenas como um sistema hermeticamente fechado e aberto às irritações do mundo externo. Para ele, o Direito é um recurso presente no mundo da vida, isto é, aspectos da reprodução simbólica da sociedade, que abrange elementos da cultura, sociedade e personalidade.

Nesse sentido, o Direito procedimentaliza processos de discordância e possibilita que, no dissenso, haja integração social. Hodiernamente, há a construção de um sistema garantidor de liberdades assegurado pela força do Direito objetivo, possuindo o Direito um papel transformador e emancipador da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana possui relevância normativa fundamental na construção de um Estado Democrático de Direito e é atualmente positivada em diversas Constituições, como na brasileira, em seus artigos 1º, III e 170, *caput* da Constituição de 1988. Nesse sentido, a construção da cidadania é dada por elementos norteadores da democracia, capazes de unir o mundo da vida com as demandas sociais legítimas dos grupos vulneráveis.

Nesse sentido:

Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas de nível mundial. [...]. O estado de cidadão do mundo deixou de ser uma simples quimera, mesmo que ainda estejamos muito longe de atingi-lo. A cidadania em nível nacional e a cidadania em nível mundial formam um *continuum* cujos contornos já podem ser vislumbrados no horizonte<sup>19</sup>.

Habermas, portanto, defende como vetor democrático um deslocamento de elementos de poder administrativo e dinheiro para processos públicos autônomos de deliberação e em procedimentos autônomos de formação democrática da opinião e, em especial, das vontades políticas, que devem ser institucionalizadas em função do Estado de Direito. Assim o autor se manifesta:

Assim como no modelo liberal, também na teoria do discurso os limites entre o Estado e a sociedade são respeitados; mas aqui a sociedade civil, como a base social de espaços públicos autônomos, distingue-se tanto do sistema da ação econômica quanto da administração pública. E dessa visão da democracia segue-se normativamente a exigência de um deslocamento do centro de gravidade da relação entre os recursos representados pelo dinheiro, pelo poder administrativo e pela solidariedade, dos quais as sociedades modernas se valem para satisfazer sua necessidade de integração e de regulação. As implicações normativas saltam à vista: a força da integração social que tem a solidariedade social, não obstante não mais poder ser extraída somente das fontes da ação comunicativa, deve poder desenvolver-se com base em amplamente diversificados espaços públicos autônomos e em procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade políticas, institucionalizadas em termos de Estado de Direito; e, com base no meio do Direito, deve ser capaz de afirmar-se também contra os outros dois poderes- o dinheiro e o poder administrativo<sup>20</sup>.

A democracia radical, para Habermas, portanto, pressupõe uma democracia lastreada na participação e deliberação, em busca da razão comum com o intuito de fortalecimento das

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997, p. 304.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, [S.L.], n. 36, 1995, p.48.

instituições democráticas. Aqui, nesse sentido, este trabalho entende que Habermas difere de Luhmann, pois privilegia uma esfera pública informal, lastreada por públicos culturalmente mobilizados. Logo, o autor advoga que os movimentos sociais, por meio de suas reivindicações, não são meros elementos de irritação ao sistema jurídico. No caso do tema de pesquisa proposto, verifica-se que a criminalização da homotransfobia é pauta legítima sob a ótica da proteção dos vulneráveis e, como tal, deve ser vista (ou ao menos deveria assim o ser) como objetivo comum de uma sociedade dita democrática e igualitária.

Portanto, a ótica da democracia radical habermasiana é focada no diálogo público saudável e na defesa legítima de pautas antigas, como a criminalização da homotransfobia. Os sujeitos, por meio da democracia radical, possuem a capacidade de determinar como forçar o poder político a criar políticas públicas que visem à sua proteção e ao respeito à sua dignidade, com autonomia e serenidade suficientes para influenciar o mundo da vida, possibilitando o reconhecimento dessas pessoas enquanto sujeitos de direitos e deveres.

O papel do judiciário nacional, com as decisões tomadas pelo STF na ADO 26 e no MI 4733<sup>21</sup> e pelos Tribunais Internacionais, representados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, somado com narrado na Opinião Consultiva 24 e no caso Vicky Hernandez vs. Honduras são paradigmáticos na discussão do papel do Direito para a construção de um verdadeiro empoderamento do sujeito frente à brutal desigualdade social do continente latino-americano<sup>22</sup>.

A partir de uma visão escorreita e completa do ordenamento, há o debate sobre a possibilidade de Tratados de Direitos Humanos atuarem com normas penais incriminadoras e de que os alcances das decisões dos casos contenciosos e consultivos da Corte IDH ultrapassem a esfera individual dos casos e passem a gerar obrigações específicas aos Estados na promoção da pessoa humana, com o princípio *pro persona* com o norte hermenêutico mais alinhado nesse processo.

Há, agora com análise do Direito Constitucional Interno, os chamados mandamentos constitucionais de criminalização de condutas antidiscriminatórias, que apontam um caminho para o legislador em seu processo legiferante com fins de proteção dos Direitos Humanos pela via penal e democrática do parlamento. Contudo, é delicado abordar os alcances do Direito

---

<sup>21</sup> LEÃO, Thales Braghini; BORGES, Paulo César Corrêa. Hermenêutica penal e direitos humanos: a homotransfobia como forma contemporânea de racismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 367-396. Jan. /jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em 05/05/2022.

<sup>22</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

Penal para a proteção dessas minorias sociais, pois historicamente o Direito e, portanto, a sua aplicação, pelos juízes e tribunais vem sendo pautada por um conservadorismo e punitivismo exacerbado.

Porém, há ainda a crise da representação política. O parlamento brasileiro, há tempos, não representa o anseio de minorias, com suas pautas históricas e ainda esquecidas e marcadas pelo completo descaso estatal. Assim sendo, continuam a não serem representadas pela pauta legiferante do Congresso Nacional e representam um enorme descompasso entre democracia e Direito, a partir do fim da utopia igualitária, com as constantes violações dos Direitos Humanos, com o sentimento de vazio associado a uma política voltada para a manutenção dessas violações aos Direitos Humanos<sup>23</sup>.

Assim, conclui-se que o Judiciário não está imune a críticas. Aliás, o seu processo de formação e qualificação de seus membros ajuda a explicar o atual estado de coisas existente na proteção e promoção dos Direitos Humanos no Brasil e na América Latina. A contingência do processo decisório, em sentido que vai ao encontro do pensamento de Luhmann, é característica marcante do judiciário.

As Cortes Internacionais também apresentam esse processo, pois também são frutos da política, com indicações de governos, que muitas vezes não possuem o real interesse em respeitarem as decisões e os *standarts* protetivos dos Direitos Humanos. Porém, ao Judiciário cabe o dever de estabilizar esse processo e não se autolimitarem pelos textos pelos quais se submetem, tais como, a Constituição, o próprio Pacto de São José da Costa Rica ou a Convenção de Belém do Pará, pois esses textos são instrumentos vivos, frutos do seu tempo e da sua História<sup>24</sup>.

As decisões, muitas vezes, ficam adstritas a um legalismo formalista que pode levar a uma mitigação da eficácia das decisões, justamente por serem estas, alheias à realidade social que circunscreve o Direito e o seu processo judiciário.

Juízes, ao instrumentalizarem suas decisões, não podem reduzi-las a um mero aplicador das regras e normas, a partir de uma máquina de “silogismos”. Os magistrados, inclusive os de Cortes Internacionais, e também todos os autores do sistema de justiça, como advogados, professores e promotores, possuem a obrigação de concatenar as suas decisões para, não apenas

---

<sup>23</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.76.

<sup>24</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012.

revelar as palavras da lei, mas sim, projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e dos Direitos Humanos Fundamentais<sup>25</sup>.

Conforme advoga Antônio Carlos Wolkmer<sup>26</sup>, a função jurisdicional vai além de um “carimbo” ratificador das vontades e desejos de um legislador, não constituindo o juiz um mero técnico que, mecanicamente, aplicará o Direito ao caso concreto. Deve operar, portanto, como uma verdadeira força social, explorando as fissuras, antinomias e as contradições da ordem jurídica.

Isso não quer dizer, por outro lado, que não haverá limites para a atuação do julgador, sob pena de gerar uma ditadura do Judiciário. Porém, é necessário compreender que os juízes possuem o dever de atuar com o intuito de dar resistência às leis injustas, após muitas lutas e sofrimento que grupos vulneráveis passaram em seu processo de conquista de Direitos.

Norberto Bobbio<sup>27</sup>, em obra denominada “A Era dos Direitos”, leciona que o importante na construção dos Direitos Humanos não é a sua proclamação, mas sim a existência de medidas efetivas e imagináveis para a proteção desses Direitos. O autor, diante disso, avança no tema dizendo que existem dois grandes tipos de dificuldades nesse processo, a saber: uma de natureza jurídico-política e outro substancial, inerente aos próprios conteúdos dos Direitos.

O autor italiano prescreve em sua obra, que os desrezos pelos Direitos dos Homens, tanto no plano interno quanto no plano internacional, andam juntos, pois, quanto mais autoritário for um governo, maiores serão as feridas deixadas por esse autoritarismo, e, por consequência, inúmeras serão as suas atitudes contrárias aos Direitos Humanos. Nessa perspectiva, são feridos os elementos de promoção, controle e garantia dos Direitos do Homem em âmbito interno e externo.

Os Direitos do Homem, por pressupostos básicos, não são absolutos, nem mesmo podem ser classificados de maneira homogênea em relação a todos os indivíduos. Porém, existem alguns padrões mínimos, pautados em uma visão de uma tutela vital da pessoa humana, em procedimentos que visam a dar visibilidade aos sujeitos, em especial as minorias.

Essa é a lição de Pontes de Miranda:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>26</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15.

e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. (...). Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque este deve. Em vez da súplica, o direito<sup>28</sup>

É constante o debate sobre o direito das pessoas LGTQIAPN+ no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, em especial no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos. Porém, a partir das grandes violações dos direitos humanos dessas pessoas, é possível que a criminalização das condutas homotransfóbicas sejam fundamentadas pela vinculação do Estado brasileiro as decisões da Corte IDH, tanto em sua concepção consultiva quando contenciosa.

A partir dessa premissa, fundamental será compreender a questão que investiga se os tratados internacionais de direitos humanos são normas penais incriminadoras e, a partir dessa análise, justificariam ou não o dever estatal de criminalizar a homofobia como forma de reconhecimento dos direitos das pessoas LGTQIAPN+. Ao assim estabelecer, possível será aprofundar os debates sobre os direitos das pessoas LGTQIAPN+ no âmbito do SIDH e, ao final das discussões, estabelecer os contornos penais da homotransfobia para o Estado brasileiro a partir da necessidade de adaptar o ordenamento jurídico interno aos ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial a OC 24 e o caso Vicky Hernandez.

### **1.1-A tutela das população LGTQIAPN+: uma visão a partir da Opinião Consultiva 24**

O artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) disciplina a chamada jurisdição consultiva no âmbito da Corte IDH, nos seguintes termos:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais<sup>29</sup>.

Assim sendo, a Corte IDH, por expressa disposição do Pacto de São José da Costa Rica, possui competência para interpretar tratados internacionais de direitos humanos a partir da

<sup>28</sup> PONTES DE MIRANDA. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933, p. 28.

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.



edição de Opiniões Consultivas. Assim, as Opiniões Consultivas são uma faculdade que a Corte IDH possui de interpretar a Convenção, todos os tratados que tenham objeto a proteção dos direitos humanos, dos quais seja parte um Estado Americano, as disposições de tratados internacionais de direitos humanos que, apesar de não tratarem de maneira preponderante sobre temas ligados aos direitos humanos, tenham em seu conteúdo referências a esse tema e que possuam ao menos um Estado americano como parte e a possibilidade de realizar uma análise da compatibilidade do direito interno de algum Estado americano com qualquer dos diplomas internacionais citados anteriormente<sup>30</sup>.

A jurisdição contenciosa aqui exemplificada pelo caso *Vicky Hernandez vs. Honduras*, por outro lado, representa uma atuação mais incisiva e pormenorizada do Sistema Interamericano a partir de um procedimento bifásico, que consiste em uma análise inicial pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, após eventual inércia estatal, pode remeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos – responsável por julgar e responsabilizar internacionalmente os Estados por violações aos direitos humanos.

A Comissão, inicialmente, é provocada por meio de uma petição escrita, que pode ser da própria vítima, de representantes da vítima ou até mesmo de terceiros, incluindo as organizações não governamentais (demandas individuais), ou ainda oriunda de outro Estado (demandas interestatais)<sup>31</sup>. Contudo, é possível que a Comissão inicie, por conta própria, um caso contra determinado Estado, porém essa prerrogativa é pouca usada pelo órgão.

Os requisitos fundamentais para a admissão da petição perante a Comissão são: o esgotamento dos recursos internos, decurso de prazo de seis meses para a representação, ausência de litispendência internacional e ausência de coisa julgada internacional<sup>32</sup>. Após essa fase admissional, a Comissão inicia uma fase conciliatória, elaboração do primeiro informe e, em caso de descumprimento das deliberações da Comissão, o caso pode ser remetido à Corte, como ocorreu em *Vicky Hernandez vs. Honduras*.

Após essa breve contextualização da jurisdição consultiva e contenciosa da Corte e escorreita apresentação das funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o trabalho analisará a força vinculante das Opiniões Consultivas.

Conforme disposto no artigo 64 do Pacto de São José da Costa Rica, a jurisdição consultiva da Corte IDH é uma realidade cada vez mais presente no Sistema Interamericano de

---

<sup>30</sup> ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Universidad Externado, 2015, p. 33.

<sup>31</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 235.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.236

Direitos Humanos e representa um instrumento legítimo de hermenêutica para a concretização dos direitos humanos e para a concretização do princípio *pro personae*. Assim sendo, surgem debates na doutrina internacionalista sobre o alcance, limites e vinculações do ordenamento jurídico doméstico em relação a esse instrumento e a sua natureza jurídica.

André de Carvalho Ramos<sup>33</sup>, sobre essa temática, afirma que a jurisdição consultiva é missão fundamental das Cortes Internacionais, ao lado da jurisdição contenciosa. Contudo, o autor adverte que não é possível atribuir força vinculante a tais decisões consultivas, malgrado possibilitem maior segurança jurídica aos sujeitos do direito internacional. Nesse sentido, também é o entendimento de André de Carvalho Ramos<sup>34</sup>, ao afirmar que o exercício da jurisdição consultiva da Corte IDH não pode ser equiparado com o controle de convencionalidade, porém apenas como um exercício de aferição de convencionalidade e, diante disso, não vinculante para os Estados.

O entendimento diverso<sup>35</sup> entende que a jurisdição consultiva é vinculante aos Estados, de forma semelhante aos casos contenciosos. Isso se dá, devido ao fato de que a proteção dos direitos humanos deve, sempre, ser pautada pelo desenvolvimento progressivo e por elementos que visem dar a melhor interpretação, para a melhor tutela da pessoa humana. Outrossim, a força jurídica emprestada pelo ordenamento jurídico internacional às Opiniões Consultiva é uma realidade, pois é exercício de jurisdição plena da Corte IDH, sem prejuízo das decisões contenciosas.

Siddharta Legale, por sua vez, explicita que o exercício da jurisdição Consultiva pela Corte IDH representa um verdadeiro controle de convencionalidade e, portanto, vincula, da mesma maneira os países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, nos seguintes termos:

O objetivo central da OC, segundo a própria Corte IDH, é “desentranhar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos” (OC16/99 e OC-17/02). Não servem para resolver questões de fato, já que a proteção de direitos e liberdades das pessoas cabe a jurisdição contenciosa, que não pode “resolver casos abstratos” (OC-14/94). Como não existem propriamente demandados ou atores, não se coloca como requisito a defesa do Estado no procedimento (OC-03/83). Ao fixar os sentidos válidos para interpretação antes de um litígio concreto, a Corte IDH acaba por realizar um controle de convencionalidade prévio ao caso contencioso<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 237.

<sup>34</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 345.

<sup>35</sup> LEGALE, Siddharta. **Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>36</sup> LEGALE, Siddharta. **Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 239.

Jorge Ernesto Roa, a seu turno, compartilha desse entendimento e avança ao afirmar que é cada vez mais difícil para a própria Corte IDH, diferenciar a força vinculante de suas Opiniões Consultivas das sentenças dos casos contenciosos. Assim é o entendimento do autor:

En efecto, como se citó textualmente, la Corte sostiene en la Opinión Consultiva 21 que las opiniones consultivas tienen relevancia jurídica para los Estados miembros de la oea y “para los órganos de la oea cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta”. Resulta apenas evidente que tal afirmación de la Corte la vincula también en cuanto órgano de la oea, con lo cual se crea una cláusula expresa de fuerza vinculante horizontal de las opiniones consultivas. Esta regla es la confirmación del resultado del estudio de esta investigación sobre la relación entre la función consultiva y la contenciosa. No obstante constituir un avance en la determinación de los efectos de las opiniones consultivas y en la coherencia interna de la Corte, persiste la contradicción entre la cada vez más clara fuerza vinculante de las opiniones consultivas y las propias manifestaciones de la Corte por diferenciar, en este aspecto, sus opiniones de otro tipo de decisiones como las sentencias de los casos contenciosos. Cada vez resulta más complicado para los investigadores y para la propia Corte explicar las diferencias entre los efectos de una opinión consultiva y los de una sentencia contenciosa, más allá de las características intrínsecas a cada uno de los procedimientos. Aún más, la Corte ha avanzado en una comprensión extraña de una función consultiva, de la cual derivan parámetros obligatorios para el órgano que emite el dictamen, para los órganos y Estados parte de la oea. A pesar de las críticas anteriores sobre la contradicción entre la doctrina de la Corte, la Opinión Consultiva 21 y el fenómeno material de fuerza vinculante horizontal y vertical de las opiniones, lo más importante es que la obligatoriedad de la doctrina (¿jurisprudencia?) consultiva de la Corte Interamericana redundará –seguramente– en una mayor protección de los derechos humanos en el ámbito americano<sup>37</sup>.

Existe, ainda, uma corrente intermediária que, muito embora não reconheça a vinculação específica dos Estados às Opiniões Consultivas, reconhece sua força jurídica e moral, especialmente por serem prolatadas pela Corte IDH. Nesse sentido, podem ser consideradas importantes instrumentos de proteção dos Direitos Humanos, nos moldes seguintes:

Puede decirse —en suma— que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte; y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser jurisdiccional, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos<sup>38</sup>.

Assim, as Opiniões Consultivas, no atual estado do *ius constictionale commune*, representam verdadeiro instrumento transformador da realidade social e, diante disso, devem ser interpretadas da maneira mais ampla possível, no sentido de criarem obrigações específicas (*facere*) aos Estados.

<sup>37</sup> ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Universidad Externado, 2015, p. 141.

<sup>38</sup> HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?(control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, v. 10, n. 19, p. 149-150, 2008.

A competência consultiva da Corte IDH, portanto, é um método judicial alternativo apto para a proteção dos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos e, conforme, a própria jurisprudência da Corte<sup>39</sup>, não pode ser reduzida a um mero instrumento acadêmico. Logo, é fundamental que a jurisdição consultiva seja consagrada em aplicações concretas que justifiquem a emissão do parecer, como foi o caso de violações aos Direitos Humanos de pessoas LGTQIA+ no continente latino-americano.

A natureza jurídica das Opiniões Consultivas, portanto, vincula todos os Estados não solicitantes que são partes da Convenção Americana de Direitos Humanos e, também, os Estados que aceitam a jurisdição da Corte Interamericana. Porém, a jurisdição consultiva não pode ser evocada quando existir casos pendentes na Comissão Interamericana ou casos contenciosos na Corte IDH, sob pena de desvirtuamento de sua função principal.

O professor André de Carvalho Ramos assim trabalha essa questão:

A jurisdição consultiva é considerada missão fundamental das cortes internacionais, ao lado da jurisdição contenciosa. É com base nela que as cortes podem interpretar normas jurídicas internacionais, fixando o seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos. É inegável que a jurisdição consultiva supre o incipiente reconhecimento da jurisdição obrigatória de cortes internacionais pelos Estados, servindo as opiniões consultivas para a fixação do conteúdo e alcance do direito internacional atual. Embora não se possa supor a força vinculante de tais opiniões, é certo que as mesmas declaram o direito internacional e com isso, possibilitam maior certeza jurídica aos sujeitos de direito internacional<sup>40</sup>.

Embora a posição do professor André de Carvalho Ramos seja importante para o debate em torno da natureza jurídica das Opiniões Consultivas, o presente trabalho avançará mais no sentido de compreender a jurisdição consultiva como fonte vinculante, com a mesma carga jurídica dos casos contenciosos e, portanto, instrumentos hábeis a gerarem responsabilização estatal plena aos Estados em casos de descumprimento.

A jurisdição consultiva, além do já exposto, também é instrumento legítimo na construção de um constitucionalismo multinível<sup>41</sup> protetor das minorias sociais, pois, ao gerarem obrigações positivas aos Estados, vinculam os poderes constituídos nacionalmente a criarem políticas públicas voltadas à sua proteção. Evidenciam o dever do legislador nacional na criação de instrumentos jurídicos hábeis a dar voz a esses grupos marginalizados, em verdadeira catarse entre Direito Internacional e Direito Constitucional, com o fim de dar voz a

---

<sup>39</sup>CorteIDH. Parecer Consultivo – OC 9/87, parágrafo 16. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf). Acesso em 5 maio 2022.

<sup>40</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª edição. São Paulo. 2016, p. 265.

<sup>41</sup> CAMBI, Eduardo; DE ANDRADE PORTO, Leticia; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. **Suprema-Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 2, p. 113-150, 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema>. Acesso em: 05 maio 2022.

uma hermenêutica emancipatória encampada no princípio *pro persona*, em especial aos grupos LGTQIA+<sup>42</sup>.

A expressão constitucionalismo multinível é fruto da construção de um constitucionalismo forte, capaz de efetivamente tutelar os Direitos Humanos, justamente por representar um constante diálogo entre diversas ordens jurídicas, nos seguintes termos:

El uso y la inclusión de la idea del pluralismo jurídico en los debates sobre la ley y sobre los sistemas y sistemas jurídicos. Este pluralismo se caracteriza por diversas fuentes de derecho y normas productoras y de toma de decisiones. En una oposición entre el monoísmo y el pluralismo, el constitucionalismo multinivel se caracteriza por la oposición al primero. Por lo tanto, la autoridad exclusiva del Estado nacional se opone a la coexistencia de varias autoridades que pueden ser llamadas materialmente constitucionales. Por lo tanto, el constitucionalismo multinivel aprovecha una experiencia remota de un conjunto conceptual, y se puede decir ideológico, de convivencia de fuentes, de pluralismo legal, para influir en los acontecimientos posteriores de su desarrollo<sup>43</sup>.

Logo, resguardar um papel não vinculante às Opiniões Consultivas da Corte IDH é o mesmo que enfraquecer o constitucionalismo multinível construído pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A jurisdição consultiva proporciona, além do exposto, a formação de um costume internacional e a caracterização de normas de *jus cogens* e tem o condão de formar as bases de convencimento para os casos futuros da Corte, como ocorreu explicitamente no caso *Vicky Hernandez vs. Honduras*.

Há, contudo, aqueles que defendem as Opiniões Consultivas como instrumentos típicos de *soft law*, normas que geralmente são caracterizadas pela sua não-vinculação aos Estados Nacionais, porém, meras recomendações de atuação. As normas de *soft law* possuem como algumas características básicas os seguintes atributos: progressividade, frutos de uma principiologia do Direito Natural, de conteúdo variável, não judicializável e com um forte caráter político<sup>44</sup>.

Justamente pelo caráter progressivo e pelo fato de possuir um conteúdo maleável é que essas normas são adaptadas mais facilmente ao conteúdo formal e à realidade da comunidade internacional em matéria de proteção de Direitos Humanos, pois nascem do consenso dos

<sup>42</sup> FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e (m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 53-68, 2020. Disponível em: <http://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 06 jun. 2022.

<sup>43</sup> BORGES, Alexandre Walmott; AYZAMA, Alex Cabello; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro. El cuadro comparativo entre constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo. Un equilibrio de conceptos y bases explicativas. **Pensamiento Jurídico**, [s. l], v. 1, n. 54, p. 37-58, dez. 2021, p. 44. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/94467>. Acesso em: 05 maio 2022.

<sup>44</sup> NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a soft law. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

países, porém, não deixando de ser um processo preciso de positivação e construção do arcabouço normativo protetivo dos Direitos Humanos.

Conforme exposto a seguir, as normas *soft law* são instrumentos legítimos de resistência contra o vilipêndio aos Direitos Humanos, pois conseguem agregar reivindicações de países do chamado “Terceiro Mundo”, inclusive permitindo que a partir de uma visão decolonial dos Direitos Humanos, essas normas passem a compor um verdadeiro processo de reestruturação da ordem dominante no cenário internacional:

Therefore, international law can no longer be limited to normative barriers (from classical sources) which use only negative sanctions, traditionally anchored in hegemonic discourses forged in the light of what the Global North believes and defends, either to guide the society to what the norm foresees (regardless of what society as a whole currently strives for) or to separate law from non-law. It is necessary to renew this branch of applied social sciences by creating/enabling instruments that allow the achievement of its goals (such as the effective realization of – human – rights) around the globe, without any predilection, even if this does not involve punishments for transgressors or if it distances from a usual government practice<sup>45</sup>

Antônio Augusto Cançado Trindade, ao discorrer sobre o estado da arte do Direito Internacional contemporâneo, deixa claro que não há espaço mais para o exercício de uma soberania estatal ilimitada, conforme preconizada pelo sistema vestfaliano de organização do Direito Internacional Público. O autor assim se manifesta:

[...] Um novo cenário internacional passou a desvendar-se, em que não mais se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos, e em que se figurava esgotado e superado o modelo Westphaliano do ordenamento internacional. De certo modo, a própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas única e inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas de Direito Internacional geral, e se tornou evidente que só poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de uma justiça objetiva. O ordenamento internacional das soberanias cedeu efetivamente terreno ao da solidariedade<sup>46</sup>.

Logo, alguns exemplos de normas *soft law* seriam resoluções de organizações internacionais, relatórios ou recomendações adotadas por organizações internacionais ou em conferências internacionais, programas de ação, textos de tratados que não entraram em vigor, declarações interpretativas de certos acordos ou tratados, acordos políticos, códigos de conduta, diretrizes e normas. Em especial relação aos direitos das pessoas LGTQIA+, o documento *soft*

---

<sup>45</sup> SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. Overcoming the ?Coloniality of Doing? in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **REVISTA DIREITO GV (ONLINE)**, v. 17, p. 1-31, 2021, p. 32. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/KXgMFr7XHWzvWCm39mf5JKj/?lang=en>. Acesso em 05 maio 2022.

<sup>46</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1077.

*law* mais importante na arena internacional é aquele que reúne os chamados “Princípios de Yogyakarta”, documento internacional que prevê condutas mínimas aos Estados na preservação dos Direitos Humanos dessas pessoas.

Contudo, malgrado a importância jurídica existente em relação a essas normas de *soft law*, as Opiniões Consultivas da Corte IDH não podem ser consideradas apenas como tais, pois vão além disso, por serem instrumentos legítimos na promoção e proteção dos Direitos Humanos, não apenas como vetores hermenêuticos hábeis a alterar o *status quo* da proteção interamericana da população LTQIA+. As Opiniões Consultivas, em especial a OC 24, são instrumentos legítimos e vinculantes aos Estados por representarem a interpretação da Corte das normas de *jus cogens* relacionadas à proteção dessa minoria social e, diante disso, representa exercício legítimo do controle de convencionalidade perante as leis e constituições nacionais.

Ao emitirem um parecer dessa natureza, a Corte IDH consigna obrigações específicas aos Estados, tanto no processo legislativo interno dos Estados membros – inclusive com a promoção de legislações penais específicas para a proteção dos vulneráveis – e também gera obrigações negativas no trato desses indivíduos perante o ordenamento, em diálogos multiníveis concatenados com a promoção da dignidade humana, igualdade e a não-discriminação.

Cláudia Regina Magalhães da Silva Loureiro, em parecer como *Amicus Curiae* à Opinião Consultiva solicitada pelo Estado da Colômbia, que deseja denunciar o Pacto de São José da Costa Rica, reafirma essa posição, conforme trecho transcrito abaixo:

Por isso, o traço marcante das normas de natureza *jus cogens* é gerar obrigações para os Estados e para toda comunidade internacional, uma vez que o dever de respeitar e proteger os direitos humanos, em particular, diante de sérias violações, é uma norma peremptória de direito internacional que cria obrigações erga omnes. Portanto, é inaceitável que um Estado exclua os direitos humanos de sua população indefinidamente. Logo, um Estado, a princípio, pode, de acordo com a expressão de sua soberania estatal, denunciar determinada convenção ou tratado, bem como se retirar de uma organização regional, pelo mesmo motivo. Entretanto, referida denúncia ou retirada não gerará os efeitos jurídicos esperados pelo Estado de exonerar-lo do cumprimento das normas de natureza *jus cogens* e das obrigações decorrentes dos interesses da humanidade e do bloco regional<sup>47</sup>.

A autora avança, ainda, nas discussões sobre o papel do controle de convencionalidade das normas e o papel do judiciário nacional e de todos os membros da comunidade jurídica, para atuarem como verdadeiros juízes, promotores, advogados, defensores interamericanos, sob pena de desvirtuamento do sistema protetivo de Direitos Humanos.

---

<sup>47</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Amicus Curiae* - **Opinião Consultiva 26** de 9 de novembro de 2020.

Evidente, pelas próprias características mencionadas das normas de *soft law*, que elas podem contribuir fortemente para a alteração da visão de que as normas de Direitos Humanos são uma imposição do norte global. É possível agregar a visão dos países mais pobres, como é o caso do contexto latino-americano e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Opinião Consultiva 24 representou um marco no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois, reconheceu de maneira efetiva os direitos das pessoas LGTQIA+ e o dever estatal de proteção dessas pessoas contra o arbítrio estatal. Contudo, é necessário esmiuçar os detalhes trazidos pelo Estado da Costa Rica à Corte e os debates realizados pela instituição para concluir que o Pacto de São José da Costa Rica abarca o direito dessa minoria social.

Fundamental, portanto, é compreender que a Corte IDH possui, em seu Regulamento, alguns requisitos fundamentais para a admissibilidade de uma Opinião Consultiva, a saber:

Obediência formal aos requisitos do artigo 70 e 71<sup>48</sup> da Corte, as perguntas feitas devem possuir o maior grau possível de precisão, especificando as disposições que deverão ser interpretadas, indicando as considerações que originam e fornecendo o nome e o endereço do Agente. De maneira material, o Tribunal lembra que, em várias oportunidades indicou que o cumprimento de aspectos formais não bastava para uma efetiva resposta. Nesse sentido, deve-se considerar uma situação concreta e previsível que justifique o interesse em emitir um parecer consultivo.

No caso em questão, com base na interpretação de normas relevantes, a resposta dada pela Corte na OC 24/2017<sup>49</sup> foi e será de grande importância para os Estados da região, na medida em que permitirá especificar as obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos a todas as pessoas sob sua jurisdição, implicando em obrigações concretas que os Estados devem cumprir em termos de direito à igualdade e à não-discriminação.

Nesse sentido, o Estado da Costa Rica formulou as seguintes indagações à Corte IDH: os Estados são obrigados a facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma; é obrigatório que os Estados forneçam um procedimento administrativo,

---

<sup>48</sup> Artigo 70. Interpretação da Convenção 1. As solicitações de parecer consultivo previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte. 2. As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados. 3. Se o pedido de parecer consultivo é de outro órgão da OEA diferente da Comissão, deverá precisar, além do indicado no inciso anterior, de que maneira a consulta se refere à sua esfera de competência. Artigo 71. Interpretação de outros tratados 1. Se a solicitação referir-se à interpretação de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, tal como previsto no artigo 64.1 da Convenção, deverá identificar o tratado e suas respectivas partes, formular as perguntas específicas em relação às quais é solicitado o parecer da Corte e incluir as considerações que dão origem à consulta. 2. Se a solicitação emanar de um dos órgãos da OEA, deverá indicar a razão pela qual a consulta se refere à sua esfera de competência. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, de outubro de 1979).

<sup>49</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17** de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.



célere e gratuito, para a alteração dos nomes das pessoas, é obrigatório o reconhecimento dos direitos patrimoniais das relações LGTQIA+ e, por fim, obrigatório a criação de um instituto jurídico que reconheça esses direitos? A Corte respondeu a essas indagações a partir de algumas premissas básicas:

A Convenção Americana de Direitos Humanos protege um dos valores mais fundamentais da pessoa humana, isto é, a sua dignidade, que é um direito humano fundamental oponível *erga omnes* e representa um interesse da coletividade internacional, não admitindo nem mesmo derrogação e suspensão.

A Convenção, portanto, protege, no âmbito da autonomia privada, a inviolabilidade da vida familiar e é, diante disso, imune a interferências estatais abusivas e segregatórias. Outrossim, essa proteção não fica adstrita ao direito à privacidade, mas, também e de maneira aqui acentuada, ao direito ao livre desenvolvimento sexual, da personalidade, desejos e prospecções para a construção de uma vida melhor. Temos, portanto, o desenvolvimento e a proteção ao direito à identidade.

Logo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tutela a possibilidade dos indivíduos, dentro da sua esfera privada, de construir sua própria noção de vida e de felicidade, podendo, caso queiram, escolher seu nome, sua forma de vida, sua cidadania, sua liberdade e o direito à sua integridade física e psíquica como expressões maiores da dignidade humana.

Muito embora não haja, na Convenção, uma referência específica ao direito à identidade, ele pode ser conceituado, entretanto, como o conjunto de atribuições e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e que, nesse sentido, inclui vários direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e às circunstâncias do caso<sup>50</sup>.

Na decisão, a Corte IDH conceituou a identidade de gênero como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode compreender – ou não – a mudança da aparência ou função corporal por meio de procedimentos médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que ela for livremente escolhida) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e as maneiras. A identidade de

---

<sup>50</sup> SAAD TRAVASSOS, G. A Opinião Consultiva n.º. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a identidade de gênero como núcleo componente da dignidade da pessoa humana. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 1, n. 11, pp. 65-88, 4 dez. 2018, p. 72. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/54#:~:text=Como%20forma%20de%20enfrentamento%2C%20a.res. peite%20o%20direito%20das%20minorias>. Acesso em: 02 maio 2022.

gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que faz referência à vivência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e a sua expressão tomam muitas formas, sendo que algumas pessoas não se identificam nem como homens nem como mulheres, ou se identificam como ambos<sup>51</sup>.

Pelo exposto acima, nos termos dos artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção para o reconhecimento da identidade de gênero, a resposta da Corte à primeira indagação do Estado da Costa Rica foi a seguinte:

A mudança de nome, a adequação da imagem, assim como a retificação à menção do sexo ou gênero, nos registros e documentos de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero auto percebida, é um direito protegido pelo artigo 18(direito ao nome), mas também pelos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1(direito à liberdade) e 11.2(direito à vida privada), todos da Convenção Americana. Consequentemente, em conformidade com a obrigação de respeitar e garantir os Direitos sem discriminação (artigos 1.1 e 24 da Convenção) e com o dever de adotar as disposições e direito interno (artigo 2º da Convenção), os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer procedimentos para tais fins<sup>52</sup>.

A Corte entendeu, em resposta à segunda indagação do Estado da Costa Rica, que os procedimentos para alteração do nome dos indivíduos conforme a sua identidade de gênero devem seguir alguns padrões mínimos, para que o direito seja de fato protegido, evitando que direitos de terceiros sejam atingidos por esses fatos.

Contudo, para ter o resguardo do direito à identidade, a segurança jurídica não pode ser deixada de lado, garantindo-se, assim, a estabilidade nas relações jurídicas. A falta da segurança jurídica pode levar a um estado de total descrédito nas instituições democráticas (judiciais, legislativas e executivas), trazendo instabilidade no exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, a Corte entende que a segurança jurídica e a autodeterminação do seu gênero não se limitam apenas ao nome, mas, também, abrange os próprios elementos de sexo, gênero e imagem da pessoa. Para tanto, é necessária a simplificação dos processos administrativos dos registros civis e a padronização destes em âmbito nacional, que devem ser realizados com base, única e exclusivamente, no consentimento livre e esclarecido do interessado, sem a necessidade de laudos médicos e/ou psiquiátricos, que podem aumentar ainda mais o preconceito e a situação de vulnerabilidade da comunidade LGBTQIAPN+.

---

<sup>51</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica.** Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

<sup>52</sup> Ibidem.

No mesmo sentido, não se justifica a exigência de certidões policiais de boa conduta desses indivíduos, sob pena de preconceito. Além disso, a privacidade deve ser considerada em todo o processo e não deve constar o nome/gênero anteriores ao pedido de mudança, que deve ser gratuito.

Pelo exposto, a conclusão da Corte ficou consignada no entendimento seguinte:

Os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais apropriado de acordo com as características de cada contexto e sua legislação nacional, os trâmites ou procedimentos para mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade para que estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, devendo cumprir os requisitos indicados nesta opinião, a saber: a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e em documentos de identidade não devem fazer menção às mudanças que decorreram da alteração para se adequar à identidade de gênero; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, gratuitos, e e) não devem exigir a certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais. Dado que a Corte observa que os procedimentos de natureza materialmente administrativos ou cartoriais são os que melhor se ajustam e se adequam a estes requisitos, os Estados podem fornecer paralelamente um canal administrativo, que possibilite a escolha da pessoa<sup>53</sup>.

A proteção internacional dos vínculos dos casais de mesmo sexo e da família oriunda dessas relações é dada a partir da premissa de que não há um conceito fechado de “família” no Pacto de São José da Costa Rica, que não protege apenas um modelo de família. Nesse sentido, a Corte discorreu, na Opinião Consultiva 21, antes mesmo do pronunciamento sobre a Opinião Consultiva 24, sobre a possibilidade de reconhecer vínculos conjugais entre pessoas do mesmo sexo como “família”, um conceito fundamental e em constante evolução, a saber:

"[...] [A] definição de família não deve restringir-se pela noção tradicional de um casal e seus filhos, pois outros parentes, como tios, primos e avós, também podem ser titulares do direito à vida familiar, para enumerar apenas alguns membros possíveis da família extensa, desde que tenham laços pessoais estreitos. Além disso, em muitas famílias, a(s) pessoa(s) responsável(is) pela atenção, cuidado e desenvolvimento de uma criança de maneira legal ou habitual não são os pais biológicos. Mais ainda, no contexto migratório, os “laços familiares” podem ter sido constituídos entre pessoas que não necessariamente sejam juridicamente parentes, especialmente quando, no que diz respeito a crianças, eles não contaram ou conviveram com seus pais em tais processos. É por isso que o Estado tem a obrigação de determinar em cada caso a constituição do núcleo familiar da criança [...]”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República do Uruguai e do Paraguai**. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf). Acesso em: 02 maio 2022.

A Convenção Americana protege o direito à vida privada e familiar (artigo 11.2) assim como o direito ao convívio familiar (artigo 17), vínculo esse que pode derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo, inclusive. Ademais, a Corte também determina que devem ser protegidos, sem discriminação alguma, com o mesmo respeito destinado aos casais heterossexuais, as uniões homoafetivas. Assim sendo, essa proteção internacional advém do direito à igualdade e à não-discriminação (artigos 1.1 e 24). Logo, sem prejuízo do disposto anteriormente, a obrigação internacional dos Estados de garantir a proteção desses indivíduos transcende as questões vinculadas unicamente aos direitos patrimoniais e projeta-se em todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Portanto, os Estados devem garantir o acesso a todas as figuras jurídicas atualmente existentes nos ordenamentos internos, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo, sem discriminação e com o mesmo respeito que é dirigido aos casais heterossexuais. Para isso, os Estados podem ser obrigados a modificar as figuras jurídicas existentes por meio de medidas legislativas, judiciais ou administrativas, para ampliá-las aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo.

A construção dessas figuras jurídicas como determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, voltadas à promoção da igualdade material das pessoas LGTQIAPN+, não está adstrita à jurisdição consultiva da Corte.

Justamente por isso, os deveres de proteção dos direitos dessas pessoas ganham um maior relevo no Sistema Interamericano e demonstram a relação fundamental entre Democracia e Direitos Humanos na promoção dos vulneráveis, ultrapassando a esfera cível e administrativa e ganhando contornos para a definição e construção de um direito ao reconhecimento, enquanto instrumento efetivo de guaridas dos Direitos Humanos.

Essas relações serão abordadas, diante de todo o exposto, pela exposição do caso *Vicky Hernandez vs. Honduras* a partir do item 1.2 desta pesquisa. Além disso, o caso *Loayza Tamayo vs. Peru* será utilizado como elemento fundamental para a construção do instituto jurídico do “dano ao projeto de vida” e como a precária situação das pessoas transgênero na América Latina possuem relação com esse conceito.

## **1.2-O Direito e o projeto de vida digna da população LGBTQIAPN+ e o papel do Estado brasileiro em relação a proteção penal dos grupos vulneráveis: um olhar a partir do caso Loayza Tamayo vs. Peru e Vicky Hernandez vs Honduras.**

O Brasil é um país, historicamente, marcado por abruptas rupturas democráticas que impediram a construção de robustas estruturas democráticas como forma de contenção contra lampejos antidemocráticos. Isso foi o que ocorreu com a Ditadura do Estado Novo (1937-1945) e com a Ditadura Civil Militar (1964-1985), períodos nos quais as noções mais básicas de dignidade e respeito a uma ordem jurídica democrática foram suprimidas em nome do combate a um inimigo invisível, o comunismo.

O contexto latino é semelhante, em especial na situação vivenciada por Vicky Hernandez e seu homicídio, ocorrido, justamente, por agentes estatais. Nos dias atuais, após a vivência do século XX, Honduras ainda enfrenta verdadeiros desafios político-jurídicos para a construção robusta de um Estado Democrático de Direito. A partir dessa premissa que surge, nas discussões acadêmicas, a necessidade da construção de um Direito Humano à memória frente às violações aos Direitos Humanos, que ainda persistem na realidade social hondurenha e latino-americana como um todo. Nesse sentido, buscar Justiça para as vítimas é uma maneira de garantir que as próximas gerações possam presenciar o Estado Democrático de Direito em sua plenitude, como elemento motriz à proteção dos Direitos Humanos.

Pode-se delimitar o conceito de justiça como “processos de transformação política e jurídica nos contextos de transições para as ‘novas democracias’ na América Latina e na Europa do Leste”, podendo ser classificado em quatro etapas primordiais: a primeira, que é marcada pelos tribunais de Nuremberg; a segunda pelas transições para a democracia na América latina e à queda do comunismo soviético; a terceira, que diz respeito à normalização e globalização do paradigma de justiça de transição e o debate de como lidar com o passado e a memória enquanto Direitos Humanos.<sup>55</sup> “Além do processo de descolonização da Ásia e da África.”<sup>56</sup>

O caso hondurenho, portanto, enquadra-se na segunda fase, caracterizada pela volta da democracia em conjunto com algumas medidas de transição e com a política neoliberal e, ainda, com apelo à privatização econômica, o que dificultou e dificulta um pleno Estado Democrático de Direito, com anseio e consoante aos direitos humanos.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> LIMA, Jozely Tostes de. O que é justiça de transição? *Revista Projeção, Direito e Sociedade*, Brasília, v. 3, pp. 30-44, dez. 2012.

<sup>56</sup> ALVES, Jonatan de Jesus Oliveira. *A efetivação do direito humano e fundamental à memória frente à justiça de transição: perspectivas comparadas Brasil-Espanha*. 2018, p. 16.

<sup>57</sup> CALIMAN, Daniel Wanderley. Projeto neoliberal e justiça de transição: as consequências de suas intersecções para a concretude democrática brasileira. *Oikos: Família e Sociedade em Debate*, [S.L.], v. 31, n. 2, p. 198-217, 22 ago. 2020, p. 199.

Contudo, para além do conceito aqui posto, importante trazer a criticidade da real efetivação de tal período. O processo de transição de um regime ditatorial para um regime democrático não ocorre da noite para o dia. Mais do que uma mera transição política entre regimes, é preciso que haja uma efetiva consolidação do que se denominou justiça de transição.<sup>58</sup> Para isso, deve-se observar o direito à memória e à verdade, a reparação, as reformas institucionais e o direito à justiça; considerando tais características em pé de igualdade e importância.<sup>59</sup>

O contexto hondurenho é marcado pela quebra da ordem Constitucional democrática e consequente florescimento de regimes autoritários. Diante desse contexto, o último regime dotado de características antidemocráticas e violações diretas aos direitos humanos, inaugurado com o golpe de 2009, traz consigo inquietude e busca por justiça latentes na sociedade hondurenha até os dias atuais. Dessa maneira, fez ressurgir o tema sobre justiça de transição e a responsabilização dos agentes que cometeram tais violações, em especial pelos violentos ataques às minorias ligadas ao movimento LGBTQIAPN+, vítimas específicas da violência do novo regime.

A ideia de uma justiça de transição, perpassa, portanto, um conjunto de reparações de danos por meio de indenizações civis, responsabilização criminal e pela instituição da Comissão Nacional da Verdade. Não obstante, são necessários atos mais incisivos na busca do respeito ao ser humano e na construção de uma sociedade democrática mais sólida. Assim, além do controle de Constitucionalidade, busca-se, no controle de convencionalidade, concretizar a fase de mudanças de regimes políticos, como será demonstrado no presente estudo, expandindo-se, a partir desse contexto, uma justiça penal lastreada por inspirações democráticas.

A jurisprudência da Corte IDH caminha nesse sentido há algum tempo, em especial com a criação de obrigações positivas para os Estados Nacionais na responsabilização dos agentes violadores de Direitos Humanos, quando relacionados ao contexto de violações de direitos das minorias sexuais, conforme ocorreu em Honduras. Para tanto, é necessário o fortalecimento da justiça penal internacional que revigore a ideia de que é possível um Direito Penal voltado para a proteção dos grupos vulneráveis<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ALVES, Cândice Lisboa; HENRIQUES, Tharuelssy Resende. ENTRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A TORTURA: UMA ANÁLISE DA CONTINUIDADE AUTORITÁRIA NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 02, pp. 951-980, jan. 2020, p. 952.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 952.

<sup>60</sup> Na primeira metade do Século XX e, particularmente durante a década de sessenta e setenta, a justiça penal estaria ligada aos mesmos princípios que organizaram o estado de bem-estar. Houve, a partir de então, uma personificação de movimentos humanitários e utilitários que buscavam identificar a pessoa que cometia delitos para aplicação de tratamentos corretivos e reabilitadores. Contudo, o sistema de justiça passou a ser caracterizado como um forte elemento de perpetuação aos menos favorecidos e baseado na justiça penal, isto é, o indivíduo

Ao situar o Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir de uma perspectiva do Direito Penal e da Justiça de Transição, sob o espectro de três casos paradigmáticos sobre esse tema no cenário mundial, será possível estabelecer a relação do caso Hernandez com as discussões estabelecidas nesse trabalho: o caso Barrios Altos vs. Peru, caso Bulacio vs. Argentina, o caso Almonacid Arellano vs. Chile, o caso La Cantuta vs. Peru, o caso Gomes Lund e o caso Gelman vs. Uruguai<sup>61</sup>. Com exceção do caso Bulacio, os demais possuem relação com as chamadas leis de autoanistia. Diante disso, diante das similaridades dos casos, abaixo serão detalhados apenas o caso Barrios Altos vs. Peru, devido ao seu ineditismo no SIDH e, logo em seguida, o caso Bulacio vs. Argentina.

Porém, o foco desse trabalho não é analisar o contexto histórico subjacente a essas sentenças da Corte IDH, mas estabelecer, a partir deles, qual o papel que a Corte estabelece entre o Direito Penal e os Direitos Humanos, a partir de uma noção protetiva da vítima. Todas essas análises serão feitas a partir da obra da professora da USP, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “Direito Penal e Direitos Humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.<sup>62</sup> O debate que essa obra estabelece é importante, pois destrincha de maneira pormenorizada o debate existente sobre essa temática e permitirá que seja feito o gancho desses casos com o de Vicky Hernandez, a partir da necessidade de criminalização da homotransfobia no Brasil.

O Caso Barrios Altos<sup>63</sup>, portanto, está inserido nesse contexto<sup>64</sup>.

---

ficaria à mercê de encontrar um juiz amigável ou não ao seu caso. O elevado nível de discricionariedade penal contribuiu para uma discriminação das minorias e dos grupos menos favorecidos, favorecendo as classes mais ricas da sociedade. Avançando nesse processo, em um contexto de protestos contra a Guerra do Vietnã e a favor dos Direitos Civis, da igualdade racial, da igualdade de tratamento das classes sociais e de um Estado menos repressivo, a pena passou a ser vista a partir de uma noção de retribuição penal e o ajuste entre o crime e punição lastreado no princípio da proporcionalidade e diretrizes básicas para a prolação de sentenças penais. Logo, as pessoas somente poderiam ser privadas de sua liberdade na estrita medida do ato cometido, a partir da criação de parâmetros mínimos de proteção dos Direitos Humanos das pessoas privadas de liberdade. Disponível em: PÉCEGO, Antônio José Franco de Souza. **Pena de prisão: reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da punitiva do Estado.** 2021. 98 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

<sup>61</sup> Fundamental é para o correto entendimento das relações desses casos com a temática desse trabalho é compreender o avanço que a jurisprudência da Corte IDH teve em matéria de Direitos Humanos e a sua relação com a Justiça de Transição e Direito Penal. Tal contexto também é válido para a análise do Caso Vicky Hernandez vs. Honduras, pois a partir dos 4 pilares fundamentais da Justiça de Transição, a saber: memória/verdade, reforma das instituições, reparação e justiça. São esses pilares fundamentais que fundamentam a vinculação dos Estados Nacionais as obrigações positivas em matéria penal. Sem compreender a construção dessa fundamentação no âmbito da Corte IDH, o caso Vicky perderia o sentido para a compreensão de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem atuar como normas penais incriminadoras.

<sup>62</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** . Belo Horizonte: D'Plácido.

<sup>63</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos:** Caso Barrios Altos y Caso la Cantuta vs. Perú, 2011.

<sup>64</sup> Outro caso importante para analisar essa temática é o caso Pinochet. Em 4 de Julho de 1996, a União de Fiscais Progressistas da Espanha apresentou uma demanda contra os membros da Ditadura Chilena (1973-1990), utilizando-se de disposições do Direito Espanhol que permitem iniciar ações contra governos estrangeiros

O massacre está relacionado ao assassinato de 15 pessoas por parte de um grupo paramilitar alocado dentro das Forças Armadas peruanas (o Grupo Colina). A partir disso, as vítimas do massacre estavam foram confundidas com membros do grupo terrorista Sendero Luminoso, de esquerda e opositora ao regime fujimorista.

O Congresso Nacional iniciou um processo para investigar o caso, porém, o mesmo não pôde ser concluído devido ao autogolpe de Fujimori, ocorrido em 1990. Em 1995, o Congresso Nacional editou a Lei 26479, outorgando uma anistia geral para todos aqueles que haviam sido investigados por violações de Direitos Humanos, impedindo um julgamento para os casos de violações dessa natureza no Peru. No ano 2000, com o fim do regime fujimorista, a Lei de anistia foi revogada e a justiça penal pôde intervir nessas violações.

A partir daí, em 14 de março de 2001, a Corte IDH consignou o entendimento de que as chamadas leis de autoanistia, outorgadas por governos ditatoriais, ferem as disposições do Pacto de São José da Costa Rica, violando, também, normas de *jus cogens* e a do princípio *pro personae*.

Até o presente momento, o caso apresenta medidas provisionais contra o Estado do Peru por violações ao decidido pela Corte, pois o Tribunal Supremo daquele país emitiu decisão que concede perdão ao ditador Alberto Fujimori, responsável pelas violações reconhecidas na sentença do caso Barrios Altos<sup>65</sup>.

---

responsáveis por tortura e genocídio. A denúncia foi oferecida em face de Augusto Pinochet por delitos de terrorismo e genocídio perpetrados contra cidadãos espanhóis que viviam no Chile naquele momento. Nesse sentido, Pinochet foi denunciado por efetiva participação na Operação Condor, que ficou conhecida na história política da América Latina como verdadeira organização do terrorismo de Estado, com desaparecimentos e mortes de opositores políticos. Em uma viagem a Londres, Pinochet passa a efetivamente a responder pelo processo e, a partir de um pedido de um juiz espanhol, a Interpol capturou o ex-ditador. A High Court considerou que Pinochet ainda gozava de imunidade em relação às condutas que havia praticado na condição de presidente do Chile. Contudo, após apelar para a Câmara dos Lordes, entendeu-se que Pinochet havia perdido sua imunidade diplomática e decidiu-se, então, por sua extradição para a Espanha. Por motivos de saúde, alegando que o ex-presidente estava com elevado grau de senilidade, o Ministério do Interior autorizou o seu retorno ao Chile. Representou uma primeira reação da comunidade internacional buscando a responsabilização penal contra um violador de Direitos Humanos. Cf. **Comissão Internacional de Juristas**. 1999. Disponível em: <https://www.icj.org/wpcontent/uploads/1999/07/Chile-Pinochet-fact-finding-mission-report-1999-spa.pdf>. Acesso em 26 maio 2022.

<sup>65</sup> Já no regime ditatorial argentino (1976-1983), o Governo de Jorge Rafael Vidella utilizou de táticas típicas de períodos autoritários, como o desaparecimento forçado de pessoas. Assim o fez, com o intuito de não receber críticas externas por fuzilamentos ou outras condutas mais agressivas aos olhos da comunidade internacional. Houve, também, no contexto argentino a aprovação de uma lei de auto anistia, no final do governo ditatorial. Contudo, com a redemocratização e assunção ao poder de Raúl Alfonsín, foi iniciado um processo de julgamento dos torturadores do Regime Militar. Porém, temendo novas rupturas da democracia e diante de pressão das Forças Armadas, o Presidente retrocedeu nesse processo e aprovou no Congresso a Lei 23.52, a Lei da Obediência Devida e a Lei 23.492, além da Lei do ponto final. A Suprema Corte Argentina, inserida nesse contexto, no julgamento do caso *Símon*, teve a oportunidade de analisar a atuação do Estado na repressão ilegal na figura de seus líderes que mantiveram a imunidade por meio das leis de impunidade. Júlio Hector *Símon*, membro da polícia federal argentina, acusado de inúmeros crimes contra a humanidade, como sequestro, tortura e desaparecimentos forçados, foi um dos poucos casos excluídos da impunidade legal. Um juiz federal cancelou a aplicação das leis nesse caso concreto e iniciou a persecução penal. A Corte Suprema, ao analisar o caso, considerou inconstitucionais as leis



O voto concorrente de Cançado Trindade nesse caso demonstrou o seu caráter transcendental e representativo de uma nova Corte IDH, mais interventiva em matéria de Direitos Humanos. É também representativo, pois declarou que as leis de anistia, a partir da visão da Corte e da Convenção Americana, são desprovidas de efeitos jurídicos. Isso ocorre a partir da noção efetiva de acesso à justiça, do “direito a ter direitos” enquanto elemento fundante dos Direitos Humanos. Revolucionou o SIDH, pois, conforme aduz Siddharta Legale<sup>66</sup>, Barrios Altos pode ser considerado uma espécie de *Marbury vs Madison* do Sistema Interamericano, pois consolidou a noção do dever de aferição da compatibilidade de leis internas em cotejo com a Convenção Americana, com aquilo que depois foi popularizado como o controle de convencionalidade das leis.

Conforme avançou Cançado Trindade no caso, Barrios Altos representou um verdadeiro *leading case* para a superação da impunidade e possibilidade de responsabilizar um Estado pela simples edição de uma lei, em especial quando estas afrontam diretamente o *high core* do Direito Internacional. Necessário, a partir disso, uma evolução do pensamento jurídico internacional com a perspectiva de que o Direito é o principal instrumento de proteção da pessoa humana e, por causa dessa característica, não pode tolerar que atrocidades sejam cometidas contra aqueles que deve proteger. A pessoa humana, portanto, transcende o Estado, pois possuem um destino superior ao tempo.

Outra característica importante sobre o voto do juiz Cançado Trindade no caso Barrios Altos é a afirmação trazida de que desde o início do século XXI, não há mais sentido jurídico em tentar contrapor a responsabilidade internacional do Estado com a responsabilidade penal individual. Para ele, portanto, as duas devem concorrer *pari passu*. Evidente, diante do voto trazido pelo juiz e pela realidade, que os Estados são compostos por indivíduos e que, em seu

---

do Ponto Final e da Obediência Devida. Além das normas internas, as disposições internacionais e interamericana existentes em matéria de Direitos Humanos, as normas de jus cogens e os precedentes da Corte IDH no caso Barrios Altos foram utilizados para refutar a eficácia das referidas leis e dar um passo maior no combate à impunidade de agentes estatais. O juiz da Suprema Corte da Argentina, Carlos Fayt., entretanto, apresentou voto dissidente. Para ele, o caso Barrios Altos não vinculava a nação argentina, pois, no caso peruano, os próprios beneficiários haviam criado as leis de impunidade. Contudo, na Argentina, as leis foram propostas já no período democrático e por um governo democrático, portanto, supostamente, não foram criadas para favorecer os antigos torturadores. Afirmou, ainda, que as normas peruanas não foram debatidas de maneira coletiva, iguais às argentinas, e por isso a legislação argentina possui maior legitimidade. Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa; SOUSA, Gabriel Rodrigo de; LOPEZ, Raphael Ferreira. Limitações e desafios da utilização da teoria do domínio do fato para a punição de agentes políticos na América Latina: estudo comparativo entre Brasil, Peru e Argentina. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1011, n. 1, p. 203-225, jan. 2020, p. 212.

<sup>66</sup> LEGALE, Siddharta. **Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

nome, podem e realizam inúmeras barbaridades contra os Direitos Humanos. É imprescindível o despertar da consciência jurídica universal como fonte material do Direito Internacional.<sup>67</sup>

Outro voto apartado do caso *Barrios Altos* que merece destaque é o do juiz Sérgio Garcia Ramirez, segundo o qual, nas mais recentes construções do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional, é inadmissível a impunidade de condutas que afetam diretamente esses dois ramos do Direito Internacional. A tipificação de condutas atentatórias aos Direitos Humanos e punição dos autores desses atos é obrigação dos Estados, não podendo ser afastada com medidas como: anistia, prescrição, causas excludentes de incriminação, dentre outras. Responsabilizando e punindo o Estado e os indivíduos que venham a praticar condutas como desaparecimentos forçados, genocídio, tortura, delitos de lesa humanidade e que atentem contra o Direito Internacional Humanitário, a partir de uma noção protetiva da vítima no Direito Internacional.

García Ramirez avança no sentido de considerar que de fato vige no sistema democrático o princípio da intervenção mínima em Direito Penal, a partir da tipificação penal racional de condutas. Contudo e como consequência lógica desse mesmo princípio, é fundamental que determinadas ações, frontalmente virulentas contra os Direitos Humanos, sejam obrigatoriamente previstas nas legislações internas, eficazmente investigadas e punidas, a partir de uma noção democrática do Direito Penal.<sup>68</sup>

O caso *Bulacio vs. Argentina*, por sua vez, trata-se de denúncia formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando que em abril de 1991, a Polícia Federal da Argentina realizou uma detenção em massa (conhecida como *razzia*) de mais de 80 pessoas perto de um show de rock, na cidade de Buenos Aires. Um desses indivíduos era o adolescente Walter David Bulacio, então com 17 anos. Logo após a prisão, Bulacio foi levado para a sala de menores de um departamento policial, local em que foi agredido por policiais, vindo a morrer por conta desses ferimentos. O Juiz de menores e família de Bulacio sequer foram avisados de sua prisão. Após vários anos de andamentos processuais, a Câmara de Apelações da Argentina decidiu pela prescrição da pretensão punitiva, fator mais importante desse caso para as discussões presente na presente dissertação.

---

<sup>67</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Voto Cañado Trindade. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/x3xxccxf9iugcik9?page=2>. Acesso em 25 dez 2022.

<sup>68</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Voto Garcia Ramirez. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/dshzpo4h49wtrzfr?page=3>. Acesso em 25 dez 2022.

O caso Bulacio reforçou o entendimento de que não há argumentos sólidos o bastante, em especial aqueles que invoquem elementos do Direito interno para impedir a investigação e punição de responsáveis por violações dos Direitos Humanos. Caso assim não fosse, os direitos consagrados na CADH estariam desprovidos de uma proteção efetiva, colidindo frontalmente com os princípios, a letra e o espírito do Pacto de São José. Para Cançado Trindade, em voto concorrente, que a simples reparação das vítimas de violações dos Direitos Humanos não consegue superar todo o sofrimento, em especial de toda uma família que acaba de perder um filho tão jovem. O Direito, para o então juiz da Corte IDH, precisa muito aprender com outros ramos do conhecimento sobre a reparação das vítimas.

O papel do Direito, nesse contexto evidentemente tão complicado, seria o de frear a crueldade que os seres humanos tratam os seus semelhantes. Mitigar o sofrimento e tornar a vida suportável é o grande primado do Direito na modernidade, pois a existência com sofrimento é preferível do que a não existência. As reparações, portanto, possuem o condão de reconciliar os vitimados com o passado vivenciado, devendo, diante disso, as reparações ultrapassarem a mera função econômica.

Investigar, processar, legislar, julgar com isenção e parcimônia, são importantes para a alteração de um completo caso de descaso do poder público. Logo, diante dessas considerações, resulta fundamental para os Direitos Humanos e a sua preservação a não observância de estruturas, normas, regras e princípios atinentes ao Direito Positivo interno como obstáculos a proteção penal (além de outras medidas reparatórias) como expressão da construção da cidadania internacional e cosmopolita.

Diante do exposto, como situar a legitimidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos na comunidade jurídica? Gargarella afirma que é necessário estabelecer o sentido comum dentro da jurisprudência e da doutrina vigente na matéria, para compreender que uma visão puramente dogmática dos direitos humanos, como uma mera citação de dispositivos existentes, por exemplo, no Pacto de São José da Costa Rica ou nas normas de *jus cogens*, não são capazes de demonstrar a força e a necessidade de vinculação dos Estados aos Tribunais Internacionais com o fim de proteger os Direitos Humanos.

Para o autor argentino, fundamental é a construção de uma democracia deliberativa, na qual a noção e o conteúdo dos Direitos Humanos Fundamentais partam de desacordos sinceros e razoáveis existentes entre as questões postas em análise aos Tribunais Internacionais, a partir de uma profunda e contínua discussão sobre os aspectos inerentes aos casos julgados e que influenciam sobremaneira o vigor da democracia.

Justamente por isso, Gargarella possui significativa desconfiança dos juízes e do controle de constitucionalidades das leis, pois em sua visão, é inconcebível que pessoas não democraticamente eleitas, a partir de uma simples maioria oportuna dos tribunais, decidam os destinos da nação. No mesmo sentido, o autor avança em sua análise em relação ao controle de convencionalidade realizado pela Corte IDH, pois não é automática a visão de que juízes levaram em conta os direitos das minorias sociais para tomar as suas decisões, pois muitas vezes desconsiderarem os aspectos do próprio processo legislativo.

O autor assim se posiciona:

Creio que, insisto, os tribunais internacionais tem uma contribuição a fazer, mas acredito que o primeiro passo é recuperar a autoridade democrática e a possibilidade de que o cidadão participe e controle as decisões que se tomam em sua própria comunidade. Então, se há boas decisões, como há algumas boas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se pode celebrar. Porém me custa muito entusiasmar-me com a ideia de que qualquer autoridade imponha a uma comunidade democrática o que é que se deve fazer. Primeiro, porque pode se equivocar, e, segundo, porque o processo que mais me interessa é o processo inverso, de como a própria comunidade ganha autoridade. Isso não quer dizer confiar no que dizem nossos próprios Parlamentos, nosso congresso, até porque eu não confio para nada. Tenho todas as razões para desconfiar de nossos Parlamentos. Estou falando de uma recuperação da voz do cidadão, do cidadão excluído, dos grupos marginalizados. Tampouco é dizer que eles são os que devem dar as soluções, mas que eles têm que participar da construção das decisões e, diferentemente, têm que participar de modo protagonista. Eu resisto tanto a uma organização democrática onde a Corte Suprema, um Tribunal Superior, um Supremo Tribunal, impõe uma decisão, como, do mesmo modo, critico a ideia de que um tribunal internacional o faça, por mais que muitas decisões do Supremo Tribunal interessem ou muitas decisões de Cortes Internacionais sejam acertadas. Não me parece que se deva deixar, digo, se ater ou se abraçar a qualquer organismo que comece a tomar as decisões, porque amanhã muda a composição e mudam as posições, ou coisas desse tipo<sup>69</sup>.

Contudo, o pensamento de Gargarella é problemático<sup>70</sup>, pois na prática, o autor defende a teoria da margem de apreciação nacional como uma espécie de contenção de atuação da Corte IDH, a partir de resquícios do sistema vestfaliano de organização do Direito Internacional. Para essa teoria, os Estados Nacionais possuem o privilégio ou a prerrogativa, na proteção individual dos indivíduos, de aplicar dispositivos convencionais com ampla carga de conceitos jurídicos indeterminados ou de lacunas nos Tratados Internacionais, atuando com discricionariedade na proteção dos Direitos Humanos. É fundamental compreender que Honduras e todos os demais

<sup>69</sup> VAL, Eduardo Manuel; LEGALE, Siddharta. JUSTIÇA DIALÓGICA E CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: entrevista com o prof. Roberto Gargarella. *Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pp. 199-206, set. 2015, p.204. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44657>. Acesso em: 30 maio 2022.

<sup>70</sup> VALAREZO, ANDRÉS CERVANTES. Castigando al prójimo: el pensamiento de Gargarella aplicado a la justicia transicional. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 49, pp. 265-295, Aug. 2021. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0122-98932021000200265&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932021000200265&lng=en&nrm=iso). Acesso em 30 maio 2022.

Estados latino-americanos devem obediência às decisões da Corte IDH, não somente pelo fato de terem ratificado o Pacto de São José da Costa Rica.

Assim estão em relação à Corte, justamente pelas inúmeras violações de Direitos Humanos existentes no continente, na qual a jurisdição internacional tem contribuído massivamente para a alteração desse quadro triste de violações dos Direitos Humanos Fundamentais. A Opinião Consultiva 24, o caso *Vicky Hernandez vs. Honduras*, a aplicação do conceito de dano ao projeto de vida do caso *Loayza Tamayo* e a situação das pessoas LGTQIA+ na América Latina comprovam essa tentativa, a partir da superação de um preconceito estrutural, com o fortalecimento das instituições democráticas por meio da justiça de transição. Criminalizar a homotransfobia, a partir de uma interpretação desses importantes casos jurídicos, seria um primeiro passo para o reconhecimento da população LGTQIA+ como sujeito de direitos.

No Brasil, o marco na transição do regime militar para o regime democrático foi dado com a insatisfação e luta da sociedade civil, fato desencadeado na Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, que estabeleceu um marco jurídico para a democratização. Tal lei trouxe consigo dois lados:

De um lado, a lei foi o resultado de uma ampla mobilização social em torno da pauta da anistia aos que estavam presos, no exílio ou na clandestinidade, acusados de terem praticado crimes políticos. A demanda pela anistia representou a demanda pela redemocratização do país. O largo contingente de setores da sociedade que conseguiu mobilizar (trabalhadores, artistas, intelectuais, políticos, imprensa, igreja, presos políticos, entre outros) constituiu a base sobre a qual mais tarde viriam as mobilizações pelas Diretas Já em 1984 e a participação no processo Constituinte em 1987 e 1988<sup>71</sup>.

De outro lado, a lei foi benéfica àqueles que praticaram a barbárie durante a vigência do Estado de Exceção, ou seja, a cúpula do regime ditatorial, uma vez que conseguiu anistia dos agentes estatais, impedindo investigações e responsabilizações, insurgindo assim, um novo regime, mais impregnado de resquícios autoritários que violam os Direitos Humanos. Ainda sobre esse lado:

excluiu a anistia para os presos políticos que estavam condenados por terem tomado parte na resistência armada. E, por fim, a promulgação da lei foi apresentada como uma benesse ofertada pelo governo militar sem que se promovesse o reconhecimento da ampla participação popular neste processo<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Justiça de Transição e Usos Políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um golpe de estado institucional? **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 1284-1312, set. 2018, p. 1286.

<sup>72</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Justiça de Transição e Usos Políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um golpe de estado institucional? **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 3, pp. 1284-1312, set. 2018, p. 953.

Em consequência, verifica-se ainda hoje a carência de uma efetivação de direitos, uma violência institucionalizada que faz emergir uma sociedade segregatória e que reflete na desigualdade social, vez que uma nação deve ser pensada e se estruturar num sistema, formada por várias etapas e políticas sociais. Apesar da Constituição Federal positivar Direitos Fundamentais e coadunar com os Direitos Humanos, a cultura social vivenciada pelos anos de ditadura perdura e reflete na sociedade atual. Um exemplo que se pode observar quanto a esta questão é a violência da tortura, ainda praticada por parte de agentes públicos que fazem parte da segurança pública, sendo a polícia militar e civil do país coroadas como as mais violentas do hemisfério ocidental pela Anistia Internacional.<sup>73</sup>

Desta forma, pode-se dizer que o aspecto autoritário e reacionário da anistia refletiu no esquecimento institucional dos crimes contra a humanidade praticados e sua devida responsabilização, onde houve pactuação do Poder Judiciário em investigar e responsabilizar tais crimes, o que de quebra, favoreceu a ausência de reformas institucionais que visassem expor a participação dos poderes constituídos no regime ditatorial, e processos de responsabilização administrativa e judicial sobre os agentes e funcionários, sejam eles, militares, policiais, juízes, promotores, políticos e demais funcionários públicos que praticaram, de forma direta ou indireta, quer dizer, auxiliando, nos crimes.<sup>74</sup>

Em suma, percebe-se que a transição de regime político no Brasil foi marcada pela “continuidade” do regime que tentou-se sepultar. Prova disso foi a constituição da Comissão Nacional da Verdade para investigar os crimes cometidos durante o período de exceção. Nesse aspecto:

Apesar de alguns elementos para essa transição terem sido incluídos na gestão de FHC, através da Lei da Comissão Especial para Mortos e Desaparecidos Políticos de 1995 ou ainda antes, quando Fernando Collor permitiu a abertura dos arquivos do DOPS (órgão repressor da ditadura) de São Paulo e Rio de Janeiro (CNV, 2012) é apenas em 2012, 28 anos depois do início do processo de transição da ditadura para a democracia, que se instala, acompanhando finalmente o movimento internacional de ruptura com períodos de exceção, uma comissão responsável por investigar de forma sistemática os crimes cometidos durante a ditadura cívico-militar: a Comissão Nacional da Verdade (CNV)<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> ALVES, Cândice Lisbôa; HENRIQUES, Tharuelssy Resende. ENTRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A TORTURA: UMA ANÁLISE DA CONTINUIDADE AUTORITÁRIA NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 02, pp. 951-980, jan. 2020, p. 953.

<sup>74</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Justiça de Transição e Usos Políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um golpe de estado institucional? *Revista Direito e Práxis*, [S.L.], v. 9, n. 3, pp. 1284-1312, set. 2018, p. 1288.

<sup>75</sup> CALIMAN, Daniel Wanderley. Projeto neoliberal e justiça de transição: as consequências de suas intersecções para a concretude democrática brasileira. *Oikos: Família e Sociedade em Debate*, [S.L.], v. 31, n. 2, pp. 198-217, 22 ago. 2020, p. 200.

A ADPF 320, ainda pendente de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), e o caso Herzog, servirão como base argumentativa do presente tópico, no sentido de uma esperança, ainda que fragmentada e utópica, de mudanças essenciais no papel das instituições públicas na matéria, em especial a do Ministério Público Federal, situação que pode servir de inspiração para a efetiva solução do caso Vicky Hernandez e, por consequência, a todos os países membros da Organização dos Estados Americanos e do Pacto de São José da Costa Rica. Em parecer de lavra do ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, como chefe maior do Ministério Público Federal, posiciona a instituição como verdadeira salvaguarda dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito, ao estabelecer, diferentemente do que ocorreu na ADPF 153, uma mudança de posicionamento a favor da revisão da Lei de Anistia e, portanto, de fortalecimento de um direito transicional robusto.

Estabelecido essas premissas iniciais, fundamental será analisar, ainda que de maneira concisa, o parecer da Procuradoria Geral da República, estabeleceu as seguintes premissas:

- (a) arguição não se afigura cognoscível no que toca ao pedido genérico de condenação dos Poderes brasileiros ao cumprimento da decisão prolatada pela Corte Interamericana;
- (b) a ação é cabível no que se refere ao descumprimento judicial das determinações da Corte quanto à investigação e à responsabilização criminal dos agentes da repressão ditatorial, tanto no sentido da inaplicabilidade da Lei de Anistia às graves violações de direitos humanos quanto no da sua inaplicabilidade aos crimes permanentes não exauridos;
- (c) como a atividade realizada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF nº 153 se restringiu ao controle da constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979, “não há (...) óbice ao conhecimento desta ação [ADPF 320], no que se refere ao efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND com referência a interpretações judiciais antagônicas em torno do alcance que se deve dar aos preceitos fundamentais do Estado brasileiro” (2014, p. 32);
- (d) a interpretação e a aplicação que o Judiciário brasileiro tem dado à sentença proferida pela Corte Interamericana viola os artigos 1º, inciso III, 4º, inciso I, e 5º, §§ 2º e 3º, todos da Constituição da República, e o artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; em acréscimo, como o magistrado é agente do Estado, o ato judicial pode configurar violação de direitos humanos tanto na hipótese de demora ou inexistência do provimento quanto nos casos em que a própria providência jurisdicional atenta contra o espectro de proteção do(s) direito(s);
- (e) as graves violações de direitos humanos perpetradas ao longo da ditadura civil-militar brasileira constituem crimes de lesa-humanidade, cuja configuração tem assento em normas cogentes de direito costumeiro internacional, sendo imprescritíveis e insuscetíveis de anistia<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> PATRUS, Rafael Dilly. **Articulação constitucional e justiça de transição**: uma releitura da ADPF nº 320 no marco do constitucionalismo abrangente. 2015. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2015, p. 11.

Ajuizada ainda em 2014, a ação do PSOL não considerou outra sentença exarada pela Corte IDH em 2018, no caso Herzog vs. Brasil. Esse caso, reforçando a sentença exarada em 2010 no caso Gomes Lund; o referido caso relaciona-se ao episódio histórico ocorrido nas dependências do DOI-CODI, em 25 de outubro 1975, que culminou no assassinato do jornalista Vladimir Herzog, vítima de tortura pelos agentes do regime de exceção então vigente na época.

Avançando no tempo, conforme determinado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos e, depois, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui-se que o Estado brasileiro impediu o efetivo exercício da militância política de Herzog, com o intento de combate a um inimigo do Estado, o comunismo, ferindo, nesse sentido, os artigos 13 e 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Corte determinou que houve violações ao acesso à justiça pela família e reconheceu a necessidade de adequação do direito interno ao Direito Humano à memória e à verdade.

A América Latina possui uma tradição de desrespeito aos Direitos Humanos. Isso ocorre, muitas vezes, até mesmo nos livros sobre Direitos Humanos, que esquecem da pessoa humana e focam apenas em questões processuais atinentes aos casos contenciosos das Cortes Internacionais. Portanto, é necessário rememorar a estória envolvida em cada caso como forma de salvaguardar a memória daqueles grupos vulneráveis atingidos pelas incessantes violações perpetradas pelo Estado hondurenho contra a militância política, que lutou contra o regime ditatorial instalado no país em 2009, além dos demais casos em que o país foi condenado. Nesse sentido:

Ocorre que não é apenas o dispositivo da CADH que é violado. É a vida, a integridade física, psíquica e moral, os projetos existenciais dessas pessoas e dessas famílias, cujas vidas são arruinadas quando o Estado viola ou é incapaz de oferecer efetiva proteção. Colocar lado a lado tais histórias com os direitos violados em narrativas detalhadas e fidedignas à realidade evidencia as violações aos Direitos Humanos dos grupos vulneráveis, o que deve ser a principal finalidade de uma Corte Constitucional, seja ela nacional, seja transnacional<sup>77</sup>.

O dever esculpido ao poder Judiciário no dever de realizar uma compatibilização vertical entre as normas de Direito interno e a dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos deve, também, ser estendido a uma obrigatoriedade de respeito à jurisprudência da Corte IDH, que possui competência plena para dar interpretação aos ditames do Pacto de São José da Costa Rica. Essa questão ficou decidida no caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile, empoderando o Poder Judiciário nesse processo.

---

<sup>77</sup> LEGALE, Siddharta. **Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 380.



Essas garantias de proteção judicial das vítimas tratam-se de verdadeiro núcleo do Pacto de São José da Costa Rica, sendo consideradas verdadeiro pilar de um Estado Democrático de Direito. Evidente, portanto, que o Ministério Público não pode ficar alheio a esse processo. Ademais, a ADPF 320, como uma das ações de controle concentrado de constitucionalidade, possui o condão de afastar lesão a preceito fundamental esculpido na Constituição Federal. Além disso, pode-se afirmar que supracitada ação pode e deve reparar, em cotejo com os casos Gomes Lund e Herzog, afastando aplicações teratológicas da Lei de Anistia em detrimento do princípio da prevalência dos Direitos Humanos.

Outrossim, a revisão do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, por meio da ADPF 320, é medida que se impõe. A frágil democracia brasileira, até os dias atuais, encontra resquícios, tanto legislativos quanto de práticas autoritárias do Estado brasileiro em relação às minorias sociais e em desrespeito aos Direitos Humanos. Nesse sentido, o fortalecimento do controle de convencionalidade das leis é fundamental para o entendimento de todo esse processo histórico, de uma eterna luta do e pelos Direitos Humanos.

Evidente, portanto, que a ausência de uma Justiça de Transição robusta impede o fortalecimento das instituições democráticas. Ademais, há reflexos nas instituições públicas, tais como o Judiciário, Ministério Público<sup>78</sup> que, muitas vezes, titubeiam na aplicação do controle de convencionalidade. É preciso, conforme exposto, que práticas autoritárias que encontram guarida em uma aplicação autoritária de um Direito Penal segregador e punitivo não justifiquem mais a ausência de punição aos agentes políticos estatais que vilipendiaram a democracia brasileira.

O caso *Vicky Hernandez vs. Honduras* demonstra a relação entre democracia e direitos humanos, e, nesse contexto, o totalitarismo representa elevação das violações dos direitos das minorias, aqui destacados os das pessoas LGTQIA+. Celso Lafer, ao abordar o totalitarismo e a sua relação com os direitos humanos, a partir de uma perspectiva de ruptura, assim se manifesta:

O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, nesse sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, quem em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça para eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade- a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar esse objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade

---

<sup>78</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. Forense., 2021.

de uma vida pública- que requer a ação conjunta dos outros homens- e a desolação, que impede a vida privada<sup>79</sup>.

Assim sendo, é importante contextualizar a situação política de Honduras para a compreensão do caso Vicky Hernandez. Honduras sofreu um golpe de Estado em 2009 e, esse processo intensificou os casos de assassinatos de pessoas transexuais<sup>80</sup> (conforme era Vicky Hernandez) e, por isso, é fundamental compreender o estado de coisas relacionado à proteção das minorias sexuais na América Latina (incluindo o Brasil) e a tutela dessas pessoas no âmbito do Sistema Interamericano. Para tanto, além da própria sentença do caso, será imprescindível analisar o voto dissidente da juíza e presidente da Corte, Elizabeth Odio Benito e a sua posição sobre a aplicação da Convenção do Belém do Pará ao caso.

O caso analisado está inserido no contexto do Golpe de Estado de Honduras de 2009, no qual o Presidente Manuel Zelaya foi deposto pelo exército hondurenho, tendo sido sucedido por Roberto Micheletti, que impôs um toque de recolher no país latino. Malgrado Honduras ser um dos países com o maior número de condenações no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o país vivia um processo democrático desde a promulgação da Constituição de 1982<sup>81</sup>.

Porém, é necessário analisar o contexto latino-americano e, em especial, o de Honduras, a partir da ótica da ausência de uma justiça de transição no contexto autoritário que o continente viveu, em especial a partir das Ditaduras iniciadas nos anos 1950, em que as perseguições a minorias sociais, tais como os LGBTQIAPN+, foram constantes. Nesse sentido, aponta Flávia Piovesan o seguinte:

A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, caracterizado pelo fim das ditaduras militares, na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**, v. 11, pp. 55-65, 1997.

<sup>80</sup> ARROYO, Lorena. **Corte Interamericana condena Honduras por morte de mulher trans**. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-06-29/corte-interamericana-condena-honduras-por-morte-de-mulher-trans.html>. Acesso em: 29 jun. 2021.

<sup>81</sup> GUZMÁN PADILLA, Génesis; LEÓN ARAYA, Andrés. A diez años del golpe de Estado en Honduras: Entre las narrativas de la “transición a la democracia” y la instauración del proyecto neoliberal en Centroamérica. **Anuario de Estudios Centroamericanos**, v. 45, p. 150-181, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7273895>. Acesso em: 13 fev. 2022.

<sup>82</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

Fundamental é, a partir do exposto, contextualizar o caso *Vicky Hernandez vs. Honduras* a partir desse processo de justiça de transição e, a partir disso, demonstrar como são grandes os desafios para a mudança de paradigma das pessoas LGTQIA+ no continente americano. Ademais, cumpre frisar que o processo de justiça transição possui papel fundamental no reconhecimento dessas minorias enquanto sujeitos de Direitos, pois, a partir de delineamentos maiores sobre o direito à verdade, memória e justiça, o ordenamento jurídico consegue dar azo às demandas dessas minorias, conforme aduz o trecho seguinte:

Na descrição de todas essas dimensões é possível perceber que um processo transicional se vincula a uma concepção de justiça como reconhecimento, já que sua preocupação maior não é efetivar a distribuição de bens materiais e sociais, mas sim promover o aumento da integração social como forma de atingir a reconciliação. Mesmo a dimensão da reparação, que cumpriria um papel distributivo, tem o condão de valorizar as ações de resistência das vítimas do Estado. As dimensões proporcionam o acesso e a recuperação das três formas de reconhecimento: pelo afeto, pelo direito e pela comunidade de valores. A integração social passa, necessariamente, pela recuperação dos processos de reconhecimento que foram negados ao longo do período de arbitrariedades<sup>83</sup>.

Ruth Tietel<sup>84</sup>, ao trabalhar as diferentes fases da justiça de transição, estabelece que o conceito do termo está relacionado às mudanças de regimes autoritários para democráticos, com a apuração e responsabilização estatal e dos seus agentes que perpetraram violações aos Direitos Humanos durante a vigência de determinado regime ditatorial. Contudo, a autora traça a genealogia do termo e a sua evolução, em especial durante os últimos 50 anos, com uma divisão específica do termo em três fases principais: a sua origem na 1ª Guerra Mundial e o seu efetivo desenvolvimento após as atrocidades da 2ª Guerra Mundial, com o Holocausto Nazista e as inúmeras violações a dignidade humana ali perpetradas.

A 2ª fase, portanto, é iniciada posteriormente ao desenvolvimento da Guerra Fria e de todas as nuances existentes entre o conflito capitalismo e socialismo dela inerentes, a partir da imposição de regimes ditatoriais, em especial na América Latina e a posterior transição política ocorrida no final dos anos 1980.

Já a terceira fase compreende os desafios inerentes à manutenção do processo democrático nos países que passaram por esse processo de transição, e o evidente aumento de processos de aumento da violência e instabilidade política e democrática. Não é caracterizada

---

<sup>83</sup> BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In SANTOS, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo. SANTOS, Cecília McDowell. TORELLY, Marcelo D (orgs.). **Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro**: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal.

<sup>84</sup> TEITEL, Ruti G. **Transitional justice**. Oxford University Press: 2002.

por julgamento *ad hoc*, como o ocorrido pelo Tribunal de Nuremberg, mas sim, como um paradigma do Estado Democrático de Direito e da proteção da pessoa humana em todas as suas fases e feições de desenvolvimento. O processo de desenvolvimento da justiça de transição é assim definido pela autora:

The genealogical approach contributes a needed perspective on the postwar model's enduring dominance of transitional justice. It also illuminates the critical move in Phase II toward local, alternative approaches associated with nation-building and highlights the Phase II privatization and hybridization of the law, which also reflects trends in globalization. The post-Cold War focus on alternative methods for changing political identity was a strategy that responded critically to the post-World War II movement to internationalize and universalize the rule of law, but the strategy was also closely related to the particular national politics of the immediate post-Cold War moment. Change was therefore inevitable: roughly fifteen years after the end of the Cold War, we are now witnessing the normalization of transitional justice, as seen in the current expansion of humanitarian law to ordinary peacetime contexts<sup>85</sup>.

O processo histórico da América Latina, portanto, perpassa obrigatoriamente pela construção de um constitucionalismo robusto e em constante diálogo com os Direitos Humanos. O primeiro passo, conforme ensina a realidade ilustrada pelo caso Vicky Hernandez, é criar mecanismos de apuração dos atos criminosos de perseguição e homicídios de pessoas transgênero, não apenas em Honduras, mas em todo o continente latino-americano, sob pena de enfraquecer o direito à verdade, memória e justiça dessas pessoas.

Emílio Peluso Nader Mayer, ao discorrer sobre a necessidade de apuração e responsabilização de virulentas violações aos Direitos Humanos, inclusive com apuração de responsabilidade criminal, apura que:

Portanto, a única “novidade” é que decisões do Poder Judiciário brasileiro parecem ter mais força do que normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, normas de *jus cogens* e obrigações erga omnes válidas para o Brasil e às quais ele não formulou qualquer oposição formal. Para além da ironia, o que resta é a insatisfação com a constatação de que ou há um total desconhecimento do Direito Internacional ou ele é deliberado e solenemente solapado. As velhas desculpas de “pacificação social” e “segurança jurídica”, contraditoriamente, valem mais para tal decisão judicial do que a “sensação de impunidade” por ela cinicamente mencionada (com o perdão da expressão, mas não haveria outra mais adequada)<sup>86</sup>.

Após 2009, as violações aos direitos humanos tornaram-se política de estado e as minorias sexuais, por exemplo, passaram a ser perseguidas e vitimizadas com mortes, violência e desaparecimentos forçados, atos esses, perpetrados por agentes estatais e paraestatais, com a

<sup>85</sup> TEITEL, Ruti G. **Transitional justice**. Oxford University Press: 2002.

<sup>86</sup> MEYER, Emílio Peluso Nader. Irresponsabilidade institucional no Brasil: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: GUIMARÃES, Juarez; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **RISCO E FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: direito e política no brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016, pp. 1-467.

formação de milícias que combatiam eventuais opositores do golpe militar. Esse é o entendimento:

Con el golpe de Estado la situación de los derechos humanos se deterioró a niveles alarmantes y su violación generalizada y sistemática se enmarcó dentro de una política de Estado ejecutada de forma pública y manifiesta, en donde todas las instituciones claves del sector justicia como el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos han defendido el rompimiento del orden constitucional y han avalado las violaciones a los derechos humanos cometidas por militares, policías y paramilitares<sup>87</sup>.

Honduras, assim como os demais países da América Latina, é historicamente marcado pela violência, desigualdade e desrespeito aos Direitos Humanos, democracia e proteção das minorias sociais. Outrossim, em um contexto de supressão das garantias fundamentais dos cidadãos, essa situação é ampliada a níveis ultrajantes de descaso para com a vida humana.

Assim ocorreu:

Este escenario de violación masiva y sistemática de los derechos humanos ratifica que el Estado hondureño incumple su obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, lo cual propicia la repetición crónica de la violencia “y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”. Bajo estos parámetros, la impunidad y su consecuente privación del derecho a la justicia se han convertido en un componente estructural de la cotidianidad nacional, pues las violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco del golpe de Estado y a partir de la toma de posesión del nuevo gobierno surgido de unas elecciones ilegítimas, no están siendo investigadas, sancionadas ni reparadas en los términos exigidos por la legislación nacional y los estándares internacionales<sup>88</sup>.

Nesse contexto é que está inserido o caso Vicky Rodriguez vs. Honduras. A Corte IDH explicou que, após o golpe de Estado de 2009, aquele país latino adentrou em um cenário de massivas violações aos Direitos Humanos das minorias sociais e sexuais, em especial das mulheres transgênero, em um contexto de impunidade e crescentes violações das vulnerabilidades sociais relacionadas a essa população. Vicky foi assassinada em 28/06/2009, mesmo dia do Golpe de Estado, no qual o novo governo decretou um estado de exceção e toque de recolher para a população hondurenha.

Evidente, pelo exposto, que o caso supracitado possui relação fundamental com a ausência de uma justiça de transição robusta na América Latina. Os passados autoritários e violentos ocorridos no continente latino-americano auxiliam no processo de explicação das origens histórico-sociais que impedem o desenvolvimento pleno, em especial das pessoas LGTQIA+, desde os primórdios da colonização:

---

<sup>87</sup> MEJÍA, Joaquín A. La situación de los derechos humanos en Honduras en el escenario postgolpe de Estado. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n. 12, 2010, p. 5. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4242030>. Acesso em: 13 de fev de 2022.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assim propriamente como os daqueles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor’. Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, ‘em segredo ou em publico’. Aquele que soubesse de algum ‘desviante’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses. Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, ‘e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)’. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante. As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. [...] <sup>89</sup>.

O legado desse passado autoritário, conforme evidencia a História recente de Honduras, permanece também latente na vida das Américas colonizadas. Evidente, além disso, que grandes países como Brasil, Argentina, Chile, Nicarágua, dentre outros, ainda enfrentam fortes lampejos autoritários que impedem a construção de um robusto Estado Democrático de Direito.

No caso brasileiro, por exemplo, a democracia, muito embora esteja longe de ser o regime político perfeito, é o único que consegue conciliar os interesses dos mais diversos segmentos da população e garantir preceitos básicos de convivência harmônica na sociedade. A cada Constituição adotada, há a formação de um novo Estado, tendo a sua Constituição escrita pelos representantes eleitos pelo povo, que estipulam, dentre outras coisas, a organização do Estado e o alcance dos chamados direitos e garantias fundamentais individuais, inserindo ali, inclusive, a abertura do Constitucionalismo aos ditames do Direito Internacional.

Contudo, o atual estágio constitucional brasileiro está longe do ideal. As manifestações de julho de 2013 iniciaram um movimento de demonstração da insatisfação da população com o atual estágio de respeito aos direitos humanos fundamentais, em que a desigualdade e a fragilidade das instituições ainda imperam. O sociólogo da Universidade de São Paulo, Ruy Braga, ajuda a compreender essa realidade:

Ao longo desses dias, amplos setores da juventude paulistana, majoritariamente formados por trabalhadores jovens e inseridos em condições precárias de trabalho, além de sub-remunerados, manifestaram publicamente sua insatisfação com os limites de um modelo de desenvolvimento que contou com o apoiou na espoliação do espaço

---

<sup>89</sup> GOMES, Veronica de Jesus. **Vício dos Clérigos: a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. 2010. 225 f.** Dissertação (Mestrado) -Curso de História, Departamento de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.

urbano por meio do conluio entre incorporadoras, construtoras, empresas de transporte e poder público. De fato, no dia 17 de junho de 2013, os jovens expressaram seu desejo de inventar outra metrópole, um lugar generoso onde as diferenças pudessem ser acolhidas, os serviços públicos funcionassem a contento para as amplas maiorias e a cidade não permanecesse como propriedade de uns poucos privilegiados<sup>90</sup>.

A desigualdade, portanto, é característica da construção histórica brasileira e latina e de um processo histórico de colonização arbitrário e desafiador às instituições democráticas. Assim sendo, as influências da colonialidade arbitrária da América Latina refletem de maneira latente o constitucionalismo, a partir de uma visão autoritária do Direito. O economista Karl Polanyi, demonstra no trecho seguinte essa situação:

Ao dispor da força de trabalho de um homem, o sistema disporia também, incidentalmente, da entidade física, psicológica e moral do 'homem' ligado a essa etiqueta. Despojados da cobertura protetora das instituições culturais, os seres humanos sucumbiriam sob os efeitos do abandono social; morreriam vítimas de um agudo transtorno social, através do vício, da perversão, do crime e da fome. A natureza seria reduzida a seus elementos mínimos, conspurcadas as paisagens e os arredores, poluídos os rios, a segurança alimentar ameaçada e destruído o poder de produzir alimentos e matérias-primas<sup>91</sup>.

A sociedade e suas minorias sociais não enxergam mais a realidade como condizentes com os seus anseios. Há um enorme descompasso entre o escrito e a realidade que circunda essas pessoas constantemente dizimadas pela polícia, que deveriam os proteger, ou pela própria inação estatal, que impede a construção de políticas públicas fundamentais para o incremento da vida em sociedade, a partir da ideia de uma sociedade plural e fraterna.

A população não assistiu a todo esse processo de maneira estanque, tendo havido manifestações públicas que objetivavam a permanência do regime democrático e do Presidente legitimamente eleito ao cargo. Porém, a repressão foi extremante brutal e violenta, culminando na morte e prisão de muitos opositores. Uma dessas morte foi a da mulher transgênero Vicky Hernández, ativista dos direitos das pessoas LGTQIA+ e trabalhadora sexual, mais uma vítima do descaso e da violência que assolam a América Latina e a população mais pobre e marginalizada da sociedade.

Conforme se depreende da sentença da Corte IDH, nem mesmo uma autópsia no corpo de Vicky foi realizada, pois ela era portadora do vírus HIV. Além disso, as investigações não foram diligentes no sentido de elucidar o caso para dar uma resposta e eventual punição, conforme se depreende da própria condenação do Estado de Honduras:

---

<sup>90</sup> BRAGA, Ruy; ANTUNES, Ricardo. OS DIAS QUE ABALARAM O BRASIL: as rebeliões de junho, julho de 2013. **Revista Políticas Públicas**, São Paulo, v. 1, n., pp. 41-47, jul. 2014.

<sup>91</sup> POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

El 12 de marzo de 2015 la abogada de las familiares de Vicky Hernández presentó comunicación a la Fiscalía Especial de Delitos contra la Vida en el que señaló: “[q]ue el relacionado expediente se encuentra en el mismo estado en que se encontrara en el mes de octubre” y que no se habían integrado al expediente documentos importantes como: i) el dictamen de autopsia; ii) la nota de fecha 18 de octubre de 2013 enviada por Medicina Forense a la Fiscalía Especial de Delitos contra la Vida, informando que dicha autopsia se envió a la Fiscalía de Homicidios el 13 de julio de 2013, y iii) las solicitudes de incorporación al expediente de fechas 17 y 30 de octubre de 2013. En un oficio de la Subdirección General de la Fiscalía del Ministerio Público sobre las investigaciones de 28 de septiembre de 2020 se hizo mención a la diligencia que consistió en un auto de requerimiento de investigación de 22 de octubre de 2019 y que se encontraría “pendiente de remisión de diligencias investigativas asignad[as a la Dirección Policial de Investigaciones]”, aunque no se proporcionaron detalles sobre la naturaleza de las mismas. Se carece de información actualizada sobre el estado de la investigación<sup>92</sup>.

A Corte consignou, no caso analisado, que o Estado hondurenho violou os seguintes direitos: o direito à vida e à integridade pessoal da vítima, à liberdade pessoal, liberdade de expressão, os direitos de personalidade, o direito ao nome, o direito à igualdade e não-discriminação, dentre outros. Além disso, em relação à família de Vicky Hernández, o Estado hondurenho violou os direitos às garantias judiciais e o da proteção judicial, pois não deram o suporte necessário para uma rápida e eficaz solução do caso.

Em relação ao direito à não-discriminação e à igualdade perante a lei, a Corte entendeu que o artigo 24 do Pacto de São José proíbe de maneira inequívoca, ainda mais por meio do uso da força estatal, atitudes preconceituosas ou discriminatórias contra qualquer indivíduo, independentemente de sua raça ou orientação sexual. Logo, diante da histórica violência (como ocorreu após o golpe de 2009) e marginalização da comunidade LGTQIA+, gênero e orientação sexual, tais elementos são abarcados e protegidos pelo Pacto de São José.

Avançando no tema, a Corte IDH consignou que o direito à vida foi violado justamente por Vicky ser uma mulher transgênero e estar envolta em movimentos sociais na luta pelos direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+. Logo, para a Corte, houve, a partir de uma postura institucional do novo governo ditatorial, a construção de uma política voltada para o extermínio de pessoas, em especial das mulheres transgênero.

Logo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>93</sup> representa verdadeiro modelo para a construção de um constitucionalismo regional transformador, a partir do entendimento e da visão da pessoa humana enquanto merecedora e titular absoluta dos direitos mais básicos. Assim sendo, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos estão contribuindo

---

<sup>92</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso Vicky Hernández vs. Honduras de 26 de março de 2021. Costa Rica, p. 19. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf). Acesso em: 13 de fev. de 2022.

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Ed.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Editora JusPODIVM, 2016.



para uma construção da cidadania a partir da ótica do “direito a ter direitos”<sup>94</sup>, com a perspectiva emancipatória do ordenamento jurídico.

Assim, analisa-se o voto parcialmente dissidente da juíza Elizabeth Odio Benito<sup>95</sup>, que se concentrou em visão minoritária sobre o tema, na aplicação ou não da Convenção de Belém do Pará às mulheres transexuais. Para Benito, o artigo 7º da referida Convenção, não pode ser aplicado ao caso Vicky Hernández, pois não é possível igualar identidade de gênero (construção social) e sexo (construção biológica). Logo, em sua posição, é possível compreender que a Convenção de Belém do Pará deve ser apenas aplicada a mulheres biologicamente assim consideradas.

Odio Benito relembra, avançando em sua posição, que na própria Opinião Consultiva 24, a Corte diferenciou de maneira bastante acentuada os conceitos de sexo, identidade de gênero e, além disso, as dinâmicas de violência contra as mulheres e outras minorias sexuais, como as pessoas transgênero, são distintas e, portanto, merecem tratamentos distintos. Esse é o trecho do voto:

Para concluir esta parte del análisis, reitero mi posición de que el sujeto central del feminismo (y, en este caso, de la violencia que se ejerce contra la mujer por el hecho de ser mujer) es la *mujer* y la específica opresión que esta sufre, su origen e impacto. Si confundimos la lucha feminista y sustituimos al sujeto del feminismo, si el sujeto del feminismo deja de ser la mujer biológica para ser una extraña y confusa variable de identidades subjetivas, debemos plantearnos y poner sobre la mesa el más que previsible impacto negativo que tendría sobre décadas de lucha y teoría feminista. Y no solo desaparecería el feminismo sino también la teoría de los derechos humanos, que también está basada no en sentimientos ni autopercepciones, sino en categorías objetivas y científicas. Así, cabría preguntarse: si el sexo, categoría material y científica, desaparece absorbido por la “identidad de género”, percepción subjetiva individual, ¿en qué se basaría la violencia de género? ¿Y a qué queda reducido el sexo femenino? ¿Cómo se documentarían las violaciones sexuales y demás crímenes de violencia sexual contra las mujeres? ¿Cómo se documentarían las violencias sufridas por personas trans si el cambio de sexo es algo confidencial que no puede documentarse? ¿Y las diferencias salariales? ¿Y las discriminaciones en el acceso a la educación en todos sus niveles, formales e informales? Las preguntas son muchísimas más. Pero estas pocas bastan para evidenciar el caos y el retroceso al que nos estamos enfrentando<sup>96</sup>.

Contudo, o entendimento da juíza não coaduna com uma visão mais global e abrangente da proteção dos Direitos Humanos e nem mesmo com o papel transformador da Corte IDH, tão

<sup>94</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**, v. 11, pp. 55-65, 1997, p.154.

<sup>95</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Caso Vicky Hernández vs. Honduras de 26 de março de 2021. Costa Rica, p. 19. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf). Acesso em: 13 de fev. de 2022.

<sup>96</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica**, par.15 Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

pouco com o diálogo obrigatório que as decisões emanadas por esse tribunal possuem no cenário dos ordenamentos jurídicos domésticos.

No caso *Vicky Hernández vs. Honduras* houve três votos dissidentes. Conforme mencionado, o voto da presidente da Corte, Elizabeth Odio Benito não considerava as mulheres transgênero protegidas pela Convenção de Belém do Pará, pois, para ela, o texto convencional protege somente aspectos biológicos do sexo e do gênero.

Concordando com essa posição, o juiz Eduardo Vio Grossi<sup>97</sup> se posicionou contra a aplicação da Convenção as mulheres transgênero pelo fato de que, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, os Estados somente estariam obrigados a proteger as mulheres transgênero pela ótica da Convenção do Pará caso tivessem a exata compreensão dessa obrigação ao assinarem e ratificarem o texto. Assim sendo, conforme a literalidade da Convenção diz respeito apenas à proteção quanto à violência contra a “mulher”, inviável seria condenar o Estado de Honduras por interpretação diversa dessa literalidade hermenêutica do Tratado em questão.

Criticável o entendimento, pois o magistrado avança no sentido de afirmar que não seria possível ao Estado hondurenho atribuir “sentido especial ao termo mulher”, pois para o juiz, obrigatório seria que o texto da referida Convenção apresentasse o termo específico “proteção da identidade de gênero”. Como assim não o fez, a proteção das mulheres transgênero, por via da Pacto de Belém do Pará, fica comprometida, pela visão do juiz Eduardo Vio Grossi.

Esse é o entendimento do magistrado confirmado pelo trecho abaixo:

Así las cosas y considerando la diferencia conceptual entre, por una parte, el término “sexo” y por la otra, las expresiones “género”, “identidad de género” y “transgénero o persona trans”, es imperativo concluir que el sujeto protegido por la Convención de Belem do Pará, es la “mujer” y que lo es en su condición de tal, vale decir, de acuerdo a su género o “a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente (a su respecto) ... y al significado social y cultural que se (le) atribuye a (sus) diferencias biológicas” con el hombre. Obviamente, si en la citada Convención se hubiese querido contemplar específicamente a la “mujer trans” entre las personas que protege en tanto “mujer”, habría empleado la expresión “identidad de género” o derechamente la de “mujer trans”. Pero, no lo hizo<sup>98</sup>.

Porém, o posicionamento do juiz Vio Grossi não prevaleceu na Corte. O entendimento do juiz Pazmino Freire foi o predominante e trouxe algumas reflexões importantes para o debate do alcance da proteção da Convenção de Belém do Pará as mulheres transgênero. Isso ocorre devido ao fato de o juiz defender uma interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos

<sup>97</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Caso *Vicky Hernández vs. Honduras* de 26 de março de 2021. Costa Rica, p. 19. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf). Acesso em: 13 de fev. de 2022.

<sup>98</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Caso *Vicky Hernández vs. Honduras* de 26 de março de 2021. Costa Rica, p. 19. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf). Acesso em: 13 de fev. de 2022.

Humanos enquanto instrumentos vivos e elementos hábeis a alterar um passado colonial marcado pelo preconceito e vilipêndio aos Direitos Humanos<sup>99</sup>.

O magistrado recorda, ainda, o papel que todo juiz tem, em especial os juízes das Cortes constitucionais e internacionais. Relembra, inclusive, a decisão da Corte Suprema dos EUA, em caminho inverso ao de proporcionar avanços em matéria de proteção dos Direitos Humanos, que determinou, pela doutrina dos “separados, mas iguais” que a segregação racial nos Estados Unidos da América era constitucional. Para o juiz da Corte IDH, o Sistema Interamericano possui uma missão emancipatória de grupos historicamente vitimizados pelo descaso estatal<sup>100</sup>.

O juiz rememora como o caso julgado é paradigmático para a proteção das pessoas transgênero, justamente por ter sido o primeiro no qual a Corte IDH condena um Estado pela violação dos Direitos das pessoas transgênero. Em primeiro lugar, devido à histórica violação dos Direitos das pessoas LGTQIA+ e pela demora do Sistema Interamericano em dar uma resposta satisfatória aos familiares da vítima Vicky Hernández. Logo depois, Freire rememora que na América Latina a diversidade deveria ser o norte da realidade social e não o preconceito e a violência.

Ao assim fazer, o magistrado relembra a relação entre patriarcado e colonialismo e afirma que é preciso fortalecer todas as lutas contra o preconceito e a discriminação, desde e a partir dos grupos sociais vulneráveis. O movimento feminista, LGTQIA+, negro, indígena não são estanques e limitados somente um fenômeno social e apresentam, em um contexto pautado pela colonialidade do poder<sup>101</sup>, lutas estruturais contra o patriarcado e a imposição eurocêntrica do que é certo ou errado, bom ou ruim, civilizado ou não civilizado, legitimando para aqueles que não encaixarem nesse padrão, o esquecimento jurídico e social.

Fundamental, portanto, a partir do voto do juiz Freire e do caso Vicky Hernández vs. Honduras, o início de um processo de amadurecimento dos Estados nacionais para a alteração da colonialidade de gênero no continente latino-americano. Assim sendo, compreender a homotransfobia como crime tipificado na ordem jurídica interna a partir dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é fundamental para esse processo.

É possível perceber a relação entre Democracia e Direitos Humanos, em especial quando relacionado com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção de

---

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**, Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 122. Disponível em [http:// biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf). Acesso: 11 maio 2022.

minorias sociais, como a da comunidade LGTQIA+. Partindo desse pressuposto, imperioso é como as Opiniões Consultivas da Corte IDH, além de vincularem os Estados nacionais, representam importante instrumento transformador da realidade.

Além disso, o caso *Vicky Hernández vs. Honduras*, paradigmático no âmbito do Sistema Interamericano, como o primeiro caso contencioso da Corte que discorreu especificamente sobre os direitos das pessoas transgênero e, demonstrou, como o contexto latino americano de proteção a essas minorias ainda é tão falho e desafiador, obtendo no próprio arcabouço estatal instrumentos repressivos contra os movimentos sociais e a proteção dos grupos vulneráveis.

Compreender os Direitos Humanos e, em especial, o Sistema Interamericano, como um sistema legítimo de transformação social e evolução sistemática dos direitos e garantias, é fundamental para a proteção dos grupos vulneráveis. Evidente, portanto, que fragilizar, tanto a jurisdição consultiva quanto a contenciosa da Corte IDH, é o mesmo que vilipendiar a proteção à vida desses grupos. O caso *Vicky Hernández* choca pela brutalidade e pela incivilidade dos países latinos, marcados pelo descaso e violações sistemáticas de Direitos, em especial daqueles considerados invisíveis pelos governos nacionais. Que o exemplo de *Vicky* sirva de alento para os Direitos Humanos na combalida democracia latino-americana.

Pelo exposto até aqui, percebe-se que é constante o debate sobre o direito das pessoas LGTQIA+ no âmbito do direito internacional dos Direitos Humanos, em especial no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos. Porém, a partir das graves violações dos direitos dessas pessoas, é possível que a criminalização das condutas homotransfóbicas, analisadas sob a ótica de criação de obrigações específicas (*facere*) aos Estados, pode ser fundamentada a partir de uma visão emancipatória do Direito Penal e dos Direitos Humanos.

O chamado dano ao projeto de vida foi uma construção jurídica fortemente utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a partir do caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, em que foi reconhecido a autonomia desse instituto jurídico em resposta as grandes violações de Direitos Humanos.

Carlos Fernandez Sessarego assim conceitua o dano ao projeto de vida:

Ser liberdade pressupõe a capacidade, inerente ao ser humano, de projetar sua maneira de existir, pressupõe, portanto, um plano existencial. Liberdade é, em tal contexto, sinônimo de projeto e, por isso, a liberdade ontológica é, necessariamente, prospectiva. Se é livre para projetar uma maneira de viver, um estilo ou modo de vida ou, ainda, os simples acontecimentos no existir diário. A liberdade ontológica, enquanto projeto, tem vocação de cumprimento na realidade, no mundo exterior, na cotidianidade da vida. Projeta-se para viver, vive-se projetando. Liberdade, para viver de tal ou qual modo, por meio de atos, condutas e comportamentos que configuram o

existir diário e que, em seu conjunto, movimentam os projetos de vida singulares, livremente, eleitos<sup>102</sup>.

O caso Loayza Tamayo, malgrado não se refira especificamente ao contexto das violências contra as pessoas transgênero, refere-se a visíveis violações dos Direitos Humanos de liberdade, integridade pessoal e das garantias e proteções judiciais da senhora Maria Elena Loayza Tamayo, professora peruana. Naquele contexto histórico, o Peru estava envolto no autogolpe perpetrado pelo então Presidente peruano Alberto Fujimori, que fechou o Congresso Nacional e impôs duras medidas para combater a “corrupção desenfreada” e a ameaça de grupos de esquerda, como o Sendero Luminoso<sup>103</sup>.

A senhora Tamayo era uma professora universitária e foi presa pela Divisão Nacional Antiterrorismo (DINCOTE) da Polícia Nacional do Peru sem uma ordem judicial específica para tanto, sendo acusada de participação no grupo Sendero Luminoso. Nesse sentido, ela foi detida sem que uma autoridade competente tenha emitido qualquer juízo de valor sobre a necessidade ou não do decreto prisional e, além disso, não havia sequer uma acusação formal contra ela<sup>104</sup>.

Após a sua prisão, que durou 20 dias, a senhora passou por sessões de tortura, espancamento e humilhações para que confessasse a sua participação no grupo Sendero Luminoso e, por consequência, a sua atuação em atos terroristas. Apesar de todo esse contexto, a senhora Tamayo jamais participou efetivamente desse grupo de esquerda e declarou sua inocência durante todo o processo. Além de todo o exposto, a ela foi impossibilitado o alcance a um advogado ou Defensor Público e, ademais, nenhum contato com a família para que pudessem obter algum recurso jurídico hábil a alterar a sua prisão<sup>105</sup>.

A partir de então, passa a ser acusada pelo delito de terrorismo e processada em diversos Tribunais de foro militar, mesmo sendo civil. Inicialmente foi absolvida, depois condenada e após absolvida novamente. Apesar das alegações de *bis in idem*, um tribunal “sem rosto” indeferiu essa alegação e o martírio da senhora Tamayo persistiu durante o seu encarceramento.

---

<sup>102</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - Redes**, [S.L.], v. 5, n. 2, p. 41, 6 set. 2017, p. 47.

<sup>103</sup> CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo; PAULA, Lara Campos de. LOAYZA TAMAYO VS. PERU (1997): Prisão Arbitrária, Privação De Garantias Judiciais e Desconsideração da Violência Sexual. In: LEGALE, Siddharta; PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Raisa. **Feminismo Interamericano**: exposição e análise crítica dos casos de gênero da corte idh. 2. ed. Rio de Janeiro: Nidh, 2021, pp. 1-645, p. 477.

<sup>104</sup> CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo; PAULA, Lara Campos de. LOAYZA TAMAYO VS. PERU (1997): Prisão Arbitrária, Privação De Garantias Judiciais e Desconsideração da Violência Sexual. In: LEGALE, Siddharta; PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Raisa. **Feminismo Interamericano**: exposição e análise crítica dos casos de gênero da corte idh. 2. ed. Rio de Janeiro: Nidh, 2021, pp. 1-645, p.478.

<sup>105</sup> Ibidem, p.479.

Posto isso, ela foi transferida de um pavilhão para presos de pequena periculosidade para outro de elevada periculosidade, o que agravou a sua situação de ilegalidades.

Apesar de todo o exposto aqui e reconhecido pela Corte IDH, o dano ao projeto de vida nesse caso específico, não foi quantificado pelos juízes da Corte, nos seguintes termos:

El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando ésto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: trátase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida. 17. Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad. La presente Sentencia de reparaciones en el caso Loayza Tamayo, al reconocer la existencia del daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción, entre otras medidas de reparación, da un paso acertado y alentador en esta dirección, que, confiamos, será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro<sup>106</sup>.

Muito embora no caso Loayza Tamayo a Corte IDH não tenha determinado um valor específico como reparação pelo dano ao projeto de vida, representou um importante avanço na construção desse instituto jurídico e permitiu que a jurisprudência da Corte avançasse no sentido de reconhecer e quantificar a indenização, nos seguintes termos:

Por último, uma recente sentença proferida pela Corte IDH e possivelmente uma das mais transcendentales na matéria, foi no caso Mendoza e outros vs. Argentina, referindo-se à aplicação de prisão perpétua no que concerne a menores. A Corte sinalizou que o dano ao projeto de vida “implica a perda ou grave detrimento de oportunidades de desenvolvimento pessoal de maneira irreparável ou muito dificilmente reparável, e a reparação integral de tal dano requer medidas que vão além de uma mera reparação monetária, consistentes com medidas de reabilitação, satisfação e garantia de não repetição”<sup>13</sup> (Corte IDH, 2013, Serie C No. 260, p. 103)<sup>107</sup>.

A definição da Corte IDH de dano ao projeto de vida representou um avanço na responsabilidade internacional dos estados no âmbito das indenizações por violações aos Direitos Humanos. Porém, o mais importante papel que o caso representou na sistemática de proteção a pessoa humana é o de reconhecer que as particularidades de cada indivíduo, sejam elas ligadas à sua liberdade, às suas aspirações amorosas, familiares, laborais, dentre outros aspectos, constituem limites efetivos ao poder legiferante dos Estados nacionais.

<sup>106</sup> CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Loayza Tamayo vs Peru.** de 1998. **Sentença Loayza Tamayo vs. Perú.** Costa Rica, p. 4. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/loayzatamayo.pdf>. Acesso 26 maio 2022.

<sup>107</sup> FALCON, C. A. Dano ao “projeto de vida”: um novo horizonte às reparações dentro do sistema interamericano de direitos humanos? **Revista Direitos Humanos e Democracia**, [S. l.], v. 3, n. 5, pp. 47–88, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4039>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Fundamental é, portanto, que o espírito transformador do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos influencie em um diálogo, coerente e humano, corroborando a visão de que a homotransfobia faz parte de um processo de degradação dos Direitos Humanos. Assim sendo, viu-se a transformação operada a partir de um constante processo de evolução da jurisdição internacional para a responsabilização mais efetiva dos Estados e também dos indivíduos que desvirtuam o arcabouço protetivo dessas pessoas em nome de interesses escusos que não visem o bem da coletividade. Além disso, há discussões doutrinárias em sentido contrário de que a pessoa humana é sujeito do Direito Internacional, conforme se depreende do excerto abaixo:

Além do pronunciado, repara-se que a obsoleta supressão dos indivíduos como sujeitos do direito internacional não mais prospera, pois esta disciplina desatou ramos específicos para zelar pelos direitos diretamente efluídos das normativas internacionais e destinados às pessoas, atribuindo-lhes direitos e obrigações no desenho internacional, consoante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o próprio Direito Internacional Humanitário, que, através das quatro Convenções de Genebra, solidifica os particulares como fins diretos das normas protetivas, abrigando-os contra os Estados opressores<sup>108</sup>.

Logo, torna-se imprescindível para a resolução da violência estatal contra as pessoas transexuais a construção de uma hermenêutica internacional pautada na promoção da paz e dos Direitos Humanos. Para atingir tal intento, fundamental é o fortalecimento do princípio *pro personae* ou *pro homine*, que dará coerência e fundamentará as ações estatais:

Surge, então, outro parâmetro para a hermenêutica internacional, ou seja, a obrigatoriedade de o Estado aplicar a norma mais favorável ao indivíduo. A aplicação do princípio em questão confere ao direito internacional dos direitos humanos unidade, efetividade e máxima concretização, a fim de que os direitos humanos não sejam apenas simbólicos. A propósito do tema, importante destacar que o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano está prevista nos seguintes tratados internacionais: no artigo 5.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; no artigo 5º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; no artigo 60, da Convenção Europeia de Direitos Humanos; no artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Também foi reconhecido no Parecer Consultivo nº 5/85, da Costa Rica sobre filiação obrigatória de jornalistas<sup>109</sup>.

Analisando a questão do caso Vicky Hernández e a sua relação com o dano ao projeto de vida, é importante que seja destacado a questão das interseccionalidades inerentes à própria

---

<sup>108</sup> VARGAS, Fábio Aristimunho; LIBORIO, Guilherme Sturion. Repensando a personalidade jurídica internacional: os indivíduos como sujeitos do direito internacional. **Boletim – da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 1, pp. 287-321, jun. 2020, p.308. Disponível em: <https://direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

<sup>109</sup> LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O estado constitucional e humanista de direito e a hermenêutica internacional. **Boletim – da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, v. 107, n. 1, pp. 65-83, dez. 2019, p. 71. Disponível em: <https://direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

vida das pessoas transgênero no continente latino-americano. Conforme aduz Lélia Gonzalez, um dos exemplos da interseccionalidade é a relação da mulher, negra e pobre, subjugada pela ótica racista e que, mesmo dentro dos movimentos sociais, passam a ter uma dessas opressões suprimidas de sua análise. Assim é possível compreender o pensamento da autora:

Dentro dessa perspectiva posta pela noção de amefricanidades a autora também propõe um feminismo afro-latino-americano pois, “[...] para nós, amefricanas do Brasil e de outros países da região- assim como para ameríndias – a conscientização da opressão ocorre, antes de qualquer coisa, pela racial. Exploração de classe e discriminação racial constituem os elementos básicos da luta comum de homens e mulheres pertencentes a uma etnia subordinada. A autora aponta como os marcadores raça e gênero articulados muitas vezes são desconsiderados, como, por exemplo, nos movimentos feministas que desconsidera o marcador raça e no movimento negro que desconsidera o marcador gênero. Dessa forma, o feminismo proposto pela autora é um feminismo a partir dos grupos étnicos numa perspectiva panamericana, africana e latina<sup>110</sup>.

Kimberle Crenshaw é considerada a primeira autora a utilizar o termo interseccionalidade como forma de caracterizar o conjunto de opressões e vulnerabilidades existentes em determinados grupos sociais que impedem a fidedigna fruição de seus Direitos Humanos Fundamentais, nos seguintes termos:

Há um reconhecimento crescente de que o tratamento simultâneo das várias diferenças que caracterizam os problemas e dificuldades de diferentes grupos de mulheres pode operar no sentido de obscurecer ou de negar a proteção aos direitos humanos que todas as mulheres deveriam ter. Assim como é verdadeiro o fato de que todas as mulheres estão, de algum modo, sujeitas ao peso da discriminação de gênero, também. É verdade que outros fatores relacionados a suas identidades sociais, tais como classe, casta, raça, cor, etnia, religião, origem nacional e orientação sexual, sexo, são diferenças que fazem diferença na forma como vários grupos de mulheres vivenciam a discriminação. Tais elementos diferenciais podem criar problemas e vulnerabilidades exclusivos de subgrupos específicos de mulheres, ou que afetem desproporcionalmente apenas algumas mulheres. Do mesmo modo que as vulnerabilidades especificamente ligadas a gênero não podem mais ser usadas como justificativa para negar a proteção dos direitos humanos das mulheres em geral, não se pode também permitir que as diferenças entre mulheres marginalizem alguns problemas de direitos humanos das mulheres, nem que lhes sejam negados cuidado e preocupação iguais sob o regime predominante dos direitos humanos<sup>111</sup>.

Esperar que os legislativos nacionais atuem no processo de criminalização dessas condutas discriminatórias é o mesmo que relegar esse grupo a um casuísmo de uma maioria parlamentar sabidamente composta por grupos conservadores e insensíveis às demandas de

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Ana Caroline Amorim. Lélia Gonzalez e o pensamento interseccional. **Revista Interterritórios**, v. 6, n. 10, pp. 89-104, 2020, p. 102. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/interterritorios/article/view/244895>. Acesso em: 25 abr. 2022.

<sup>111</sup> CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, [S.L.], v. 10, n. 1, pp. 171-188, jan. 2002, p. 173. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?lang=pt>. Acesso em: 25 abr. 2022.



determinadas minorias sociais, como os LGTQIA+. Conforme aduz Adilson José Moreira<sup>112</sup>, a discriminação por raça e orientação sexual possui alguns elementos em comum, pois, historicamente, a miscigenação do povo negro com o branco era visto como algo condenável, justamente em um afã de excluir determinado grupo para a salvação da nação, o mesmo ocorre com a homossexualidade. Apontavam, portanto, uma suposta degradação moral da miscigenação como elemento de uma inferioridade moral constitutiva.

Assim sendo, o mesmo ocorre com a população LGTQIA+. Ser gay, transgênero, bissexual, dentre outras denominações, é motivo de repulsa e justificante do preconceito e da violência de um grupo sobre o outro para a construção da moralidade cívica da nação. A maioria política impõe uma visão de mundo pautada em estereótipos, que somente com o passar do tempo, encontrou nos Tribunais Constitucionais e Internacionais um verdadeiro elemento de contraponto a essa visão fechada de moral e nação. A cidadania sexual e racial anda lado a lado, inclusive, quando se pensa a partir do texto constitucional e convencional com elementos progressistas que instituem a diminuição da marginalização com um objetivo maior.

Ainda com fulcro no pensamento de Adilson José Moreira<sup>113</sup>, analise-se, conforme mencionado alhures, que não é mais possível identificar a discriminação e o preconceito apenas por um vetor social, tais como: apenas a raça, o sexo, o gênero ou a nacionalidade. É imprescindível compreender que, para o eficaz reconhecimento dos Direitos Humanos Fundamentais das pessoas LGTQIA+, necessário é compreender a teoria da igualdade sob diversos aspectos, multidimensionais e dialogais. Para o autor, contudo, é necessário avançar mais em relação à teoria da interseccionalidade, pois tal teoria apresentava alguns problemas, pois, o racismo e o sexismo acabavam sendo apenas as condições sociais consideradas pela teoria da interseccionalidade.

Nesse sentido, questões afetas à sexualidade eram ignoradas. Logo, pela teoria da multidimensionalidade, as questões de raça, gênero, classe e homofobia como mecanismos de subordinação, aumentam ainda mais a complexidade da análise do tema da criminalização da homotransfobia e todas as questões subjacentes desse processo. A racialização da sexualidade e a sexualização da raça provocam desigualdades agravadas para as minorias sociais e, portanto, devem pautar as pautas dos movimentos LGTQIAPN+ e negro, como forma de contemplar todo o escopo de diversidade existente entre esses grupos.

---

<sup>112</sup> MOREIRA, Adilson José. **Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas**. Arraes Editores, 2017.

<sup>113</sup> MOREIRA, Adilson José. Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 9, n. 3, pp. 1559-1599, ago. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20235>. Acesso em: 30 maio 2022.

Logo, conforme demonstra a realidade de miséria e exclusão do grupo LGBTQIAPN+, forçoso é reconhecer que a frágil situação em que vivem, pois geralmente suas vidas são marcadas por mais de uma vulnerabilidade, agravada, em especial no contexto da América Latina, por elementos de forte preconceito, homotransfobia e violência. O projeto de vida, enquanto elemento fundante e constituinte do ser humano, é frontalmente atingido por essas violências crescentes no continente americano. Existir é, a partir do momento em que a violência se torna realidade, uma tarefa ainda mais árdua no processo de crescimento e desenvolvimento pessoal desses indivíduos, massacrados por um processo constante de ausência de Democracia e Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, portanto, deve encontrar balizas sólidas para reparar e alterar essa situação degradante. Fundamental, é, portanto, a criação de *standards* mínimos, como o Corte IDH começou a desenvolver no caso Loayza Tamayo para que situações como a do caso Vicky Hernandez sejam amenizadas pela comunidade internacional, a partir de uma visão que considere a interseccionalidade desse contingente populacional e, a partir dessas premissas básicas, desenvolvam legislações e políticas públicas que visem acolher e não-discriminar, pois a vida e o seu projeto são elementos que marcam todo o desenvolvimento da pessoa humana.

Vilipendiar essa condição é o mesmo que retirar o futuro dessas pessoas e relegar a elas um futuro incerto, de violência e de descaso.

Pelo exposto até aqui, percebe-se que é constante o debate sobre o direito das pessoas LGTQIA+ no âmbito do direito internacional dos Direitos Humanos, em especial, no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos. Porém, a partir das grandes violações de Direitos Humanos das pessoas LGTQIA, é possível que a criminalização das condutas homotransfóbicas, analisadas sob a ótica de criação de obrigações específicas (*facere*) aos Estados, pode ser fundamentada a partir de uma visão emancipatória do Direito Penal e dos Direitos Humanos.

É importante para uma completa compreensão do tema analisar a decisão do STF na ADO 26 e no MI 4733 sobre a equiparação da homotransfobia ao racismo. A partir da descrição desses casos, será possível compreender eventuais diálogos e distensões entre o decidido pela Corte IDH e o exarado pelo STF nessas ações.

## **CAPÍTULO 2**

### **1-O Supremo Tribunal Federal e os conflitos doutrinários no combate as omissões inconstitucionais**

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4733 (MI 4733) que a homotransfobia será equiparada ao crime de racismo até edição de lei específica pelo Congresso Nacional. A partir dessas decisões, acalorados debates surgiram no ambiente acadêmico e jurídico sobre a legitimidade das decisões e se elas haviam ferido o princípio da legalidade penal, tão caro para a preservação dos Direitos Humanos Fundamentais.

A posição aqui adotada será de que não houve invasão ao princípio da legalidade. Contudo, os argumentos contrários a decisão da Corte também serão trazidos como forma de validar o debate e esclarecer, de fato, as razões que levaram o Supremo a se pronunciar daquela maneira. Para tanto, serão trazidos à baila das discussões o voto do Ministro Celso de Mello e Edson Fachin, relatores das ações e, por sua vez, os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandoski, vencidos no julgamento. Além disso, fundamental será trabalhar com o parecer do jurista Celso Lafer no julgamento do famoso Caso Ellwanger e com alguns textos escritos pelos professores Paulo Iotti, Cláudia Loureiro, Rosario Vicente Martínez, Leonardo Schmitt de Bem, Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva.

No item 2.2, a partir das obras do professor Daniel Pastor e Mariângela Gomes, debater-se-á a decisão do STF e a da Corte IDH em matéria penal e, a partir dessas discussões, demonstrar-se-á que a Constituição Federal atua como norma penal incriminadora, ao vincular o legislador ordinário na criação de leis penais específicas para criminalizar determinadas condutas consideradas discriminatórias, às liberdades e garantias individuais.

#### **1.1-A disciplina do Supremo Tribunal Federal em relação à criminalização da homotransfobia: críticas doutrinárias em relação a questão do princípio da legalidade penal**

A disciplina da criminalização da homotransfobia pelo STF acendeu um debate acalorado na academia e no meio jurídico de que, supostamente, o Tribunal estaria invadindo a competência privativa do Congresso Nacional em criminalizar condutas, em afronta ao princípio da separação dos poderes e à legalidade em matéria penal, fundamentais para a preservação da liberdade humana.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira *et.al*<sup>114</sup> embora concorde que o STF não pode criminalizar condutas, também afirma que não foi isso o que ocorreu no julgamento da ADO 26 e do MI 4733. Para o autor, o debate posto em questão na Corte é muito mais profundo do que as críticas apresentadas, pois trata-se na verdade de verdadeira discussão sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na preservação do Estado Democrático de Direito, as políticas criminas, o controle de convencionalidade de Normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o processo de interpretação de acordo com a Constituição e, mais além, o projeto de e da Constituição que queremos e podemos desenvolver.

Assim sendo, foram formuladas quatro críticas gerais à decisão do STF, a saber: a separação de poderes foi ferida; ineficácia da decisão com possível perpetuação da discriminação e uma crítica de que houve desrespeito ao princípio da legalidade penal.

O debate terá início com a discussão sobre o princípio da legalidade e a sua relação com a decisão. Conforme define Rosario Vicente Martínez<sup>115</sup>, o princípio da legalidade (*nullum crime, nulla poena sine legia praevia*) em matéria penal pressupõe que não se pode punir determinada conduta sem a sua expressa disposição em lei, significando também a proibição de utilização de analogia para a colmatação de eventual lacuna existente no ordenamento jurídico.

A autora avança no sentido de compreender que o princípio da legalidade é fundamento de proteção do cidadão frente ao poder do Estado. Como tal, fundamenta e vincula todo o ordenamento jurídico para que normas desfavoráveis ao indivíduo ou restritivas de Direitos sejam utilizadas em descompasso com normas pré-existentes a determinada conduta que venha a ser considerada um tipo penal. Logo, há no princípio da legalidade fundamento político-criminal, isto é, somente pode uma norma vincular determinado cidadão quando ela, em posição semelhante a que defendia Feuerbach, quando há, de maneira preexistente a ação, ou seja, quando o sujeito tenha plenas condições de saber que aquilo poderá ser sancionado, em um caráter intimidatório da pena.

Por fim, o fundamento democrático-participativo aduz que diante da separação dos poderes, é competência privativa do Poder Legislativo o processo de criação e incorporação de novas leis penais ao ordenamento jurídico. É um combate ao *ius incertum*, próprio do *Anciën Régime*, em que os juízes poderiam, a partir de cada caso concreto, para condutas idênticas,

---

<sup>114</sup> CATTONI, Marcelo; BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. Sobre a criminalização da homofobia e da transfobia: uma crítica da crítica. In: IOTTI, Paulo. **O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo**: sem legislar nem fazer analogia. Bauru: Spessoto, 2022, p. 13-609.

<sup>115</sup> MARTÍNEZ, Rosario de Vicente; BEM, Leonardo Schmitt de. **Princípio da Legalidade e Homotransfobia**. São Paulo: D'plácido, 2022, p. 234.

determinar penas diferentes aos indivíduos. Tal sistema era formatado para aniquilar os cidadãos.

Posta essas premissas básicas sobre o princípio da legalidade, é importante destacar que no caso da ADO 26 e MI 4733, não houve ataques ao princípio da legalidade, mas sim uma interpretação conforme à Constituição para abarcar o crime de homotransfobia às condutas racistas, nos mesmos moldes decididos no Caso Ellwanger. A partir da noção de racismo social, reconhecida pelo STF, o Tribunal reconheceu que o racismo homotransfóbico é demanda pela lógica do princípio da proporcionalidade e da proibição de proteção insuficiente, tornando a criminalização constitucionalmente obrigatória, a partir das noções de mandados implícitos de criminalização.

O conceito de raça é uma construção social. Muito embora a biologia, há décadas, entenda que a espécie humana é formada apenas por uma raça, as diferenças fenotípicas marcantes entre os diversos grupos populacionais impede, por função de um racismo estrutural, que haja o convívio pacífico entre a diversidade das pessoas. Porém, qualquer tipo de inferiorização, seja ela motivada por diferentes colorações na pele, religiosas, por orientação sexual e de gênero, visando subjugar um grupo de indivíduos, é uma expressão racista e, como tal, deve ser reprimida pelo Direito.

Esse conjunto de marcas típicas da diversidade de um povo, marcados pela inferiorização, que hoje conhecemos a partir da relação de colonialismo e racismo, é delimitado por Lélia González da seguinte maneira:

Sabemos que o colonialismo europeu, nos termos em que hoje os definimos, configura-se no decorrer da segunda metade do século XIX. Nesse mesmo período, o racismo se constituía como a “ciência” da superioridade eurocristã (branca e patriarcal), na medida em que se articulava o modelo ariano de explicação que viria a ser não só o modelo referencial das classificações triádicas do evolucionismo positivista das nascentes ciências do homem como ainda hoje direciona o olhar da produção acadêmica ocidental. Vale notar que tal processo desenvolveu-se no terreno fértil de toda uma tradição etnocêntrica pré-colonialista (séculos XV-XIX) que considerava absurdas, supersticiosas ou exóticas as manifestações culturais dos povos selvagens<sup>116</sup>.

A partir dessa noção de racismo social, enquanto instrumento de inferiorização de determinado grupo por condições típicas de sua própria existência, é que Celso Lafer elaborou para o julgamento do Caso Ellwanger um importante parecer, que desnuda totalmente a posição de que judeus e, com os mesmos argumentos, a população LGTQIAPN+, não seriam uma raça

---

<sup>116</sup> GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020, p.129.

e, portanto, não haveria na legislação penal um tipo penal que visasse a proteção desses grupos.

Assim o autor se manifesta:

Lembro que, no plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de São José, à semelhança do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e pelos mesmos motivos, estabelece no seu art. 13 - 5 que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. Lembro, igualmente, que por essa Convenção os Estados-partes comprometem-se a garantir os direitos e liberdades nela reconhecidos “sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento de qualquer outra condição social” (art. 1º). Esta Convenção, à qual o Brasil aderiu, estabelece um aparato de monitoramento de seus dispositivos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, às quais o Brasil também está vinculado (cf. Decreto nº 678, de 6/11/92; Decreto Legislativo nº 89, dezembro 1998; Decreto nº 4463 de 11/11/2002<sup>117</sup>).

Essa é a posição assumida no trecho seguinte:

O Sr. Ellwanger alegava que se judeu não pode ser considerado raça, não havia como se alegar a prática do crime de racismo e o parecer demonstrou que, embora exista apenas uma raça, a humana, isso não afasta a prática do crime de racismo, que tem conotações culturais, conforme será analisado a seguir. A esse respeito, A Declaração sobre Raça e Preconceito Racial da UNESCO, conforme já foi salientado, preocupa-se com a prática do racismo ao estabelecer que todos os seres humanos pertencem a uma única espécie, não excluindo o direito à diversidade de indivíduos e grupos (artigo 1º). Além disso, o documento afirma que não há fundamentação científica para as teorias que preconizam a superioridade e a inferioridade de determinados grupos étnicos. Por isso, o documento consigna que a prática do racismo reside nas ideologias racistas (artigo 2º, 2) e nega o conceito de raça ao afirmar a unidade da espécie humana (Artigo 1º), estabelecendo que a erradicação do racismo, da discriminação racial e do preconceito racial requer a negação do estereótipo, das figuras parciais, unilaterais ou tendenciosas de indivíduos ou de vários grupos humanos (Artigo 5º, 3)<sup>118</sup>.

Há, também, de maneira expressa na Constituição Federal de 1988, mandamentos que vinculam diretamente o Legislativo nacional no sentido de criminalizar condutas atentatórias aos Direitos e liberdades individuais, previstos nos artigos 5º, incisos XLI e XLII da Constituição de 1988. A inércia do Estado brasileiro em cumprir o determinado por essas disposições constitucionais, remanesce até o ano de 2022, mesmo após quase 4 anos do julgamento, demonstrando que o Legislativo brasileiro não teve e não terá nenhum interesse em alterar o quadro de descaso e de morte vivenciadas pela comunidade LGTQIAPN+.

<sup>117</sup> LAFER, Celso. Parecer: O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, pp. 53-90, abr./jun. 2004. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 18 set. 2021.

<sup>118</sup> LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva; AUBERT, Anna Caramuru Pessoa. Por uma contextualização dos termos “raça” e “etnia” a partir de perspectivas biológicas, sociológicas e do direito internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 16.

Mesmo que as críticas direcionadas à decisão fossem aqui consideradas corretas e válidas e, por essa razão, deixássemos na mão do Congresso Nacional a tomada de decisões para a alteração desse quadro perverso, nada mudaria. Pensar que, sem a efetiva ação do STF e da Corte IDH, em um diálogo concatenado, com fundamento numa nova narrativa que vise a superação do discurso da soberania nacional e da prevalência da ordem interna sobre a internacional, a partir de uma noção de constitucionalismo multinível<sup>119</sup>.

O Direito Constitucional é fortemente marcado por constantes reinvenções de Direito e, por consequência, frutos de lutas dos movimentos sociais para alteração do estado de coisas excludente e segregador que as minoriais sociais apresentam. A Constituição é um eterno processo, longo e lento, para a configuração da cidadania. Isso é o que afirma Vera Karam de Chueri:

Nessa *dynamis* entre poder constituinte e poder constituído, democracia e constitucionalismo, a Constituição, por exemplo, a brasileira de 1988, não pode ter a sua temporalidade datada no dia de sua promulgação, assim como não pode ser datado o poder constituinte no momento da formação da Assembleia Constituinte em 1987. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações; o tempo dos eventos. Por isso é indesejável datar o poder constituinte que deu origem à atual Constituição da República no Brasil em 1º de fevereiro de 1987; tampouco é desejável encerrá-lo no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. O poder constituinte, como potência constituinte, se manifestou muito antes de 1º de fevereiro de 1987 e ainda está presente na própria Constituição. Vale dizer, no exemplo recente da história constitucional brasileira, o poder constituinte (como potência) remonta aos movimentos ou ações empreendidos pela sociedade civil brasileira, iniciados em 1985, e reaparece, como força, toda vez que se pretende atingir a nossa Constituição com golpes. Os movimentos de junho de 2013 demonstram isso<sup>120</sup>.

A catarse existente entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional acelera esse processo de considerar a Constituição enquanto um longo processo de evolução para a configuração da cidadania, a partir de diálogos de fontes nacionais e internacionais, com o intuito de promoção da pessoa humana, a partir de um visão pluralista do Direito.

Antonio Carlos Wolkmer, por sua vez, a partir do conceito de hermenêutica emancipatória, estabelece que o atual estágio do Direito não permite mais que ideias jusnaturalistas nem positivistas sejam o norte hermenêutico. Por outro lado, o autor advoga no sentido de compreender que é necessário o reconhecimento de um projeto emancipador, a partir

---

<sup>119</sup> CAMBI, E.; PORTO, L. A.; FACHIN, Melina Girardi . **Constituição e Direitos humanos** - tutela dos grupos vulneráveis. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. v. 1, p. 668.

<sup>120</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863>. Acesso em 01 nov. 2022.

de uma política pluralista, participativa, e liberatória, com o florescimento de uma nova cultura jurídica.

Para que isso ocorra, Wolkmer defende a modificação da estrutura social e econômica (com as velhas relações do Capitalismo), que seja orientada pela utopia da igualdade e da liberdade e que explore as fissuras do ordenamento jurídico positivo vigente para que seja possível desentranhar dele elementos de um práxis progressista. Assim sendo, nas palavras do próprio autor:

explorar as lacunas da lei, as antinomias jurídicas e o próprio modo de inserção do judiciário no aparelho estatal para a reforma orgânica do sistema político”. (...) A dimensão crítico-alternativa na instrumentalização do Direito não se restringe somente “... à utilização das incoerências e contradições do Direito burguês em favor das classes oprimidas, mas, ultrapassando o universo estritamente jurídico, se insere como nova manifestação dialética no processo de emancipação dos setores populares. A hermenêutica jurídica, inserida nesse contexto, compele ao intérprete do Direito criar o sentido da norma jurídica para o mundo fático. Logo, cada intérprete e cada lei terá as suas ideologias, porém deverá o jurista estar apto a questionar os seus efeitos na vida social, em uma posição crítica de interpretação do Direito. Mais do que nunca, no espaço da modernidade latino-americana, urge proclamar a emergência de um direito justo paradigma revolucionário de uma utopia jurídica que possa, efetivamente, como na afirmação de Ernst Bloch, ser a esperança de um ideal progressivo-crítico na consubstanciação cada vez mais verdadeira da dignidade humana, pois a tarefa de esclarecimento do sentido da lei, depende essencialmente da ideologia do intérprete e da ideologia que a lei espelha; como tarefa científica, a hermenêutica tende assim à revelação dos pressupostos ideológicos das expressões normativas, para questioná-las em atenção ao que é melhor para a sociedade. (...) O intérprete é na verdade um criador de sentido e, como tal, ... consiste numa instância ideológica de atribuição de significados heterônomos. A hermenêutica crítica não rejeita a ideologia...; mas exige que a ideologia do Direito não permaneça inconsciente e que, tornando-a consciente, possa estar o jurista em condições de questioná-la quanto aos seus efeitos na vida social<sup>121</sup>.

Portanto, é necessário que uma visão epistemológica crítica do Direito não dispense a herança da Filosofia (posição dialética- hermenêutico) e da Sociologia crítica (ideologias) como premissas iniciais para alteração da ordem política-jurídico conservadora para uma ordem de um capitalismo periférico.

O voto da Ministra Rosa Weber acompanhou os demais no sentido de dar interpretação conforme a Constituição e concretamente substituir a lacuna inconstitucional até que o Congresso Nacional edite lei específica que criminalize as condutas homotransfóbicas. A Ministra consignou que o HC nº 82.424/RS é precedente norteador do presente caso, nos seguintes termos:

Aduziu a Min. Rosa Weber que o precedente do HC 82.421/RS é o norte desse julgamento. Naquele caso, o STF interpretou o sentido e alcance do conceito constitucional de racismo, a incidência do tipo penal ainda que não assinalável a raça

<sup>121</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Para uma hermenêutica jurídica crítico-emancipatória. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 8, n. 15, 1987, p. 14-24.



na sua acepção biológica, para abarcar discursos antissemitas como racistas. Nesse sentido, afirmou que o racismo tem sentido antropológico e sociológico, não biológico. Reiterou a fala do Min. Maurício Corrêa no citado precedente, no sentido de que não vale o que pensamos sobre um grupo social constitui ou não uma raça, devendo-se a partir da conduta de quem promove o preconceito e discrimina o grupo discriminado como fosse uma raça apartada, segregando-o. Destacou o caráter primoroso voto do Min. Celso de Mello na ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo, no sentido de ultrapassar o sentido puramente biológico para abarcar o antropológico e o social. Nesse sentido, entendeu que o próprio conceito jurídico-constitucional de racismo abarca a discriminação em gênero e orientação sexual (homofobia e transfobia), o que é de todo compatível com o precedente citado, inclusive pelo princípio da máxima efetividade dos Direitos Fundamentais<sup>122</sup>

Para Beatriz Corrêa Camargo, o Direito Penal deve ser pautado pela racionalidade e não apenas com o simples objetivo de proteção de determinado bem jurídico:

De acordo com o princípio da *ultima ratio*, a pena é uma reação estatal, cujo emprego somente se faz legítimo quando outros meios fracassam. Sua finalidade, em virtude da qual a eficiência dos meios à disposição é avaliada, é, conforme a opinião geral, a proteção de bens jurídicos. Essa concepção, entretanto, restringe de maneira arbitrária a definição das tarefas do direito penal e dificulta, por conta dessa restrição, uma justificativa racional da pena. A minha tese, que deverá ser fundamentada a seguir, em linhas gerais somente, é que a pena serve e pode servir apenas de forma mediata à proteção de bens jurídicos. O objeto imediato da proteção jurídico-penal é o bem jurídico-penal, isto é, um nível suficiente de motivação fiel ao direito. A proteção de bens jurídicos é promovida pelo bem jurídico-penal na medida em que o ponto de referência da motivação é o reconhecimento tornado efetivo por meio da ação das normas que protegem bens jurídicos. Se a pena puder realmente ser legitimada (de forma imediata) pela garantia do bem jurídico-penal, então não apenas o mal da pena, como também a reprovação ético-jurídica constitutiva do conceito de pena estarão legitimados. É legítimo somente o que é justo, de tal sorte que tanto o mal da pena quanto a reprovação jurídico-penal devam ser imperativos de uma justiça retributiva. A legitimação da pena baseia-se, em outras palavras, em uma concepção de justiça (criminal) política passível de ser fundamentada racionalmente<sup>123</sup>.

Tendo essas premissas históricas sobre a noção de que os Direitos Humanos são processos de lutas contra o arbítrio e o extermínio dos vulneráveis, retomo a ideia de que o racismo é uma construção social, pautada por qualquer tentativa de inferiorização de algum grupo em detrimento de outros. Essa noção é reafirmada nas posições de autores como Sílvio de Almeida e Adilson José Moreira. Moreira, por exemplo, entende que se deve interpretar as normas e as condições que cercam o intérprete a partir das suas características e posições sociais, ou seja, um jurista negro deve pensar como um jurista negro a situação de desigualdade que o marca, em dicotomia com a visão de um legalismo exarcebado.

Nos termos seguintes:

<sup>122</sup> IOTTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de racismo. Bauru: Pessotto, 2020.

<sup>123</sup> KINDHAUSER, U.; CAMARGO, B. C. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 95, n. 1, p.85-95, 2012.

Muitos juristas brancos continuam argumentando que o processo interpretativo implica a identificação da vontade objetiva contida na norma jurídica. O jurista pode descobrir o sentido objetivo da lei desde que siga os pressupostos epistemológicos que informam o discurso científico. O sentido da norma é desvelado dentro de suas possibilidades gramaticais naturalmente demarcadas pelos limites da língua. Assim, o campo das relações sociais não pode ser uma referência adequada para a interpretação. Um jurista negro não pode deixar se seduzir por essa perspectiva formalista porque sabe que juizes também são agentes ideológicos. Operadores do direito interpretam normas a partir dos conteúdos cognitivos internalizados no processo de socialização, além dos interesses dos grupos sociais que eles representam. Ao contrário do que dizem os defensores atuais do formalismo, juristas não são pessoas que interpretam normas a partir de critérios racionais. Muitas vezes, eles atuam com o intuito de reproduzir as relações de poder que estruturam a sociedade na qual vivem<sup>124</sup>.

Sílvio Almeida, a partir da noção de racismo estrutural, apresenta o entedimento que:

O racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional. Após anos vendo telenovelas brasileiras, um indivíduo vai acabar se convencendo de que mulheres negras têm uma vocação natural para o trabalho doméstico, que a personalidade de homens negros oscila invariavelmente entre criminosos e pessoas profundamente ingênuas, ou que homens brancos sempre tem personalidades complexas e são líderes natos, meticulosos e racionais em suas ações<sup>125</sup>.

Em relação a homofobia, essas questões também existem.

São elementos estruturais que compõe o Estado brasileiro em detrimento de políticas públicas e processos legiferantes que coadunam com a realidade social com o sofrimento e a banalidade da vida dessas pessoas. Achille Mbembe<sup>126</sup> afirma que o conceito de raça e racismo está atrelado a um processo de “devir-negro” do mundo, no qual todas as populações subalternas possuem o risco de se tornarem negras, no sentido de que o conceito de “negro” é alargado a partir de uma noção de acentuação das desigualdades. O neoliberalismo, para o autor, produz esse efeito de considerar todas as pessoas enquanto negras, em um processo de inferiorização e descaracterização do indivíduo como ser humano. Afirma também que o conceito de raça e racismo são constantemente renovados, a partir de uma noção de dispositivo de poder criado para designar um ser inferior, sendo a lógica da raça a produção de sujeitos racializados, a bestialização, por desumanização, de grupos considerados inferiores, tendo a cultura e a religião assumido o lugar da biologia no termo racismo.

<sup>124</sup> MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, p. 393-420, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182>. Acesso em 01 nov. 2022.

<sup>125</sup> ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

<sup>126</sup> MBEMBE, Achille. Necropolítica. Arte & Ensaios, **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em 28 out. 2022.

A comunidade LGTQIAPN+ também é comumente reconhecida como uma “raça maldita”, “raça desgraçada” ou até mesmo “raça do demônio”. Inclusive essas nomenclaturas são conhecidas em famoso poema de Marcel Proust, nos seguintes termos: “Os homossexuais são uma raça maldita, perseguida como Israel. E finalmente, como Israel, sob o opróbrio de um ódio imerecido por parte das massas, adquiriram características de massa, a fisionomia de uma nação [...] São em cada país uma colônia estrangeira”<sup>127</sup>.

Essas relações entre raça, racismo, Direito Penal, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional são extremamente relevantes para o objeto de estudo desse trabalho. Ao afirmar que o racismo é uma construção social, construído com o intuito de bestializar e inferiorizar determinado grupos de indivíduos por determinadas características, demonstra que a alteração dessa situação é uma tarefa metajurídica, voltada a uma mudança de mentalidade e paradigmas das sociedades, em especial as marcadas pelo colonialismo, como a brasileira. Contudo, o Direito brasileiro vem dando respostas recentes a essas questões, em especial nas ações de controle concentrado que permitiu e garantiu a fruição de Direitos Humanos Fundamentais desse grupo.

A Constituição Federal de 1988 definiu de maneira expressa que todas as condutas atentatórias aos Direitos e liberdades Fundamentais devem ser punidas na forma da lei. A Constituição, portanto, atua ora como limitadora da ação legiferante penal ora como instrumento legítimo e vinculador ao legislador na produção de normas que visam à proteção penal dos Direitos Humanos Fundamentais.

Essa questão será melhor abordada no item 2.2.

## **1.2-Da Constituição ao Pacto de São José da Costa Rica como normas penais incriminadoras: possibilidade de expressão do neopunitivismo dos Direitos Humanos?**

Daniel Pastor é um dos maiores críticos do que ele denomina “neopunitivismo dos Direitos Humanos”. Para ele, o uso indiscriminado por Tribunais Internacionais do Direito Penal para a sanção contra graves violações de Direitos Humanos é algo que deve ser considerado inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Houve uma metamorfose dos Direitos Humanos como um muro de contenção contra os arbítrios estatais para uma vanguarda do uso

---

<sup>127</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, p. 64-95, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/bjSmJPvrPwW3PqM4YH3gthr/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 01 nov. 2022.

da pena e do Direito Penal para a salvaguarda desses mesmos Direitos Humanos. Nos termos seguintes o autor conceitua o chamado neopunitivismo dos Direitos Humanos:

El neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años , motivo por el cual corresponde asumir que el derecho penal actual (o "moderno" como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de neopunitivismo, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudecimiento sancionador creciente . El saber jurídico penal se halla, por tanto, frente al reto de afrontar "una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas" . Según Díez Ripollés, el Estado social de derecho ha contribuido a la proliferación normativa por medio de reglamentos y normas que desbordan el ámbito y la racionalidad de la ley pero que brindan mejores prestaciones para una sociedad intervencionista . Se habría pasado así de un "derecho penal liberal", interpretado desde una política criminal orientada al aseguramiento de los derechos individuales del acusado, a un "derecho penal liberado" de tales límites y controles que se orienta al combate de la criminalidad como cruzada contra el mal. En esto, el papel que representan la "opinión pública" como gestionadora de políticas criminales y los mass media, por sí mismos, en amplificación de las demandas de aquélla o de otros intereses, es determinante: "una opinión pública favorable es capaz de desencadenar por sí sola respuestas legislativas penales"<sup>128</sup>.

A partir dos exemplos dos casos Barrios Altos e Bulacio, o autor avança na sua digressão quando afirma que a partir desses casos a Corte IDH passou a tratar o Direito Penal como *única ratio*, como no voto exarado pelo juiz Sérgio Garcia Ramirez no caso Barrios Altos, rememorado nos seguintes termos:

convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibile la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores -así como de otros participantes- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales<sup>129</sup>.

Porém, o autor afirma veementemente que a situação é agravada a partir da sentença exarada no caso Bulacio vs. Argentina, na qual, diferentemente do que ocorreu em Barrios Altos, em que os atos praticados eram de fatos gravíssimos em termos numéricos e de violações dos Direitos Humanos, a Corte passou a entender que a morte de apenas um jovem, merecia o mesmo tratamento destinado a um massacre de mais de 15 indivíduos. É dito que nesse caso

<sup>128</sup> PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva doctrina penal*, n. 1, p. 73-114, 2005.

<sup>129</sup> PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva doctrina penal*, n. 1, p. 73-114, 2005.

concreto específico não poderia ter sido considerado uma grave violação dos Direitos Humanos, pois havia dúvidas inclusive sobre o uso de tortura efetivamente contra esse jovem e se a sua morte foi, de fato, ocasionada pelas agressões sofridas.

Daniel Pastor é também crítico do que ele denomina direito constitucional ao castigo e a ideia de que a vítima deve ser protegida pelos Direitos Humanos, a partir da noção de que existem obrigações legiferantes positivas por parte dos Estados, vinculadas, como no caso brasileiro, ao ditames do Pacto de São José da Costa Rica e ao mandamentos constitucionais de criminalização. O autor pontua que, ao considerar que existem delitos iderrogáveis, por força de disposições constitucionais, tornaria o Direito Penal um ramo do Direito pautado pela metafísica e sobrenaturalidade, tendo que ser, na verdade, facultativa e não obrigatório. Nesses termos:

No obstante estas objeciones, está bien instalada la noción de que hay delitos que por razones constitucionales son inderogables. Esto representa la elevación de lo penal a un rango absoluto, sobrenatural y metafísico. Un poder absoluto, sin embargo, no debería tener lugar alguno en una Democracia. Y si lo sobrenatural y lo metafísico son ya de por sí cuestiones irracionales, vinculadas a lo penal nos pueden llevar a situaciones demenciales. Si en verdad el derecho penal es *ultima ratio*, tiene entonces que ser facultativo, nunca obligatorio. Visto el asunto con un mínimo rigor, las teorías y las decisiones que han pretendido reconocer una obligación constitucional o fundamental de punir son completamente extrañas al principio del Estado constitucional de derecho y se inscriben, sin lugar a dudas, en el amplio abismo del pensamiento neopunitivista, especialmente las sostenidas desde los organismos de control de la vigencia de los derechos fundamentales, porque de ese modo, desatendiendo su función misma de freno al poder penal estatal, se han convertido, al calor del más entusiasta activismo, en los impulsores más calificados del uso indiscriminado y sin límites del poder punitivo<sup>130</sup>.

O Direito Penal, diante do exposto pelas críticas de Daniel Pastor até aqui, não pode servir a “dois senhores” ao mesmo tempo: à vítima das violações dos Direitos Humanos ou ao indivíduo que infringe essas normas. Por causa disso, seria impossível sustentar esse chamado “direito constitucional positivo”, pois seria um contraponto intransponível para a construção de um sistema penal democrático e justo.

É preciso, contudo, separar o joio do trigo. Não há a defesa, pelo menos nesse trabalho, de uma expansão desmedida do Direito Penal Internacional como corolário inafastável para a proteção dos Direitos Humanos na seara penal. O que há, na verdade, é a tentativa de estabelecimento de alguns *standards* mínimos que devem guiar o nosso Direito, internamente, a partir das decisões exaradas no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não há a desconsideração que o sistema penal punitivo é marcado, em especial no Brasil, por forte discriminação, seletividade e péssimas condições carcerárias, a partir da construção de um

---

<sup>130</sup> PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva doctrina penal*, n. 1, p. 73-114, 2005.

sistema jurídico penal “mano dura”, que acaba insensível, tanto às demandas das vítimas quanto dos ofendidos pela transgressão da norma penal<sup>131</sup>.

Esse sistema pautado pela ótica neoliberal que assola a América Latina são denegatórios dos direitos das vítimas, mesmo que o discurso homogêneo seja o contrário disso. Dar à vítima alguma resposta efetiva não significa, necessariamente, desnudar o ofensor dos seus Direitos Humanos Fundamentais:

Da mesma forma, é cientificamente improcedente a perspectiva “mano dura” segundo a qual uma vulneração dos direitos do ofensor seria um meio idôneo a incrementar a posição da vítima na sociedade e no processo penal — o que, no contexto da América Latina, costuma ser trabalhado socialmente a partir de uma circunscrição da ideia de direitos humanos como algo exclusivo do ofensor, em geral incompatível com os direitos da vítima. Na realidade, promover o direito de um não viola o do outro, sendo equivocado entender essa relação como um “jogo de soma-zero”. É dizer, segundo a metáfora de Michael Tonry, como se o sistema de justiça consistisse em uma “torta de tamanho fixo”, em que atribuir “um pedaço maior às vítimas” conferiria automaticamente “um pedaço menor aos Censores” e vice-versa<sup>132</sup>.

Por outro lado, essa obsessão pela punição retira das vítimas a possibilidade de ver atendidas algumas outras demandas fundamentais, após o cometimento de crimes, em especial aqueles que afrontem diretamente os Direitos Humanos, como o que ocorreu no caso Vicky Hernandez. As vítimas também desejam a “cura de outras feridas” e o reconhecimento pelo Estado de danos de ordem materiais e imateriais que versam sobre a própria existência em sociedade, a partir da noção de seu projeto de vida, fundante da dignidade humana e na projeção de construção de um futuro. Ninguém deseja apenas uma punição desenfreada ou o uso do Direito Penal como única alternativa. Nesse sentido a observação seguinte:

Sistemas de justiça movidos pela obsessiva busca por responsabilização penal fazem com que perguntas-chave como “quem fez” e “o que fez” tenham procedência quase absoluta sobre considerações de outra ordem e que também importam, especialmente às vítimas: os danos materiais e as perturbações psicológicas vivenciadas; o decréscimo de prestígio social experimentado pela vítima em decorrência da vitimização; a “cura das feridas” deixadas pelo crime; as possibilidades de minimização ou superação dos problemas comunitários que o crime projeta sobre o meio social (para o qual a vítima, quando não também o agressor, retornará ao final do processo). A centralidade quase exclusiva do debate sobre responsabilidade/inocência do acusado implica uma escassa atenção às perturbações efetivamente experienciadas pelos sujeitos envolvidos no conflito penal, inclusive

<sup>131</sup> MARIN, G. C.. O sistema de justiça criminal “mano dura” e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina?. **REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**, v. 9, p. 208-219, 2019. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/337170894\\_O\\_sistema\\_de\\_justica\\_criminal\\_mano\\_dura\\_e\\_sua\\_desate\\_ncao\\_as\\_vitimas\\_a\\_justica\\_restaurativa\\_como\\_alternativa\\_para\\_a\\_America\\_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download](https://www.researchgate.net/publication/337170894_O_sistema_de_justica_criminal_mano_dura_e_sua_desate_ncao_as_vitimas_a_justica_restaurativa_como_alternativa_para_a_America_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download). Acesso em 16 nov. 2022.

<sup>132</sup> MARIN, G. C.. O sistema de justiça criminal “mano dura” e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina?. **REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**, v. 9, p. 208-219, 2019, p.212. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/337170894\\_O\\_sistema\\_de\\_justica\\_criminal\\_mano\\_dura\\_e\\_sua\\_desate\\_ncao\\_as\\_vitimas\\_a\\_justica\\_restaurativa\\_como\\_alternativa\\_para\\_a\\_America\\_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download](https://www.researchgate.net/publication/337170894_O_sistema_de_justica_criminal_mano_dura_e_sua_desate_ncao_as_vitimas_a_justica_restaurativa_como_alternativa_para_a_America_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download). Acesso em 16 nov. 2022.

vítimas<sup>133</sup>.

O ordenamento jurídico concede a todo cidadão o direito a ser distinto e, portanto, único diante do que a sociedade institui como normal. Apesar de todos sermos iguais perante a lei, as distinções devem ser combatidas com o propósito de igualar sujeitos constitucionais anteriormente esquecidos e cujas demandas não encontram guarida, muitas vezes, na própria sociedade.

Diante disso, os textos constitucionais domésticos e os Tratados internacionais, por muito tempo, simplesmente não tutelaram os direitos à liberdade e diversidade sexual como inerentes a todo e qualquer ser humano. Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer sobre os dilemas da cláusula de abertura do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, afirma o seguinte:

Ao contrário da Constituição portuguesa(art.16/1),que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do “catálogo”, em como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema<sup>134</sup>.

O artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988 estabelece o regime jurídico dos direitos fundamentais no Brasil, acompanhando o desenvolvimento de suas dimensões em direitos civis e políticos, direitos sociais e direitos difusos e coletivos, além de conter elementos para a consideração dos direitos de quarta e de quinta dimensão.

Como o corpo jurídico de estatura máxima no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece sua abertura ao direito internacional dos direitos humanos através do §2º do artigo 5º, além de instituir a eficácia imediata das normas de direitos fundamentais no §1º. No sentido do §2º, as normas, princípios e direitos estatuídos no direito internacional, não são alheias ao direito brasileiro e, portanto, são abarcadas pela abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito internacional.

Os Tratados de Direitos Humanos, por sua vez, nos moldes do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, são recepcionados com o *status* de norma supralegal<sup>135</sup> e nos moldes do

<sup>133</sup> MARIN, G. C.. O sistema de justiça criminal ?mano dura? e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina?. **REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**, v. 9, p. 208-219, 2019, p.212. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/337170894\\_O\\_sistema\\_de\\_justica\\_criminal\\_mano\\_dura\\_e\\_sua\\_desatencao\\_as\\_vitimas\\_a\\_justica\\_restaurativa\\_como\\_alternativa\\_para\\_a\\_America\\_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download](https://www.researchgate.net/publication/337170894_O_sistema_de_justica_criminal_mano_dura_e_sua_desatencao_as_vitimas_a_justica_restaurativa_como_alternativa_para_a_America_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download). Acesso em 16 nov. 2022.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 86.

<sup>135</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, o STF assentou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos – anteriores ou posteriores à EC nº 45/2004 –, que não forem aprovados pelo

artigo 5º, §3º do texto magno, como norma constitucional. Essa é a posição adotada pelo STF, em corrente, por ora, majoritária e encampada primeiramente pelo Ministro Gilmar Mendes.

Há ainda, a posição doutrinária de que todos os tratados de direitos humanos aprovados nos moldes do artigo 5º, §2º, possuem *status* de norma constitucional. Essa posição é a mais acertada sob a ótica da prevalência dos Direitos Humanos e foi encampada pelo voto do Ministro do STF, o decano da Corte, Celso de Mello, que de maneira incisiva representa a característica da humanização do Direito Internacional contemporâneo. A tese da equivalência dos Tratados de Direitos Humanos às emendas constitucionais, por sua vez, apresentam as seguintes características:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantidas fundamentais<sup>136</sup>.

Contudo, independentemente da teoria adotada, ao definir essas premissas das relações entre o Direito Constitucional interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário estatuir que o Estado possui obrigações em estabelecer parâmetros que garantam a proteção adequada e suficiente dos seus cidadãos, com proteção proporcional, sob pena de adentrar no terreno das omissões inconstitucionais, igualmente graves em relação à concreitude dos Direitos Humanos. Por sua vez, Ingo Sarlet, analisa essa questão da seguinte maneira:

Por outro lado, o Estado-também na esfera penal-poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que- como contraponto à assim designada proibição de excesso-expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e correspondentes direitos à proteção<sup>137</sup>.

Ademais, as lições de Daniel Sarmento<sup>138</sup> serão importantes no desenvolvimento do presente trabalho, em especial devido às conceituações que o autor perfaz sobre as funções que

---

Congresso Nacional pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, têm natureza supralegal, mas infraconstitucional. Vale dizer: estão abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei (STF. RE nº 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 03/12/2008).

<sup>136</sup> PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

<sup>137</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, v. 4, n. 7, 2006, p. 178.

<sup>138</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.



o princípio da dignidade da pessoa humana possui no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais: fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, parâmetro para o controle da validade de atos estatais e particulares e, de maneira específica a essa pesquisa, critério para identificação de Direitos Fundamentais e fontes de direitos não enumerados.

Outrossim, questão fundamental que entraria em debate seria a possibilidade de considerar a dignidade da pessoa humana como fonte de outros direitos fundamentais não expressamente reconhecidos no catálogo constitucional. A partir, portanto, da caracterização do referido princípio como norte hermenêutico e fonte de direitos não-enumerados, é perfeitamente plausível conceber o direito à liberdade sexual, ao livre desenvolvimento da personalidade e à integridade física e psíquica como elementos constituintes dessa mesma dignidade e, portanto, elementos da intimidade e razão de ser da pessoa humana.

A partir do exposto, consagrar a dignidade da pessoa humana como fonte de direitos não-expressamente positivados no texto constitucional, permite, com cautela e parcimônia, afirmar que o Estado brasileiro possui deveres específicos de criar mecanismos, tanto na esfera legal, quanto de políticas públicas para proteger e incluir, assim, os grupos vulneráveis na sociedade. Essa é a posição estampada a seguir:

Aumentou, na sociedade, a consciência sobre os direitos, e os movimentos reivindicatórios incorporaram a gramática constitucional à sua estratégia de luta. A Constituição passou a ser encarada com uma autêntica norma jurídica, e não mera enunciação de princípios retóricos, e ela tem sido cada vez mais invocada na Justiça, inclusive contra os atos ou omissões inconstitucionais dos poderes majoritários. Uma análise histórica desapassionada concluiria que, se ainda estamos longe de atingir o ideário do Estado Democrático de Direito, a distância hoje é menor do que foi em qualquer outro momento da trajetória institucional do País<sup>139</sup>.

O caso *Vick Rodriguez vs. Honduras* e a sua contextualização com a democracia, os direitos humanos e proteção dos grupos vulneráveis pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse aspecto, será analisado como a interpretação dos direitos humanos deve ser pautada, ou seja, no princípio da máxima efetividade (*pro personae*) e em uma hermenêutica emancipatória dos direitos humanos, lastreadas pelo entendimento do Pacto de São José da Costa Rica e da Convenção de Belém do Pará, enquanto instrumentos vivos e frutos dos desafios do seu tempo. Assim sendo, será analisado, criticamente, o voto parcialmente dissidente da juíza e presidente da Corte IDH Elizabeth Odio Benito e a relação dos Estados com a Convenção de Belém do Pará e o Pacto de São José e os possíveis impactos que essas

---

<sup>139</sup> SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **Revista Direito Público** n.30, nov-dez/2009, p. 41.

decisões poderão ter no debate (ainda em aberto no STF) sobre a criminalização da homotransfobia.

Ademais, o voto do Ministro Celso de Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, pode ser resumido em algumas premissas básicas, que perpassam a justificativa do tema: de que o racismo é uma construção social e as condutas homofóbicas podem ser enquadradas como tais, firmando posição no sentido de não considerar violação ao princípio da legalidade penal o posicionamento do STF, de enquadrar a homofobia como racismo e trouxe no seu voto forte fundamentação dos compromissos assumidos pelo Brasil no campo internacional que agravaram ainda mais a omissão existente na questão ali debatida.

Ainda para ele, parafraseando a filósofa Hannah Arendt<sup>140</sup>, há uma verdadeira banalização do mal homofóbico e transfóbico. Essa situação se agrava quando fica evidenciado que, apesar dos inúmeros projetos de Lei existentes sobre a possibilidade de criminalização da homofobia, estes não avançam nas Comissões e no Plenário (tanto da Câmara de Deputados quanto do Senado Federal).

Maria Berenice Dias reafirma essa posição:

Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator. O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio<sup>141</sup>.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 não conseguiu alterar situação de verdadeiro abandono histórico que o grupo populacional LGBTQIAPN+ vivencia desde os primórdios da colonização brasileira. O decano relembra esse fato e, reafirma mais uma vez, que após mais de 30 anos de efetivação do novo Texto Magno, a situação de violência e exceção vivida pouco se alterou. Segundo o decano, importante frisar que não houve violação ao princípio da legalidade, mas sim interpretação conforme a Constituição ao enquadrar as práticas homofóbicas ao racismo. A posição do Ministro encontra guarida no posicionamento de outros juristas da área penal, como Guilherme de Sousa Nucci:

É constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em

---

<sup>140</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

<sup>141</sup> DIAS, M. B. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 41.

ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade. As manifestações de preconceito traduzem uma compreensão equivocada dos fenômenos existenciais, apoiada em opiniões e crenças formadas sem o necessário e adequado conhecimento dos fatos, acolhida por um determinado grupo social que nutre e fomenta a perpetuação de tais ideias opondo-se a qualquer possibilidade de refutação ou diálogo assentado em bases racionais. Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente<sup>142</sup>.

Existem, portanto, criminalizações que são constitucionalmente legítimas, mas que ficam sob a vontade dos Legislativos nacionais para decidir sobre a edição ou não de lei formal visando a proteção de determinados bens jurídicos consagrados pelo texto de 1988. Caso contrário, o Legislativo entraria no perigoso terreno das omissões constitucionais. O princípio da proporcionalidade é o vetor fundamental para essa análise, pois ele impede tanto a falta de proteção (proteção insuficiente) quanto a proibição do excesso. A partir desses paradigmas, houve o rompimento com uma visão puramente liberal do Direito Penal, a partir da noção de que o Direito Penal deve ser entendido como o instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade<sup>143</sup>.

A Constituição é elemento fundante da noção de que a cláusula do Estado Social supera a concepção puramente liberal dos Direitos Fundamentais como Direito de Defesa. É necessário alterar esse quadro a partir do entendimento de que o Estado possui deveres fundamentais de criminalização de determinadas condutas, a partir de um processo de realização da Constituição, em uma visão plural e aberta dos intérpretes da Constituição, que concretizará e densificará o sentido dado pelo Constituinte originário para o âmbito de proteção pretendido.

Essa visão definida acima faz parte de um processo de construção de um Estado Constitucional de Direito, com mudança de paradigmas, defendidos por Luigi Ferrajoli. Para ele, as leis são submetidas não apenas a aspectos formais de validade, mas também substanciais. Uma lei formalmente válida, por exemplo, pode ter a sua validade questionada quando afrontar

---

<sup>142</sup> NUCCI, G. S. **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas** v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 315.

<sup>143</sup> PEREIRA, F. V.; FISCHER, D. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 59–88, 2019. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/66>. Acesso em: 17 nov. 2022.

normas constitucionais substanciais, como o princípio da igualdade ou os Direitos Fundamentais. O princípio da legalidade formal, embora ainda válido e fundamental, foi relativizado pela construção do que foi chamado princípio da legalidade substancial, obrigando que todo o ordenamento jurídico tenha coerência e encontre o seu fundamento na Constituição Federal.

Outra alteração fundamental da construção do Estado Constitucional de Direito é referente diz respeito a jurisdição, notadamente, ao papel e à relação dos juízes (também os juízes constitucionais) com a lei. O novo paradigma não é mais o de sujeição do juiz à lei, seja qual for o seu conteúdo e significado pretendidos. O que se espera é uma sujeição à Constituição, que deve nortear a atuação judicial e, a partir disso, declarando a inconstitucionalidade de todo e qualquer ato normativo que a contrarie.

Além disso, a Ciência Jurídica, como um todo, passou por um processo profundo de transformação. O Direito é (ou deveria ser), a partir da construção do Estado Constitucional de Direito, uma ciência vocacionada para a construção de um conhecimento crítico e que projete legítimas e futuras pretensões para adaptar a realidade social que o circunda. É necessário analisar o exame das antonomias e das lacunas, com a sua superação por meio das garantias existentes, a partir de tarefas interpretativas, jurisprudenciais e legislativas, uma coerência interna e completude do ordenamento jurídico aos ditames do Direito Constitucional<sup>144</sup>.

Isso ocorre também com o legislador penal. O Direito Penal Mínimo encontra o seu fundamento na Constituição, justificando eventuais intervenções no processo legiferante. Trata-se, conforme afirma Paulo Iotti, de um critério qualitativo e não quantitativo das leis. É preciso que tenha essa premissa em mente para que seja compreendido que a questão da homotransfobia e da sua criminalização é uma questão inerente a um processo de construção de uma cidadania plena. A teorização dos mandamentos constitucionais de criminalização, diante disso, visam proteger os os Direitos Fundamentais ameaçados pelas condutas a serem tipificadas. É um processo de valorização do princípio da proporcionalidade, em suas vertentes de proibição, proteção e ação.<sup>145</sup>

A essa vinculação, Canaris atribui que, em relação à proibição de excesso, o que deve ser analisado é se há uma restrição excessiva e indevida a um Direito Fundamental, especialmente os de primeira geração. Por outro lado, a proibição de proteção deficiente está

---

<sup>144</sup> FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>145</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular**. Bauru: Spessoto, 2019.

presente quando há, em um eventual caso concreto, direitos fundamentais sendo atingidos por condutas criminais virulentas ou quando se afasta indevidamente os deveres de proteção do Estado contra essas condutas.

Não se quer com essas afirmações, conforme ensina Paulo Iotti<sup>146</sup>, cair em um devaneio doutrinário de dar ao Direito Penal um caráter universal que resolveria todos os problemas sociais pelo efeito dissuasório inerente a esse ramo do Direito ou a um discurso de partes da esquerda dita progressista que aduz que a criminalização da homotransfobia é um exemplo daquilo que ironicamente é denominada como “esquerda punitiva”. Ainda para o autor, conhecido também por ser um dos advogados que impetraram o MI 4733 e a ADO 26, essa crítica não prospera, pois:

Vivemos verdadeira banalidade do mal homofóbico e transfóbico, já que muitas pessoas se sentem no pseudo “direito” de ofender, agredir, discriminar e mesmo matar pessoas LGBTI+ por sua mera orientação sexual não-heterossexual e identidade de gênero transgênera, o que não tem sido coibido eficientemente nem mesmo nos poucos locais (municípios e estados) que possuem leis administrativas antidiscriminatórias. Logo, mesmo a ideologia do Direito Penal Mínimo demanda pela criminalização da homofobia e da transfobia, visto que temos bens jurídicos relevantes (bens jurídico-penais), a saber, o direito à tolerância, à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, bem como pelos demais ramos do Direito não estarem se mostrando suficientes para protegê-los (como provam Estados com leis estaduais administrativas antidiscriminatórias que não conseguem coibi-las a contento, como no caso de São Paulo e sua Lei Estadual 10.948/01), donde temos inconstitucionalidade por proteção insuficiente pela não-criminalização específica da homofobia e da transfobia (princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção insuficiente, já reconhecido por doutrina e jurisprudência<sup>147</sup>).

Os deveres fundamentais de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, a partir da noção de um Estado social de Direito, pautado pela noção ampla de Direitos Fundamentais, não aniquila, mas acrescenta a noção liberal negativa de não-intervenção desse mesmo Estado na vida privada dos indivíduos. Carlos Bernal Pulido aduz que a cláusula de não intervenção passou por mudanças profundas a partir da noção de que a Constituição impõe também deveres inerentes de proteção para e em função dos vulneráveis, como expressão maior dos Direitos Humanos, em compasso com a noção de que Erik Jayme denominou como a *leitmotiv* do Direito Moderno, isto é, a promoção da pessoa humana em sua inteireza. Pulido assim manifesta sobre essa questão:

la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [ ] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la

<sup>146</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 1, p. 1-61, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6080/608065717004/608065717004.pdf>. Acesso em 17. nov. 2022.

<sup>147</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 1, p. 1-61, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6080/608065717004/608065717004.pdf>. Acesso em 17. nov. 2022, p. 16.

esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección” [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan<sup>148</sup>.

Carlos Bernal Pulido ainda introduz o entendimento de que o princípio da proporcionalidade possui um caráter dissuasório da pena e, assim, possui legitimidade para a proteção dos Direitos Fundamentais. Essa posição está em plena compatibilidade com o exarado pela Corte IDH em *Vicky Hernandez vs. Honduras*:

el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. [ ] La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el *Untermassverbot*) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. [...]

O contexto de criminalização da homotransfobia é cercado por essas considerações. Luigi Ferrajoli, teórico do garantismo penal, aborda o tema a partir de duas facetas principais: limites para a intervenção penal e objetividade jurídica das normas incriminadoras. O limite para a intervenção penal, a partir da noção do princípio da proporcionalidade, trabalhada como proibição de excesso. Por outro lado, diante da vulnerabilidade dos grupos sociais, toma corpo o denominado garantismo positivo, nos seguintes termos:

Refira-se ainda que, em ambas Cortes supranacionais, são encontrados julgados com expressa fundamentação no sentido de existir um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos como única forma de evitar a impunidade, tentando-se evitar também a reiteração de condutas lesivas e o desamparo das vítimas e seus familiares. O processo deve ser adequado e idôneo na busca do esclarecimento de crimes. Porém, não há como se visualizar um processo penal sem levar em consideração, necessariamente, (e daí a importância das considerações anteriores a respeito desse tema), os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilização criminal. Mais objetivamente: o processo penal deve ser compreendido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e também de busca da realização das consequências previstas na lei penal (daí a compreensão integral que se fala). Significa que, para cumprir com as exigências decorrentes da proteção de (todos) os direitos previstos

<sup>148</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.126

convencionalmente, “os sistemas jurídico-penais internos devem predispor estrutura de atuação e mecanismos adaptados a prevenir, coibir e sancionar efetiva e eficazmente as lesões verificadas<sup>149</sup>.”

Erik Jayme afirma que o Direito Pós-Moderno é pautado por quatro elementos fundamentais e indissociáveis, a saber: o pluralismo, a comunicação, a narração e a valorização dos Direitos Humanos.<sup>150</sup> O pluralismo diz respeito às muitas fontes jurídicas existentes, aos inúmeros sujeitos que merecem a devida proteção judicial, em aspecto cada vez mais coletivo do Direito e ao diálogo coerente que deve haver entre o Direito Interno e o Internacional, inclusive com a valorização de normas de *softlaw* (consideradas majoritariamente não-vinculantes aos Estados Nacionais, apesar de defendermos o contrário).

A comunicação, por sua vez, é considerada importante, como valor máximo da pós-modernidade. Isso ocorre devido ao fato que há uma valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, valorização do eterno e do transitório, a partir da noção de proteção dos grupos mais vulneráveis da sociedade. A narração, por outro lado pretende criar normas não apenas que visem regular condutas, mas sim aquelas que narram seus objetivos, seus princípios e suas finalidades, positivando os objetivos do legislador com o intuito de auxiliar na interpretação e no efeito útil das normas.

A última característica do Direito pós-moderno defendida por Erik Jayme é o que ele denomina como “*retour des sentiments*”, ou seja, a procura de novos sentimentos e elementos sociais, ideológicos, religiosos ou de fora do sistema que acabam gerando alguma instabilidade e insegurança jurídicas. Esse processo permitiria a criação e o desenvolvimento de um direito alternativo, pluralista, com a descaracterização do direito positivo e a possibilidade da evolução do verdadeiro *leitmotiv* do Direito pós-moderno, isto é, a promoção dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos seriam as novas normas fundamentais de organização da sociedade. Sem eles, o Estado perderia o seu papel social e não teria limites concretos para o cometimento de determinados abusos, impedindo o fortalecimento da igualdade material. Sobre esse tema, Cláudia Lima Marques arremata que:

até o abalado Direito, em plena crise da pós-modernidade, revivida a Utopia, preenche-se de novos valores do “Zeitgeist” e renasce como instrumento de procura da Igualdade, da Justiça, do respeito ao outro, ao diferente, ao mais fraco, respeito e

---

<sup>149</sup> PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. **As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 69.

<sup>150</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme**. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

tolerância com a identidade cultural do outro. Saudar Erik Jayme é saudar o que há de bom no Direito: compromisso com a realidade e sonho de uma sociedade melhor!<sup>151</sup>

No caso *Gomes Lund vs. Brasil e Herzog vs. Brasil* essas questões foram novamente trazidas à baila pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial em relação ao dever de investigação e punição dos crimes atentatórios a dignidade humana. Fernanda Bragatto afirma que fundamental é, na análise dessas graves violações de Direitos Humanos, que se proponha garantias de não-repetição, a partir da premissa de investigação e punição dos violadores de Direitos Humanos:

As garantias de não repetição, como, por exemplo, a investigação das violações e punição dos ofensores, são fundamentais sob a ótica da prevenção, visto que elas são responsáveis por conscientizar a população das graves violações perpetradas e, assim, evitar a sua reincidência. Logo, essas medidas são indicadas nos casos em que se vislumbra uma reiteração da conduta delituosa, visto que possuem um viés majoritariamente preventivo<sup>152</sup>.

Fernanda Bragatto afirma que o direito à memória é um elemento importante da construção dos Direitos Humanos e da proteção das minorias raciais, pois evita a perpetuação da violência e o aviltamento da Dignidade Humana:

Pode-se, em poucas linhas, dizer que a memória é um direito humano porque a sua ausência responde, em grande parte, pela perpetuação ou repetição dos atos de violência e de barbárie já vistos no passado e, portanto, pela multiplicação de vítimas. Evidentemente que a violência não tem sua causa apenas no fato de que ela foi esquecida, seus perpetradores do passado ficaram impunes e as vítimas injustiçadas, o que significa dizer que não foram suficientemente rememoradas. A violência é um fenômeno com muitas causas e não é apenas encorajada pela certeza da impunidade ou pelo esquecimento, mas fundamentalmente pela absoluta desconsideração do outro<sup>153</sup>.

Diego Nunes e Jonathan de Jesus complementam a ideia a partir da noção de que, paulatinamente, o direito à memória (aqui relacionado com o tema da Justiça de Transição e das vinculações penais dela derivadas) foi alcançando um patamar no Direito Internacional, a partir, por exemplo, da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972, na

---

<sup>151</sup> MARQUES, C. L. Laudatio para Erik Jayme - Memórias e Utopia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 2, n. 4, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49218>. Acesso em: 17 nov. 2022.p. 688.

<sup>152</sup> BRAGATO, F. F.; COUTINHO, Isabella Maraschin . A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso julia gomes lund pela corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, p. 125-142, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1594/1550>. Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>153</sup> BRAGATO, F. F.; COUTINHO, Isabella Maraschin . A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso julia gomes lund pela corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, p. 125-142, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1594/1550>. Acesso em: 20 dez. 2022.



sua 17ª sessão, e que inovou ao adotar a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural em seu artigo 4º.

Apona, ainda que, implicitamente, há a necessidade de preservar a memória e a História para as futuras gerações. Compreender isso é fulcral para a mudança do entendimento de que vidas LGTQIAPN+ não importam, são descartáveis e que há um mero simbolismo em eventual criminalização da homotransfobia no Brasil e para a ideia de que, fortalecendo o Direito Internacional, a partir de um diálogo concatenado com o Direito Constitucional interno seria possível mudar esse cenário. Esse diálogo concatenado, na perspectiva do constitucionalismo multinível, também pode ser fundamentado a partir da Declaração de Durban, da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Raciais, que dispõe o seguinte:

Notamos, na interpretação do parágrafo da Declaração, que se deve garantir o direito humano à memória, como forma de se evitar a perpetuação de discriminações de ordem racial. Do apontamento da declaração, observa-se a importância dada em se conhecer o passado, com o objetivo de evitar a repetição do racismo e a intolerância racial no presente e no futuro. O direito humano à memória, para além de reivindicar o acesso e a conservação dos bens do passado, demonstra, nessa declaração, uma perspectiva reconciliatória na busca da não repetição. Na América, os trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos também têm evidenciado a existência do direito humano à memória; embora o tema tenha momento específico no presente trabalho, o que se pode adiantar é que se observa, na forma dos julgamentos das leis de anistia como a do Brasil e da Argentina, uma preocupação com o direito humano à memória, na busca de que a “cultura do esquecimento” não impere nesses países latinoamericanos<sup>154</sup>.

O dever de criminalização das condutas homotransfóbicas, portanto, é um imperativo constitucional e convencional.

No plano interno, a Constituição Federal representa, ao mesmo tempo, um limite material, uma fonte valorativa e um fundamento normativo do Direito Penal. Isso também ocorre em relação aos Tratados Internacionais, principalmente por serem incorporados aos ordenamentos internos dos países, pois, além de autorizar a criminalização de determinadas condutas, determinam, um sentido de proporcionalidade das condutas cometidas, a partir da construção de um verdadeiro Direito Penal dos Direitos Humanos.

No caso *Gomes Lund vs. Brasil* isso ocorreu, pois houve a determinação de que se criminalizasse, punisse e investigasse condutas que visaram o desaparecimento forçado de pessoas, com o intuito de prevenir futuros atos ilícitos da mesma natureza. Além disso, a

---

<sup>154</sup> NUNES, Diego; ALVES, Jonatan de Jesus Oliveira. Fundamentos do Direito Humano à Memória no Constitucionalismo Global. *Latin American Human Rights Studies*, Goiânia, v. 1, n. 1, p. 1-17, jan. 2021, p.13. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/lahrs/article/view/69420/36798>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, determina em seu artigo 4.1 que:

1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.
2. Cada Estado Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade<sup>155</sup>.

Novamente voltando aos debates sobre as diferenças entre responsabilidade internacional dos Estados e dos particulares, interessante é destacar que não há diferenças objetivas quando, por exemplo, atos de tortura são cometidos por funcionários públicos ou pessoas comuns. Destaca-se, nessa análise, que deve ser protegido a dignidade humana e os Direitos das vítimas envolvidas nesse processo. A diferença entre esses dois tipos de responsabilidade é meramente retórica e didática, não podendo ser considerada de maneira absoluta pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais no seu processo legiferante criminal.

Em relação aos crimes raciais, o Direito Internacional também caminha nesse sentido, de determinar e autorizar medidas penais para a criminalização de condutas atentatórias contras as minorias raciais (hoje também consideradas as minorias sexuais como raças socialmente construídas). A Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em seu artigo 4º determina que os Estados Nacionais assim devem proceder:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar à discriminação racial e que a encorajar e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades. c) a não

---

<sup>155</sup> BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 6.085 de 19 de abril de 2007. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da União**, 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm). Acesso em 20 dez. 2022.

permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial<sup>156</sup>.

A Convenção de Belém do Pará, importante instrumento já destacado no presente trabalho, também possui disposições vinculantes em termos de matéria penal, nos seguintes termos:

### **CAPÍTULO III**

#### **DEVERES DOS ESTADOS**

##### **Artigo 7**

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção<sup>157</sup>.

Todas essas considerações permitem afirmar que há na catarse entre Direito Constitucional e Direito Internacional, um verdadeiro diálogo hermenêutico voltado à

---

<sup>156</sup> BRASIL. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_int\\_eliminacao\\_disc\\_racial.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminacao_disc_racial.htm). Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>157</sup> BRASIL. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará**, 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

promoção da dignidade humana, inclusive em matéria penal. Há, conforme analisado, na Constituição e nos Tratados Internacionais analisados a emanção de deveres constitucionais e convencionais de criminalização de determinadas condutas atentárias aos Direitos Humanos. Racismo, homotransfobia, desaparecimento forçado, tortura e assassinatos são condutas abjetas e reprimidas pelo Direito, em especial o Direito Penal. A Corte IDH caminha nesse sentido, conforme apontado, há algumas décadas, apesar de que alguns excessos ou imprecisões terminológicas podem ser apontados e serão melhor estudados no capítulo 3.

Contudo, não há como negar que o caminho adotado pelo Sistema Interamericano e pelos diálogos que devem ser adotados entre esse sistema regional de proteção com a Constituição Federal de 1988 e o próprio STF na ADO 26 e no MI 4733 demonstram a necessidade jurídica e social de criminalização da homotransfobia. Apesar das críticas, respeitáveis em sentido contrário, a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são fontes legítimas (ou vinculam os Estados nesse sentido) para a criminalização de condutas, dentre as quais, a homotransfobia.

No capítulo 3, diante do aqui abordado, será melhor debatido as teorias e a forma que os Tratados Internacionais são recepcionados pela ordem jurídica interna. Ademais, a partir da teoria de autores como Flávia Piovesan (e do seu importante trabalho na Comissão Interamericana de Direitos Humanos na relatoria sobre direitos das pessoa LGTQIAPN+), da professora Melina Girardi Fachin e o seus estudos sobre o constitucionalismo multinível e feminista e com uma aprofundamento da teoria Aníbal Quijano e de Maria Lugones, abordar-se-á, de maneira mais detida, a situação das minorias sexuais no Sistema Interamericano e os desafios do constitucionalismo para o enfrentamento do preconceito e do racismo homotransfóbico na América Latina e no Brasil para as próximas décadas.

## CAPÍTULO 3

### **1-Os desafios para a efetividade da criminalização da homotransfobia: a insuficiência da decisão do Supremo e os entraves extrajurídicos para a construção da cidadania LGTQIAPN +**

As questões inerentes ao processo de criminalização da homotransfobia são complexas e envolvem temas atinentes não somente ao Direito, mas também à História e à memória das vítimas da violência, do descaso e da ausência de responsabilização de quem atenta contra a vida e à dignidade dessas pessoas. É por essa razão que esse trabalho adentrou de maneira

relevante sobre os debates existentes no SIDH acerca da Justiça de Transição brasileira e Latina, em especial devido aos contextos fáticos existentes no caso *Vicky Hernandez vs. Honduras*. Nos últimos anos, em especial no contexto brasileiro, houveram mais retrocessos ainda no processo transicional brasileiro, em especial para as minorias raciais e sexuais, frontalmente atacadas pelo governo brasileiro.

Esse processo é assim conceituado por Eneá de Stutz e Almeida e Marcelo Pires Torreão:

Parte da sociedade brasileira ainda não foi capaz de compreender que a prestação de contas, em qualquer extensão, daqueles que violaram direitos humanos em regimes autoritários não consiste em revanchismo; mas sim em medida de justiça, que reflete um conteúdo de perdão, na concepção de François Ost. Se a construção de qualquer memória social pressupõe uma seletividade entre lembranças e esquecimentos, importa que, nesse caminho, não sejam olvidadas as greves, as lutas e os movimentos sociais, que norteavam a busca de uma democracia constitucional e de uma sociedade mais justa em tempos de exceção. Tampouco se pode deixar de oferecer o devido reconhecimento àqueles indivíduos singulares, que dedicaram desde a dignidade até a própria existência para alcançar um objetivo democrático<sup>158</sup>

Esse processo de deteriorização dos poucos avanços da justiça transicional brasileira reflete diretamente na qualidade da democracia brasileira. Há uma naturalização e revisão histórica pautadas por reviver o golpe de 1964, a radicalização e a intolerância, assimilação de uma anistia política pautada pelo esquecimento que, principalmente, naturaliza a morte e a violência como naturais para combater determinados sujeitos vistos como “inimigos do Estado”, em total descompasso com os compromissos assumidos pelo Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, destoando de consensos que deveriam fundamentar e vincular a nossa democracia.

Paulo César Corrêa Borges, em artigo intitulado “A Tutela Penal dos Direitos Humanos”<sup>159</sup>, afirma que a visão garantista do Direito pressupõe necessariamente que o legislador deve pautar a sua atuação a partir de um critério de vulnerabilidade das pessoas atingidas por determinado delito. Logo, dialogando com o trecho de Camargo acima, para que haja, sob o ponto de vista da efetiva proteção penal dos Direitos Humanos, o critério é o da objetividade penal, ou seja, imprescindível, quando constatadas sistemáticas violações aos Direitos dos grupos vulneráveis, em aliança com a respectiva impunidade dos perpetradores desses crimes e com a tutela penal ficará justificada.

---

<sup>158</sup> ALMEIDA, ENEÁ DE STUTZ E; TORREÃO, Marcelo Pires . O Tempo da Justiça de Transição no Brasil. **HISTORIA CONSTITUCIONAL (OVIDO)**, p. 690-716, 2021. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/692,p.792> . Acesso em 27 dez. 2022.

<sup>159</sup> BORGES, P. C. C. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 12, n. 134, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15059/9457>. Acesso em: 24 jun. 2022.

A homotransfobia se enquadra nessa perspectiva. Inviável seria crer o contrário, em especial nos países da América Latina (o Brasil, por óbvio, incluído) que mais matam a comunidade LGTQIAPN+<sup>160</sup>, em descompasso com todo o arcabouço normativo-protetivo existente no Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. Retomando a posição do STF sobre essa questão, verifica-se que a definição física, diante do contexto do crime de racismo, não é a única característica que pode definir a exatidão e amplitude do termo. Esse é o entendimento a seguir exarado:

Com efeito, com base nas relações entre “raça” e “racismo”, o racismo seria teoricamente uma ideologia essencialista que postula a divisão da humanidade em grandes grupos chamados raças contrastadas que têm características físicas hereditárias comuns, sendo estes últimos suportes das características psicológicas, morais, intelectuais e estéticas e se situam numa escala de valores desiguais. Visto deste ponto de vista, o racismo é uma crença na existência das raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural. O racista cria a raça no sentido sociológico, ou seja, a raça no imaginário do racista não é exclusivamente um grupo definido pelos traços físicos. A raça na cabeça dele é um grupo social com traços culturais, linguísticos, religiosos, etc. que ele considera naturalmente inferiores ao grupo ao qual ele pertence. De outro modo, o racismo é essa tendência que consiste em considerar que as características intelectuais e morais de um dado grupo, são consequências diretas de suas características físicas ou biológicas<sup>161</sup>.

Os Direitos Humanos Fundamentais, conforme baliza do Estado Democrático de Direito, são frutos de lutas de grupos sociais discriminados e excluídos de uma cidadania plena. Conforme leciona o professor Paulo César Corrêa Borges<sup>162</sup>, a democracia implica, necessariamente, na inclusão de todas as pessoas às condições mínimas de existência digna e, por isso em países como o Brasil em que a desigualdade social é gritante e, portanto, deve ser combatida para a gradual implementação da igualdade material, em busca da cidadania plena.

Esse contexto de enorme desigualdade social, obrigou que diversos movimentos sociais, compostos por grupos hipervulneráveis da sociedade, como os negros, LGTQIA+ , mulheres, idosos, dentre outros, iniciassem um árduo processo de luta e compromisso para e com o Estado Democrático de Direito, com pautas e projetos que visam o combate às desigualdades e dilemas estruturais da sociedade brasileira, dentre os quais são destacados: racismo, machismo, homotransfobia, desigualdade de classe e renda.

---

<sup>160</sup> Cf. <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/126.asp>.

<sup>161</sup> MUNANGA, K. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, A. A, p. (Org.). **Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira**. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense. 2004.

<sup>162</sup> BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal Democrático**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

Todas essas questões estão intrinsecamente relacionadas ao contexto histórico da sociedade brasileira, notadamente marcada, como aduz, José Murilo de Carvalho<sup>163</sup>, pela escravidão e o seu infeliz legado para as futuras gerações. Além disso, os arroubos autoritários vivenciados pelo país, em especial no século XX, com as ditaduras Vargas e Militar, impediram a construção de uma sociedade efetivamente justa, livre e igualitária. O livro de José Murilo de Carvalho, “Cidadania no Brasil: o longo caminho” traz uma perspectiva histórica e detalhada da construção da cidadania no Brasil a partir dos seus principais períodos históricos e dos sujeitos envolvidos nesse processo. O autor divide a história do Brasil entre Império (1822-1889) e Primeira República (1889-1930), considerando, na verdade, esse período como algo único e coeso, pois não houve alterações substanciais para a população com o advento da República.

O autor afirma que o fim da escravidão foi a única mudança significativa entre o fim do Império e início da República. Contudo, a maioria da população era analfabeta e miserável continua submissa aos interesses dos grandes latifundiários, a partir da manipulação dos Direitos das pessoas e de um consentimento das elites para as classes mais pobres.

Logo, conforme afirma o autor, citando Thomas Humprey Marshall<sup>164</sup>, diferente da Inglaterra, em que houve uma sequência lógica de desenvolvimento dos Direitos da Cidadania, a partir da seguinte tríade linear: primeiro vieram os Direitos Civis, no século XVIII, depois, no século XIX, surgiram os Direitos Políticos e, depois, apenas no século XX é que surgiram os Direitos Sociais. Além de ser sequência cronológica, ela é lógica, pois foi com base nos direitos civis que os ingleses reivindicaram o direito de votar e, a partir disso, permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que introduziram os Direitos Sociais.

Contudo, há uma exceção apontada pelo próprio Marshall: é a educação popular que permite as pessoas tomarem consciência dos seus Direitos e, a partir disso, se organizarem pela luta por eles. A ausência de uma população educada é um dos principais gargalos existentes na promoção da cidadania civil e política. Logo, no Brasil houve duas mudanças importantes em relação ao modelo inglês: há no país uma maior ênfase nos Direitos sociais em detrimento dos outros, isto é, os Direitos Sociais apareceram primeiro na História do Brasil. Os Direitos Civis e políticos precisaram de um tempo maior para a sua consolidação, em um processo ainda em construção até os dias atuais.

---

<sup>163</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

<sup>164</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1967

Durante a primeira República, a partir dos conceitos de “cidadania operária” e “cidadania negativa”, José Murilo de Carvalho trabalha com a noção de que o surgimento de uma classe operária urbana teria papel decisivo na formação de cidadão mais ativos, com forte presença da população negra (como no Rio de Janeiro), imigrantes europeus (como em São Paulo) ou ainda com a presença de ideias anarquistas trazidas pelos europeus às fábricas brasileiras. Contudo, a existência de diversas correntes dentro do operariado impediu que esse movimento ganhasse contornos mais robustos.

Após isso, o autor trabalha o período que denomina de “Marcha Acelerada” (1930-1964), um passo atrás, um passo adiante (1964-1985) e a cidadania, após a redemocratização, (1985- dias atuais). O período da Marcha Acelerada corresponde à Era Vargas e à experiência democrática posterior, em que houve significativos avanços nas áreas sociais, com a primeira medida tomada pelo governo Vargas com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e depois de alguns anos, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1943. Porém, o período foi marcado pela Ditadura do Estado Novo. Após isso, e, a partir da democracia inaugurada em 1946, episódios comuns que buscaram vergastar a ordem democrática impediram um maior desenvolvimento dos direitos anteriormente conquistados e da fruição e inclusão dos grupos vistos como “desviantes” daquilo que a maioria conservadora enxergava como correto.

Relembrar, portanto, trecho do discurso do deputado Ulysses Guimarães, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, é fundamental:

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia”. Ainda complementou: A sociedade foi Rubens Paiva, não os fascinóras que o mataram.

Aqui é evidenciado que o processo de lutas por e pelos Direitos Humanos não é um processo estanque, positivado em leis e textos. É, na verdade, fruto do seu tempo e, como tal, representam os anseios dos grupos vulneráveis por inclusão, formulação de políticas públicas e da promoção da dignidade humana enquanto cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Mais de 30 anos depois, essas palavras ecoam como verdadeiro amálgama do que verdadeiramente deve ser compreendido como Estado Democrático de Direito. Conforme acertadamente critica David Sanches Rúbio<sup>165</sup>, há a imposição de determinados “trajes”

---

<sup>165</sup> RUBIO, David Sánchez. Sobre el concepto de “historización” y una crítica a la visión sobre las (des)-generaciones de Derechos Humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa. **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. Franca: Cultura Acadêmica, 2011, p. 7-238.



universais e que se encaixam a todas as pessoas, independentemente da origem, classe, raça, gênero, dentre outros.

Contudo, é necessário a visão de que os Direitos Humanos, são processos históricos, pautados pela busca de justiça para a parte débil e oprimida das relações jurídicas. Assim sendo, possuem como objetivo principal tentar superar a realidade negadora desses Direitos, em uma visão transformadora da sociedade. Logo, a classificação teórica que apenas que categorize os Direitos Humanos em processos estanques de uma visão geracional, esvazia a sua historicidade e os processos de luta dos grupos marginalizados em busca de uma cidadania plena.

Jurgen Habermas<sup>166</sup> é um dos filósofos mais importantes da atualidade. Sua obra pode ser dividida em dois grandes momentos, a saber: o primeiro (até o final dos anos 1960), vinculado aos ideais da Escola de Frankfurt e da influência do movimento marxista, hegelianista e ao movimento da teoria crítica, em contato com autores como Theodor Adorno e Horkheimer. Após isso, o autor começa a dialogar com pensamentos liberais e do pragmatismo, operando a partir de uma virada linguística que permite a construção da sua teoria do agir comunicativo, que possui implicações diretas para o Direito.

O agir comunicativo é, portanto, para Habermas, um relacionamento INTERSUBJETIVO entre os indivíduos e a sociedade. Logo, o agir comunicativo é uma teoria fundamental para compreender o Direito, a economia, a política e a democracia, a partir da construção do consenso como elemento fundamental para o convívio em sociedade, a partir de um meio (*medium*) universal que estabelece uma ligação entre todos os indivíduos da sociedade.

A interação comunicacional existente na sociedade é realizada a partir de um construto denominado por Habermas como o “mundo da vida”, isto é, relações culturais que estruturam e dão significados aos sujeitos e referências aos sujeitos quando inseridos nos espaços sociais, seja em relação à natureza e à produção dessas relações. Pelo exposto, a verdade se constrói pelo processo comunicacional, ou seja, o nível comunicacional passa a ser o próprio FUNDAMENTO da própria construção social. Logo, o mundo da vida é importante instrumento no qual é possível estabelecer o consenso ou coesão dentre as mais diversas práticas comunicativas cotidianas.

Essa interação ocorre a partir da construção de uma razão comunicativa universal. Logo, Habermas não abandona a modernidade, pois se mantém na seara da construção da razão e da construção de enunciados universais. A partir do exposto, é que o Direito e a democracia são elementos aptos para a construção dos consensos universalizáveis.

---

<sup>166</sup> NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

A Filosofia de Habermas não é revolucionária igual à marxista, porém também não é conservadora, por admitir mudanças a partir de um pensamento reformista ligado a valores progressistas. Logo, garantir condições iguais de comunicabilidade para todos os atores sociais é fundamental para que possam efetivamente garantir, a partir de um juspositivismo ético, garantir um agir democrático e garantir a implementação de uma ordem jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais.

Assim sendo, para a configuração correta entre a sociedade e o mundo jurídico é necessário a existência de dois níveis importantes. O primeiro é referente à possibilidade do Direito radicalizar a democracia e as suas instituições, pois o Direito está relacionado com o plano moral, malgrado não dependa dele para existir. Já em um segundo nível, as instituições políticas e jurídicas, ao dialogarem com a sua formação histórica, buscam elementos que fomentam a democracia, a partir de um jogo dialético entre o Direito e a sociedade. Logo, para a construção da democracia, é fundamental a interação do agir comunicativo, que fundamenta e vincula os conteúdos e a estrutura do Direito.

As normas jurídicas são, portanto, construtos de um consenso e de ordens argumentativas referenciadas pelo mundo da vida, produzindo acordos na vida política e social. A partir dessas construções, Habermas defende uma cidadania cosmopolita, voltada na tentativa de construção de uma sociedade global, com a progressiva construção de uma interação internacional cosmopolita, confederativa e democrática, a partir da articulação entre Estados, grupos sociais e indivíduos

Diante do exposto até aqui, fundamental é complementar que a ideia de o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem redimensionando a questão das lutas dos grupos marginalizados por proteção e promoção da cidadania. Em especial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é observado uma atuação proativa em prol da promoção da cidadania de mulheres, negros, LGBTQIAPN+ , crianças, idosos, a partir da construção de uma jurisprudência protetiva e na noção e do enquadramento da hipervulnerabilidade e das interseccionalidades opressivas presentes na realidade desse grupos sociais.

Logo, é preciso compreender que a necessidade de uma proteção efetiva, tanto em âmbito pré-violatório, quanto no pós-violatório, a partir da visão de Flávia Piovesan, de que os Direitos Humanos não são um dado, mas um construto, sendo fundamental para a promoção da cidadania enquanto elemento norteador do Estado democrático de Direito.

Demonstrado esse longo caminho para a construção dos direitos no Brasil, fica exemplificado a dificuldade de tutela das minorias sexuais no país. Situação que anteriormente era grave, passou por um processo de deteriorização ainda maior, em descompasso com os

compromissos constitucionais e convencionais que o Brasil possui. Esses atos de popularização de frases, atos e políticas públicas voltadas ao extermínio ou à execução social de determinadas pessoas em detrimento de outras, são o veneno da democracia latino-americana. O único antídoto é o fortalecimento de instituições e práticas voltadas para a promoção do cerne do constitucionalismo moderno, à pessoa humana, em sua inteireza, respeitando seu modo de ser único, gostos, sentimentos, vontades, preferências, ou seja, a sua existência enquanto projeto de vida.

A Jurisdição Constitucional e Convencional deram as suas contribuições para o debate. Evidentemente, os Tribunais e os seus componentes não estão imunes às críticas. Contudo, conforme foram observados nas decisões da Corte IDH e do STF, há uma coerência hermenêutica penal, pautada por escolhas legítimas dos poderes constituídos pelo voto popular, Legislativo e Executivo, a partir do texto constitucional e do Pacto de São José da Costa Rica, em proteger minoriais a partir da vinculação ao Direito Internacional Penal. Os Tratados Internacionais e a Constituição são, portanto, fontes primárias que, ao mesmo tempo que limitam os legislativos nacionais, os vinculam no sentido de produção de leis penais. Na prática social, como demonstrado, a realidade é outra. Os mandamentos legais são sempre desrespeitados.

A mentalidade do atraso e do retrocesso, escondida por décadas após os anos ditatoriais de 1964-1985, voltou como uma solução rápida e faceira para os problemas nacionais. Isso ocorre a partir de uma noção moral religiosa deturpada do que seja “família, pátria, Deus ou Liberdade”. O hálito putrefato de 1964, com o seu legado de morte e violência, continua a solta, como nunca antes. Negar essa realidade e esperar, calmamente, por ações concretas de Poderes carcomidos por esse espírito é relegar as minoriais sexuais ao completo abandono e à falta de reconhecimento.

Contudo, há avanços importantes para tentar alterar esse quadro. A Comissão e a Corte Interamericana vem dando contribuições que serão melhor detalhadas no item 3.2, a partir de textos de Flávia Piovesan, Melina Fachin e dos relatórios da Comissão Interamericana sobre os direitos das pessoas LTQIAPN+, sempre em diálogo com os casos internacionais anteriormente citados e a jurisprudência do STF, após uma breve introdução das relações de gênero e sexualidade a partir da teoria de Boaventura de Sousa Santos, Aníbal Quijano e Maria Lugones.

### 3.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como normas penais incriminadoras: possibilidade jurídica e críticas doutrinárias a partir de uma hermenêutica da Corte IDH

Antes de iniciar uma exposição mais detida sobre a possibilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos atuarem como normas penais incriminadoras, é necessário estabelecer, em linhas gerais, o conceito de um Tratado Internacional, um breve antecedente histórico, a importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o seu processo de entrada em vigor e como esses Tratados vinculam os Estados. Esclarecer essas questões é importante para que, a partir de uma noção geral sobre o tema, seja possível estabelecer os contornos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as suas possíveis relações com o Direito Penal e a criminalização da homotransfobia em território nacional, a partir da vinculação ou não do Direito brasileiro às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os diálogos existentes com a Constituição Federal de 1988.

Postas essas premissas iniciais, inicia-se o debate sobre os Tratados Internacionais, de uma maneira geral, a partir de uma breve contextualização histórica, passando por uma definição mais precisa do termo. Essas definições e conceitos ocorrerão sempre com arrimo na obra “Direitos dos Tratados”<sup>167</sup> de Valério de Oliveira Mazzuoli e, em menor extensão, no livro de Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*<sup>168</sup>. Essas serão as referências fundamentais para o disposto a seguir.

A origem dos Tratados remonta de tempos antigos, tendo os seus primeiros contornos delineados há mais de 12 séculos a.C. Essa origem, por sua vez, derrama até os dias de hoje algumas influências no processo de formação e elaboração desses importantes instrumentos internacionais, a partir de uma noção de direito costumeiro, desde a antiguidade até meados do século XX. O primeiro instrumento celebrado de maneira bilateral foi aquele firmado entre o Rei dos Hititas, Hattusil III, e o Faraó egípcio da XIX<sup>a</sup> dinastia, Ramsés II, por volta de 1280 e 1272 a.C e que pôs fim a guerra nas terras sírias (conhecida como Batalha de Kadesh). Desde essa época, começaram a serem desenvolvidos princípios basilares para a formação dos Tratados Internacionais, como: o livre consentimento, a boa-fé e o princípio do *pacta sunt servanda*.

Contudo, conforme avança Mazzuoli em sua análise, a partir de 1815, foi iniciado um processo de fortalecimento da solidariedade internacional, que começou a operar especialmente a partir da criação dos chamados tratados multilaterais e, a partir do início do século XX, no

---

<sup>167</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>168</sup> REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Forense, 1984.

surgimento das organizações internacionais de caráter permanente, às quais passaram a também deter a capacidade de celebrar, ao lado dos Estados. Com essas questões, aliadas ao fato do reconhecimento dos Tratados Internacionais como fontes do Direito Internacional, surgiram a necessidade de codificar o Direito dos Tratados. Fundamental, para isso, foi a manutenção da paz, da igualdade de Direitos, da livre determinação dos povos, da igualdade soberana e independência dos Estados, sem prejuízo do respeito universal dos Direitos Humanos, esculpidos no artigo 1º, itens 1,2,3 e 4 da Carta das Nações Unidas.

Esse processo culminou com a edificação da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, também conhecida como Lei dos Tratados, Código dos Tratados ou Tratado dos Tratados. A Convenção regula aspectos relacionados a questões pré-negociais, até o processo de formação desses instrumentos. Uma das mais importantes determinações da Convenção é a constante no artigo 26, que determina que os contratos devem observar o princípio do *pacta sunt servanda* e de que não é possível utilizar disposições do Direito interno para obstar o cumprimento dessas normas internacionais.

A partir dessas noções fundamentais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados teve como preocupação precípua definir, de maneira mais acurada, o conceito de Tratado Internacional, que nos termos do artigo 2º, §1º, é assim conceituado:

Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qual quer que seja sua denominação específica<sup>169</sup>.

O texto da Convenção é claro ao definir os Tratados Internacionais como “acordos internacionais”. Por serem os Tratados a principal fonte do Direito Internacional Público, são um instrumento de veiculação de regras jurídicas, preocupando quais serão os efeitos de direitos que serão estabelecidos para as partes signatárias.

Logo, os Tratados Internacionais são estabelecidos a partir de acordos, celebrados por escrito, concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, regido pelo Direito Internacional, celebrado em instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos. Há, contudo, alguns termos que também são ligados aos Tratados Internacionais, tais como: convenções, pacto ou acordo, geralmente sinônimas.

Estabelecidas essas questões iniciais, importante é esclarecer qual o processo de formação e celebração dos Tratados, em especial aqueles que versam sobre Direitos Humanos. Para Francisco Rezek, por exemplo, é necessário, obrigatoriamente, a vontade emanada por

---

<sup>169</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43.

dois Poderes da República, através do Executivo e o Legislativo, tal como descreve o processo de incorporação dos Tratados no ordenamento interno, em especial com a participação do Presidente da República nesse processo:

Concluída a negociação de um tratado, é certo que o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. Ressalvada a situação própria das convenções internacionais do trabalho,<sup>13</sup> ou alguma inusual obrigação imposta pelo próprio tratado em causa, tanto pode o chefe do governo mandar arquivar, desde logo, o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter, quando melhor lhe pareça, o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Esse abono, porém, não o obriga à ratificação<sup>170</sup>.

Esse complexo processo de negociação, formação e incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos demonstra forte participação dos poderes democraticamente eleitos, Legislativo e Executivo. Isso demonstra que abertura do Direito Constitucional brasileiro aos ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos é um processo aberto, democrático, diverso e plural, voltado a dar oxigenação aos processos deliberativos de tomada das decisões aptas a repercutir na vida social, como um todo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui entendimento consolidado no sentido de que é inviável, por meio dos tratados internacionais de Direitos Humanos, instituir normais penas incriminadoras, sob pena de afronta ao postulado da reserva legal e do princípio da legalidade estrita em matéria penal.

Contudo, tal entendimento não encontra guarida na própria jurisprudência da Corte, acerca da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que afirma o caráter supralegal ou constitucional dessas fontes normativas, nos seguintes termos:

No julgamento do RHC 121.835/PE, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, ratificando a sua jurisprudência, assentou que tratado internacional não pode estabelecer norma penal incriminadora, sob pena de violação ao princípio constitucional da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX), de modo que, internamente, só por meio de lei ordinária ou outro ato normativo de nível superior seria possível instituir-se normas penais. Discutiu-se, ali, se seria possível considerar configurado o crime de lavagem de dinheiro, que, como delito derivado, pressupõe a existência de um crime principal, no caso, o de organização criminosa, valendo-se, para tanto, da definição encontrada na Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004)<sup>171</sup>.

<sup>170</sup> REZEK, J. F. PARLAMENTO E TRATADOS INTERNACIONAIS: O MODELO CONSTITUCIONAL DO BRASIL. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, [S. l.], v. 14, n. 14.1, p. 40–72, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/493>. Acesso em: 16 nov. 2022.

<sup>171</sup> QUEIROZ, P.; MAZZUOLI, V. DE O. Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais. *Revista FIDES*, v. 7, n. 2, 30 dez. 2017, p. 81. Disponível em: <http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/282>. Acesso em: 13 fev. 2022.

A tese da supralegalidade pode ser assim conceituada:

Pelo entendimento do STF, a norma imediatamente abaixo do inc. LXVII do art. 5.º da CF/1988, é o pacto de San José que não tutela a pretensão de prisão de depositário infiel. O pacto foi recepcionado como norma supralegal – foi recepcionado antes da EC 45/2004 – e é incompatível com as normas inferiores, leis como o Código Civil, o Código de Processo Civil e outras. Somente restou a possibilidade de prisão por dívida no caso de inadimplemento de prestação alimentícia (HC 92.566/SP): “Prisão civil. Penhor rural. Cédula rural pignoratícia. Bens. Garantia. Impropriedade. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia” (j. 03.12.2008, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 05.06.2009) (BRASIL, STF, on-line). De outra sorte, as normas de Direitos Humanos já processadas com o advento da EC 45/2004 serão alçadas ao status de norma constitucional. Isso como decorrência imediata da nova forma processual prevista no § 3.º do art. 5.º da CF/1988. Já se pode mencionar o documento aprovado pelo Decreto Legislativo 186/2008, e o Dec. 6.949/2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo<sup>172</sup>.

Diante esse entendimento, inviável seria compreender que a homotransfobia não poderia ser considerada conduta atualmente tipificada, diante do aparato normativo e jurídico existente no âmbito dos Direitos Humanos e no contexto dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O debate entre essas teorias ocorria nos seguintes termos:

Diante desta profusão normativa, doutrina e jurisprudência o entendimento sobre a matéria flutuava entre as seguintes sendas teóricas sumariadas no voto do Ministro Gilmar Mendes em anexo: (i) corrente que, com inspiração na teoria monista de Hans Kelsen, reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais; (ii) vertente que identifica natureza constitucional dos tratados internacionais; (iii) doutrina que, diante do mecanismo de incorporação dos tratados ao direito interno, advoga pela natureza infraconstitucional dos tratados internacionais com status de lei ordinária federal e, por fim, (iv) interpretação que dá aos tratados caráter natureza supralegal, mas infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos com base no artigo 5º e seus parágrafos<sup>173</sup>.

Assim sendo, decisões como as emanadas pela Corte IDH na Opinião Consultiva 24 e no caso Vicky Hernández vs. Honduras, vinculariam o Estado no sentido de combater a homotransfobia, tanto na esfera judicial penal quanto na esfera cível e extrajudicial, com formulação de políticas públicas coerentes com o escopo do Sistema Interamericano de Direitos

<sup>172</sup> BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; DA ROCHA, Altamirando Pereira. Análise da Jurisprudência do STF Sobre a Forma de Incorporação dos Documentos de Direito Internacional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, pp. 55-76, 2012.

<sup>173</sup> GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha ; FACHIN, Melina Girardi . Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF'. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, v. 2010-2, p. 59, 2010. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2685>. Acesso em: 13 fev. 2022.

Humanos e com uma postura de abertura e diálogo entre Direito Constitucional e Direito Internacional.

Essa é a compreensão:

A combinação entre baixa densidade democrática, desigualdade social e pobreza caracterizam a América Latina. Se temos problemas comuns, as soluções adotadas na região podem impactar positivamente em outras experiências nacionais. Dialogar, torna-se, portanto, fundamental. É esta variação que está na base do *ius commune* latino-americano. Impende esclarecer que este paradigma não é estático e informado por instrumentos vivos que se auto impactam. São os sujeitos que se locomovem nessa nova espacialidade pautada pela lógica emancipatória dos direitos humanos que permitem este alargamento, razão pela qual se torna importante delinear os sujeitos dessas trocas constitucionais<sup>174</sup>.

O estado da arte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos vincula todos os Estados signatários ao Pacto de São José da Costa Rica e a jurisprudência da Corte, seja para adaptar a legislação interna ao princípio da máxima proteção ou para criar obrigações específicas de fazer ou não fazer que garantam essa proteção. Assim o sendo, em um Direito Penal Democrático, lastreado pela promoção dos grupos vulneráveis, os tratados internacionais de Direitos Humanos poderiam, a partir do raciocínio lógico da hierarquia dessas fontes normativas no ordenamento pátrio, atuar como normas penais incriminadoras, ou ao menos, obrigarem os Estados nesse sentido, a promover tais Direitos através de outras políticas públicas inclusivas. É o que assevera Valério de Oliveira Mazzuoli:

Ainda que se considerasse que os tratados (comuns) têm nível de lei ordinária, ainda assim, por questão de coerência, deveria o STF reconhecer que poderiam instituir norma penal incriminadora, pois iguais às leis. Nem se diga, então, os instrumentos internacionais “supralegais” ou mesmo “constitucionais”, que têm mais legitimidade (para além de qualquer lei) para o estabelecimento daquilo que a sociedade internacional entendeu por bem uniformizar. Independentemente, porém, da posição adotada quanto ao status dos tratados de direitos humanos no Brasil, se de norma constitucional ou supralegal, o certo é que, tendo o STF alocado tais instrumentos em nível acima de todas as leis nacionais, não há como raciocinar no sentido de que apenas a lei interna seria apta a criar norma penal incriminadora, pois a Constituição assim determinaria. Nada mais equivocado. Os tratados internacionais têm processo longo de negociação e celebração, ingressando na órbita interna por meio de procedimento complexo, muito mais difícil de se concretizar que o de elaboração das leis nacionais<sup>175</sup>.

Flávia Piovesan<sup>176</sup> defende que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem natureza constitucional. A autora defende esse ponto de vista a partir de algumas

<sup>174</sup> FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e (m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 53-68, 2020. Disponível em: <http://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 06 jun. 2022.

<sup>175</sup> QUEIROZ, P.; MAZZUOLI, V. DE O. Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos Tratados Internacionais. **Revista FIDES**, v. 7, n. 2, 30 dez. 2017.

<sup>176</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2022.



premissas básicas: as Constituições, enquanto vetores do Estado democrático de Direito, devem estar abertas ao ordenamento jurídico internacional como forma de dar azo ao princípio da dignidade humana e à efetivação do Estado Democrático de Direito, sendo que a própria previsão do artigo 5, §2º da Constituição Federal permitiria a inclusão do catálogo de Direitos Humanos como normas materialmente constitucionais, não ficando o ordenamento jurídico pátrio adstrito às normas internas, alargando, portanto, o bloco de constitucionalidade.

A partir dessa análise, a autora propõe uma nova classificação dos Direitos Humanos Fundamentais, a partir da seguinte análise: os direitos expressos na Constituição Federal, em seu artigo 5º e demais artigos, os dos direitos expressos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e os direitos implícitos, decorrentes da própria hermenêutica dos demais Direitos expressos. Compõem, portanto, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, verdadeiro catálogo claro, preciso e fidedigno aos enormes desafios presentes na América Latina na seara dos Direitos Humanos.

Portanto, a correta exegese dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos perpassa a noção da máxima efetividade constitucional, em sentido de proteção e criação de políticas públicas coerentes com os seus textos e com a realidade que circunda as pessoas titulares desses Direitos. O Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção de Belém do Pará, focos desse trabalho, são verdadeiros instrumentos, vivos e vinculantes aos Estados, não apenas na formulação de políticas públicas, mas, também, no processo legiferante do Estado na proteção dos grupos vulneráveis, inclusive em matéria penal.

Isso tanto é fidedigno ao arcabouço jurídico internacional, que conforme aduz André de Carvalho Ramos<sup>177</sup>, os Tribunais Internacionais consideram o Direito Interno como um mero fato, que expressa a vontade do Estado. Assim sendo, sob pena de responsabilização internacional, os Estados devem coadunar o seu ordenamento jurídico interno com a jurisprudência das Cortes Internacionais. O autor ainda avança, ao afirmar, que os Estados não devem apenas observar apenas os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como fontes do Direito Internacional, pois os costumes também são aptos a gerar obrigações específicas, com o intuito de impregnar o Direito Internacional ao Direito Interno, como forma de dar vigência ao princípio *pro persona*.

---

<sup>177</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>178</sup> avança no entendimento que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem natureza constitucional e aplicação imediata. O autor aduz que tais tratados não podem, sequer, sofrer revogação por lei posterior, pois passam a integrar o bloco de constitucionalidade, pois, no artigo 5º, §2º da Constituição Federal há uma dupla e legítima fonte normativa, advinda tanto do Direito Interno quanto do Direito Internacional. Ainda segundo o autor, todos os tratados de Direitos Humanos aprovados nos moldes do artigo 5º, §2º, possuem *status* de norma constitucional. Essa posição foi adotada pelo presente trabalho, por ser a mais acertada, tendo sido encampada pelo voto do Ministro do STF, o decano da Corte, Celso de Mello, que muito bem representa a característica da humanização do Direito Internacional contemporâneo.

Justamente por essa razão, o dever do intérprete dessas normas é o de dar a maior eficácia possível a esses dois sistemas, sob pena de desvirtuar o arcabouço de proteção dos Direitos Humanos. Pode, inclusive, em caso de antinomias marcantes entre essas duas fontes normativas, aplicar ambas as normas, em verdadeiro diálogo de fontes entre Direito Internacional e Direito Constitucional interno, em uma catarse protetiva da pessoa humana<sup>179</sup>.

Cançado Trindade, ainda complementa:

No presente domínio de proteção a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aqueles interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas<sup>180</sup>.

Logo, fica consagrado no posicionamento de Cançado Trindade que o princípio *pro homine* deve ser o norte hermenêutico do Direito Internacional, em consagração ao objetivo de trazer eficiência as disposições desse ramo do Direito.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, jamais foi pacífica sobre o *status* hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme mencionado alhures. Contudo, seja qual for a teoria analisada, a hoje predominante em sede do STF ou aquelas doutrinariamente propostas pelos juristas mencionados, o fato é que repousa sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos fontes legítimas de produção de normas, podendo, inclusive e com perfeita harmonia

---

<sup>178</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

<sup>179</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. 2008. 265 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/132783>. Acesso em: 02 jun. 2022.

<sup>180</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996, p. 34.

com a atual construção dos Direitos Humanos, permitir que tais fontes normativas atuem como normas penais incriminadoras.

O Brasil adota o dualismo mitigado em relação ao processo de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico, pois o tratado recebe *status* de lei ordinária, salvo os tratados de Direitos Humanos, nos moldes do artigo 5º, §2º, que atribui *status* de norma supralegal e nos moldes do §3º, de norma constitucional. Essa é a posição adotada pelo STF, corrente, por ora, majoritária e encampada primeiramente pelo Ministro Gilmar Mendes.

Daniel Sarmento<sup>181</sup>, por sua vez, possui entendimento que, ao encampar a adaptação do Direito interno aos ditames do Direito Internacional, o intérprete deve atuar no sentido da construção de um controle de convencionalidade construtivo das leis, buscando sempre ajustar o ordenamento interno com as determinações internacionais. Por sua vez, tão importante quanto determinar a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é necessário firmar o constante diálogo entre Direito Interno e Internacional. Porém, somente isso não basta, é necessário criar uma verdadeira cultura constitucional interamericana que vincule a todos os órgãos e agentes estatais a construção de um rico diálogo entre as diversas jurisdições predestinadas à proteção da dignidade humana. Não é possível um provincianismo constitucional nem mesmo um imperialismo internacionalista nefasto aos Direitos Humanos Fundamentais.

Antônio Augusto Cançado Trindade possui entendimento semelhante:

O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria e, permito-me insistir neste ponto, a requererem uma interpretação própria guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Resulta, assim, claríssimo que leis posteriores não podem revogar normas convencionais que vinculam o Estado, sobretudo no presente domínio de proteção<sup>182</sup>.

Apesar das inúmeras críticas à tese da supralegalidade, com as quais concorda-se, pois, tal entendimento não é o mais apropriado para a proteção da pessoa humana no âmbito internacional, o fato é que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos serão recepcionados na ordem interna, minimamente, com o *status* de norma supralegal, possuindo, assim, um

<sup>181</sup> SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisbôa. **Vulnerabilidade e invisibilidades**: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 1-300.

<sup>182</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 36, p. 27, 1999.

processo de incorporação muito mais complexo do que o de uma simples lei ordinária, conforme aduz o trecho seguinte:

A iniciativa para incorporar o texto de direito internacional, versando sobre Direitos Humanos, ao ordenamento local é, adotando-se a teoria da paridade, equiparação hierárquica da norma de direito internacional ao conteúdo material e formal da Constituição. Não é, todavia, a simples aprovação de emenda à Constituição. Saliente-se que não se está inserindo a norma de direito internacional como simples categoria de emenda à Constituição do processo constituinte derivado. A teoria da paridade com a norma constitucional indica que o tema deva ser mais bem detalhado. A norma de direito internacional não é produto do constituinte derivado. É, isto sim, matéria da ordem internacional, do *jus cogens* entre os Estados, que é incorporada à ordem jurídica interna. Segue os princípios de hierarquia normativa da norma constitucional, inclusive a produção, porém com inegáveis traços peculiares<sup>183</sup>.

Logo, entender que um Tratado não poderia criminalizar uma conduta seria contraditório com a posição dominante do STF sobre o processo de incorporação dessas fontes normativas (supralegalidade) e, ainda mais, com a posição defendida por juristas como Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli (equivalência constitucional). Assim sendo, há na jurisprudência internacional dos Direitos Humanos, em especial na da Corte IDH, verdadeira vinculação aos Estados Nacionais, bem como, há no Pacto de São José da Costa Rica e na Convenção de Belém do Pará textos vocacionados à proteção penal dos grupos vulneráveis LGTQIA+.

Ignorar, portanto, todo o arcabouço jurídico construído pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a garantia penal da proteção dessas pessoas entraria, conforme foi detalhado no capítulo 2 da presente dissertação, em confronto com a vinculação dada pelo constituinte originário ao legislador para a criminalização de toda e qualquer conduta discriminatória, conforme determinado pelo STF na ADO 26 e no MI 4733.

### **3.2 A perspectiva pragmática sobre o papel das instituições democráticas (STF e Corte IDH) na construção de políticas públicas eficazes em combater a homotransfobia: a cidadania em construção no Brasil**

As relações de gênero, sexualidade, sexo, enfim, questões intrinsecamente relacionadas à identidade sexual da pessoa, em especial na América Latina são pautadas por uma noção de subjugação, morte e violência, a partir do que alguns autores mencionam com a teoria da colonialidade do poder, a partir de uma visão eurocentrada<sup>184</sup> da tutela desses indivíduos perante

<sup>183</sup> BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; DA ROCHA, Altamirando Pereira. Análise da Jurisprudência do STF Sobre a Forma de Incorporação dos Documentos de Direito Internacional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, pp. 55-76, 2012.

<sup>184</sup> O uso de autores europeus durante o percurso do presente trabalho não foi feito com o intuito de menosprezar ou comparar os seus escritos com autores de origem latina. Somente foi utilizado aquilo que há compatibilidade e expressam uma noção mínima para a compreensão do arcabouço teórico- normativo- legislativo existente sobre a

os Estados Nacionais. Porém, antes de iniciar a exposição sobre a teoria de Quijano e Lugones, interessante é demonstrar alguns pontos da obra de Boaventura de Sousa Santos. Isso será abordado a partir da obra organizada por ele e Bruno Sena Martins, “O Pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade”, que dialogará profundamente com os outros autores.

Anibal Quijano, criador da teoria da colonialidade do poder, afirma que a contemporaneidade está concentrada na colonialidade do poder e na modernidade. Assim sendo, relações de exploração, dominação e subjugação compõem o atual estágio de coisas da sociedade atual e apresentam na América Latina um dos cenários mais propícios para a sua proliferação. Assim o autor escreve:

De acordo com essa perspectiva, a modernidade e a racionalidade foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus. Desse ponto de vista, as relações intersubjetivas e culturais entre a Europa, ou, melhor dizendo, a Europa Ocidental, e o restante do mundo, foram codificadas num jogo inteiro de novas categorias: Oriente-Occidente, primitivo-civilizado, mágico/mítico-científico, irracional-racional, tradicional-moderno. Em suma, Europa e não-Europa. Mesmo assim, a única categoria com a devida honra de ser reconhecida como o Outro da Europa ou “Occidente”, foi “Oriente”. Não os “índios” da América, tampouco os “negros” da África. Estes eram simplesmente “primitivos”. Sob essa codificação das relações entre europeu/não-europeu, raça é, sem dúvida, a categoria básica. Essa perspectiva binária, dualista, de conhecimento, peculiar ao eurocentrismo, impôs-se como mundialmente hegemônica no mesmo fluxo da expansão do domínio colonial da Europa sobre o mundo. Não seria possível explicar de outro modo, satisfatoriamente em todo caso, a elaboração do eurocentrismo como perspectiva hegemônica de conhecimento, da versão eurocêntrica da modernidade e seus dois principais mitos fundacionais: um, a idéia-imagem da história da civilização humana como uma trajetória que parte de um estado de natureza e culmina na Europa. E dois, outorgar sentido às diferenças entre Europa e não-Europa como diferenças de natureza (racial) e não de história do poder. Ambos os mitos podem ser reconhecidos, inequivocamente, no fundamento do evolucionismo e do dualismo, dois dos elementos nucleares do eurocentrismo<sup>185</sup>.

Contudo, a teoria de Anibal Quijano não tratou de maneira completa sobre as questões relacionadas ao sexo e ao gênero. Nesse sentido, Maria Lugones<sup>186</sup> aperfeiçoa a teoria da colonialidade do poder para a teoria da colonialidade do gênero, na qual o patriarcado compõe e estrutura as sociedades latinas a partir de uma noção de dominação do homem sobre a mulher, a partir de uma visão binária de sexo e gênero. Fundamental para compreender o pensamento de Lugones é diferenciar, a partir dessas premissas iniciais, a colonialidade do ser e a do gênero. Para a primeira, homens e mulheres são submetidos a uma realidade dominação, colonialidade

---

questão do Direito Internacional penal e as suas interfaces com a proteção da comunidade LGTQIAPN+. Há um enriquecimento do debate e a possibilidade de demonstrar inúmeras visões e criam um mínimo de coesão para a compreensão da realidade brasileira.

<sup>185</sup> Ibidem.

<sup>186</sup> LUGONES, Maria. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, pp. 73-101, 2008. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

e violência. Por outro lado, a colonialidade de gênero representa a interseccionalidade entre ser mulher, pobre, periférica e transgênero, por exemplo.

Em outras palavras, os corpos dessas pessoas passam a serem vistos como problemas sociais que necessariamente precisam ser abatidos ou escondidos pela sociedade colonializadora, racista e insensível às mais diversas espécies de opressão. Assim é delimitado:

Quer isso dizer que uma pessoa por nascer com o sexo genital feminino, seria ela do sexo feminino, e que, em razão das expectativas da sociedade na qual ela está inserida, cuja concepção seria anterior à própria formação da sua identidade (isto é, do seu reconhecimento íntimo/psíquico enquanto homem ou mulher), ela deveria obrigatoriamente agir de um modo específico e único, típicos do gênero feminino, forte na sua condição de “fêmea”. A partir dessa concepção, sexo e gênero estariam intimamente interligados, de modo que o gênero obrigatoriamente acompanharia o sexo da pessoa. Todavia, nota-se que essa construção não deixaria espaço para a própria ideia de transidentidade, a qual “abrange uma série de opções em que a pessoa sente, adota – temporária ou permanentemente – o comportamento e os atributos do gênero em contradição com o seu sexo genital<sup>187</sup>.

Boaventura de Sousa Santos<sup>188</sup>, por sua vez, ao trabalhar questões inerentes à democracia, aduz que a construção do Estado Democrático de Direito é um processo inacabado, em especial nos países pobres e colonizados, como é o caso da América Latina. De acordo com o entendimento do autor, a democracia apresenta três principais ondas, isto é, momentos com características marcantes. A 1ª onda, datada do século XIX e XX, a 2ª onda (1940-1960), com as redemocratizações da Europa e lutas pela independência das colônias africanas e a 3ª onda, fortemente marcada pelas redemocratizações do continente latino-americano.

A partir dessas construções iniciais, a democracia deixa de ser um processo de lutas históricas contra o arbítrio e os regimes ditatoriais e começa a apresentar algumas contradições inerentes ao modelo de globalização neoliberal que passa a imperar no mundo, em especial a partir dos anos 1980 e 1990. Assim sendo, a sociedade é marcada pela abertura econômica, pela desregulamentação do trabalho e pelo enfraquecimento do *welfare state*, impondo às sociedades um modelo hegemônico de democracia. Isso posto, fundamental destacar que esse modelo apresenta algumas características: contradição entre mobilização e institucionalização, valorização da apatia política, concentração do debate nos momentos eleitorais, pluralismo resumido no sistema partidário.

<sup>187</sup> SQUEFF, Tatiana Cardoso; ROSA, Marina de Almeida; LIMA, Gabriela. O caso Bosco Ntaganda: enfim, o reconhecimento da violência contra mulher pelo Tribunal Penal Internacional. In: GARCIA, Danler; SILVA, Luíza Ferreira; ASSIS, Taíza Soares de. **Gênero, Sexualidade e Direito: novas abordagens e agenda de pesquisa**. Uberlândia: Laecc, 2021. pp. 1-459.

<sup>188</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.) **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Esse modelo hegemônico foi totalmente dominante até o advento da 3ª onda, na qual o autor identificou duas patologias nos processos democráticos: participação, com o aumento do abstenionismo e o de representação, abrindo brechas para a construção de modelos não hegemônicos de democracia.

Os países em que Boaventura identifica essas patologias apresentavam algumas questões básicas comuns, tais como: processos democráticos com resultados indeterminados, representação política limitada por sociedades muito desiguais e culturalmente diversas, a representação resolve mal a prestação de contas da identidade coletiva, fomentando o questionamento da identidade atribuída a certos grupos sociais pelo Estado colonial ou Estado autoritário e discriminatório, com movimentos sociais oxigenando e movimentando a arena política, tudo sob o cenário de uma democracia que não se limita aos direitos civis e políticos, mas deve existir em prol de um esforço para atender a outras potencialidades distributivas (tanto simbólicas como materiais) e, por fim, sem esquecer da necessidade de construção de uma nova gramática social que rompa o autoritarismo, o patrimonialismo, o monolitismo cultural e o não reconhecimento da diferença.

A partir dessas premissas básicas, Boaventura denomina que é necessário a criação de novas epistemologias, as chamadas epistemologias do Sul, que visem a dar conta de novas formas de convivência das pessoas, com a criação de elementos que permitam o reconhecimento das diferenças, contra o racismo, com a criação de diálogos homeomórficos, que enriqueceriam o conhecimento produzido por todos esses países periféricos, que foram tratadas pelo pensamento abissal (hegemônicos) em detrimento das epistemologias do sul.

Assim sendo, aguardar uma resolução legislativa do Congresso Nacional é impossível sob o ponto de vista racional. A decisão do STF encontra respaldo no princípio da legalidade e na coerência da jurisprudência do Tribunal, conforme afirma Cattoni:

No caso da homotransfobia tais condutas já se encontram tipificadas pelo ordenamento jurídico. Não podemos nos esquecer que o direito não é apenas um sistema de regras, mas contém em si mesmo um caráter principiológico, exibindo suas próprias ambições na qual há um direito superior, no interior e para além do direito positivo, por meio do qual o direito positivo se desenvolve. Não é à toa que o direito exige integridade e coerência interpretativa. O HC. 82.424 marca, então, não apenas um precedente importante no campo da jurisdição constitucional, mas uma ruptura com o modelo de regras e a adoção de um modelo principiológico de interpretação na qual o Direito seja um sistema tal que garanta integridade por parte do legislador e do juiz, que devem atuar de forma a tornar o sistema coerente. A referência à integridade visa dar eficiência e coerência interna ao Direito através do uso dos princípios como normas jurídicas. Daí que uma comunidade que aceita ser governada por princípios (comunidade de princípios) e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas no passado” (comunidade de regras) exige que os juízes, na medida do possível, “tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e

respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas<sup>189</sup>.

É possível fazer um paralelo entre a crise da democracia na América Latina e o elevado número de mortes de pessoas LGBTQIAPN+ no continente, aqui representado pelo caso Vicky Hernandez. Porém, há algum tempo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem desempenhando um papel fundamental no trabalho de compreender o estágio de coisas das minorias sexuais, a partir de uma noção de precariedade e vulnerabilidade das suas vidas. A CIDH, em relatório de 2015, reconheceu, em relação a esse nicho social, que a “violência física, psicológica e sexual são frequentes, sua representação política é escassa e suas queixas não são ouvidas”.

O relatório de 2015 também confirma, que a sociedade inscreve normas sobre os corpos, a partir de uma noção de que se deve permanecer fiel a uma padrão heterossexual, sob pena de os corpos “desviantes” serem reduzidos a meros receptáculos vazios, desprovidos de humanidade. Em relação à população transgênera, essa situação ainda é mais grave, pois as interseccionalidades presentes em suas vidas, que muitas vezes, são reduzidas a um total abandono por parte do Estado, da família, da sociedade e, por consequência, do Direito. Mesmo no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda há lacunas sobre o dever dos Estados nacionais em não discriminar pessoas por sua orientação de sexo ou de gênero, possuindo poucos mecanismos e Tratados Internacionais que protejam, de maneira específica, essas pessoas.

O relatório assim afirma:

Órgãos e especialistas regionais e internacionais de direitos humanos desenvolveram amplamente o conceito de não discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero. Apesar destes avanços, a CIDH observa que, conforme o Direito Internacional, salvo raras exceções, os conceitos “orientação sexual” e “identidade de gênero” não estão literalmente incluídos nos tratados de direitos humanos como categorias proibidas de discriminação. Em consequência, quando estes direitos começaram a ter mais relevância, órgãos internacionais e regionais de direitos humanos analisaram a orientação sexual e a identidade de gênero sob duas categorias proibidas de discriminação, quais sejam, a discriminação por motivo de “sexo”, e a cláusula aberta de não discriminação por motivo de “qualquer outra condição social”. Além disso, a CIDH indicou que os tratados internacionais de direitos humanos como a Convenção Americana são “instrumentos vivos” que devem ser interpretados conforme os tempos atuais e com base num critério evolutivo. Assim sendo, a Comissão e a Corte Interamericanas afirmaram que a orientação sexual e a identidade de gênero estão protegidas pela frase “outra condição social” do artigo 1.1 da

---

<sup>189</sup> CATTONI, Marcelo; BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. Sobre a criminalização da homofobia e da transfobia: uma crítica da crítica. In: IOTTI, Paulo. **O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo**: sem legislar nem fazer analogia. Bauru: Spessoto, 2022, pp. 13-609.



Convenção Americana. Esta análise é análoga à inclusão de tais categorias sob o artigo 9 da Convenção de Belém do Pará, mencionada anteriormente<sup>190</sup>.

Conforme aduz Melina Fachin, Flávia Piovesan e João Daniel Vilas Boas Taques, os avanços em relação aos direitos das pessoas LGBTQIAPN+ mostram que os desafios ainda são enormes para a América Latina, nessa questão. Contudo, avanços ocorridos por meio do STF na ADO 26 e no MI 4733 são fundamentais na tentativa de alteração dessa prática nefasta de preconceito e discriminação experimentada por esses indivíduos no Brasil. Assim os autores definem:

Nesse cenário, o Judiciário brasileiro – encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal – se destaca como a principal arena de promoção dos direitos LGBTI+, com resultados positivos. Cita-se, como exemplo, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, que reconheceu a união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente expandida, para casamento, pela Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ou então a ADI nº 4275, em que o Ministério Público Federal requereu o direito das pessoas trans de alterarem prenome e sexo no registro civil, mesmo sem a cirurgia de transgenitalização, pleito este acolhido de forma unânime pelos ministros da Corte Suprema. Ainda mais recente é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, em que se firmou que os crimes de homotransfobia podem ser compreendidos como uma expressão de racismo, este compreendido em sua dimensão social, de modo que se adequam ao tipo penal previsto na Lei nº 7.716/89 (BRASIL, 2019a). Diante dos altos índices de atos lesivos praticados contra pessoas LGBTI+ no Brasil, bem como a constatada omissão do Congresso Nacional, tal entendimento se mostra de suma importância e necessidade. Outro importante progresso contemporâneo foi a aplicação da Lei Maria da Penha para combater a violência contra as mulheres trans, já que a violência contra mulher transexual é um crime praticado no mesmo contexto cultural que envolve a Lei Maria da Penha<sup>191</sup>.

A memória dessas vítimas não pode e não deve estar alheia ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e à própria Jurisdição Constitucional brasileira, sob pena de enfraquecimento de todo o arcabouço protetivo das minorias sociais. A Comissão alerta, nesse sentido, em especial ao arrefecimento de discursos de ódio pautados em uma suposta defesa da família e da moralidade, que encontram inúmeras vozes no Congresso Nacional brasileiro e no Executivo nacional, em especial no período de 2019-2022, que abertamente defenderam a extinção ou segregação da população LGTQIAPN+:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos faz, contudo, um importante alerta. Ainda que muitas tenham sidas as conquistas dos últimos anos, elas foram acompanhadas por “ameaças de regressão e retrocessos concretos no reconhecimento

<sup>190</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América**. OAS, Documentos Oficiales, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em 17 dez. 2022.

<sup>191</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTI+. **REVISTA DA FACULDADE DIREITO UFPR**, Curitiba, v. 2, n. 67, p. 153-186, ago. 2022, p. 161. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/85563>. Acesso em: 17 dez. 2022.

deses direitos, impulsionados por setores antiLGBTI que cresceram e se proliferaram nas sociedades das Américas, a ponto de influenciar os órgãos e instâncias governamentais”. Essas ameaças vêm sendo articuladas por meio de discursos de cunho secular, pautados, especialmente, na defesa da família dita tradicional e da infância, imiscuindo-se, assim, nos mais variados espaços de debate da sociedade, criando um ambiente mais hostil às pessoas de sexualidades e identidades não normativas. Além disso, os grupos que promovem tais discursos vêm se articulando politicamente, obstando o avanço de importantes legislações voltadas à proteção da população LGBTI+, como, inclusive, verifica-se no caso brasileiro<sup>192</sup>.

O caso Hernandez, portanto, representou um importante avanço no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na temática de proteção dos direitos das pessoas transgêneras e representará um *standard* protetivo fundamental para o Brasil e para os demais países do SIDH. Assim é observado:

A Corte identificou, então, que dado o contexto experienciado pelo Estado hondurenho à época – existência de um toque de recolher com a presença exacerbada das forças de segurança, detenções arbitrárias, violência intensificada contra pessoas LBGTI+, em especial contra as pessoas trans e trabalhadoras sexuais –, era possível imputar o assassinato de Vicky Hernández ao Estado, reconhecendo-se, assim, uma violação aos direitos à vida e à integridade física da vítima. Reconheceu-se, também, que Honduras havia incorrido em uma violação dos direitos humanos às garantias judiciais e à proteção judicial. Ademais, tal como no caso Azul Rojas, a Corte afirmou que, em razão de estereótipos discriminatórios, a investigação policial foi conduzida de maneira insatisfatória<sup>193</sup>

As obrigações penais decorrentes dessa sentença são defendidas a partir de uma análise conjunta do Sistema Interamericano (apesar das críticas inerentes a esse processo de utilizar o Direito Penal como instrumento de proteção aos Direitos Humanos). Esse processo faz parte de um fortalecimento do que é denominado como Estado de Direito Interamericano, a partir de uma ressignificação do Direito Constitucional na América Latina, sob o auspício do princípio *pro persona*, esculpido no artigo 29 da CADH.

A partir da análise do modelo brasileiro de controle de convencionalidade e de recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, temos, conforme leciona Siddharta Legale, que a CADH é uma verdadeira Constituição Interamericana e, como tal, a Corte Interamericana passa a ter o papel de uma Corte Constitucional Transnacional, transformando profundamente o Direito Constitucional na América do Sul e no Brasil), a partir do reconhecimento dos Direitos Humanos Fundamentais, incluindo aqueles reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e conceber que um Estado sul-americano deve necessariamente ser pautado pelo diálogo entre Legislativo, Executivo e

<sup>192</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. Op. Cit. p. 163.

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. Op.Cit.p.173

Judiciário com a OEA, a CIDH e a Corte IDH para implementar as decisões da Corte Interamericana, em posição de fortalecimento da jurisdição internacional.

Cláudia Loureiro, em recente artigo publicado, demonstra que o processo de fortalecimento da Jurisdição internacional, vem sendo pautado por práticas de crimes que atingem frontalmente os interesses da humanidade (em sentido *lato*) e que possui como objetivo precípuo impedir a impunidade. A homotransfobia, conforme demonstrado alhures, é um dos mais abjetos atos contra a vida humana e o direito à igualdade. Logo, trazendo o conceito de jurisdição universal, podemos compreender que:

A intensificação da prática de crimes que atingem os interesses da humanidade motivou o estudo do instituto jurídico da jurisdição universal, que ainda é tratado de maneira incipiente pela comunidade internacional, mas que pode representar um passo importante para o combate à impunidade dos crimes que ofendem os interesses da humanidade. Com o objetivo de esclarecer o conteúdo e a amplitude jurídica da jurisdição universal, o capítulo tem o objetivo de analisar seu conceito, classificação, seus elementos constitutivos e pressupostos, com a finalidade de desmistificar o tema e de demonstrar que a sua amplitude vai além da soberania estatal e da perspectiva extraterritorial da jurisdição<sup>194</sup>.

Em complemento ao trecho supracitado, temos a posição de Cherif Bassiouni, nos termos seguintes:

The theory of universal jurisdiction is extraneous to the concept of national sovereignty, which is the historical basis for national criminal jurisdiction. Universal jurisdiction transcends national sovereignty. In addition, the exercise of universal jurisdiction displaces the right of the accused to be tried by the “natural judge,” a hallmark of the traditional exercise of territorial jurisdiction. The rationale behind the exercise of such jurisdiction is: (1) no other state can exercise jurisdiction on the basis of the traditional doctrines; (2) no other state has a direct interest; and (3) there is an interest of the international community to enforce. Thus, states exercise universal jurisdiction not only as national jurisdiction, but also as a surrogate for the international community. In other words, a state exercising universal jurisdiction carries out an *actio popularis* against persons who are *hostis humani generis*. Two positions can be identified as the basis for transcending the concept of sovereignty. The first is the universalist position that stems from an idealistic *weltanschauung*. This idealistic universalist position recognizes certain core values and the existence of overriding international interests as being commonly shared and accepted by the international community and thus transcending the singularity of national interests. The second position is a pragmatic policy-oriented one that recognizes that occasionally certain commonly shared interests of the international community require an enforcement mechanism that transcends the interests of the singular sovereignty<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Jurisdição universal: “caixa de pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade? **Revista de Direito Internacional** Brasília, v. 19, n. 2, p. 213-243, 2022, p.222. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8400/pdf>. Acesso em 17 dez.2022.

<sup>195</sup> BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. **Virginia Journal of International Law**, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 17 dez. 2022.

Ao ressignificar o Direito Constitucional a partir da noção do Estado Interamericano de Direitos, tem-se como norte hermenêutico os interesses da humanidade, a partir de uma visão protetiva da dignidade humana, a jurisdição, a cooperação, a igualdade, a não discriminação e a prevalência dos Direitos Humanos:

Iniciando-se a análise pela carga principiológica que representa um dos sustentáculos mais importantes do sistema jurídico que se pretende desenvolver, consigna-se que os princípios balizadores do sistema jurídico que dão suporte ao exercício da jurisdição universal são a dignidade humana, a jurisdição, a cooperação, a igualdade, a não discriminação e a prevalência dos direitos humanos. Ainda no contexto dos princípios balizadores do sistema jurídico que dão suporte ao exercício da jurisdição universal, é importante destacar que foi desenvolvido o documento Os Princípios de Princeton sobre a Jurisdição Universal, contribuição importante para a consolidação do instituto jurídico da jurisdição universal. Referido documento consigna, de forma exemplificativa, os seguintes princípios balizadores da jurisdição universal: jurisdição universal; o elenco exemplificativo dos crimes que ensejam o exercício da jurisdição universal; o da impossibilidade de alegação de imunidades, a impossibilidade de se alegarem impedimentos como a prescrição e a impossibilidade de se aplicar anistia aos crimes de guerra, à pirataria, à escravidão, aos crimes contra a paz, aos crimes contra a humanidade, ao genocídio e à tortura, dentre outros princípios<sup>196</sup>.

A catarse entre o Direito Constitucional e o Internacional dos Direitos Humanos é expressão maior do Constitucionalismo multinível. Há, portanto, a possibilidade jurídica de que Tratados Internacionais de Direitos Humanos atuem como normas penais incriminadoras, pois não somente as leis internas de determinado Estado devem ser analisadas para a configuração do ordenamento jurídico, inclusive com as limitações constitucionais e convencionais inerentes ao processo legiferante das normas penais. A homotransfobia, por todo o exposto, é uma conduta que deve ser combatida nos moldes da ADO 26 e MI 4733 e no caso Vicky Hernandez vs. Honduras e na Opinião Consultiva 24.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir disso, o capítulo 1 da dissertação pretendeu trabalhar o conceito de dignidade da pessoa humana e revisitar a sua aplicação para o contexto da população LGTQIAPN+. Além disso, as relações do tema com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos foram trabalhadas a partir da OC 24 e do caso Vicky Hernandez. Os temas da Justiça de Transição foram abordados com o intuito de coadunar a jurisprudência da Corte em material penal com o dever de “investigar e punir” todas condutas atentatórias contra os Direitos Humanos. Aliados

---

<sup>196</sup> LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Jurisdição universal: “caixa de pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade? *Revista de Direito Internacional* Brasília, v. 19, n. 2, p. 213-243, 2022, p.218. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8400/pdf>. Acesso em 17 dez. 2022.

com os mandamentos constitucionais de criminalização, a homotransfobia foi considerada uma conduta previamente considerada.

O capítulo 2 , que retoma com mais veemência os debates do Direito Constitucional interno sobre a questão da criminalização da conduta da homotransfobia demonstra as interfaces existentes entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, em uma proposta que sempre busca, por meio do princípio *pro persona*, avançar, por meio de uma perspectiva do Direito Penal democrático, permitir a proteção dos grupos vulneráveis, como norte do Direito moderno.

O capítulo 3, por fim, trabalha com a questão das teorias de recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro. É defendido a posição de que todo Tratado Internacional que verse sobre Direitos Humanos deva ser recpcionado na ordem jurídica interna com o *status* de norma constitucional. Essa visão é a que mais coaduna com a promoção de uma cidadania sexual interamericana, isto é, lastreada nos avanços do Direitos Humanos e do SIDH em matéria de pessoas LGBTQIAPN+.

A partir de todo o exposto, é possível compreender que o estágio de coisas relacionada à proteção dos direitos das pessoas LGTQIAPN+ no continente latino-americano é um trabalho hercúleo, em especial sob o ponto de vista de formulação de políticas públicas eficazes para o combate à violência, à morte e o descaso dos Estados Nacionais, especialmente em relação a um uso democrático do Direito Penal para coibir esses atos nefastos e atentatórios à dignidade humana.

Posto isso e a partir dos debates no SIDH, foi observado que há importantes discussões sobre a proteção jurídica desse grupo populacional, em especial a partir da Opinião Consultiva 24 e do caso Vicky Hernandez vs. Peru. Além disso, a partir da decisão do STF no MI 4733 e na ADO 26, dialogando com o SIDH, foi discutido sobre a possibilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos atuarem como normas penais incriminadoras no ordenamento jurídico interno.

Assim sendo, as conclusões iniciais sobre o tema apontam que é uma consequência lógica da própria construção sobre a recepção desses Tratados ao ordenamento interno que eles atuem no mínimo com o caráter da suprallegalidade, ou mesmo, da equivalência com emendas constitucionais. Ademais, conforme analisado pela ótica do Direito Constitucional e dos mandamentos constitucionais de criminalização, alicerçado no princípio da proporcionalidade, é crível haver, mesmo quando analisamos apenas o Direito Interno, um dever do Estado e do Legislativo brasileiro em criminalizar a homotransfobia, sob pena de desvirtuamento da própria ordem constitucional. A inércia do Congresso Nacional em cumprir essa determinação,

conforme apontado nas decisões que equipararam a homotransfobia ao crime de racismo, demonstram que não é interesse do Poder Legislativo brasileiro em legislar sobre essa matéria de maneira específica, em total descompasso com o Estado Constitucional de Direito.

Ademais, conforme aventado pelas disposições do Sistema Interamericano, o Brasil descumpre as obrigações penais decorrentes da proteção da população LGTQIAPN+. Há um descompasso entre a existência de um sistema protetivo apto a evitar a banalidade da morte dessas pessoas, abandonadas pelo Estado.

“Vicky Hernandez” representa as milhares de vidas ceifadas. A proteção penal, específica e orientada à proteção desses grupos vulneráveis, concatenadas com uma visão democrática do Direito Penal, é imprescindível para que seja dado um primeiro passo no sentido do reconhecimento dessas pessoas como seres humanos, para que tenham a certeza que a sua existência não é considerada um estorvo para o Estado.

Para tanto, é preciso que seja redesenhada a visão (ainda predominante, apesar de todos os esforços) de uma soberania estatal superior às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, pautadas pelo princípio *pro persona*, abarcando uma visão que busque coadunar o Direito Constitucional aos Direitos Humanos e vice-versa, em um diálogo rico e profundo, que vise à construção do chamado Estado Constitucional Interamericano.

Todas essas questões levam à construção de uma cidadania sexual, pautada pela igualdade material e capaz de permitir que outras políticas públicas inclusivas sejam formuladas e concretizadas pelos Estados Nacionais, como forma de dar azo aos ditames do SIDH. Outrossim, no caso brasileiro, é um primeiro passo (embora não suficiente) para a tentativa de alterar o quadro diagnosticado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de total descaso das autoridades constituídas para a realidade social da comunidade LGTQIAPN+. Ignorar, ainda, as relevantes discussões existentes na jurisdição consultiva da Corte IDH, em especial da OC 24, é relegar ao SIDH um papel secundário e puramente acadêmico, sem que consiga alterar a realidade social. Esse fato tiraria do SIDH a sua relevante função normativa e protetiva, diminuindo a proteção das minorias sexuais na América Latina.

É necessário relembrar que o presente trabalho, em nenhum momento, defendeu um uso exarcebado do Direito Penal como forma de resolver todos os males da sociedade, no que vem se denominando “esquerda punitiva”. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de remodelar o Direito Penal, não como um instrumento de tortura ou de represamento de seres humanos como coisas ou animais. É a necessidade preeminente de trazer ao mundo jurídico um olhar convencional sobre um fenômeno social que deve ser combatida por todas as instâncias públicas e privadas, com todo o rigor, com a homotransfobia considera-se ainda pior, pois há o uso da

morte e da violência para subjugar esses seres humanos, muitas vezes em “nome do Estado” ou de maiorias legislativas esporádicas.

As Cortes Constitucionais e Internacionais possuem, diante desse grave quadro, um importante papel de combater as desigualdades, em elevado papel contramajoritário. A igualdade material pressupõe o não-uso de instrumentos e subterfúgios que visem à eliminação física e social dessas pessoas. “O Direito a ter direitos” não pode ser um elemento retórico, já que é fruto de uma luta eterna dos movimentos sociais para se ter o básico, portanto, o reconhecimento, o respeito e o direito de ser quem é e existir como é, em um projeto de vida calcado na busca pela felicidade.

Os debates existentes sobre a relação de Direito Penal e Direitos Humanos são os mais instigantes, em especial no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ainda mais na América Latina, ambiente tão hostil para as minorias sexuais/ raciais. A homotransfobia é, a partir de Vicky Hernandez, ao meu ver, uma conduta reconhecida internacionalmente como totalmente contrárias aos ditames do Direito Internacional e do Direito Penal democrático. Uma conduta tão abjeta que gera responsabilização internacional de um Estado pelo descaso de como tutela os direitos desses indivíduos.

Uma conduta que ultrapassa as lições do Direito interno e chega ao Direito Internacional ainda sem uma clareza sobre a sua natureza jurídica, ou seja: é apenas um ato proibido pelo Direito Internacional ou poderia ser alçado ao caráter de verdadeiro crime contra a humanidade e, como tal, poderia gerar até mesmo condenações de indivíduos perante o Tribunal Penal Internacional. Ao menos no SIDH, está claro que a homotransfobia afronta claramente a Convenção Americana de Direitos Humanos e, também, em descompasso com as digressões construídas pelo STF e pela Constituição Federal de 1988.

O dever de “investigar e punir” é um standard do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Como tal, uma conduta que agride de maneira tão vil a dignidade humana não pode permanecer sem uma legislação específica( inclusive as de caráter penal) que atuem como um primeiro passo de reconhecimento da população LGBTQIAPN+ como sujeitos de Direitos, ou seja, considerados cidadãos, formal e materialmente, inclusive com a garantia de poder expressar e vivenciar a sua sexualidade como expressão dessa cidadania. Um Direito Penal, portanto, que pensa essas questões, é revitalizado por uma posição democrática, em sintonia com todo o ordenamento jurídico, tanto interno quanto internacional, protegendo o projeto de vida dessas pessoas e a sua existência.

## Referências

ALVES, Cândice Lisbôa; HENRIQUES, Tharuelssy Resende. Entre a justiça de transição e a tortura: uma análise da continuidade autoritária no atual estado democrático de direito. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 02, pp. 951-980, jan. 2020. <https://doi.org/10.12957/rqi.2020.40802>

ALMEIDA, ENEÁ DE STUTZ E; TORREÃO, Marcelo Pires . O Tempo da Justiça de Transição no Brasil. **HISTORIA CONSTITUCIONAL (OVIDEO)**, p. 690-716, 2021. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/692> . Acesso em 27 dez.2022.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

ALVES, Jonatan de Jesus Oliveira. **A efetivação do direito humano e fundamental à memória frente à justiça de transição: perspectivas comparadas Brasil-Espanha.** 2018. AMBOS, Kai. El caso Pinochet y el derecho aplicable. **Nuevo Foro Penal**, v. 62, p. 159, 1999. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nuefopnl62&div=11&id=&page=> . Acesso em 26 maio 2022.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

ARROYO, Lorena. **Corte Interamericana condena Honduras por morte de mulher trans.** 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-06-29/corte-interamericana-condena-honduras-por-morte-de-mulher-trans.html>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BRASIL. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará,** 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.** Disponível em: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_int\\_eliminao\\_disc\\_racial.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminao_disc_racial.htm). Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 6.085 de 19 de abril de 2007. **Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,** adotado em 18 de dezembro de 2002. Diário Oficial da União, 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm). Acesso em 20 dez. 2022.



BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In SANTOS, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo. SANTOS, Cecília McDowell. TORELLY, Marcelo D (orgs.). **Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal.**

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José e TESCARO JÚNIOR, João Evanir. Jürgen Habermas: Teoria Crítica e Democracia Deliberativa. **Confluências**, vol. 12, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, 2012. <https://doi.org/10.22409/conflu12i2.p20112>

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. dez. 2010. Mimeografado. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. **Virginia Journal of International Law**, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 17 dez. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Alexandre Walmott; AYZAMA, Alex Cabello; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro. El cuadro comparativo entre constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo. Un equilibrio de conceptos y bases explicativas. **Pensamiento Jurídico**, [s. l.], v. 1, n. 54, p. 37-58, dez. 2021, p. 44. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/94467>. Acesso em: 05 maio 2022.

BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; DA ROCHA, Altamirando Pereira. Análise da Jurisprudência do STF Sobre a Forma de Incorporação dos Documentos de Direito Internacional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, pp. 55-76, 2012. <https://doi.org/10.5585/rdb.v3i2.30>

BORGES, P. C. C. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 12, n. 134, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15059/9457>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal Democrático.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

BRAGA, Ruy; ANTUNES, Ricardo. OS DIAS QUE ABALARAM O BRASIL: as rebeliões de junho, julho de 2013. **Revista Políticas Públicas**, São Paulo, v. 1, n., pp. 41-47, jul. 2014. <https://doi.org/10.18764/2178-2865>.

BRANDÃO, Thiago Henrique. O aspecto da moral e da liberdade nos direitos da pessoa com deficiência: análise segundo a filosofia prática em Immanuel Kant. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 111, n. 1, pp. 151-159, fev. 2019.

CALIMAN, Daniel Wanderley. Projeto neoliberal e justiça de transição: as consequências de suas interseções para a concretude democrática brasileira. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, [S.L.], v. 31, n. 2, pp. 198-217, 22 ago. 2020.  
<https://doi.org/10.31423/oikos.v31i2.10113>

CAMARGO, Beatriz Corrêa; SOUSA, Gabriel Rodrigo de; LOPEZ, Raphael Ferreira. Limitações e desafios da utilização da teoria do domínio do fato para a punição de agentes políticos na América Latina: estudo comparativo entre Brasil, Peru e Argentina. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1011, n. 1, pp. 203-225, jan. 2020.

CAMBI, E.; PORTO, L. A.; FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e Direitos humanos - tutela dos grupos vulneráveis**. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. v. 1. 668p.  
 CAMBI, Eduardo; DE ANDRADE PORTO, Leticia; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. **Suprema-Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 2, pp. 113-150, 2021. Disponível em:  
<https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema>. Acesso em: 05 maio 2022.  
<https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a66>

CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo; PAULA, Lara Campos de. LOAYZA TAMAYO VS. PERU (1997): Prisão Arbitrária, Privação De Garantias Judiciais e Desconsideração da Violência Sexual. In: LEGALE, Siddharta; PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Raísa. **Feminismo Interamericano: exposição e análise crítica dos casos de gênero da corte idh**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nidh, 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22, n. 43, 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CATTONI, Marcelo; BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. Sobre a criminalização da homofobia e da transfobia: uma crítica da crítica. In: IOTTI, Paulo. **O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo: sem legislar nem fazer analogia**. Bauru: Spessoto, 2022, pp. 13-609.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013. Disponível em:  
<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863>. Acesso em 01 nov. 2022.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Barrios Altos y Caso la Cantuta vs. Perú**, 2011.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Loayza Tamayo vs Peru. de 1998. Sentença Loayza Tamayo vs. Perú**. Costa Rica, p. 4. Disponível em:  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/loayzatamayo.pdf>. Acesso 26 maio 2022.

CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Vicky Hernandez vs. Honduras** de 26 de março de 2021. Costa Rica, p. 19. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf). Acesso em: 13 de fev. de 2022.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América**. OAS, Documentos Oficiales, 2015. Disponível em:

<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em 17 dez. 2022.

**Comissão Internacional de Juristas**. 1999. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1999/07/Chile-Pinochet-fact-finding-mission-report-1999-spa.pdf>. Acesso em 26 maio 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República do Uruguai e do Paraguai**. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf). Acesso em: 02 maio 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica**, par.15 Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

**Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN)**. Caso Simón. 2005. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11294>. Acesso em: 26 maio 2022.

CorteIDH. **Parecer Consultivo – OC 9/87**, parágrafo 16. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf). Acesso em 05 maio 2022.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, [S.L.], v. 10, n. 1, pp. 171-188, jan. 2002, p.173. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?lang=pt>. Acesso em: 25 abr. 2022. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>

DIAS, M. B. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.41. DUARTE, Marcelo Barbosa. O ANIMAL ESSENCIALMENTE POLÍTICO. **Cadernos do PET Filosofia**, Vol. 10, n. 19, Jul-Dez, 2020, pp. 37-44. <https://doi.org/10.26694/cadpetfil.v10i19.10566>

DUFF, Antony. **Can we punish the perpetrators of atrocities?**”, en BRUDHOLM, Thomas y CUSHMAN Thomas (eds.), *The religious in responses to mass atrocity: Interdisciplinary perspectives*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-104. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511575730.005>

DUFF, Antony, **Punishment, communication and community**, Oxford: Oxford University Press, 2001.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e (m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 53-68, 2020. Disponível em:

<http://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 06 jun. 2022.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e (m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 53-68, 2020. Disponível em: <http://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 06 jun. 2022.

FALCON, C. A. Dano ao “projeto de vida”: um novo horizonte às reparações dentro do sistema interamericano de direitos humanos? **Revista Direitos Humanos e Democracia**, [S. l.], v. 3, n. 5, pp. 47–88, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4039>. Acesso em: 20 abr. 2022. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2015.5.47-88>

GARGARELLA, Roberto, **Castigar al prójimo**. Por una refundación democrática del derecho penal, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

GOMES, Veronica de Jesus. **Vício dos Clérigos: a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. 2010. 225 f.** Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Departamento de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha ; FACHIN, Melina Girardi . Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF'. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, v. 2010-2, p. 59, 2010. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2685>. Acesso em: 13 fev. 2022.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

GUZMÁN PADILLA, Génesis; LEÓN ARAYA, Andrés. A diez años del golpe de Estado en Honduras: Entre las narrativas de la “transición a la democracia” y la instauración del proyecto neoliberal en Centroamérica. **Anuario de Estudios Centroamericanos**, v. 45, pp. 150-181, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7273895>. Acesso em: 13 fev. 2022. <https://doi.org/10.15517/aeca.v45i0.39670>.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, Vol. II. Tradução de Fabio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. São Paulo: ed. Unesp, 2012b.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, [S.L.], n. 36, 1995. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200003>.

HENRIQUES, Hugo Rezende. **Fenomenologia do poder**. O Estado de Direito e seu compromisso com o Poder como liberdade. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2020.

HITTERS, Juan Carlos. ¿ Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, v. 10, n. 19, pp. 149-150, 2008.

IOTTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de racismo**. Bauru: Pessotto, 2020.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 97, pp. 107-125, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 2 maio 2022. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v97i0p107-125>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KINDHAUSER, U.; CAMARGO, B. C. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 95, n. 1, p.85-95, 2012.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**, v. 11, pp. 55-65, 1997. <https://doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>

LAFER, Celso. Parecer: O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, pp. 53-90, abr./jun. 2004. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 18 set. 2021.

LEÃO, Thales Braghini; BORGES, Paulo César Corrêa. Hermenêutica penal e direitos humanos: a homotransfobia como forma contemporânea de racismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, pp. 367-396. Jan. /jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em 05 maio 2022.

LEGALE, Siddharta. **Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIMA, Jozely Tostes de. O que é justiça de transição? **Revista Projeção, Direito e Sociedade**, Brasília, v. 3, pp. 30-44, dez. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, p. 64-95, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/bjSmJPvrPwW3PqM4YH3gthr/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 01 nov. 2022.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Jurisdição universal: “caixa de pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade? **Revista de Direito Internacional Brasília**, v. 19, n. 2, p. 213-243, 2022, p.222. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8400/pdf>. Acesso em 17 dez.2022.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Jurisdição universal: “caixa de pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade? **Revista de Direito Internacional** Brasília, v. 19, n. 2, p. 213-243, 2022, p.218. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8400/pdf>. Acesso em 17 dez.2022.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O ESTADO CONSTITUCIONAL E HUMANISTA DE DIREITO E A HERMENÊUTICA INTERNACIONAL **Boletim – da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, v. 107, n. 1, pp. 65-83, dez. 2019, p.71. Disponível em: <https://direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva; AUBERT, Anna Caramuru Pessoa. Por uma contextualização dos termos “raça” e “etnia” a partir de perspectivas biológicas, sociológicas e do direito internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 16.

LUGONES, Maria. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, pp. 73-101, 2008. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022. <https://doi.org/10.25058/20112742.340>.

LUGONES, Maria. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, pp. 73-101, 2008. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MAGALHÃES, José de. **Os Tempos do Direito: Ensaio para uma (Macro) Filosofia da História**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, C. L. Laudatio para Erik Jayme - Memórias e Utopia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, [S. l.]**, v. 2, n. 4, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49218>. Acesso em: 17 nov. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme**. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARIN, G. C.. O sistema de justiça criminal ?mano dura? e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina?. **REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**, v. 9, p. 208-219, 2019. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/337170894\\_O\\_sistema\\_de\\_justica\\_criminal\\_mano\\_dura\\_e\\_sua\\_desatencao\\_as\\_vitimas\\_a\\_justica\\_restaurativa\\_como\\_alternativa\\_para\\_a\\_America\\_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download](https://www.researchgate.net/publication/337170894_O_sistema_de_justica_criminal_mano_dura_e_sua_desatencao_as_vitimas_a_justica_restaurativa_como_alternativa_para_a_America_Latina/link/5dc9a6464585151435039a89/download). Acesso em 16 nov. 2022.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1967.

MARTÍNEZ, Rosario de Vicente; BEM, Leonardo Schmitt de. **Princípio da Legalidade e Homotransfobia**. São Paulo: D'plácido, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. 2008. 265 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/132783>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. Arte & Ensaios, **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em 28 out. 2022.

MEJÍA, Joaquín A. La situación de los derechos humanos en Honduras en el escenario postgolpe de Estado. **Universitas: Revista de filosofía, derecho y política**, n. 12, 2010, p. 5. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4242030>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Irresponsabilidade institucional no Brasil: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: GUIMARÃES, Juarez; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **RISCO E FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: direito e política no brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016. pp. 1-467.

MOREIRA, Adilson José. **Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas**. Arraes Editores, 2017.

MOREIRA, Adilson José. Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 9, n. 3, p. 1559-1599, ago. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20235>. Acesso em: 30 maio 2022. <https://doi.org/10.12957/rqi.2016.20235>.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, p. 393-420, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182>. Acesso em 01 nov. 2022.

MUNANGA, K. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, A. A, p. (Org.). **Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira**. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense. 2004.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a soft law. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NUCCI, G. S. **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas** v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.315.

OAS, Hans; KNOBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

OLIVEIRA, Ana Caroline Amorim. Lélia Gonzalez e o pensamento interseccional. **Revista Interterritórios**, v. 6, n. 10, pp. 89-104, 2020, p. 102. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/interterritorios/article/view/244895>. Acesso em: 25 abr. 2022. <https://doi.org/10.33052/inter.v6i10.244895>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Amicus Curiae - **Opinião Consultiva 26** de 9 de novembro de 2020.

PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del prestigioso actual de los derechos humanos. **Nueva doctrina penal**, n. 1, p. 73-114, 2005.

PATRUS, Rafael Dilly. **ARTICULAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**: uma releitura da ADPF nº 320 no marco do constitucionalismo abrangente. 2015. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2015.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. **Pena de prisão**: reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da punitiva do Estado. 2021. 98 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

PEREIRA, F. V.; FISCHER, D. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 59-88, 2019. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/66>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2022.



PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTI+. **REVISTA DA FACULDADE DIREITO UFPR**, Curitiba, v. 2, n. 67, p. 153-186, ago. 2022, p.161. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/85563>. Acesso em 17 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Ed.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Editora JusPODIVM, 2016.

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000

PONTES DE MIRANDA. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

QUEIROZ, P.; MAZZUOLI, V. DE O. Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos Tratados Internacionais. **Revista FIDES**, v. 7, n. 2, 30 dez. 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**, Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 122. Disponível em [http:// biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf). Acesso: 11 maio 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REZEK, J. F. PARLAMENTO E TRATADOS INTERNACIONAIS: O MODELO CONSTITUCIONAL DO BRASIL. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, [S. l.], v. 14, n. 14.1, p. 40–72, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/493>. Acesso em: 16 nov. 2022.

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Forense, 1984.

ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Universidad Externado, 2015. <https://doi.org/10.2307/j.ctv13qxf0>  
RODRIGUEZ, Darío. **La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann**. Santiago do Chile: Metapolítica, 2001.

RUBIO, David Sánchez. Sobre el concepto de “historización” y una crítica a la visión sobre las (des)-generaciones de Derechos Humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa. **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. Franca: Cultura Acadêmica, 2011, pp. 7-238.

SAAD TRAVASSOS, G. A Opinião Consultiva n.º. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a identidade de gênero como núcleo componente da dignidade da pessoa humana. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 1, n. 11, pp. 65-88, 4 dez. 2018, p. 72. Disponível em:

<https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/54#:~:text=Como%20forma%20de%20enfrentamento%2C%20a,respeite%20o%20direito%20das%20minorias>. Acesso em: 02 maio 2022.  
<https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i11.p65-88>.

SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.) **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, v. 4, n. 7, 2006, p.178.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **Revista Direito Público** n.30, nov-dez/2009, p.41.

SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisbôa. **Vulnerabilidade e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 1-300.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SESSAREGO, Carlos Fernández. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - Redes**, [S.L.], v. 5, n. 2, p. 41, 6 set. 2017. <https://doi.org/10.18316/redes.v5i2.3868>.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Justiça de Transição e Usos Políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um golpe de estado institucional? **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 3, pp. 1284-1312, set. 2018. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31488>.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. Overcoming the? Coloniality of Doing? in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **REVISTA DIREITO GV (ONLINE)**, v. 17, pp. 1-31, 2021, p. 32. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/KXgMFr7XHWzvWCm39mf5JKj/?lang=en>. Acesso em 05 maio 2022.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; ROSA, Marina de Almeida; LIMA, Gabriela. O caso Bosco Ntaganda: enfim, o reconhecimento da violência contra mulher pelo Tribunal Penal Internacional. In: GARCIA, Danler; SILVA, Luíza Ferreira; ASSIS, Taíza Soares de. **Gênero, Sexualidade e Direito: novas abordagens e agenda de pesquisa**. Uberlândia: Laecc, 2021. pp. 1-459.

TEITEL, Ruti G. **Transitional justice**. Oxford University Press: 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno**: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 36, p. 27, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 36, p. 27, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VAL, Eduardo Manuel; LEGALE, Siddharta. JUSTIÇA DIALÓGICA E CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: entrevista com o prof. Roberto Gargarella. **Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pp. 199-206, set. 2015, p. 204. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44657>. Acesso em: 30 maio 2022.

VALAREZO, ANDRÉS CERVANTES. Castigando al prójimo: el pensamiento de Gargarella aplicado a la justicia transicional. **Rev. Derecho Estado**, Bogotá, n. 49, p. 265-295, Aug. 2021. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0122-98932021000200265&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932021000200265&lng=en&nrm=iso). Acesso 30 maio 2022. <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.14>.

VALLE, Mariano Fernández. La Corte Suprema argentina frente al legado de la última dictadura militar: reseña del fallo "Simón". **Anuario de Derechos Humanos**, n. 2, pp. 165-174, 2006. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2006.19423>.

VARGAS, Fábio Aristimunho; LIBORIO, Guilherme Sturion. REPENSANDO A PERSONALIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL: os indivíduos como sujeitos do direito internacional. **Boletim – da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 1, p. 287-321, jun. 2020, p.308. Disponível em: <https://direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 6, n. 1, p. 1-61, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6080/608065717004/608065717004.pdf>. Acesso em 17. nov. 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular. Bauru: Spessoto, 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. Para uma hermenêutica jurídica crítico-emancipatória. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 8, n. 15, pp. 14-24, 1987.