# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

**RUBENS BEÇAK**

**VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA**

**FERNANDA BUSANELLO FERREIRA**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Rubens Beçak
Vladmir Oliveira da Silveira
Fernanda Busanello Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-809-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

---

## Apresentação

O XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás - UFG, com a Universidade de Rio Verde – UniRV, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO e o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO, abordou como tema central o "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO". A temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente a questão das relações entre constitucionalismo crítico e efetividade dos direitos humanos, a partir de processos participativos, mereceu destaque no Grupo de Trabalho "DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS I", na medida em que inequivocamente a abertura democrática propiciada pela carta constitucional pátria permite e incentiva a participação efetiva cidadã na concretização dos valores constitucionais, bem como abre caminho para a inclusão de novos direitos advindos de tratados de direitos humanos, cuja afirmação no plano interno depende também de articulações da sociedade civil organizada e do cidadão individualmente considerado, para além da tradicional figura do Estado.

Sob a coordenação do Prof. Dr. Rubens Beçak, livre docente pela USP e professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), do Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira, pós-doutor pela UFSC e professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira, pós-doutora pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG e professora da Universidade Federal de Goiás (UFG), o GT promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma apartada síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título "REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DA PESSOA HUMANA EM FACE DA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE EM VIRTUDE DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NÃO ORDENADO", o artigo, de

autoria de Caroline Vargas Barbosa e Carolina Soares Hissa, realiza uma crítica ao capitalismo, a partir do conceito de Revolução Ecojurídica de F. Capra, analisando a situação dos refugiados ambientais quanto à ausência de moradia, restrições à liberdade, direitos ambientais e não concretização de seus direitos humanos conforme previsto em nosso ordenamento jurídico. A pesquisa utilizou metodologia dedutiva e partiu de análise bibliográfica e documental.

Liane Marli Schäfer Lucca e Rosângela Angelin apresentaram o artigo intitulado "TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA CIDADANIA FRENTE À INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR", no qual analisam a inclusão de pessoas com deficiência no ensino superior, quanto à necessidade de adaptação da atividade docente, a problemática do ensino não homogêneo e a preocupação com a cidadania individual, tendo como base as lições de Ingo Sarlet e Flávia Piovesan.

INABILIDADE DA OPINIÃO PÚBLICA BRASILEIRA EM COMPREENDER OS DIREITOS HUMANOS: RESSIGNIFICAÇÃO CRÍTICA ANTE A FRAGILIDADE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO, de autoria de Luciana Ferreira Lima, aborda que a compreensão de direitos humanos remete, na opinião pública, a uma visão deturpada do conceito, por exemplo, como utopia ou como "defesa de bandidos", utilizando, na pesquisa, o método indutivo e como marco teórico Joaquim Herrera Flores. O texto problematiza, ainda, a dificuldade do ensino transversal dos direitos humanos tendo em vista essa deturpação conceitual do tema.

Bruna de Sillos e Rubens Beçak apresentaram o trabalho intitulado "NARRATIVAS CONTRA HEGEMÔNICAS NAS REDES: REFLEXÃO SOBRE O TRABALHO DA UM TETO PARA MEU PAÍS – BRASIL TETO NA LUTA POR DIREITOS HUMANOS", na qual investigaram as narrativas contra hegemônicas nas redes, utilizando, para tanto, como metodologia, a análise documental do site e instagram do projeto "Um teto para meu país", bem como uma entrevista com o dirigente da organização, na modalidade semiestruturada, e a comunicação entre lideranças e comunidade realizadas por whatsapp.

"MIGRAÇÃO PARA FINS DE TRABALHO ESCRAVO E EXPLORAÇÃO SEXUAL: UMA VISÃO MAIS HUMANISTA E MENOS CRIMINALIZADA", trabalho apresentado por Naymi Salles Fernandes Silva Torres e Andréa Flores, toma por base a situação de migração para fins de trabalho escravo e exploração sexual, partindo da análise da Lei 13.344, a qual mudou o Código Penal, bem como do Estatuto de Palermo de 2003. Analisa que o artigo 149-A do Código Penal passou a tipificar o crime de tráfico de pessoas, trazendo problematizações quanto a uma interpretação sistemática entre o texto nacional e o Estatuto

de Palermo, vislumbrando que a lei pátria primou por trazer um tratamento humanizado da vítima, garantindo a não revitimização, bem como o direito ao trabalho e ao tratamento das vítimas indiretas, resultando na complementaridade entre o direito internacional e nacional.

Giovanna Back e Ivan Dias da Motta apresentaram o artigo intitulado "APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS DO CENÁRIO DE VIOLÊNCIA QUE A PROPOSTA DE UMA CULTURA DA PAZ PRETENDE ENFRENTAR EM DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE", no qual aproximam a defesa da paz, trazida pelo ordenamento brasileiro, em 2018, e a prevenção de violência, especialmente, a escolar. Com base em Deleuze e Bergson, discutem a habituação de comportamentos, a repetição, o decalque e os rizomas. Analisam o uso da perspectiva criativa do conflito, entendendo a escola e educação pela paz como caminho ressocializador, valorizando a educação que não disciplina corpos dóceis e úteis.

Intitulado "EXAMINANDO DRAGÕES": O ANTI ANTIRRELATIVISMO COMO PROPOSTA AO CONTRASSENSO DA DISCUSSÃO CLÁSSICA ENTRE O UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS", o trabalho da autoria de Pedro Lucas Campos de Medeiros, problematiza os debates entre universalismo e relativismo cultural e defende a tese do anti antirrelativismo, discutindo se a dignidade da pessoa humana é um fundamento absoluto e apontando o conceito como forma de fundamentar e limitar as permissões culturais, em contraponto à tese do relativismo.

Luiz Antônio da Silva Júnior é o autor do artigo "A NEGAÇÃO DA IDENTIDADE PELO USO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER A PARTIR DO CASO GONZÁLEZ E OUTRAS VERSUS MÉXICO", no qual aponta o caso González e outros, em que três mulheres foram mortas em Suarez, na fronteira do México com os EUA, e o confronta com a realidade nacional, discutindo a efetividade da lei brasileira que incluiu o feminicídio como qualificadora do homicídio.

"A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS: UM ESTUDO COMPARADO DOS MECANISMOS PROTETIVOS NO PLANO GLOBAL", de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria Júnior, discute a efetividade dos direitos humanos dos idosos, realizando um comparativo da temática nos mecanismos protetivos no plano global, especialmente com base na Carta Africana de Direitos Humanos, no Sistema Regional Europeu e no Sistema Interamericano, no protocolo de São Salvador e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Vinicius Silva Lemos apresentou o artigo “O DEVER DO DIÁLOGO EFETIVO NAS CITAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PRECEDENTES DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS” em que analisou o dever de diálogo efetivo entre cortes. Verificou que o modo como o Brasil utiliza as decisões de direitos humanos possui uma eficácia persuasiva, sendo que o Supremo Tribunal Federal utiliza muito mais as decisões das cortes de direitos humanos para dar autoridade à decisão, como reforço argumentativo. Indica que ocorre uma bricolagem, sendo que não há metodologia de cada ministro e muito menos do colegiado quanto ao uso dos precedentes de direitos humanos. Refere que há uma aparência de utilização do direito internacional, mas que falta um efetivo diálogo internacional do Supremo Tribunal Federal no que tange aos precedentes das cortes de direitos humanos.

Sob o título “O CREDENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE”, o artigo, de autoria de José Antonio Remedio e Rafael Angelo Chaib Lotierzo, analisa o instituto do credenciamento como forma de efetivação do direito fundamental à saúde. Verifica que a contratação de terceiros em casos de licitação inexigível para prestar serviço de saúde permite que pequenos municípios consigam cumprir a finalidade constitucional, concretizando o direito humano à saúde.

Marco Aurélio Raniéri e Julia Thais de Assis Moraes apresentaram o artigo intitulado “A VIOLAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO DE ANULAÇÃO DEMARCATÓRIA PANAMBI LAGOA RICA FACE AOS DOS DIREITOS HUMANOS”, no qual analisam a violação da segurança jurídica no processo de anulação demarcatória da terra indígena Panambi Lagoa Rica, em que o juiz determinou que a população deveria ocupar 12 mil hectares, sob pena de anulação da demarcação, o que configuraria cerceamento de direitos humanos pelo judiciário.

PRINCÍPIO DA SUBJETIVIDADE, MODERNIDADE E A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS, de autoria de Letícia da Silva Almeida e Raquel Carvalho Menezes De Castro, aborda a construção do princípio da subjetividade na modernidade, considerados três momentos: cristianismo, revolução francesa e reforma protestante. Apresenta, em Habermas, os direitos humanos como capa protetiva da pessoa e parâmetro de normas de vida comum.

O artigo intitulado “BAIXA CONSCIÊNCIA DEMOCRÁTICA E DIREITOS SOCIAIS: QUANDO OS DIREITOS POLÍTICOS FOMENTAM NOVOS DIREITOS”, de autoria de Lazaro Alves Borges, analisa a consciência democrática e os direitos sociais com base nas teses do minimalismo e maximalismo democrático. Partindo dos estudos de José Murilo de

Carvalho, indica que no Brasil muitos dos direitos sociais nasceram em épocas ditatoriais, sendo o direito produto de um governo elitista, ressaltando, assim que o debate das políticas públicas, de forma participativa, poderia representar um engrandecimento dos direitos socais.

"PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MINORIAS: QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS E O RISCO DE RETROCESSO" é o título do artigo de autoria de Arthur Ramos do Nascimento e Fernando de Brito Alves, no qual é analisado o risco de retrocesso e o efeito backlash. Propõe uma blindagem de vedação ao retrocesso por meio do controle de convencionalidade.

Walter Gustavo da Silva Lemos apresentou o artigo "COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A NECESSIDADE DE UMA COMISSÃO DA VERDADE PARA APURAÇÃO DOS ATOS CONTRA OS INDÍGENAS NO BRASIL", de sua autoria, no qual argumenta ser necessário instaurar uma Comissão Nacional da Verdade Indígena. Parte do pressuposto de que a construção de uma Justiça de Transição deve se basear na busca da verdade, nos termos da Corte Interamericana. Afirma ainda que o anexo segundo do relatório final da Comissão da Verdade brasileira indica, dentre as medidas para o futuro, a necessidade de criar uma comissão própria indígena, tendo em vista que morreram aproximadamente 8300 índios no país, existindo uma violação ao direito humano à verdade que poderia ser mitigado pela instauração de comissão específica.

Sob o título "A CIDADANIA FISCAL COMO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO PARTICIPATIVA", as autoras Maria De Fatima Ribeiro e Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva, defendem em seu artigo que a participação do contribuinte na tomada de decisões sobre o pagamento de tributos é uma forma do contribuinte não apenas ver a arrecadação como custo, justificando a sonegação, mas de percebê-la como instrumento necessário para a concretização dos objetivos constitucionais, tais como o direito humano à educação.

As autoras Rosana Walter e Riva Sobrado no artigo "O DANO AO PROJETO DE VIDA E O FEMINICÍDIO" postulam que, com base na proteção da pessoa, conferida pelo Código Civil de 2002 e no reconhecimento dos direitos de personalidade, o feminicídio gera aos herdeiros o direito de pleitear remuneração por dano extrapatrimonial ao projeto de vida.

"ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL: TRABALHO ESCRAVO E DEGRADANTE COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS", de autoria de Florisbal de Souza Del Olmo e Luiz Henrique Santos Da Cruz, aborda que a

escravidão não acabou com a lei áurea, referindo que acabar ou reduzir o trabalho escravo não significa apenas acabar com a submissão do trabalhador, mas sim com a influência dos grandes especuladores.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática que envolvem a fundamentação e efetividade dos direitos humanos, com destaque central para o fenômeno democrático da participação como forma de garantia e concretização dos direitos humanos.

Prof. Dr. Rubens Beçak/FDRP-USP

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira/UFMS

Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira/UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MINORIAS: QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS E O RISCO DE RETROCESSO

## INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND RECOGNITION OF THE MINORITIES' RIGHTS: CONTEMPORARY ISSUES AND THE RISK OF RETREAT

**Arthur Ramos do Nascimento**
**Fernando De Brito Alves**

**Resumo**

O artigo busca refletir se a proteção das minorias poderia se dar com o auxílio do Direito Internacional (a dimensão normativa e institucional) quando se trata de minorias LGBTQ+ e o risco de retrocesso (efeito backlash). O artigo utiliza-se do método de revisão bibliográfica e análise dialética para suas considerações. A análise discorre suscintamente sobre a proteção dos direitos fundamentais como uma preocupação global (justificando sua relevância e a legitimidade no cenário interno). Conclui-se pela aplicação do arcabouço internacional na eventualidade de uma movimentação de retrocesso interna, como forma de combater uma ditadura da maioria e a perseguição de minorias.

**Palavras-chave:** Direitos humanos, Efetividade dos direitos humanos, Risco de retrocesso, Direitos humanos fundamentais, Direito internacional dos direitos humanos

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article seeks to reflect on whether the protection of minorities could be assisted by international law (the normative and institutional dimension) when dealing with LGBTQ + minorities and the risk of backlash. The article uses the method of bibliographic review and dialectical analysis for its considerations. The analysis deals briefly with the protection of fundamental rights as a global concern (justifying its relevance and legitimacy in the domestic scenario). It is concluded by the application of the international framework in the event of an internal backtracking movement, as a way to combat a majority dictatorship and persecution of minorities.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Human rights, Effectiveness of human rights, Risk of retraction, Fundamental human rights, International human rights law

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A construção de uma sociedade justa, que se norteie pelos princípios da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da dignidade da pessoa humana, é o desejo de qualquer indivíduo minimamente razoável, sendo não crível que alguém pudesse defender o abandono desses princípios (que praticamente fundaram as bases – jurídicas – da modernidade e ainda, na pós-modernidade, continuam a exercer sua influência) para caminhar em direção contrária para a violência, a barbárie e a exclusão.

O Direito, enquanto ramo do conhecimento humano que se preocupa com as relações sociais, bens jurídicos socialmente relevantes, com a tutela do indivíduo e busca responder às questões que se apresentam de forma que suas respostas contribuam para revisar e aperfeiçoar a regulação das relações humanas em sociedade, se vê constantemente desafiado por uma realidade complexa e multifacetada. Alguns desses desafios envolvem a proteção de grupos minoritários, como é o caso das minorias categorizadas por, por exemplo, se guiarem por uma orientação sexual que destoa daquela eleita socialmente como "padrão". Homossexuais, bissexuais e transexuais, entre outros, experimentam, por toda vida, uma realidade de exclusão, indiferença, violência e negação de seu reconhecimento enquanto indivíduo (vez que se tenta simbólica ou literalmente encaixar essas pessoas nos padrões estabelecidos), situação essa que, por muito tempo, foi (quase) completamente ignorada pelo Direito, ou mesmo teve no Direito um fundamento de legitimação da exclusão e da discriminação. O amadurecimento da sociedade, e do próprio Direito como consequência disso, resultaram no reconhecimento dessas minorias e no direito delas de existir e serem aceitas como parte do corpo social, tal como são, merecendo o pleno gozo de seus direitos.

Não se pode considerar que o Direito sempre caminha de forma perfeita e natural para uma situação de melhoria, ou que esses avanços (ainda que lentos e tardios) no reconhecimento dos direitos das pessoas homossexuais, bissexuais e transgênero estejam já em seu ápice. A sociedade, como observado, é mais complexa do que parece e o Direito pode, se esvaziado de sua legitimidade, ser convertido em instrumento de opressão, perseguição e retrocesso negando as conquistas dessa população[1]. A tutela dos

[1] Apenas para fins de ilustração, a literatura é farta em apresentar distopias em que se vislumbra a negação de direitos com o controle abusivo do Estado. Essas realidades fictícias, muito mais do que mero divertimento literário (ou cinematográfico), buscam promover a reflexão da sociedade frente a riscos

direitos fundamentais passa, devido sua relevância, a não ser apenas um problema nacional, mas se torna pauta da sociedade internacional por meio de algumas ondas de reconhecimento de direitos tidos como básicos para se garantir a dignidade da pessoa humana em qualquer lugar do globo. Causando alguns atritos iniciais, hoje os direitos previstos no plano nacional e internacional devem se complementar e aperfeiçoar em prol da pessoa humana que é, em primeira e última análise, seu principal objetivo.

Feitas tais considerações o presente artigo busca refletir, ainda de maneira inicial, se a proteção das minorias poderia se dar com o auxílio do Direito Internacional (incluindo a dimensão normativa e institucional) quando se tratam de minorias LGBTQ+ e o risco de *backlash* (sendo esse uma reação contrária, socialmente orquestrada, aos avanços de direitos fundamentais considerados "polêmicos" especialmente por uma parcela conservadora da sociedade). Para responder à essas provocações, o artigo utiliza-se do método de revisão bibliográfica e análise dialética para traçar considerações que possam sustentar também esse canal de luta para as minorias na ocorrência de retrocessos de direitos fundamentais e se o efeito *backlash* poderia ser combatido, caso ocorresse no Brasil, com auxílio do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa forma o artigo se constrói, de forma objetiva e pontual a discorrer suscintamente sobre a proteção dos direitos humanos fundamentais como uma preocupação global (justificando sua relevância e a legitimidade de sua aplicação no cenário interno). Posteriormente se faz uma ponderação sobre os direitos de minorias e a exclusão em que estão submetidas, posteriormente analisando a fragilidade dos direitos conquistados especialmente pela ascensão de discursos conservadores e de ódio no cenário nacional (e internacional). Por fim, o artigo discorre sobre a aplicação do arcabouço internacional na eventualidade de uma movimentação de retrocesso interna, considerando que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais consolidados não podem, por meio de um arranjo político que mascara uma discriminação, legitimar a ditadura da maioria e a perseguição de minorias LGBTQ+.

---

possíveis de retrocesso de direitos humanos fundamentais. A história do Séc. XX e começo do Séc.XXI ilustram também muitas situações de retrocesso e retorno ao fundamentalismo religioso. Esses temas, em razão da limitação presente no artigo, serão resgatados para uma análise mais pontual em trabalhos futuros.

## A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO DA SOCIEDADE GLOBAL CONTEMPORÂNEA

Um importante aspecto sobre a sociedade contemporânea, a despeito de todas as mazelas e crises que a globalização potencializa (e potencializou) enquanto fenômeno social, político e econômico, é inegável que, por outro lado, oferece ao indivíduo e/ou grupos de indivíduos a possibilidade de dialogar com entidades internacionais de proteção de direitos (o direito deixa de ser, necessariamente limitado no tempo e espaço e passa a se expandir *supra nacionalmente*). Há, ainda que não plenamente aceito, uma maior compreensão de que a soberania de um Estado não lhe confere amplos poderes para desrespeitar deliberadamente direitos humanos fundamentais. Essa é uma lição amarga que o Séc. XX testemunhou, quando verificou-se que o direito interno de um país, bem como a relação entre Estado e cidadãos, não se encontram em algum patamar sacrossanto. O horror do nazismo alemão, e o uso do sistema jurídico interno para negar direitos fundamentais de judeus, negros, homossexuais e pessoas com deficiência, foram demonstrações suficientes para se considerar a necessidade de forças e mecanismos supranacionais de tutela da dignidade da pessoa humana.

É de conhecimento geral que os Direitos Humanos Fundamentais (destacadamente os de primeira dimensão, conhecidos como direitos de liberdade) surgiram como mecanismos de proteção dos indivíduos contra o poder estatal absolutista. O abuso estatal foi combatido por meio do reconhecimento e positivação de sucessivas dimensões de Direitos Humanos (Fundamentais), especialmente com a presença de tais direitos no que pode ser classificado como fenômeno de constitucionalização de direitos (validando e consolidando esses direitos no patamar internacional – direito dos tratados, e no plano nacional – com a constitucionalização dos mesmos). Assim, o valor, nesse cenário, do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos é inegável.

Surgem, para proteger, tutelar e promover esses direitos na dimensão internacional os sistemas internacionais de direitos humanos. É possível mencionar o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Comissão IDH, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que monitoram a Organização dos Estados Americanos –

OEA)[2], o sistema regional europeu de direitos humanos, o sistema regional africano de direitos humanos e, numa dimensão planetária, o sistema Global dos Direitos Humanos titularizado pela Organização das Nações Unidas - ONU.

Como é possível identificar, foram dois processos distintos de afirmação política que marcaram a trajetória (histórica) de luta pela tutela dos direitos humanos de forma internacional. Por um lado se procurou lutar pela proteção do "homem genérico – do homem enquanto homem", ou seja, em uma visão mais geral, onde se destaca a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Por outro lado, há a tutela da pessoa humana em dimensão "específica", nesse sentido "tomado na sua diversidade de status social, o que não permite igual tratamento e igual proteção a todos", já que cada indivíduo é um indivíduo e que merece proteção de sua individualidade. Essa dualidade de visão se reproduz no âmbito internacional coexistindo de forma complementar tanto sistemas de proteção dos direitos humanos no panorama geral quando para a proteção específica. Assim, com a especialização dos direitos humanos (no sistema de proteção específica) possibilitou "o reconhecimento das peculiaridades dos diversos grupos humanos", bem como "a institucionalização da percepção" entre esses grupos. Dessa sorte, a análise se debruça especialmente sobre os "principais documentos internacionais de proteção de alguns destes grupos humanos específicos" (BEDIN; BÜRON, 2003, p. 151-152). O enfoque, portanto, envolve a tutela das minorias sexuais, ou seja, da comunidade LGBTQ+[3] frente o direito internacional e (possíveis) ocorrências de retrocessos institucionalizados no patamar nacional brasileiro.

## O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MINORIAS NO DIREITO E AS MINORIAS SEXUAIS – LGBTQ+.

Quando se fala em minorias, hoje o senso comum, em razão da ocupação de espaços de poder e o avanço (ainda que modesto) das pautas desses coletivos no cenário

[2] Considerando ser o sistema aplicável ao Brasil é o que recebe maior destaque na presente análise.

[3] Cabe esclarecer que a sigla *LGBT*Q+ significa *Lésbicas*, *Gays*, *Bissexuais*, *Transexuais* (mas onde o "T" também representa os grupos *Transgênero* e *Travestis*) *Queer* (sigla inglesa que remete à "estranho" como um grupo de indivíduos que não se encaixam em nenhum dos tipos anteriores, assim por desafiarem o não enquadramento, o "Q" poderia ser assumido em língua portuguesa como "Questionando"), e *mais* (onde essse "+" supostamente incluiria todo e qualquer grupo que porventura se sinta não contemplado pelas letras anteriores como os *Assexuais/Arromântiques/Agênero*, *Pansexuais/Polissexuais*, e, também, os *Intergênero*). Não ignorando as demandas de todos esses grupos por visibilidade e reconhecimento, adota a sigla simplificada "LGBTQ+" por ser abrangente e abarcar o máximo de diversidades dentro da comunidade, ainda que outras siglas sejam mais conhecidas como LGBT, por exemplo.

social e político, já permite uma rápida associação com movimentos LGBTQ+, movimento negro, movimento feminista, o de pessoas com deficiência, entre outros, entre os quais tem se despontado o dos refugiados frente às crises políticas contemporâneas. Esse reconhecimento por associação do termo "minorias" e coletivos como a comunidade LGTQ+ revela que as lutas *experenciadas* especialmente no decorrer do século XX e início do Séc. XXI geraram o reconhecimento desses grupos como parte da sociedade. Ainda com toda a resistência, a sociedade se reconhece (ou ao menos não permite que se ignore ou negue) como uma sociedade plural e multifacetária.

A partir dessas percepções sobre a realidade se mostra importante compreender o conceito de minorias sexuais adotados para fins da presente pesquisa. Cabe, portanto, entender, inicialmente, que minorias devem ser percebidas como um "grupo numericamente inferior ao restante da população do Estado em uma posição não dominante", cujos membros possuem caraterísticas diferentes da parcela restante da população e identificam (implicitamente ou não) entre si um senso de solidariedade de autopreservação (CAPOTORTI, 1977, p. 96 apud OLIVEIRA, 2017, p. 117-118).

As minorias sexuais, partindo desse conceito e características, constituem um grupo numericamente inferior[4] (em comparação à população heterossexual) e que por apresentar características não hegemônica de comportamento acabam sendo marginalizados e, na dinâmica pelo reconhecimento de sua identidade (tão legítima quanto qualquer outra) estabelece uma dimensão de reconhecimento com outros indivíduos que compartilham desse reconhecimento gerando uma sensação de pertencimento à um grupo e, não raras vezes, sentimento de mútua proteção e sobrevivência (autopreservação da vida, por exemplo).

De igual forma cabe observar que o conceito de minoria está atrelado com o de diferença (tomado enquanto termo em sua acepção filosófica), ao ponto de serem sinônimos. Visto que a minoria é identificada como tal tanto com possível definição afirmativa ou negativa, observa-se como mais oportuno a conceituação "negativa" pela negação histórica, social e moral desses grupos frente à maioria (ou as massas), ou seja,

[4] Cabe o destaque que o termo "minorias" não representa, necessariamente, uma minoria numérica, podendo significar que se trata de um grupo que ocupa em quantidade significativamente inferior os espaços de poder e de representação política (obviamente quando não são grupos totalmente alijados do processo político). Entretanto, para o caso das minorias sexuais (homossexuais, bissexuais, transexuais, transgênero etc..) a afirmativa se comprova verdadeira, posto que não há registros reconhecidos de que em algum momento a quantidade de pessoas LGBTQ+ tenha sido superior ao número de pessoas heterossexuais cisgênero.

negando sua igualdade. Assim, o termo minoria se encontra equiparado (enquanto sinônimo) de "marginalizados" significando os que estão à margem, distante do centro materialmente estabelecido onde se encontram os grupos hegemônicos-dominantes que concentram em si as "decisões macropolíticas", com negação de qualquer outra dinâmica (ALVES, 2009, p. 13).

Considerando que por vezes o léxico de determinadas pautas podem não encontrar no senso comum uma significação distintiva, cabe aqui esclarecer que ao se falar em minorias sexuais se está a falar de um grupo minoritário que tem sua orientação sexual identificada como divergente da orientação sexual da maioria. O componente da sexualidade se estabelece como o conjunto de desejo e concretização sexual, especialmente na esfera comportamental. Quando esse desejo e concretização do ato sexual se dirige (se orienta) para pessoas de gêneros diferentes entre si, trata-se da orientação sexual heterossexual, identificada por uma parcela maior da sociedade e estabelecida como "padrão". Assim, fora do "padrão estabelecido", por exemplo, tem-se a *homossexualidade*, quando o desejo e concretização sexual se orienta para pessoas do mesmo gênero, e quando o desejo e concretização sexual se dá indiferentemente de gênero se está diante da orientação sexual *bissexualidade*[5](BORRILLO, 2010, p. 23 apud VECCHIATTI; VIANA, 2014, p.334).

Ainda cumpre destacar que nesse grupo se incluem as minorias não vinculadas à orientação sexual, mas ao critério (categoria) da identidade de gênero. Por identidade de gênero, no quesito de minorias, deve-se concernir às pessoas *trans* (abreviação usual que abarca transexuais, travestis e transgêneros), intersexuais e ainda indivíduos que não se reconhecem em um modelo binário para "papeis sociais" associados aos gêneros masculino e feminino (os não binários). Assim, a identidade de gênero envolve uma grupo de minorias que vive uma experiência interna e individual relativa ao gênero que ela auto reconhece que pode, ou não, corresponder ao sexo biológico (o atribuído no nascimento). Essa experiência de gênero não implica em necessária intervenção médica,

[5] Nunca é demais destacar que a bissexualidade se constitui como um diversificado espectro em que o desejo e concretização sexual pode se localizar em diferentes pontos de uma escala que o aproxima mais das práticas e desejos heterossexuais ou das práticas e desejos homossexuais. Dito de outra forma: quando um indivíduo sente desejo sexual orientado raramente pelo gênero oposto, às vezes com o gênero oposto, raramente com o mesmo gênero, às vezes com o mesmo gênero, ou em qualquer proporção próxima à "cinquenta por cento" trata-se de um indivíduo com orientação bissexual. Assim, mesmo que o indivíduo sinta desejo sexual (ou mesmo interesse romântico não sexual) orientado para alguém de seu gênero e para alguém do gênero oposto, independentemente da proporção com que se deseje desejo ou se tenha o interesse, trata-se de alguém orientado sexualmente para a bissexualidade.

pois esse senso sobre o próprio, a despeito de significar uma não identificação com o sexo biológico, não significa a modificação de aparência, função corporal, vestimenta, expressões de gênero, maneirismos ou similares (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2010, apud VECCHIATTI; VIANA, 2014, p.334). A questão da identidade de gênero, como se observa, é muito mais ampla e diversa do que o tradicional pensamento binário estabelecido comporta, sendo importante considerar a questão sob essa riqueza de individualidades. Na mesma proporção, se há uma riqueza de identidades (de orientação sexual e de gênero) a ser tutelada, maiores também são os desafios para proteger os direitos fundamentais desses grupos diversas vezes *invisibilizados* e marginalizados.

Um aspecto muito positivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a possibilidade de compartilhamento de informações que se potencializou e difundiu especialmente com o fim da modernidade (e começo da pós-modernidade), é a possibilidade de analisar os direitos das minorias numa perspectiva que supere a visão limitada de um sistema jurídico nacional. O estudo de direito comparado ou mesmo a compreensão de experiências estrangeiras na tutela dos direitos de minorias permite uma releitura da própria realidade nacional e potencializa a (re)construção de um discurso jurídico mais justo e inclusivo.

Sob tal perspectiva, quando se compara a experiência brasileira com a experiência de outros países, é fácil observar que, a despeito de existir uma Constituição muito avançada na proteção de direitos, o fato é que o Brasil ainda se encontra em uma posição de pouca proteção efetiva. Outros países na América Latina poderem oferecer exemplos interessantes sobre o tratamento a pessoas LGBTQ+, como, por exemplo, o Uruguai que foi o primeiro país (na América Latina) a discutir a diversidade de gênero, ou mesmo a Argentina que, seguindo seu exemplo, também discutiu tal questão como uma pauta nacional a ponto de gerar uma Lei de Identidade de Gênero (Lei nº 26.743). A lei argentina "declara a diversidade sexual e de gênero como direito individual", demonstrando uma postura distinta do Brasil, "em que se tem uma omissão legislativa sobre essa matéria e sobre a homofobia/transfobia" (BAHIA; BOMFIN, 2017, p. 63). Essa omissão legislativa encontrada na experiência brasileira acentua-se ainda mais como um problema por haver um compromisso de proteção previsto tanto no texto

constituição quanto em tratados internacionais que o Brasil faz parte e deles é signatário[6].

Merece destaque a observação feita por Bahia e Bonfin, que o déficit brasileiro parece ainda mais visível quando se reconhece que o país "aderiu a Organização das Nações Unidas em 1992, dessa forma os Estados membros se comprometem a respeitar e cumprir o regimento dessas instituições" ao mesmo tempo em que "reconhecem legitimidade das decisões proferidas por esses órgãos, o que implica presar por promover a proteção internacional dos Direitos Humanos". Assim, quando se pensa no âmbito regional da América Latina a proteção "é feita pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)". Em dupla dimensão supranacional o Brasil, portanto, "se compromete a seguir os ditames internacionais de proteção dos Direitos Humanos, tanto no âmbito universal (ONU) quanto do regional (OEA)", de modo que é importante destacar que "há inúmeras Resoluções de órgãos internacionais que, direta ou indiretamente impõem aos Estados-parte a obrigação de possuir normas e instituições voltadas para a proteção contra a violência" e, é importante ressaltar, também voltadas para a promoção de direitos de minorias LGBTQ+ (2017, p. 55-56).

Como mencionado pelos autores, a Resolução n. 2435: "Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero", aprovada em 03 de junho de 2008 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, sendo repetida nas Assembleias anuais da entidade. Outros instrumentos relevantes são: a Resolução da ONU de 1981: "Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções" e o "Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos" (1966), que indiretamente oferecem subsídios de proteção para essas minorias. Tais elementos (normas e orientações internacionais) reforçam o fato do Brasil ter um compromisso declarado de cumprir e respeitar as decisões da CIDH e da Corte IDH no que tange aos direitos humanos de modo que, "caso não o faça, se sujeita a responder a representações ou até a processos internacionais" (BAHIA; BOMFIN, 2017, p. 55-56).

Ainda que se encontre, vez ou outra, um discurso *preciosista* sobre a soberania nacional e a "independência" do Direito interno, há que se ponderar necessariamente

[6] Para um maior aprofundamento sobre a inércia legislativa sugere-se a leitura do artigo "A inércia do legislador: a necessidade de proteção legal às minorias sexuais", autoria de Gabriela Soares Balestero (2010).

(frente à Globalização, relações entre países, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direitos de terceira, quarta e quinta dimensões, entre outros) que tais direitos produzidos e consolidados internacionalmente pelos instituições internacionais devem ser considerados como um (tipo de) direito interno, independentemente de sua origem. Essa necessária consideração se deve "em razão da crescente interação entre ambas as ordens jurídicas" (externa e interna) de modo a confluir "em temáticas comuns (como as que se referem aos direitos humanos)", como também pelo fato de que a ratificação de um tratado de direitos humanos gera tanto a incorporação desses direitos pelo Estado (âmbito nacional/interno), quando gera um compromisso perante a comunidade internacional para "zelar pela sua observância, assim como a interpretação conferida ao mesmo pelos órgãos supranacionais" (LOPES; JÚNIOR, 2017, p. 194-195).

A tutela e promoção dos direitos de minorias, incluindo o das minorias sexuais, se ampliam com a ampliação do princípio da legalidade por vincular a atuação do Estado (seja do Estado Legislador, mas também do Estado-Juiz, em particular) aos direitos englobados nos documentos ratificados. Esses instrumentos "funcionam como um suporte normativo a partir do qual se visa assegurar uma adequada proteção e fazer com que as minorias tenham reconhecidos seus direitos", assim considerando que, se tais direitos estão protegidos internacionalmente não podem os Estados "reduzir a eficácia dessas normas de forma não razoável ou objetiva". Assim, não raro, esses grupos minoritários acabam preferindo buscar tribunais internacionais, por serem considerados por estes grupos mais imparcialidade que os tribunais nacionais como os próprios tribunais constitucionais (LOPES; JUNIOR, 2017, p. 194-195)[7].

## A ASCENSÃO DE DISCURSOS CONSERVADORES, O EFEITO *BACKLASH* E A DISTORÇÃO DA SOBERANIA POPULAR

A ascensão de grupos conservadores e/ou que disseminam discurso de ódio contra minorias têm se mostrado fenômenos preocupantes e que possui uma apreciação ainda insuficiente no cenário acadêmico e jurídico. Há necessariamente que amadurecer

[7] A análise promovida pelos autores citados, a despeito de versarem sobre grupos minoritários, é silente sobre as minorias sexuais, não mencionando as populações homossexuais ou questão de gênero (apenas pontuando a questão dos direitos das mulheres enquanto minoria de gênero). Entretanto, a fundamentação apresentada se mostra adequada para refletir as dinâmicas de minorias *vs* maiorias e a apreciação da teoria jurídica. Por essa razão, o trabalho serviu de subsídio para as análise aqui descritas.

os debates sobre os limites da liberdade de expressão, uma melhor e atualizada concepção e conceituação do discurso de ódio entre outras temáticas dessa natureza[8]. Entre as principais preocupações que devem merecer maior atenção dos juristas é identificar como eliminar a discriminação institucional e social que as minorias enfrentam, especialmente quando se pensa na participação delas na formulação da produção legislativa do Parlamento e a função política das Cortes Constitucionais para garantir a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Na atual configuração, não é difícil perceber que as minorias acabam expressando "pouca ou nenhuma força – ou poder" para que suas reivindicações sejam atendidas pelo Estado. É observável que "quando exigem a redistribuição de certos bens jurídicos ou a efetivação de alguns direitos, como os políticos, são vistos como sectários que subvertem a pretensa neutralidade estatal de tratar todos da mesma forma", argumentação essa que justificaria a impossibilidade de que o Estado interviesse na seara social. É interessante destacar que a "mera legalidade não implica, inquestionavelmente, um ganho para todos os indivíduos", na verdade, cabe dizer, ela "pode tornar velada a dominação que, eventualmente, ocorra no plano fático e material ou antes, uma simples concessão legal simbólica, importando mais o significado político-ideológico dessa disposição do que seu aspecto normativo". Assim, a questão que reiteradamente necessita de resposta para as minorias é a de como fazer que os direitos fundamentais mantenham sua legitimidade (LOPES; JÚNIOR, 2017, p. 191). Trata-se de uma questão importante para o Direito, especialmente se o consideramos algo mais do que apenas um instrumento de poder e de dominação e o enxergamos como uma ciência dinâmica que busca compreender e promover uma concepção de justo. O Estado deve tratar a todos com igualdade, mas tal princípio se aplicado cega e acriticamente se constitui como fator de promoção da desigualdade, visto que as minorias, especialmente as minorias sexuais, se encontram marginalizadas social, jurídica e culturalmente (quando também não o são no aspecto econômico).

A positivação de direitos humanos fundamentais nas esferas nacionais (com a constitucionalização dos direitos fundamentais) quando internacionais (com a adoção internacional de tratados de direitos humanos) representam do ponto de vista simbólico,

[8] Tais aspectos, dada a limitação do presente artigo em razão de seu recorte temático, não serão abordados por merecerem uma análise mais aprofundada e detida. Tratam-se de temas muito pontuais e que devem ser analisados separadamente para que se possa oferecer uma contribuição significativa na seara acadêmica. Há o interesse de desenvolvimento dessas temáticas em pesquisas futuras.

filosófico e ideológico um grande avanço e aporte teórico para reflexões relativas à *fundamentalidade* desses direitos. Uma questão que deve nortear qualquer debate a respeito da proteção (especialmente das minorias) não pode se limitar à sua positivação (no sentido de normatizar, legislar sobre), mas, de forma ainda mais urgente, deve-se pensar na proteção desses direitos para evitar seu retrocesso ou violação. Fundamentos (legais, normativos, principiológicos e filosóficos, por exemplo) já existem para justificar tais direitos, mas urge pensar em aspectos de proteção desses direitos que são eminentemente políticos e sociais[9]. Quando se tratam de minorias LGBTQ+ essa preocupação merece maior destaque e reflexão posto que essa população "somente veio ser objeto de discussões nas últimas décadas após uma história milenar de invisibilidade e perseguição histórica" (VECCHIATTI; VIANA, 2014, p. 333).

Retomando a questão da "legalidade" como elemento limitador da atuação Estatal em prol das minorias, cabe refletir que pessoas LGBTQ+ acabam se vendo fragilizadas nas duas frentes. Quando se fala desse grupo minoritário (ao contrário das maiorias hegemônicas socialmente) essas pessoas precisam tanto de justificação desses direitos (positivação e normatização), numa dimensão jurídico-filosófica, quanto de proteção, numa dimensão jurídico-política. Os discursos de ódio e discursos conservadores, por exemplo, discordam que homossexuais possam se casar ou mesmo constituir família, não entendendo "justificativa" para que o Direito reconheça tais uniões. Tais movimentos conservadores e de ódio, confrontam qualquer proposta de criminalização da homofobia, pois, para eles, não há "justificativa" para que se crie algo específico para essas minorias alegando que já existem outros mecanismos legais que protegem "igualmente" todas as pessoas[10]. O desenvolvimento da análise demanda o aprofundamento de conceitos e da própria teoria do efeito *backlash*, mas as considerações presentes nessa reflexão são suficientes para se inferir que a mobilização popular articulada, per se, para negar direitos fundamentais reconhecidos não está respaldada na legitimidade democrática.

Considerando que as teorias constitucionais da democracia, hoje muito mais proeminentes nos debates e na legitimidade de aplicação, também "estão mais próximas

[9] Esse "alerta" já foi apresentado por diversos filósofos, podendo-se destacar, como exemplo, Bobbio como um dos mais proeminentes nesse aspecto.

[10] Esse é o mesmo tipo de raciocínio distorcido e "conveniente" que critica a criminalização do feminicídio alegando que já existe o homicídio, não devendo existir um "crime exclusivo", como se o fato dessa modalidade de crime ser um problema social fosse algum tipo de "privilégio".

a legitimar e garantir os direitos de minorias" do que outras teorias democráticas. Nesse aspecto, os direitos legitimados e garantidos são os direitos fundamentais que podem ser assumidos como "espaço vedado", ou seja, "núcleo duro da democracia", não podendo ser objeto de "acordos, compromissos, e negociações políticas que devem apenas, portanto, alcançar aspectos secundários da vida das pessoas" (ALVES, 2009, p. 73).

A sociedade de comunicação generalizada destaca a multiplicidade como característica marcante, especialmente na pós-modernidade, fenômeno esse que possibilitou que a sociedade civil emergisse para a (participação na) tomada de decisões públicas e políticas, de forma (paulatinamente) "cada vez mais pressionadora e especializada, nos mais variados campos do conhecimento". Entretanto, e especialmente, quando se coloca a questão de pesos e medidas da interferência ou mesmo participação no âmbito do direito internacional, é inegável que, ainda sim, o poder de decisão se encontra concentrado na mão dos Estados (OLIVEIRA, 2017, p. 114).

## A (IM)POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DE *BACKLASH* NO BRASIL: MINORIAS LGBTQ+ EM RISCO?

A existência de previsão constitucional e mesmo internacional sobre direitos de minorias não autoriza concluir que esses direitos estão devidamente protegidos e essas minorias contam com pleno gozo dos mesmos. A previsão de direitos não significa o mesmo que efetivação desses direitos e, ainda sim, o gozo de direitos não representa, necessariamente, que esses direito não possam ser usurpados, cassados e violados. Como destacado por Hannah Arendt "As fórmulas norte-americanas (vida, liberdade e procura da felicidade) e francesas (igualdade perante a lei, liberdade, proteção à propriedade e soberania nacional) eram inoperantes para quem não contasse com um governo para defendê-las" (2012, p. 401). Quando se pensa na existência de entidades internacionais preocupadas com os Direitos Humanos, é impossível não associá-las à uma tentativa global de evitar que o mundo presenciasse horrores como os cometidos na Alemanha Nazista, quando o Estado se mostrou não apenas incapaz de proteger seus cidadãos, mas arrogou-se no direito/dever de cassar essa cidadania e também de ser o grande violador de direitos fundamentais de judeus, homossexuais e pessoas com deficiência, por exemplo.

Em igual sentido, quando se analisam os direitos humanos, especialmente os instrumentos legais internacionais, é fácil perceber que tais instrumentos visam proteger, cada vez mais, grupos humanos específicos e não mais uma concepção generalista de humanidade. Isso indica uma especialização na tutela internacional dos direitos humanos, assegurando e reafirmando a importância de grupos minoritários que são protegidos por esses tratados e organismos: mulheres, crianças, minorias raciais, refugiados, prisioneiros de guerra, entre outros segmentos. Tal dinâmica permite perceber que por um lado os direitos humanos estão mais politicamente legitimados no âmbito internacional, mas também estão sustentados por uma concretude mais ampla frente a complexidade do mundo (que pauta, mas ainda não efetivou, o reconhecimento da diversidade da condição humana). Tais elementos justificam o crescente interesse que a especialização dos direitos internacionais tem despertado junto aos estudiosos, bem como contribuem para que se afirme "um campo de racionalidade própria desta área, denominada de Direito Internacional dos Direitos Humanos" (BEDIN; BÜRON, 2003, p. 165-166).

É fato que a sociedade tende a amadurecer algumas questões, superar paradigmas e se educar para excluir determinados preconceitos quando estes se mostram infundados e injustos. Entretanto, quando se pensa em alguns avanços na história recente do Direito, como o reconhecimento da união homoafetiva, declaradamente ou não, há para essas minorias uma sensação de insegurança quanto aos direitos conquistados, especialmente por terem sido reconhecidos em espaços oficiosos que não são convencionalmente os mais reconhecidos pela teoria constitucional clássica. No caso brasileiro, por exemplo, a união homoafetiva se deu por reconhecimento do Supremo Tribunal Federal (união estável homoafetiva)[11] e posteriormente por "ato administrativo" do Conselho Nacional de Justiça[12] (casamento homoafetivo), ambas ligadas ao contexto do judiciário e não do Parlamento. O reconhecimento de direitos à margem do Parlamento é marcado por desconfiança (a interpretação "tradicional" da teoria de separação dos poderes costuma atribuir que o

[11] O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável homoafetiva ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. As ações foram propostas pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

[12] A previsão do "casamento homoafetivo" se deu por meio da Resolução nº 175/2013, medida essa que obrigou os cartórios brasileiros a realizarem o casamento entre casais do mesmo gênero, visto que mesmo com o reconhecimento judicial pelo STF cartórios (e juízes singulares e mesmo membros do Ministério Público) se recusaram a reconhecer a legitimidade do pedido.

poder de "produzir" o direito se limita ao Legislador através das leis), e, por não ser uma união com expressa previsão constitucional[13] ou infraconstitucional[14], poderia ser, teoricamente, revogada por outra legislação ou emenda constitucional[15].

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, dessa forma, poderia se sobrepor sobre a vontade popular se essa se manifestasse expressamente contrária à decisão? A quem cabe realmente à última palavra? O poder soberano não pertence ao povo?[16] Todas essas questões são pertinentes e demonstram que a análise do *efeito backlash* na teoria constitucional é muito mais complexa do que parece à uma primeira vista.

Um ponto a considerar é que, como exposto no presente artigo, há, para além de uma questão nacional de soberania, toda uma dimensão internacional que (in)diretamente afeta essa questão e sua resolução. O Estado Brasileiro possui um compromisso internacional de tutela e promoção dos direitos humanos, bem como suas instituições (e por consequência o seu povo, visto que foram representantes democraticamente eleitos que assumiram, em seu nome, esses compromissos internacionais) e que não podem ser afastados em prol do interesse de determinados grupos, ainda que sejam majoritários ou possuam poder político hegemônico. Para as minorias a especialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos representa um horizonte maior de proteção visto que as minorias vislumbram a possibilidade de acessar órgãos internacionais para que seus direitos sejam reconhecidos. Assim, não se trata de "perder soberania", mas flexibilizar certos limites para que se possa caminhar em direção de uma democracia global[17].

---

[13] A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece como entidades familiares a família formada pelo casamento (heteroafetivo), pela união estável (heteroafetiva) e a monoparental. Considerando que o texto constitucional não reconhece "exclusivamente" esses arranjos familiares, a hermenêutica constitucional considerando outros princípios, como a igualdade, dignidade da pessoa humana, o direito à felicidade, entre outros, permite entender que a CRFB/88 foi exemplificativa e não exaustiva ao falar sobre os modelos familiares.

[14] O Código Civil Brasileiro, seguindo as diretrizes constitucionais prevê o reconhecimento, como entidades familiares, da família formada pelo casamento (heteroafetivo), pela união estável (heteroafetiva) e a monoparental.

[15] Se a possibilidade de retrocesso envolvesse questões raciais essa possibilidade seria plausível ou mesmo cogitável? Seria razoável pensar em uma lei que proibisse as uniões inter-raciais, que retroagissem permitindo a escravização negra ou retirasse os direitos conquistados pelas mulheres? Por qual motivo o retrocesso para os homossexuais pode ser "cogitável"?

[16] O presente artigo não responderá tais questões pois estão sendo objeto de estudos em sede de doutoramento, o que gerará ao final uma tese de doutorado analisando pormenorizadamente tais questões.

[17] Dentro dessas reflexões reconhece-se a democracia também como um direito humano fundamental.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 17/11/2011 publicou, por meio de seu Informe Anual, um documento conhecido como "Leis e práticas e atos de violência com base em sua orientação sexual e identidade de gênero discriminatórias", estudo promovido pela entidade onde se afirmaram "os princípios da universalidade (dos direitos humanos), da igualdade e da não-discriminação, que deixam claro que leis, ações ou omissões governamentais" contra essas minorias "configurariam violação" da Declaração Universal dos Direitos Humanos "e documentos correlatos". O instrumento lista "várias formas de violência (física e simbólica) e discriminação ainda perpetradas" contra as minorias sexuais no mundo, além de apresentar "Recomendações aos Estados-parte", destacando-se que "praticamente todas 'ainda' não [foram] cumpridas pelo Brasil até os dias de hoje" (BAHIA; BOMFIN, 2017, p. 62-63).

É importante mencionar também o Pacto de San José (ratificado pelo Brasil em 1992) que submete o Estado Brasileiro à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como garantir e promover direitos previstos nesse pacto: "Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica (art. 3); Direito à Vida (art. 4); Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral (art. 5); Direito de Proteção à Honra e à Dignidade (art. 11)" além de "Liberdade de Pensamento e de Expressão (art. 13); Direito ao Nome (art. 18); Direito de Igualdade e de Não Discriminação (art. 24)". Ao desrespeitar e violar os direitos previstos para as pessoas LGBTQ+ é legítimo o "procedimento de denúncia do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por omissão em proteger de forma eficaz", de forma que se for reconhecida a procedência do pedido de denúncia, será dado "um prazo para que o país cumpra as recomendações que a mesma elabora, sob pena de que, não o fazendo a Comissão instaura processo junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos" (BAHIA; BOMFIN, 2017, p. 61).

O Estado Brasileiro, em razão de ser signatário dos diversos tratados internacionais é passível de responder internacionalmente pela violação (inclusive atual) em face dos direitos das minorias LGBTQ+, como por exemplo omissão legislativa e demora judiciária em responder aos casos de violência com a não criminalização da homofobia. Tanto em questões atuais como em possíveis situações futuras de retrocesso de direitos fundamentais dessas minorias "a Corte se configura como um órgão mais que legítimo para reconhecer a omissão do Legislativo e a demora injustificada do Judiciário em julgar casos relacionados" (inclusive de homofobia e transfobia – ainda

não criminalizados no Brasil). Por força da Constituição e dos Documentos Internacionais onde o Estado Brasileiro figura como signatário, está imposta a obrigação de possuir uma legislação específica e mecanismos de combate a violência relacionados ao tema (BAHIA; BOMFIN, 2017, p. 63). Destaca-se que o direito à felicidade (ou o direito à busca pela felicidade), mesmo não explícito constitucional, não pode ser esquecido nem negado enquanto um direito fundamental. O Estado tem o dever de promover o bem de todos indistintamente (com igualdade, sem qualquer tipo de discriminação) sempre com foco na dignidade da pessoa humana (SIQUEIRA; MACHADO, 2018, p. 197).

Considerando, pois, a ocorrência do efeito *backlash* sobre os direitos de minorias sexuais (LGBTQ+) em razão de movimentação popular ou mesmo legislativa[18] se justificaria "o ajuizamento de uma ação de denúncia do Estado Brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o próprio Estado já aderiu a essa competência jurisdicional". É interessante considerar que o ajuizamento de denúncia na CIDH não decorre do esgotamento dos instrumentos internos de justiça, mas é, observando-se as pesquisas e reflexões sobre o tema, plenamente viável que se ajuíze perante a entidade por força de violações (inclusive presentes, ressalte-se) por ação ou omissão dos Poderes da República por ser tal questão plausível (BAHIA; BOMFIN, 2017, p. 63-64).

É inegável que uma das dificuldades encontradas por grupos minoritários, como, por exemplo, a comunidade LGBTQ+ é romper com o status quo da realidade em que estão inseridos (sendo estes cenários discriminatório) que se autojustifica por se entenderem como "naturais". As próprias instituições estatais, em grande medida, se encontra engessadas técnica e conceitualmente à essa crença discriminatória (expressa ou velada) por ser, também elas, construídas a partir desse mesmo cenário. Por essa razão, os órgãos internacionais tem maior capacidade de auxiliar as minorias no rompimento dessa dinâmica por confrontá-la (oferecendo uma visão "de fora") com as diretrizes internacionais constantes nos tratados, que consagram determinados bens jurídicos com clara e inegável interferência nos sistemas nacionais. Assim, mesmo se a

[18] Caso essa movimentação legislativa não represente como uma resposta de pressão popular organizada, mas apenas represente interesses de uma parcela específica da sociedade, ou mesmo seja apenas uma movimentação partidária ou parlamentar organizada (bancadas, por exemplo), não se considera adequado dizer que se trata de um *backlash* tal como tem sido estudado na teoria constitucional. Nesses casos, seria mais adequado falar em ativismo congressual e, invariavelmente está inserida em um contexto de "queda de braço" entre o Parlamento e o STF.

sociedade venha permitir a ascensão de grupos e discursos conservadores e de ódio o direito internacional e o "conjunto decisório" formado pela jurisprudência dos órgãos internacionais constroem uma base para a "transformação normativa e hermenêutica" dentro do sistema nacional (interno). Assim, se há uma tutela consolidada internacionalmente em prol dos grupos minoritários "não cabe aos Estados limitá-los ou mesmo reduzir sua incidência de forma desarrazoada" (LOPES; JÚNIOR, 2017, p. 197). Em caso de retrocesso de direitos de minorias o direito internacional e as entidades internacionais de direitos humanos figuram como ferramenta de *contra-retrocesso*, agindo na proteção da dignidade da pessoa humana.

A exigência da realização da democracia, da constituição e da proteção dos direitos (humanos) fundamentais deve se dar nos espaços institucionais, que podem tanto "sê-lo em sentido oficial ou oficioso", sendo oficiais aqueles "criados ou reconhecidos pelo Estado como canal legítimo de participação da sociedade civil como um todo", tal como espaços de deliberação (ex. conselhos municipais), como podem ser oficiosos aqueles espaços em que "os grupos sociais, de forma sistemática ou não, se utilizam para exercer pressão sobre o poder público, para o reconhecimento de direitos, ou a criação de mecanismos de tutela e proteção daqueles já conquistados" no decorrer do assim chamado "processo histórico de formação e luta dos movimentos sociais como um todo" (ALVES, 2009, p. 74).

Tal como exposto, as dinâmicas de proteção de valores essenciais ao Estado Democrático de Direito: (i) a própria democracia – como um direito fundamental, (ii) a supremacia da Constituição da República Federativa de 1988 e (iii) a proteção dos direitos humanos fundamentais – legitimam que grupos ameaçados (ou claramente lesados) possam buscar os espaços institucionais (sejam oficiais ou oficiosos) para demandar seus direitos e exigir tutelas. O controle de constitucionalidade ou mesmo o controle de convencionalidade são, nesse aspecto, espaços de exercício democrático. Essa visão que reconhece duas vias para realização da democracia (não esvaziando sua força, mas multiplicando as possibilidades de sua garantia) oferece sempre uma alternativa de proteção das minorias quando um desses espaços estiver viciado por

processos anti-democráticos, como seria o caso de uma movimentação de retrocesso – *backlash* legislativo – contra os direitos de minorias[19].

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O retrocesso de direitos (humanos) fundamentais, seja como resultado do efeito *backlash*, seja por promoção legislativa ou ainda judicial, implica em violação dos tratados internacionais de direitos humanos. Aqui não se trata apenas de considerar uma obrigação formal (presente nos tratados), mas uma tentativa da comunidade internacional de se oferecer patamares civilizatórios mínimos e garantir que nenhum povo ou grupo de pessoas (como as minorias) fossem vítimas de abusos por parte de qualquer Estado. O que se coloca em questão quando se defende a legitimidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos interferindo em realidades internas dos Estados, seja por problemas presentes (as atuais violações) ou futuros (retrocessos como resultado de movimentos conservadores), é apenas reforçando a força do Direito e não o direito da Força. Terrores vivenciados no passado já deveriam, por si só, estabelecer parâmetros de análise que reconhecessem que não se pode retroceder em direitos reconhecidos, sob pena de se desumanizar a sociedade e incorrer em barbárie.

A vontade popular é, de fato soberana e é por meio dela que se legitimam as ações estatais, sendo o Estado o representante dessa vontade. Entretanto, a sociedade (e principalmente o Direito) alcançou um patamar tão relevante de justificação e consolidação de reconhecimento da fundamentalidade de direitos (especialmente os de minorias, para com quem a sociedade possui uma dívida histórica de marginalização e exlcusão). Assim, aceitar a possibilidade de retrocesso é o mesmo que desconsiderar (e desmerecer) não apenas anos de luta pelo reconhecimento da dignidade dessas pessoas, mas também é desconsiderar toda uma teoria jurídica e filosófica desenvolvida por séculos em prol de uma movimentação que é, no mais das vezes, apenas política e visará o atendimento de um grupo específico de deseja manter o *status quo*.

Como observado o Direito Internacional possui elementos suficientes para a intervenção nos sistemas internos na ocorrência de violações de direitos humanos, bem

[19] Da mesma forma, se o Judiciário se tornasse uma força de perseguição de minorias e força repressiva e cerceadora de direitos de minorias, os espaços institucionais oficiais (como a participação popular) seriam espaços de realização da democracia. Aqui se vê a possibilidade sempre de canais alternativos para luta dos direitos fundamentais (de minorias) por diferentes caminhos igualmente legítimos, ainda que os espaços oficiosos pareçam, em um primeiro momento, menos dialógicos e restritos.

como no retrocesso desses mesmos direitos. Não há mais que se falar que o Estado é soberano ao ponto de agir contra a própria natureza do direito, pervertendo seu uso em função de interesses escusos. Há que se destacar também que ao ingressar na comunidade internacional e retificar os tratados de Direitos Humanos, o Brasil se coloca em outra realidade normativa, não cabendo mais a imposição de interesses de "movimentos políticos" que estejam no poder em determinado momento, pois (pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos) o país precisa prestar constas de suas decisões, não só ao seu próprio povo, mas ao mundo.

O Brasil (e sua população) vive um momento paradigmático, em que o fortalecimento dos direitos humanos (fundamentais) não são apenas uma questão teórica a ser debatida, mas uma realidade que precisa ser assimilada e defendida. É preciso fortalecer a luta pelos direitos fundamentais, não apenas na Academia, mas em todos os espaços possíveis. Se houver retrocesso, o mundo deve ouvir a voz dos que são oprimidos.

**REFERENCIAIS**


ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo** (trad. Roberto Raposo). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. 126 f. Dissertação (Mestrado) do Programa de Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BOMFIM, Rainer. Estado brasileiro e normas internacionais: análise sobre a viabilidade o ajuizamento da denúncia de homo-transfobia institucionalizada do perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Izabela Hendrix**, vol. 18, nº 18, jul. 2017, p. 54-66. Disponível em: http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/10190/1/ARTIGO_EstadoBrasileiroNormas.pdf Acesso em 15 de março de 2019.

BEDIN, Gilmar Antônio; BÜRON, Luciane Montagner. A Sociedade Internacional e a Proteção Internacional de Grupos Específicos. **Revista Direito em Debate**, v. 20, n. 35-36, 20 jan/jun e jul/dez 2011, p. 35-50.

BEDIN, Gilmar Antônio; BÜRON, Luciane Montagner. Os direitos humanos e a proteção internacional de grupos específicos. **Revista Direito em Debate**, Ano XI, nº 20, jul./dez., 2003. p. 151-167.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos Santos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 181-201.

OLIVEIRA, Gabriela Werner. A proteção internacional de minorias sexuais: entre a idade média e a pós-modernidade. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.07.pdf Acesso em 10 de março de 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. LGBTI e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A construção da cidadania internacional arco-íris. In: **Direito internacional e direitos humanos I** [recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Jefferson Aparecido Dias, Ana Maria D'Ávila Lopes. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 332-361. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2 Acesso em 20 de março de 2019.

BALESTERO, Gabriela Soares. A inércia do legislador: a necessidade de proteção legal às minorias sexuais. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 5, n.3, 3º quadrimestre de 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. A Proteção dos Direitos Humanos LGBT e os Princípios Consagrados Contra a Discriminação Atentatória. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**. Ed. Unijuí, ano 6, n. 11, jan/jun. 2018, p. 167-201.