

# VULNERABILIDADE DE GRUPOS MINORITÁRIOS ENTRE CENÁRIOS DE CRISE E PROTEÇÃO DE DIREITOS

## VULNERABILITY OF MINORITY GROUPS BETWEEN CRISIS AND RIGHTS PROTECTION SCENARIOS

*Arthur Ramos do Nascimento\**

*Fernando de Brito Alves\*\**

### RESUMO

---

A abordagem sobre direitos de minorias em cenários de crise se configura como tema contemporâneo da teoria jurídica, por envolver aspectos relativos aos direitos fundamentais e humanos. A proposta envolve tecer reflexões sobre conceito de minoria e de crise, bem como traçar uma análise sobre as ameaças presentes na ascensão de movimentos conservadores (considerados como fenômenos de significativo risco à Democracia). O objetivo é contextualizar tais temáticas à luz da proteção de grupos minoritários e a adoção do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais como mecanismo de tutela nos cenários de crise. A pesquisa se baseia nos métodos dialético, método exploratório descritivo e o método jurídico-projetivo, usando como ferramenta a pesquisa bibliográfica. As considerações conduzem para a importância e o protagonismo que o Direito (e a jurisdição constitucional) possui em sua função política garantindo o patamar civilizatório e o avanço do horizonte de proteção.

**Palavras-chave:** Direito de minorias. Princípio da vedação ao retrocesso. Função política do direito.

### ABSTRACT

---

The approach to minority rights in crisis scenarios is a contemporary theme of legal theory, as it involves aspects related to fundamental and human rights. The proposal involves making reflections on the concept

---

\* Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo da Universidade Federal da Grande Dourados. Bolsista de Doutorado pela CAPES e Fundação Araucária. E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br.

\*\* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE / Bauru-SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP. Advogado. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br.

of minority and crisis, as well as drawing an analysis on the threats present in the rise of conservative movements (considered as phenomena of significant risk to democracy). The objective is to contextualize such themes in light of the protection of minority groups and the adoption of the principle of prohibition of the reversal of fundamental rights as a mechanism for guarding crisis scenarios. The research is based on dialectical methods, descriptive exploratory method and legal-projective method, using as bibliographic research tool. The considerations lead to the importance and the protagonism that the Law (and the constitutional jurisdiction) has in its political function guaranteeing the civilizatory level and the advance of the protection horizon.

**Keywords:** Minorities rights. Principium of retrocession prohibition. Political function of law.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Épocas de grande instabilidade política, econômica e social se mostram como períodos muito propícios para a ascensão de grandes desafios à teoria constitucional e para a manutenção do Estado Democrático de Direito. De forma muito especial, a análise das instituições democráticas se faz particularmente importante na América Latina (destacadamente o Brasil) em que a cultura democrática ainda é muito recente e por razões históricas muito fragilizadas<sup>1</sup>. Essa necessidade de “atualização” da teoria jurídica não apenas é necessária como urgente, sob pena das instituições se tornarem obsoletas ou opressoras dentro dos **cenários** (muitas vezes instáveis) que se apresentam contemporaneamente.

Momentos de crises econômicas, sociais e políticas oferecem desafios significativos para as tradicionais concepções do direito, como se pode notar na experiência brasileira. Tal cenário (de instabilidades) é ameaçador para grupos minoritários que apenas na história jurídica recente passaram a experimentar o reconhecimento de suas pautas e demandas. Obviamente diferentes grupos em momentos diferentes da História conseguiram se organizar para reclamar por direitos, mas a instrumentalização desses direitos ainda é relativamente recente. No contexto brasileiro o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a maior valorização dos Direitos Humanos passaram a exercer uma influência determinante na forma como o Direito Brasileiro passou a enxergar grupos minoritários. Esses dois marcos (a CRFB/88 e consolidação dos direitos humanos nas pautas internacionais) subsidiaram legislações, políticas públicas e decisões judiciais implicando na construção de um novo estado de coisas pautado na progressividade dos direitos conformadores da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho de pesquisa, entretanto, não fará uma análise latino-americana da questão, optando por fazer uma análise nacional e pontuações gerais como um problema global.

É preciso, nesse sentido, problematizar as movimentações conservadoras que colocam em risco os avanços realizados e validar as possíveis respostas jurídicas de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos frente às ameaças atuais e futuras. A *vulnerabilização* de grupos minoritários em momentos de crise se apresenta como uma ameaça não só possível, mas que simbolicamente já perturba a confiança dos (grupos de) indivíduos no Estado e nas suas instituições. As reflexões aqui propostas não objetivam se aprofundar nos discursos conservadores, mas identificar a necessidade de amadurecimento dos institutos jurídicos protetivos como forma de antever (e, nesse sentido, consolidar numa perspectiva epistemológica e filosófica) as estratégias jurídicas possíveis como mecanismos de defesas das minorias e seus direitos. A preocupação mostra-se pertinente por se tratar de uma ameaça não apenas brasileira, mas sensível em outras nações pelo mundo.

As questões que permeiam a presente reflexão envolvem pensar: os direitos das minorias podem ser ameaçados diante de cenários de crise? Existem mecanismos que podem tutelar os direitos conquistados pelos grupos minoritários? Qual o papel do Direito nesse ambiente?

A construção da reflexão está centrada no campo da teoria jurídica, numa abordagem prospectiva para cenários atuais e (possivelmente) futuros, procurando iniciar o entendimento adequado do panorama brasileiro e global no que se refere aos movimentos conservadores e a sensação de insegurança experimentada pelas minorias nos últimos anos com a legitimação (ainda que simbólica) do discurso de ódio. Assim, a proposta analisa o princípio da vedação ao retrocesso de direitos como ferramenta (e categoria central) de proteção (e ampliação) dos horizontes de tutela de direitos fundamentais e direitos humanos.

As considerações passam, inicialmente, pela análise do que são minorias dentro dos debates que norteiam a pesquisa, bem como apresentam pontuações sobre os contornos da “crise” contemporânea e que é usada como argumento falacioso para populismos atuais (populismo esse que não considera uma conceituação mais objetiva em prol de uma simplificação retórica). Superados tais apontamentos, a análise se debruça sobre o princípio da vedação ao retrocesso de direitos e elementos que orbitam em torno desse princípio. Por fim, as considerações se voltam para a função política do Direito como elemento de proteção e ampliação do horizonte protetivo das minorias frente às violências que cenários de crise podem proporcionar.

A abordagem alia o método dialético (para a análise dos dados coletados numa perspectiva dialógica com a realidade e questões da teoria) com o método exploratório descritivo (para traçar ainda que sucintamente uma visão sobre o problema, visto ser uma questão atual e, portanto, pouco explorada dentro da perspectiva crítica) e o método jurídico-projetivo (adequado para encontrar

tendências futuras, permitindo a montagem de cenários jurídicos atuais e futuros). Como técnica de pesquisa, utilizou-se a investigação bibliográfica de produções acadêmicas, periódicos e doutrinas abordando os recortes da proposta.

### MINORIAS E A LUTA POR RECONHECIMENTO (SOCIAL E JURÍDICO)

A compreensão do que são minorias e das pessoas e grupos que as compõem perpassa pela necessidade de visitar os conceitos postos. Tal aspecto não pode ser relegado como algo de menor importância, pois há uma sensação geral de que ao falar-se sobre “minorias” trata-se de um tema amplamente conhecido quando, na verdade, é visivelmente mal compreendido pela sociedade. Essa percepção (esse falso senso comum sobre quem são as minorias) também contribui para identificar as narrativas de marginalização do “outro”, do “diferente”, historicamente visto na cultura humana como uma ameaça.

Obviamente a definição do termo é uma empresa difícil<sup>2</sup>. No ano de 1947 foi criada uma subcomissão, pela Comissão de Direitos Humanos, “para prevenção da discriminação e de proteção das minorias” que em meados da década de 1950, vendo rejeitadas as propostas apresentadas de definição do termo “minorias”, acabou por condensar suas atividades na proteção contra discriminação. A subcomissão restringiu-se a recomendar a inclusão de proteções de minorias nos instrumentos internacionais que fossem, a partir dali, elaborados. Entretanto, a visão de que as minorias já estariam sendo protegidas no arcabouço individual e universal dos direitos humanos fez com que o termo “minorias” fosse excluído da agenda internacional (MORENO, 2009, p. 143)<sup>3</sup>.

A discriminação entre seres humanos no que se refere à maior ou menor proteção de direitos fundamentais é inaceitável, daí se mostrar salutar a proteção internacional das minorias (seja qual for a suposta razão de diferenciação) que estejam sujeitos a dominação de um grupo majoritário (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 704). A importância do tema para o Direito Internacional se deu, especialmente, como resposta aos horrores nazistas que se sustentaram na soberania do sistema jurídico de um país e na prevalência de um direito positivo legitimado pelos procedimentos formais de elaboração das leis.

Historicamente as primeiras disposições de tutela dos direitos de minorias se deram com marcos legais centralizados no espaço europeu e voltados para uma minoria específica: (i) a Paz de Augsburg (de 1555), que visava estabelecer

---

<sup>2</sup> Mesmo o uso do termo “minorias” é criticado por autores como Márcio Acselrad (2014) por partir de uma perspectiva iluminista (CARMO, 2016, p. 203).

<sup>3</sup> A observação é pertinente considerando que há uma ideia errônea socialmente disseminada de que os atores internacionais já pacificaram a proteção e o reconhecimento das minorias e as estariam tutelando em suas pautas.

a tolerância religiosa em prol dos Luteranos no Sacro Império Romano, liberando os príncipes alemães para definir a religião em seus principados sob o signo da tolerância; (ii) Paz de Vestfália (de 1645) com a assinatura do Tratado de Osnabruque em prol das minorias protestantes; (iii) o Tratado de Viena (de 1815) versando sobre a vedação da discriminação por motivo religioso como impedido de acesso aos cargos públicos; e (iv) o Tratado de Paris (de 1856) priorizando a proteção de minorias religiosas, identificando-se também a proteção de minorias étnicas (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 704-705).

É possível destacar que muito do arcabouço teórico e normativo de proteção das minorias se encontra pautado na luta contra a discriminação (previstas, não raras vezes, de maneira genérica e imprecisa). Nesse sentido, os movimentos sociais de minorias e grupos vulneráveis tem buscado incluir-se dentro dos espaços existentes, alargando a interpretação e aplicação desses conceitos. Ao se deparar com *cláusulas abertas* que vedem qualquer tipo de discriminação, que proíbam tratamento discriminatório ou alguma disposição similar, as análises pretendem depreender que os grupos minoritários (sejam por questões de raça, etnia, gênero, condição/orientação sexual, idade, origem geográfica, condição político-migratória, entre outros) possam também receber a mesma proteção sob o signo da “não discriminação” e o da “igualdade”.

Sob esse aspecto é válido destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que dispõe que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. Afirma que são igualmente dotadas de razão e consciência com recíproco dever de fraternidade. Estabelece a Declaração que todos são dotados da capacidade de gozar de direitos e liberdades sem distinção de qualquer espécie.

Quando se tem como objeto de análise os grupos de minorias é possível descortinar muitos desdobramentos que incluem o direito ao reconhecimento, o direito a diferença, a não discriminação, aspectos das violências sociais e institucionais sofridas, entre tantos outros. Os aspectos multifacetados que podem ser beneficiados pelas reflexões jurídicas devem considerar a dignidade da pessoa humana como seu princípio norteador. A despeito dessa dificuldade em se apresentar um conceito normativo de minorias, uma conceituação pode ser obtida numa perspectiva epistemológica “pela afirmação do que as minorias são ou pela afirmação do que as minorias não são”, ou seja, por meio de “definição afirmativa ou negativa”, construindo-se o conceito pela distinção desse grupo frente à maioria. Nesse sentido, “[d]iferença e minoria podem ser tomadas como sinônimo” partindo-se dessa premissa (ALVES, 2009, p. 13).

Cabe destacar que “a definição dos grupos minoritários depende muito da sociedade e da época histórica em que se contextualiza, pois é um conceito intimamente ligado à cultura de cada povo” (GROFF; PAGEL, 2009, p. 54). Esses

grupos podem ser de minorias nacionais, étnicas, religiosas, linguísticas, entre outros, sendo as minorias fundamentalmente cidadãos em posição não dominante, dotados de características que os diferem daquelas da maioria, onde tais indivíduos acabam por desenvolver um senso de solidariedade (CANOTILHO, 2003 *apud* ALVES, 2009, p. 41). É possível destacar também a existência de “um suposto padrão como elemento gerador de invisibilidade e estereotipia” para a configuração de um grupo como minoritário (CARMO, 2016, p. 203).

Pode-se compreender minoria como “um grupo humano ou social que esteja em uma situação de inferioridade ou subordinação em relação ao outro, considerado majoritário ou dominante”, de modo que a “posição de inferioridade” se fundamenta em fatores como “socioeconômico, legislativo, psíquico, etário, físico, linguístico, de gênero, étnico ou religioso” que, de alguma forma se diferem da maioria da população ou em razão desses fatores são inferiorizados e contra quem se pratica discriminação. Não se trata, portanto, de uma condição numérica, como é o caso de grupos que são numericamente expressivos (sendo até a maioria numérica), mas recebem o status de minorias<sup>4</sup>. É preciso destacar a “posição de subordinação e inferioridade” ou mesmo “desprivilegiada” que esses grupos recebem no seio de determinada sociedade colocando-os em uma condição de vulnerabilidade (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3842).

Assim, minorias podem ser compreendidas como indivíduos que politicamente (quando não numericamente<sup>5</sup>) se percebem como grupo à parte em comparação com valores e padrões culturalmente pré-estabelecidos e hegemônicos. É necessário acrescentar que não se trata apenas disso, visto que essa disparidade entre os grupos (os estabelecidos e os que destoam dos padrões) é marcada por uma tensão de marginalização, negação e tentativas de supressão em face das minorias para que se adequem (ou pereçam) frente à maioria. Esses indivíduos passam a reclamar o direito ao reconhecimento e o direito à diferença<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Nesses contextos podem ser indicados como exemplos: as mulheres e a população negra, que correspondem em determinadas regiões uma parcela majoritária da população ou de grupos, mas mesmo assim configuram como minorias em razão de ocuparem poucos ou nenhum espaço político.

<sup>5</sup> Apenas para fins de esclarecimento, como observado, a dimensão de uma “minoria” se dá especialmente no plano político e social. Ainda que, por exemplo, mulheres e negros sejam proporcionalmente iguais aos de homens brancos, não há como negar que recebem menos atenção social e espaço na política. Os indígenas e as populações ribeirinhas (ou os ciganos, também como exemplo) são minorias no sentido numérico (por apresentarem uma proporção menor nas estatísticas) e no sentido político (pouca representação e pouca visibilidade em espaços de poder).

<sup>6</sup> Considerando-se que não há intenção no presente artigo de um maior aprofundamento no conceito de minorias e as questões semânticas necessárias para uma análise mais abrangente, sugere-se a leitura de “Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do

Nessa luta por reconhecimento se percebeu um maior avanço no reconhecimento internacional contra a discriminação racial, como é possível identificar nos seguintes instrumentos:

Convenção Contra a Discriminação na Educação (1960); Declaração das Nações Unidas sobre todas as Formas de Discriminação Racial (1963); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição dos Crimes de Apartheid (1973); Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981); Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1981); Declaração sobre Raça e Preconceito Racial (1982); Convenção Contra o Apartheid nos Esportes (1985); Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989); Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-Estar das Crianças (1990); dentre outros não menos importantes (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 704).

A luta por reconhecimento na perspectiva *habermasiana* teve como dois objetivos a busca pela igualdade de condições sociais de vida (marcada pelo sentido universal dos direitos humanos, a igualdade de todos os cidadãos em um Estado de Direito) e pela integridade de formas de vida e tradições (que poderia ser simplificado como manutenção do “estilo de vida”) de grupos discriminados (HABERMAS, 2002, p. 239). O filósofo considera que o primeiro objetivo já foi alcançado pelas revoluções, pela onda de emancipação burguesa na modernidade, por meio do liberalismo, movimentos da classe trabalhadora, pela social democracia etc.. Sob tal entendimento, a demanda principal seria a busca por bens de caráter coletivo distribuídos com equidade entre os indivíduos e grupos (no sentido principal de garantir a integridade de seu “estilo de vida”).

Entretanto, o testemunho de grupos minoritários (como as populações LGBTQ+ revelam) ainda permite observar que a busca por igualdade de condições sociais de vida não está plenamente alcançada, visto que o singelo direito a *constituir família* ainda é um direito cercado de tabus e limitações para casais homoafetivos<sup>7</sup>. O bem jurídico da vida (que é também um direito) reconhecido

---

ódio no contexto brasileiro” de Cláudio Márcio do Carmo (2016); e também “Um conceito operacional de minorias” de Raul Di Sergi Baylão (2001).

<sup>7</sup> Ainda que a união estável tenha sido reconhecida pela jurisdição constitucional e o Conselho Nacional de Justiça tenha assegurado a possibilidade de conversão dessas uniões em casamento ou mesmo o registro direto do casamento em cartórios, trata-se de um direito fragilizado pela inexistência de previsão legislativa. Há ainda uma parcela conservadora que se recusa a reconhecer a jurisdição constitucional como uma parte importante e legítima de criação do Direito, se recusando a reconhecer que o papel do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais e instituições correlatas) não é apenas de “aplicar a lei”, como se a vontade do Parlamento fosse soberana e uma indiscutível manifestação da Justiça e da Democracia.

sempre no rol dos principais direitos fundamentais e humanos é negado para homossexuais, travestis e transgêneros todos os dias. Nessa mesma esteira se encontram os direitos de liberdade, de ir e vir, de liberdade de expressão (nas demonstrações públicas de afeto), entre tantos outros. As populações LGBTQ+ (bem como muitas outras minorias) não buscam apenas salvaguardar seu estilo de vida, visto que em muitos aspectos trata-se de uma luta por reconhecimento do direito de sobrevivência.

Axel Honneth, inspirado pela filosofia do “jovem Hegel”, aponta que a luta social não se configura como uma “luta por poder”, mas “por reconhecimento”, sendo o contrato social a luta pelo reconhecimento que, para além da preservação física, é “um conflito que gera e desenvolve as distintas dimensões da subjetividade humana”. Nesse aspecto, para o autor o conflito é “a lógica do desenvolvimento moral da sociedade”. Segundo o autor, Hegel analisa os campos de interação social considerando os conceitos de “amor”, “direito” e “eticidade” relacionados com “família”, “sociedade civil” e com o “Estado”, respectivamente, onde cada um possui “especificidades quanto à realização da autonomia e individuação” (RAVAGNANI, 2009, p. 41-42).

Para os fins que essa reflexão se propõe a dimensão do “direito” e sua relação com a “sociedade civil” na busca por reconhecimento de (grupos de) indivíduos merecem maior destaque. Segundo Honneth, Hegel buscou esclarecer que as relações jurídicas originam relacionamentos práticos no interior do contexto social em que esses indivíduos existem. Assim, o direito poderia ser compreendido como “relação da pessoa em seu procedimento para com o outro, o elemento universal de seu ser livre ou a determinação, limitação de sua liberdade vazia” com o objetivo de produzir direitos a partir da “relação que reconhece”<sup>8</sup>. Logo, para Honneth (e Hegel) os indivíduos precisam se reconhecer reciprocamente, inclusive, para que possa haver o conflito, visto que, nessa perspectiva “não há como haver conflito se as partes não se reconhecem minimamente como partes, ou seja, os sujeitos só entram em luta para reconhecerem-se como sujeitos”. Tais elementos (chamados pelo autor de pré-contratuais) guiariam o conteúdo moral ou normativo referente às relações sociais (RAVAGNANI, 2009, p. 46-47).

A importância do reconhecimento cultural de um grupo é posto por Fraser em sua teoria ao afirmar que o não reconhecimento consistiria num processo de depreciação da identidade da minoria pela identidade culturalmente dominante (os grupos majoritários), de modo que haveria prejuízo quanto à subjetividade

---

<sup>8</sup> Assim não é necessariamente o “contrato” que gera o direito como proposto pelos contratualistas clássicos, mas a luta pelo reconhecimento entre indivíduos e grupos. A abordagem de Honneth (e sua interpretação da filosofia de Hegel) busca uma nova ótica do estado de natureza.



das minorias. Logo, como forma de reparação (visto que esse dano é histórica e socialmente identificável) os grupos marginalizados adotam a reivindicação pelo reconhecimento, o que implica na construção de unidade dos membros dessa minoria com foco em remodelar a identidade coletiva. Cria-se, nesse processo, “uma cultura própria auto-afirmativa” onde a política de reconhecimento significa uma política de identidade (FRASER, 2007, p. 106).

Quando se analisam tais pontuações frente às dinâmicas conflitivas entre maiorias e minorias, no contexto da atualidade, é possível perceber que há um reconhecimento recíproco das partes, mas não necessariamente como sujeitos iguais ou plenos. Em alguma medida as minorias são vistas ou “reconhecidas” como sujeitos inferiores, errados, desviados, incompletos ou impuros. As minorias entram em conflito para terem sua condição de sujeitos reconhecida, sua posição de igualdade, o que no plano da realidade é mais complexo do que uma abordagem teórica poderia conceber. Também é oportuno observar que nos embates as minorias (que são a voz do dissenso) tendem a ser atacadas com foco em sua eliminação ou alguma forma de domesticação<sup>9</sup>.

Essa dimensão da luta pelo reconhecimento encontra em Foucault também um importante marco teórico. Foucault analisa sob o tema ao tratar do cuidado de si (presente em diferentes práticas e discursos) entre os povos antigos, visto que esse cuidado envolvia “um esforço para afirmar sua liberdade e para dar à própria vida certa forma” no que atribuiria uma dimensão artística e estilizada à vida, “na qual alguém poderia reconhecer-se, ser reconhecido pelos outros, e na qual sua própria posteridade poderia encontrar um exemplo” (FOUCAULT, 1994 *apud* DUARTE; CÉSAR, 2014, p. 403). Duarte e César explicam que é a partir desse conceito que Foucault constrói a ideia de subjetivação como uma relação definida “de mim comigo mesmo”, mas onde duas vontades poderiam ser vinculadas, mas ainda sim permanecerem reciprocamente livres, já que graças à direção (como técnica) uma vontade queira o que a outra quer. A subjetivação, portanto, seria “uma relação de sujeição a outrem, um mestre do cuidado de si (...), mas tal sujeição é caracterizada por ser voluntária, limitada e livre, encerrando-se com a conquista daquela forma de relação consigo mesmo”, visto que é aí onde “o sujeito é para si mesmo o objeto de seu autocontentamento e satisfação” (2014, p. 403). Assim, para Foucault, “identificação analítica, sujeição e subjetivação” atuavam em complementariedade constituindo o que seriam os “principais procedimentos da individualização humana no Ocidente... Digamos ainda que é a história do sujeito” (FOUCAULT, 2008, p. 243).

---

<sup>9</sup> Nesse sentido a História é pródiga em exemplos. A Alemanha Nazista optou pelo processo de eliminação do povo judeu, muitas clínicas na atualidade prometem a realização de “curas gays” na tentativa de converter homossexuais em heterossexuais, apenas para indicar dois exemplos.

Na perspectiva *foucaultiana* a dominação marginalizante do Estado (como entidade política) em face da população LGBTQ+ se revela pela biopolítica como fenômeno que torna a vida e seus mecanismos âmbitos do “domínio dos cálculos explícitos”, o que “faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana” (FOUCAULT, 1988, p. 134).

A questão em análise indica que o combate ao preconceito e a criminalização de práticas discriminatórias quanto à orientação sexual deve envolver necessariamente o reconhecimento. Considerando que nosso sistema de direitos fundamentais reclama esse reconhecimento e inclusão (Art. 5º, § 2º da CRFB/1988), deve estar apto a perceber que as minorias LGBTQ+ não possuem o devido reconhecimento (social e jurídico), visto ser negada a plena igualdade (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 150) além de se perpetuar uma dinâmica de instabilidade de direitos reconhecidos. Para além dessa questão, a atualidade apresenta um panorama preocupante em que tais demandas podem se intensificar caso propostas retrógradas se instrumentalizem no espaço político e normativo. Sob tais aspectos, a busca por reconhecimento pode ser considerada como um sintoma em cenários de crise, ou como manifestação necessária em defesa dos grupos ameaçados em momentos de crise. Sob esse argumento é que as análises passam a se dedicar.

## CRISE COMO CATEGORIA ARGUMENTATIVA E O RISCO DO RETROCESSO

O cenário mundial recente (Europeu, nos Estados Unidos da América e no Brasil, especialmente) tem apresentado um flagrante avanço do conservadorismo e a ascensão de grupos de extrema direita. Esse movimento se apresenta diversificado e multifacetado, mas representa uma insatisfação de camadas sociais frente aos resultados da globalização e da mudança de paradigmas sociais (e jurídicos). É possível mesmo identificar uma frustração frente a utopia vislumbrada pela Modernidade, bem como a perda de espaços de poder de elites e grupos que tradicionalmente mantinham hegemonia nas pautas políticas e sociais.

Um possível caminho de explicação para o crescente sucesso da extrema-direita no Brasil e no mundo se encontra no “processo de globalização capitalista neoliberal” por também se constituir como um “poderoso processo de homogeneização cultural forçada”. Esse processo “produz e reproduz, em escala europeia e planetária, os *identify panics* [pânicos de identidade]” que também leva a “obsessiva procura por fontes e raízes” de problemas e questões individuais e coletivas, se apresentando como terreno fértil para “formas chauvinistas de religião, formas religiosas de nacionalismo, além de alimentar conflitos étnicos e confessionais”. Isso se intensifica quando a sociedade sofre algum tipo de privação ou instabilidade nas crises econômicas (como a de 2008) (LÖWY, 2015, p. 656-657). As crises

econômicas das últimas décadas deixaram sequelas na Europa e nos EUA e potencializaram os problemas e a busca por respostas fáceis do populismo de direita<sup>10</sup>.

A globalização e o capitalismo intensificaram problemas globais e não apresentaram soluções adequadas na velocidade necessária. Tais problemas maximizam seus efeitos gerando a sensação de crise em diversas perspectivas ou dimensões. A má-distribuição dos frutos do desenvolvimento resulta em crises econômicas (internacional e nacionalmente), bem como crises sociais (pela má-distribuição de riquezas). A questão dos refugiados é um sintoma da crise humanitária e migratória em diversos Estados pelo mundo, que reforça um ideal de nacionalismo e xenofobia por parte dos países almejados pelos refugiados. Esses problemas são utilizados por discursos oportunistas e conservadores, que elegem grupos minoritários e vulneráveis como alvos, colocando-os como inimigos da nação e supostos causadores de crises sociais.

O populismo também se faz presente dentro dessa dinâmica de ascensão conservadora. Uma arquitetura discursiva é construída tecendo críticas aos direitos humanos e fundamentais, especialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos das minorias, elencando (sob o pretexto de uma moralidade cristã conservadora) que esses grupos e movimentos sociais geraram uma crise nos costumes. Ainda que uma preocupação com o presente seja identificado, há um saudosismo artificial enaltecendo instituições tradicionais como baluartes do que é bom e que deve ser preservado (igreja – mas a cristã –, a família – mas apenas a heteronormativa – e a Nação – mas que convenientemente ignora a proposta/promessa constitucional de ser uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”<sup>11</sup>).

É possível identificar que a teoria liberal apresentou essa lógica de que um determinado modelo precisa ser conservado como um norte simbólico para que a sociedade caminhe num sentido comum. Obviamente essa lógica ignora a existência de pensamentos dissonantes, culturas distintas, estilos de vida e orientações distintas do “modelo cultural” eleito como correto. É na deficiência do reconhecimento (e aqui é fácil observar que a dimensão do “direito” de Honneth se apresenta como desafio prático para as minorias frente à “sociedade civil”) que se encontra o grande problema, visto que não se trata de uma interação entre iguais<sup>12</sup>, há anseios diferentes e pautas distintas em jogo.

---

<sup>10</sup> Apenas para fins de esclarecimento a reflexão não ignora que também os grupos (e políticos) de esquerda lancem mão do populismo como estratégia política nos jogos de poder.

<sup>11</sup> Tal como indicado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>12</sup> Todos os indivíduos devem ser considerados iguais em sua humanidade e sua dignidade. Entretanto, não reconhecer as diferenças que marcam os indivíduos é o mesmo que desconsiderá-los enquanto sujeitos inteiros e, se não são reconhecidos como sujeitos nas interações sociais eles ficam *invisibilizados* e marginalizados.

Nos cenários de crise a relação entre grupos majoritários e minoritários é de tensão ideológica, onde a suposta “vontade” da sociedade civil nega o reconhecimento da dimensão jurídica (o gozo pleno dos direitos) da minoria, ou seja, de sua própria identidade (autorreconhecimento, autoestima), seja pela negação do seu reconhecimento no plano social quanto no plano jurídico-normativo.

Assim, a retórica oportunista do populismo (brasileiro e global) usa(rá) como principal elemento a existência de uma crise (ou de várias crises), propondo uma retomada de antigas bandeiras (sob o pretexto da salvaguarda dos costumes e da vontade social), com o conseqüente ataque à direitos fundamentais e direitos humanos (vistos como “privilégios” de grupos minoritários “vitimistas” e que pretendem impor sua própria “ditadura”). Nesse contexto de banalização e manipulação da ideia de crise, a atualidade faz crer que:

uma das palavras mais pronunciadas em conversas cotidianas, em discursos políticos, em análises científicas, na imprensa falada e escrita é a palavra “crise”. Esta intensidade discursiva em torno do vocábulo “crise” é sintomática. Aponta para a intensidade de acontecimentos políticos, econômicos e jurídicos nos quais estamos inseridos. Mais do que isto, indica que o Estado e suas instituições e, por extensão o tecido social que os legitima não andam bem, encontram-se limitados, em desalinhamento, ou mesmo carecem de legitimidade em relação aos interesses públicos, aos desafios do desenvolvimento que se apresentam aos povos e, neste caso ao povo brasileiro, frente aos imperativos de um mundo economicamente financeirizado (...) o termo “crise” denota seu sentido ontológico (forma do ser no mundo, de ser e participar dele), político (decisão sobre a manutenção ou não da vida, da ordem social), ética (a tomada de decisões requer a clareza de critérios, entre eles o da garantia do bem comum) e, estética (decisões amparadas por critérios podem apresentar-se equilibradas, harmônicas, belas) (ABBAGNANO, 2007 *apud* BAZZANELLA *et al.*, 2017, p. 78-79).

Como se observa, não é possível pensar em um significado único para o termo *crise*, especialmente considerando sua popularização em diversos enfoques, bem como a banalização do termo para o uso no senso comum. Entretanto, as análises não se afastam muito (em geral) da ideia de que a crise representa um momento de escolha (o termo tem sua origem no latim “*krisis*”, que significa isso). Na obra “Estado de Crise” de Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni se encontra, de forma mais didática, uma visão positiva do que é “crise”. Crise é apresentada por suas raízes etimológicas como

juízo, “resultado de um juízo”, “ponto crítico”, “seleção”, “decisão (segundo Tucídides), mas também “contenda” ou “disputa” (segundo Platão), um padrão, do qual derivam critério, “base para julgar”, mas

também “habilidade de discernir”, e crítico, “próprio para julgar”, “crucial”, “decisivo”, bem como pertinente à arte de julgar (BAUMAM; BORDONI, 2016, p. 09).

Ainda a ideia de “crise” pode apresentar variáveis interessantes, podendo ser analisada “como expressão dialética” ou “como expressão de movimento entrópico”. Na perspectiva de sua dimensão como expressão dialética a crise é um movimento de desestabilização da ordem (vital) do indivíduo ou da sociedade. Nesse sentido, a crise representa um momento histórico de “incertezas, de insegurança” exigindo que significativa energia seja aplicada na superação da “desordem”, onde a superação apresentar-se-ia como nova etapa ou “novo estágio” marcando uma nova ordem (seja na dimensão individual ou social)<sup>13</sup>. Se analisada por sua “condição entrópica” a crise conduz ao “definhamento do indivíduo convaléscente, ou da ordem social acometida pela instabilidade irrevogável de suas instituições”, de forma que a crise é um sintoma da falência vital (tratando-se da dimensão individual) ou da falência de determinado modelo social (BAZZANELLA *et al.*, 2017, p. 79-80).

A utilização da crise como mecanismo do populismo na Europa demonstra que válida é advertência feita por Michael Löwy, ao destacar que a esquerda subestimou a ascensão da extrema-direita, e por isso “não viu a necessidade de tomar a iniciativa de uma mobilização” contra as ideologias conservadoras (racistas, xenofóbicas e nacionalistas) como se esse movimento conservador fosse apenas um efeito colateral da crise econômica e do desemprego. Uma questão que merece articulação e estratégias de “contra-ataque” deve considerar que esse discurso populista seduziu diversas camadas sociais, incluindo grupos oprimidos e vulneráveis, grupos prejudicados pelos fenômenos globais (como os desempregados, a pequena burguesia, classe trabalhadora e parte da juventude). O autor cita na França como os discursos fáceis presentes no populismo atingiram as regiões rurais em que a imigração não é um problema, além de outras regiões de ciganos imigrantes foram alvo de campanhas racistas (LÖWY, 2015, p. 658-659).

Esses momentos de crise devem ser utilizados como oportunidade de examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural, considerando seus efeitos sobre os atores sociais. Em uma sociedade democrática há de se esperar que nos padrões institucionalizados os atores sociais atuem como parceiros (com igual participação na vida social) para que se possa falar em reconhecimento recíproco

---

<sup>13</sup> Nesse sentido a dimensão de “crise” e a de “conflito” no pensamento de Honneth se aproximam, pois ambos representariam um momento de possível superação da realidade que se mostra insatisfatória para as questões sociais. São “oportunidades” de amadurecimento moral e (por óbvio) também jurídico da sociedade.

e igualdade de status. Ocorre, entretanto, que esses padrões estabelecem que alguns atores são “inferiores, excluídos, (...) simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social” (FRASER, 2007, p. 108).

Se cenários de crise podem colocar direitos conquistados em risco (visto a fragilidade da ordem democrática e a facilidade da manipulação das massas), é preciso considerar quais são os instrumentos de proteção dos grupos ameaçados. Conforme analisado por Nancy Fraser, o não reconhecimento pode ser identificado quando as estruturas (estatais) são construídas para que se impeça a paridade de participação, citando como exemplo “as leis matrimoniais que excluem a união entre pessoas do mesmo sexo por serem ilegítimas e perversas”. Nesse caso, como em outros, a valoração cultural institucionalizada constitui categorias de certo e errado, resultando na negação da paridade de participação para alguns grupos nas interações sociais, tornando-os parceiros não integrais, o que torna a demanda por reconhecimento como algo necessário para superação da subordinação e a constituição de uma condição de parceiro integral na vida social (FRASER, 2007, p. 108-109).

Os riscos de retrocesso (*backlash* social) se colocam visíveis quando direitos dessas minorias são questionados à luz de uma moralidade cristã reacionária e as minorias são vistas como inimigos. A ascensão de discursos conservadores e discursos de ódio revelam a busca por grupos que perderam sua hegemonia no cenário social e, por essa razão, busca uma institucionalização da sujeição de mulheres, LGBTQ+, negros, entre outros.

Nesse sentido destaca Eurídice Figueiredo, ao analisar a teoria queer de Judith Butler, “que os direitos das minorias nunca são definitivos, estão sempre ameaçados”, e observa que mesmo após algumas conquistas no cenário brasileiro para a população LGBTQ+, “grupos conservadores fazem enorme pressão em defesa do retrocesso” para, por exemplo, conseguir a autorização da cura gay (2018, p. 52).

## **O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO DE DIREITOS E A TUTELA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL**

O princípio da vedação ao retrocesso de direitos, também conhecido como “efeito cliquet”, “proibição da revolução reacionária” ou como “regra do não retorno da concretização”, se apresenta como importante mecanismo de proteção nos momentos de crise<sup>14</sup>. Sua criação (afirmação/reconhecimento) objetivou impedir abusos por parte do Parlamento no sentido de remover direitos

---

<sup>14</sup> Considerando que os direitos sociais são os mais ameaçados em momentos de crise, a doutrina é extensa em analisar a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso para esse “grupo” de direitos. A análise que se faz por meio do presente não ignora esse fato, mas faz a análise considerando os direitos individuais de liberdade que, para os grupos minoritários, não figura como um direito plenamente fruído. A despeito disso, também há menções aos direitos sociais no presente artigo.

conquistados, servindo de argumento favorável da imutabilidade de direitos alcançados (especialmente em épocas de estabilidade econômica), cumprindo lembrar que “o correto seria considerar a estabilidade destas garantias” (POMPEU; PIMENTA, 2015, p. 217). Cabe pontuar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta os direitos fundamentais (como um gênero) onde estão incluídos (como espécies) os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais. Todos esses por serem consagrados no texto constitucional estariam, de alguma forma, tutelados contra abusos do Estado<sup>15</sup>.

Como indicado, momentos de crise podem favorecer que movimentações sociais sejam provocadas ou articuladas por grupos conservadores sob o pretexto de representarem a vontade popular. Tal estratégia não é rara na História Brasileira, mas se configura como verdadeiro desvirtuamento da teoria democrática. Seria absurdo dizer que a lógica democrática comporta a legitimação de que o retrocesso possa ocorrer se a vontade da maioria assim o dispuser. Essa visão (equivocada) do que é democrático ou mesmo legítimo está influenciada pela lógica do *populismo moral*, concepção essa que afirma que “a maioria tem o direito de determinar a todos como devem viver” o que “representa verdadeira dominação biopolítica do poder sobre o corpo”, do Estado sobre o indivíduo (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 154). É preciso, portanto, proteger as minorias do abuso da vontade majoritária, especialmente quando consideram que existem “direitos demais” ou “privilégios demais” para as minorias. Também é preciso tutelar esses direitos, especialmente quando são vistos como bodes-expiatórios para as crises econômicas (como a alegação de que muitos direitos trabalhistas, por exemplo, engessam a economia e o mercado) havendo forte demanda de determinados grupos pela flexibilização e minoração de direitos.

A análise do princípio da vedação ao retrocesso social, assim, também demanda um rápido esclarecimento sobre a identificação de excessos para relativização de direitos, que poderia ser considerado como o limite relativo à afetação da essência de um direito<sup>16</sup> considerado fundamental<sup>17</sup>. Assim, para encontrar o

---

<sup>15</sup> Estão contemplados nessa afirmação o Estado Executor (Executivo), o Estado Legislador (Legislativo) e o Estado-Juiz (Judiciário), visto que em qualquer uma dessas dimensões pode haver alguma espécie de abuso ou negação de direitos constitucionalmente previstos.

<sup>16</sup> A forma como cada sistema jurídico administra o princípio da vedação ao retrocesso varia. Análises da jurisprudência portuguesa, por exemplo, revelam que o entendimento do Direito Português é de que apenas a afetação do núcleo de direitos (ou sua revogação integral, ou sua aniquilação) poderia ser considerada como retrocesso. Situações de relativização ou diminuição não são considerados, a priori, como um problema de retrocesso. No Brasil, por se adotar geralmente uma visão mais garantista da constituição, se apresenta um formato mais resistente às relativizações o que amplia (e para alguns o termo seria banaliza) o espectro de proteção das normas fundamentais.

<sup>17</sup> Nem todo direito ou diretriz apresentada na constituição é considerada, per se, como um direito imutável ou intocável. Apenas os direitos considerados fundamentais (com especial

conteúdo essencial adota-se a “restrição das restrições” ou “limitação das limitações”, que significa dizer “ser a última barreira impeditiva da ingerência do poder de revisão, sem a qual o direito fundamental seria extinto” (COSTA, 2013, p. 53).

A preocupação aqui é claramente indicar que os direitos fundamentais não podem sofrer relativização de modo a colocar em risco a proteção dos cidadãos em suas diferentes dimensões. Não significa dizer que os direitos passam a ser estáticos, visto que a hermenêutica jurídica os compreende como dinâmicos de forma a responder as relações sociais, mas que esses (conjuntos de) direitos não podem sofrer aniquilação ou relativizações por força de urgências, pressões ou contingências políticas ou econômicas.

A CRFB/88 ao incorporar que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos s(er)ão equivalentes<sup>18</sup> às emendas constitucionais oferece mais argumentos de sustentação ao princípio da vedação ao retrocesso por estabelecer um status relevante para esses direitos. Os direitos humanos passam a serem considerados direitos fundamentais no sistema nacional auxiliando na ampliação de horizontes jurídicos de proteção de minorias, maximizando, por consequência, as bases de ampliação do mínimo civilizatório.

O princípio em análise defende que quando esses direitos passam a alcançar um determinado grau de realização, se constituem tanto uma garantia constitucional quanto um direito subjetivo simultaneamente<sup>19</sup>. Um direito pode alcançar esse patamar (tendo seu núcleo consolidado) por meio de medidas legislativas ou mesmo o reconhecimento jurisprudencial (especialmente quando se fala da jurisdição constitucional<sup>20</sup>). Tudo isso com vistas a impedir que indivíduos ou grupos, possam sofrer supressão de direitos de forma inadvertida graças às forças econômicas, políticas ou ideológicas. Essa preocupação da CRFB/88 é visível,

---

destaque para as cláusulas pétreas) pode invocar mecanismos de proteção, como o princípio da vedação ao retrocesso de direitos.

<sup>18</sup> A CRFB/88 apresenta como requisito de assimilação das normas internacionais que os tratados e convenções internacionais sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. A apresentação de requisitos para “entronização” desses direitos no sistema nacional, por outro lado, é inclusive questionados por muitos como um retrocesso de direitos, visto que passou a burocratizar o processo de reconhecimento de tratados internacionais. Anteriormente o texto constitucional (ou seja, antes da EC 45/04) era mais simples e automático nesse reconhecimento quando afirmava antes da emenda 45/04: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>19</sup> Em alguma medida poder-se-ia afirmar o mesmo sobre os direitos humanos. A partir do momento que existe um reconhecimento internacional (consolidando) sua legitimidade como direitos essenciais, esses alcançariam o grau de realização necessário para impedir qualquer tipo de retrocesso.

<sup>20</sup> O mesmo se aplicaria pelo reconhecimento de cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direito Humanos ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos dentro da sua jurisdição.



quando textualmente veda qualquer Emenda Constitucional que tenha como proposta abolir direitos e garantias individuais (Art. 60, § 4º, IV).

O risco nas dinâmicas de crise e debates ideológicos conservadores e fundamentalistas reside na possibilidade teórica de ser, supostamente, permitido flexibilizar direitos, diminuindo-os ou restringindo-os. Obviamente, a situação é ainda mais preocupante quando os direitos sob a mira do retrocesso envolvem minorias social/histórica e juridicamente marginalizadas.

A vedação ao retrocesso de direitos deve ser entendida como a vedação não apenas da aniquilação dos direitos, mas também da sua diminuição (o que pode acontecer quando a flexibilização implica em restrição ao seu acesso ou mesmo diminui sua dimensão de eficácia). A segurança jurídica, elemento sempre presente quando se fala em retrocesso, está intimamente ligada ao vínculo de confiança que a sociedade pode ter no Estado (em suas dimensões), sobretudo quando reforça o discurso de marginalização<sup>21</sup>. A partir das reflexões delineadas com a vedação ao retrocesso, e na visão de contínuo (e necessário) avanço do horizonte protetivo dos direitos fundamentais e direitos humanos, cabe analisar o princípio da proibição de proteção insuficiente.

O princípio de proibição de proteção insuficiente está ligado ao princípio da proporcionalidade, visto que exige do Estado que proporcione tutela aos direitos fundamentais (e aos direitos humanos levando em consideração os compromissos internacionais) visando o fomento dos direitos e sua efetivação. A proteção insuficiente e sua relação com o princípio da proporcionalidade também condicionam o Estado a não se exceder na concessão de direitos fundamentais por observar que com a expectativa do *Estado Prestacional* haveria direito de exigência dos indivíduos, ao ponto de inviabilizar a possibilidade de efetivação desses direitos.

Uma reflexão necessária a se fazer é se o sistema jurídico nacional está desprovido de proteções atualmente. A resposta para essa questão pode ser encontrada na seguinte pontuação:

A Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Nesse sentido, pode-se considerar que a Constituição,

---

<sup>21</sup> Nesse aspecto, há que se considerar também que muitas vezes a restrição de direitos pode ter enorme impacto ainda que no plano simbólico. Como exemplo existe a Medida Provisória 870/2019 assinada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro que excluiu da política de Direitos Humanos as ações destinadas à garantia de direitos dos LGBTQ+. Assim o novo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos não terá em sua estrutura algo específico para esse público. Ainda que tal medida não figure, necessariamente, como uma perda de direitos diretos, no plano indireto implica reconhecer que houve prejuízos no aspecto do “direito à boa administração pública”, visto que os direitos dessa população não têm mais o status (na estrutura governamental) como sendo de direitos humanos.

fundada em uma sociedade pluralista (Preâmbulo), não permite que o Estado promova ou permita haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero; de igual forma, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (art. 4º, II)<sup>3</sup>, além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, *caput*) (etc.). Contudo, **pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual** (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 149) (grifos não constam no original).

A constitucionalização de direitos e proteções gerais contra a discriminação e a centralidade da dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito e da própria constituição deveriam, a priori, ser suficientes para tutelar os interesses das minorias. Entretanto, o reconhecimento das diferenças e a marginalização (e hostilização) das minorias demonstram que existe uma construção jurídica ainda a ser estabelecida, visto que no plano infraconstitucional as minorias (e aqui o enfoque é especialmente para os grupos LGBTQ+) não recebem atenção do Parlamento para verem seus direitos instrumentalizados ou positivados no plano normativo.

O neoconstitucionalismo oferece algumas possibilidades, pois desconsidera a leitura clássica da separação dos poderes, negando os excessivos limites impostos ao Poder Judiciário. Nesse sentido, o ativismo (ou também chamado de protagonismo) judicial se mostra como ferramenta favorável em “defesa dos valores constitucionais”. Isso em razão de não haver, no plano decisório da jurisdição constitucional, a possibilidade de efetivação de uma “democracia mais substantiva” legitimadora de amplas restrições ao Parlamento (ao Legislador) “em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias”, cuja centralidade da Constituição é enfatizada dentro do sistema jurídico. Assim, a jurisdição constitucional tem um importante papel (fiscalizatório e criativo) para a construção de um Direito mais moderno e mais justo, devidamente equilibrando os interesses das minorias e das majorias, tendo como norte a Constituição (SARMENTO, 2008, p. 12).

Nesse sentido, não seria crível, na atualidade, aceitar um Direito que esteja distante dos direitos fundamentais e direitos humanos, sob pena de ameaçar a verdadeira construção democrática. Os direitos fundamentais (e humanos) balizam a produção legislativa conforme eleito pela Constituição (onde se incluem também os direitos reconhecidos pela jurisdição constitucional), sendo qualquer proposta marginal a esses limites inconstitucional e ilegítima. Momentos de crise, como assinalado, se configuram em cenários para discursos oportunistas, que aproveitam das paixões volúveis das massas para construir uma plataforma

de visibilidade para o discurso de ódio e discriminação. Essas situações de crise demandam que o Direito reforce seu caráter de garantismo positivo, maximizando a perspectiva constitucional frente à necessidade de proteção de direitos das minorias e grupos sem representação política, jurídica e social.

### **A FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO EM GARANTIR UM PATAMAR CIVILIZATÓRIO DE APLICAÇÃO PROGRESSIVA.**

O receio apresentado nessa análise envolve, além de questões jurídicas, também o viés ideológico para onde o Direito está inclinado a seguir, seja como agente de mudança ou como agente de domínio e hegemonização de discursos. Aqui cabe considerar que se o que se busca para o Brasil é a construção de uma sociedade desenvolvida, madura e crítica de sua participação democrática, não é possível esperar outra postura que não a de instrumento de ampliação de direitos e como meio de garantia que o espaço democrático tenha a participação de todos os atores e permita todas as vozes (incluindo as dissonantes).

Obviamente não se olvida que o Direito é uma construção social, fruto de uma determinada formatação cultural, histórica, econômica e social. Entretanto, o Séc. XX oportunizou uma visão (quase) global da necessidade de garantir que os direitos não retrocedam. O Direito Internacional após o horror nazista passou a se preocupar com a busca por um mínimo civilizatório (ou mínimo existencial) que transpassasse fronteiras territoriais e políticas. Existe toda uma articulação presente nos fenômenos de constitucionalização de direitos (como forma de salvaguardá-los), bem como de valorização dos direitos humanos como fonte de direito.

É válido afirmar que alguns conjuntos de “normas internacionais de direitos humanos” preveem explícita e diretamente o direito de igualdade e a proibição da discriminação como um rol normativo e que evidenciam a existência do Direito de Minorias (também ao Direito de Antidiscriminação). Essas normas têm “a igualdade como mandamento proibitivo de discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais” (RIOS *et al.*, 2017, p. 131-132). Essas normativas, entretanto, não se referem diretamente aos grupos LGBTQ+ o que indica que ainda existe um longo caminho a percorrer na luta pelo reconhecimento.

No cenário internacional o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas (Resolução n. 47/135) foram essenciais para ampliar e explicitar o direito das minorias. Os referidos instrumentos, entretanto, não apresentaram explicitamente a proteção das minorias LGBTQ+ contra a discriminação em razão da orientação/condição sexual. Não há como negar, todavia, que sob o signo da previsão contra “quaisquer outras formas de discriminação”

também essa população pode se beneficiar simbólica e argumentativamente (como fundamento para a consolidação de estratégias discursivas).

Também nessa proposta de reconhecimento da proteção das minorias em um patamar supranacional é válido destacar os Princípios de Yogyakarta (que envolve a tutela de minorias não étnicas, orientação sexual e identidade de gênero) de 2006<sup>22</sup>. Não se trata de um documento com vinculação internacional, mas surte efeitos na construção de estratégias argumentativas em prol dessas minorias. É possível reconhecer os impactos do documento na decisão do STF em prol do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, visto que a decisão considerou os princípios de Yogyakarta (como se verifica no voto do Ministro Celso de Mello) e como a Corte compreende a vinculação do Estado à tutela das minorias (OLIVA; KÜNZLI, 2018).

Não sem razão a doutrina relaciona a proteção das minorias com a vedação ao retrocesso de direitos com outros princípios correlatos e essenciais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (um *macro princípio* norteador no atual panorama jurídico). Cabe mencionar o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, princípio da proteção da confiança e, também, da própria noção do mínimo existencial (BARROSO, 2001, p. 158).

Muitas situações de injustiça foram (e tem sido) cometidas com base numa “moral sexual dita civilizatória”. O Direito “como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social” (PEREIRA, 2001, p. 281). Hoje, à luz dos Direitos Humanos e da atual compreensão da imprescindibilidade dos direitos fundamentais, o Direito deve assumir (como instrumento de poder) e exercer sua função política de inclusão e condução da sociedade para novos horizontes verdadeiramente civilizatórios.

Por óbvio, o imperioso “reconhecimento dos direitos e da identidade de grupos minoritários, marcados por estigmas e desprezo social, é fundamental para a realização da democracia e a ampliação da igualdade entre nós” cabendo destacar que o “reconhecer” significa “efetivar o princípio da igualdade material e concretizar a justiça social” (GROFF; PAGEL, 2009, p. 61). Sem essa inclusão (jurídica, social e política) esses indivíduos e grupos se encontram em “morte social”.

Destaca-se que a interpretação constitucional não pode conduzir para outra compreensão que não para a da máxima eficiência social das normas, cenário esse em que a primazia da Constituição no sistema jurídico é um norte interpretativo e um de seus pilares de legitimidade. Cabe destacar a lição de Canotilho, ao explicar sobre o “Princípio da Força Normativa da Constituição”, pontuando

---

<sup>22</sup> O documento foi produzido por especialistas na temática dos direitos humanos na Universidade Gadjah Mada na cidade de Yogyakarta (por isso o nome do documento) na Indonésia.

que “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa” de forma a garantir “sua eficácia e permanência” (1993, p. 1210).

Ainda que exista uma ideia (quase) consolidada que a Democracia é um bem jurídico protegido no sistema jurídico nacional, é preciso estar atento à sua fragilidade frente à esses momentos de crise. O processo eleitoral e a soberania popular manifesta no Parlamento democraticamente eleito podem ser mecanismos de legitimação de retrocessos e perseguição de grupos minoritários. Vale a reflexão de Michael Löwy sobre o conservadorismo e a extrema-direita na Europa e no Brasil quando questiona:

Qualquer que seja a sua transformação e “modernização”, a extrema-direita ainda representa uma ameaça [sic] real à democracia. Um dos argumentos usados para mostrar que ela mudou e não tem muito mais a ver com o fascismo é a aceitação da democracia parlamentar e da via eleitoral para chegar ao poder. Bom, podemos lembrar que certo Adolf Hitler chegou a chanceler alemão por voto legal no Reichstag e que o marechal Pétain foi eleito chefe de Estado pelo Parlamento francês. Se a Frente Nacional chegasse ao poder por meios eleitorais — uma hipótese que tristemente não pode mais ser descartada —, o que sobraria de democracia na França? (2015, p. 656).

Superando uma visão pessimista e determinista as reflexões jurídicas devem conduzir para estratégias de superação desses momentos paradigmáticos. Ainda na esteira de Bauman e Bordoni (2016) deve-se enxergar tais períodos como oportunidades para ruptura frente a um modelo retrógrado e conservador, aproveitando a conjuntura de avanços frente à função política do Direito como instrumento de (inter)ação social. Também, segundo os autores, ainda que viver em um estado de crise não seja agradável “pode ter um lado positivo, pois mantém os sentidos vigilantes e alertas, e nos prepara psicologicamente para o pior (...). Nós temos de nos habituar a conviver com a crise. Pois a crise está aqui para ficar” (2016, p.15). Obviamente inexistente “receita mágica para combater a extrema-direita”, mas convém compreender as “tradições antifascistas do passado”, como inspiração para “responder às novas formas desse fenômeno”. É uma questão que demanda uma apreciação global (pois, como assinalado, não se trata de um problema apenas brasileiro) (LÖWY, 2015, p. 661).

A luta pelo reconhecimento dentro da dimensão do “direito” (conforme proposto por Honneth) deve encontrar na jurisdição constitucional um importante aliado. Se a sociedade civil não consegue se desprender de pré-conceitos discriminatórios e marginalizantes e o Parlamento se omite (para não perder capital político), as Cortes têm o poder de reconhecer esses grupos, conferindo-lhes a dignidade de serem a si mesmos como sujeitos de direito bem como sujeitos

pertencentes à sociedade civil, com voz e vez. A dignidade da pessoa humana, o princípio democrático e da cidadania devem conduzir que o Estado-Juiz valorize as minorias em sua luta por reconhecimento facilitando-a na dimensão pessoal do indivíduo (autorrespeito), o que indiretamente resultará também no reconhecimento social.

Como destacado por Nancy Fraser a noção de Justiça deve comportar, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento, para não ser insuficiente em caso de adoção de apenas um. Sob tal aspecto, a combinação de ambos é urgente adotando-se um modelo abrangente e singular que os integre. Assim, o conceito de Justiça deve ser amplo capaz de acomodar reivindicações defensáveis de igualdade social e também as reivindicações defensáveis de reconhecimento da diferença (FRASER, 2007, p. 103).

É válido pensar na função do Direito (seja no patamar do reconhecimento judicial da união homoafetiva, quanto em um patamar normativo tradicional) para o estabelecimento do Princípio da Tolerância proposta por John Rawls, compreendendo-se que a todos compete o gozo do direito de buscar a felicidade vivendo em sociedade. Sob tal análise, o viver em sociedade implica na limitação de interesses individuais em prol do bem comum, de modo que não é possível aceitar que um grupo possa ser feliz em detrimento dos demais. Assim, na teoria de Rawls, a aceitação social seria possível com a compreensão de cada indivíduo sobre o ser do outro, posto que a aceitação não significa defesa, mas apenas deixar que cada um viva conforme seu bem entender visto que isso não afeta o rumo programado pelo indivíduo (DE MATTOS; DIAS, 2016, p. 19-20). É fácil assimilar essa proposição com o exemplo da união homoafetiva: reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo não invalida ou limita as uniões heteroafetivas.

A função do Direito nessa dinâmica relaciona e instrumentaliza a realização do princípio da tolerância proposta por Rawls, que o considera em duas etapas: (i) tolerância e (ii) conscientização do sentimento de igualdade. A primeira etapa envolve a afirmação da tolerância, quando se reconhece que uma pessoa é dotada dos mesmos direitos e garantias por ser uma pessoa. O Direito Brasileiro o fez categoricamente com o reconhecimento da união homoafetiva e o casamento homoafetivo, declarando o direito à felicidade da pessoa homossexual. Esse reconhecimento, por certo, gera resistência de grupos conservadores que se sentem atingidos em suas crenças, mas que diante da ilegitimidade da negação de um direito constitucionalmente reconhecido por razões puramente ideológico-religiosas, cabe ao indivíduo insatisfeito reconhecer e tolerar. A decisão judicial, especialmente em uma dimensão hermenêutica da “corte constitucional” brasileira, possui também um fim pedagógico de orientação da sociedade para qual é a leitura do texto magno. Isso permite o amadurecimento no seio social

da temática e do direito reconhecido ao se (re)afirmar um conjunto de valores constitucionais e humanos para o sistema jurídico nacional.

A etapa seguinte é o da conscientização e convivência multicultural, de modo que a tolerância leva a aceitação, mesmo em uma sociedade com discordâncias. Ao se naturalizar a aceitação se rompe o processo discriminatório por força do potencial educativo existente na sociedade (via compreensão e não imposição) pluralista e fraterna (DE MATTOS; DIAS, 2016, p. 21-22).

Se a CRFB/88 apresenta essa tutela das minorias em seu teor (e a hermenêutica constitucional deixa isso claro) e sinaliza para a vedação ao retrocesso de direitos e, igualmente, a vedação a proteção insuficiente das minorias, cabe concluir que qualquer retirada de direitos sem a devida compensação é inconstitucional e fere gravemente a lógica democrática.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama atual é claro em apresentar o avanço do conservadorismo na política e na sociedade (a ascensão da extrema-direita é sinal claro disso), o que é particularmente preocupante do ponto de vista da Teoria Democrática. Obviamente que isso faz parte do jogo político, mas a carga ideológica presente nas estratégias populistas desses grupos é, per se, uma ameaça às conquistas democráticas durante o século XX.

A presença de discursos de ódio, racistas, xenófobos, *lgbtfóbicos*, a presença de um nacionalismo (quase) religioso, ascensão de discursos religiosos extremistas, entre outros, são sintomas que a pós-modernidade apresenta e para os quais a teoria jurídica (parece) não estar suficientemente preparada. Essa retomada de problemas passados exige soluções novas, que perpassam por uma revisão crítica da teoria jurídica e a valorização de princípios constitucionais como nortes normativos de proteção. A relativização da “sacralidade” do Parlamento e a valorização da jurisdição constitucional como elemento dinâmico e criativo também fazem parte dessa nova conjuntura.

Os cenários de crise (e a crise como argumento populista de fundamentação de discursos de ódio e discriminatórios) demandam o desenvolvimento de um amadurecimento da teoria jurídica com viés antidiscriminatório e que reconheça a vedação ao retrocesso de direitos como um imperativo e não apenas como mero princípio indicativo. O atual patamar da democracia (que no caso brasileiro é considerado como uma democracia em construção) entraria em conflito com suas próprias bases e fundamentos caso apresentasse espaços de retrocesso e negação (ou flexibilização) dos direitos de minorias.

Não há razoabilidade, proporcionalidade ou princípio de “não excessos” que justifiquem ou fundamentem legitimamente a adoção de uma marcha de regresso frente aos direitos das minorias LGBTQ+. A proteção desses grupos é uma

pauta que não pode ser colocada novamente dentro do armário, visto se tratar de uma luta por reconhecimento que não pode mais ser invisibilizada ou silenciada. A dignidade da pessoa humana já se encontra consolidada no sistema jurídico nacional como núcleo e norte interpretativo, de forma que se a vedação ao retrocesso de direitos fundamentais e humanos é desrespeitada, se constituiria claramente uma proteção deficitária dessas populações.

O Direito (as Cortes, a doutrina, os juristas e a Academia, como um todo) tem uma função política primordial nesses cenários, como *locus* de discussões racionais, que estejam de acordo com o atual estágio de desenvolvimento e avanços que o patamar civilizatório estabeleceu. É fato que o cenário de crise propicia o estado de alerta e a busca por soluções e estratégias, nesse sentido é necessário que os juristas amadureçam os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, para que Direito e Política não andem apartados, mas se aliem em prol do avanço e não do retrocesso. Não se trata, nesse sentido, de acreditar em utopias, mas, de fato, lutar para que não se construa, a olhos vistos, uma distopia.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação do direito de minoria em tempos de transição paradigmática*. fl. 125. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias sexuais e homofobia no Direito Brasileiro: breves delineamentos constitucionais. *Revista Verere*, Dourados/MS, v. 10, n. 19, p. 148-176, jan./jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAYLÃO, Raul Di Sergi. Um conceito operacional de minorias. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 17, p. 209-233. 2001. Disponível em: [http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/17\\_09.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/17_09.pdf) Acesso em: 18 jan. 2019.

BAZZANELLA, Sandro Luiz; TOMPOROSKI, Alexandre Assis; BORGUESAN, Danielly. Estado, crise política, jurídica, econômica e perspectivas de desenvolvimento. *Revista Profanações*, ano 4, n. 1, p. 76-93, jan./jul. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, Brasil, n. 64, p. 201-223, ago. 2016.



COSTA, Aline Moreira da. *Direitos humanos e previdência social brasileira à luz do princípio da proibição do retrocesso social*. fl. 211. Dissertação apresentada ao Mestrado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP: São Paulo, 2013.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/10399/5816> Acesso em: 5 out. 2019.

DUARTE, André de Macedo; CÉSAR, Maria Rita de Assis. Michel Foucault e a lutas políticas do presente: para além do sujeito identitário de direitos. *Revista Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 19, n. 3, p. 401-414, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n3/a06v19n3.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

FIGUEIREDO, Eurídice. Desfazendo o gênero: a teoria queer de Judith Butler. *Revista Criação & Crítica (Dossiê Sáfico)*, n. 20, p. 40-55, abr. 2018.

FOUCAULT, Michael. *Segurança, território, população*. Trad. E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: [https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/11286/1/ARTIGO\\_MinoriasSexuaisHomofobia.pdf](https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/11286/1/ARTIGO_MinoriasSexuaisHomofobia.pdf). Acesso em: 5 out. 2019.

GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo, democracia e reconhecimento. *Revista Verere*, Dourados, MS, ano 1, p. 51-64, jul./dez. 2009.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

LÖWY, Michael. Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n124/0101-6628-sssoc-124-0652.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.

MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. *Revista USCS – Direito*, ano X, n. 17, p. 141-156, jul./dez. 2009.

OLIVA, Thiago Dias; KÜNZLI, Willi Sebastian. Proteção das minorias no direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 113, p. 703-719, 21 dez. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156677/152169>. Acesso em: 25 set. 2019.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. *Ciência & Saúde Coletiva*. 22(12), p. 3841-3848, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n12/1413-8123-csc-22-12-3841.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Direito e Desenvolvimento*, v. 6, p. 216-237, 2015.

RAVAGNANI, Herbert Barucci. Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth. *Kinesis*, v. 1, n. 1, p. 39-57, mar. 2009. Disponível em: [http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/HerbertBarucci\(39-57\).pdf](http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/HerbertBarucci(39-57).pdf). Acesso em: 17 dez. 2018.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. Direito da antidiscriminação e direitos de minoriais: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. p. 9-49.

SOUZA, Luiz Gustavo da Cunha de. O quê há de especificamente sociológico na teoria do reconhecimento de Axel Honneth?. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 61-80, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sant/v2n4/2238-3875-sant-02-04-0061.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

*Data de recebimento: 19/08/2019*

*Data de aprovação: 12/09/2019*