

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

ÉRICK DE FREITAS MENDES

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO DAS
MINORIAS**

Orientador: Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure
Junior

POUSO ALEGRE – MG
2017

RESUMO

Objetivou-se com este trabalho, um estudo acerca da evolução histórica dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana como seu fundamento de validade, a fim de que fosse possível aferir a legitimidade dos discursos de ódio em face de grupos tidos como minoritários. A presente pesquisa tem como fundamento o reconhecimento e aperfeiçoamento do complexo de direitos humanos fundamentais que, a partir de acontecimentos históricos comumente marcados pelo aviltamento à dignidade da pessoa humana foram discutidos e ampliados, o que deu origem a diversos documentos com textos normativos que declaravam direitos, como o da liberdade de expressão. A Carta Magna de 1988 prevê a liberdade de expressão como sendo um direito fundamental. Ocorre que, a despeito de sua essencialidade ao exercício da dignidade humana, muitos dos discursos de ódio tendentes a discriminar ou manter a margem da sociedade determinados grupos minoritários, sobretudo em relação à comunidade LGBTQ, também retiram sua validade deste mandamento constitucional.

Palavras-Chave: Dignidade humana, Direitos humanos, liberdade de expressão, minorias.

INTRODUÇÃO

Diversos foram os acontecimentos históricos que culminaram em discussões positivas em relação aos direitos humanos. E a partir delas foram criados alguns documentos com textos normativos que declaravam direitos humanos e criavam garantias específicas para tutelá-los, com o fim de se resguardar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos não são reconhecidos ou construídos simultaneamente, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade. Assim como a sociedade atual e sua civilização resultam de inúmeros acontecimentos, a evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana é um fenômeno que resulta de diversos fatores.

A delimitação do que se entende por dignidade humana não encerra uma única interpretação possível, pois ela é fruto de uma construção histórica essencialmente cumulativa. Ao longo da história, diversas foram as justificativas utilizadas para fundamentar a preeminência do ser humano e dos direitos que lhe são característicos e inerentes, como a criação do Estado democrático de direito.

Ao longo dos séculos, muitas foram as variações de paradigmas em relação aos regimes políticos adotados pelos Estados, que, em geral, eram determinados por peculiaridades do desenvolvimento histórico de cada sociedade. O Estado Democrático de Direito determina a exigência de que o Estado seja regido pelo Direito, por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e realizadas pelo povo, com o máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

É possível dizer que o Estado Democrático de Direito é um conceito que designa qualquer Estado que tenha uma organização política que visa garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, por meio do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um Estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito, sobretudo as que constam do texto Constitucional. A república Federativa do Brasil funda-se com um Estado democrático.

No Brasil, após a queda do regime militar, entra em vigência a Constituição da República de 1988, que é tida como garantista, pois reconheceu e instituiu diversos

direitos e garantias fundamentais. Ela trouxe uma nova ordem constitucional ao instituir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, consagrando princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A Constituição de 1988 institui não somente direitos e garantias fundamentais, mas todo um sistema garantista de proteção. Isto significa que o ordenamento jurídico pátrio além de respeitar os requisitos formais que os legitima, deverá ser coerente com os princípios e valores constitucionais que são morais e jurídicos a um só tempo.

A Constituição de um Estado garantista agrega limites, conexões e ordens à própria produção jurídica, condicionando tanto a vigência quanto a legitimidade formal das normas, indicando os órgãos com competência normativa e os procedimentos para seu exercício; ela condiciona também, a validade ou legitimidade substancial, estabelecendo o modelo valorativo que deverá nortear a legislação.

O Garantismo se vincula à ideia de limitação do poder estatal, de modo a evitar a ocorrências de arbitrariedades por parte do Estado. Enquanto sistema de proteção de bens e direitos, ele se estende a todas as pessoas e não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do Estado.

Entretanto, verifica-se no curso da história, a existência de diversos grupos de pessoas que são subjugados em relação a outros, em razão de suas diferenças étnicas, culturais, linguísticas dentre outras, o que culminou na criação de grupos minoritários que se encontram em situação desfavorável em relação a uma maioria, que nem sempre se caracteriza pelo critério numérico. É possível perceber que os sujeitos políticos desse movimento possuem uma diversidade de questões envolvidas.

Em virtude de suas diferenças em relação à maioria dominante, os indivíduos em situação de minoria foram sendo rechaçados, tendo direitos humanos básicos tolhidos ou mitigados, e, até hoje, têm a própria integridade física ameaçada. A perseguição da dignidade humana nem sempre foi algo permitido a estes grupos.

As violações de direitos humanos que atingem os grupos minoritários por conta de diferenças, reais ou percebidas, pertencem a um padrão global, estrutural e consolidado. As violações por eles suportadas incluem um rol bem extenso, incluindo execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações

tornam-se ainda mais gravosas quando baseadas em questões relacionadas a gênero e sexualidade. O que não é permitido pela atual Constituição Brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a liberdade de expressão como sendo um direito fundamental. O exercício da liberdade de expressão pode ser interpretado como sendo mais um importante mecanismo de defesa das minorias, pois, de certa forma, permite que estes grupos exerçam direitos que normalmente lhes são suprimidos ou mitigados por uma maioria que detém uma maior representatividade social e política.

Por outro giro, ao passo que esta previsão constitucional permite a possibilidade dos grupos minoritários se expressarem livremente, ela também permite que a maioria dominante possa se valer destes mesmos mecanismos para legitimar seu poder, o que normalmente ocorre por meio de discursos de ódio.

O discurso de ódio pode ser interpretado como uma das formas de manifestação da liberdade de expressão. Ele tem por característica a incitação ao desprezo a determinados grupos, geralmente com a finalidade de realizar a manutenção do poder de uma maioria dominante, o que tolhe e suprime direitos fundamentais.

Sendo o Estado da República Federativa do Brasil laico e democrático, ele tem de conviver com a existência de direitos que, em dado ponto, tornam-se conflitantes, posto que, não havendo uma imposição de limites clara e objetiva, a liberdade de expressão pode, eventualmente, colidir com os demais direitos existentes no ordenamento jurídico constitucional, como os direitos de personalidade.

Ainda que a ideia de democracia não seja única, nem encerra em si uma única interpretação, é possível dizer que ela pressupõe uma ideia contrária à exclusão social de grupos minoritários. Uma das funções básicas de uma República Democrática de Direito é garantir o direito das minorias.

O presente estudo encontra-se organizado na seguinte ordem: inicialmente desenvolve-se uma exposição acerca da evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana e direitos humanos. Após, é trazida uma análise mais detalhada da problemática em questão. O trabalho é encerrado com uma conclusão que busca trazer uma reflexão do tema discutido, com vistas a amenizar e aclarar a atual situação.

A presente pesquisa faz uso método histórico e analítico por meio do qual se buscou trazer uma conclusão; tal método busca analisar as origens e a evolução dos institutos trabalhados, para melhor compreender os aspectos das Instituições atuais viabilizando a compreensão mais ampla e imparcial do tema abordado.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Diversas são as possibilidades de conceituação disponíveis acerca dos Direitos Humanos. Todavia, é possível encontrar um ponto de equilíbrio e afirmar que, como regra geral, eles são reconhecidos como direitos e liberdades básicas inerentes à pessoa humana, independentemente de questões relacionadas a raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Seu conceito também está ligado com a ideia de liberdade de pensamento, de expressão, e a igualdade perante a lei. Entretanto, esse entendimento não se originou desta forma, ele vem sendo construído ao longo do tempo. O processo de afirmação desses direitos advém de um longo processo evolutivo histórico, essencialmente cumulativo, cujo fundamento de validade é a dignidade da pessoa humana.

Durante seu processo de formação, a ideia de direitos humanos foi se tornando cada vez mais importante, haja vista que seus pressupostos têm como finalidade e fundamento de validade a observância e proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, ou seja, a proteção de todos os seres humanos. Desta forma, a ideia de direitos humanos começa pela importância da própria pessoa humana, e com esta se relaciona de forma indissociável. Como lembra a doutrina, “A pessoa humana, que é o bem mais valioso da humanidade, estará acima de qualquer outro valor [...]”.¹

A dignidade humana não é essencialmente um direito, mas uma qualidade reconhecida à pessoa humana e que é veiculada no espaço do direito como um princípio jurídico fundamental, uma espécie de “[...] valor espiritual inerente à pessoa”² humana. Ela constitui o princípio máximo de um Estado Democrático de direito, que é um regime político que tem como fundamento a proteção dos direitos humanos e as garantias fundamentais.

Embora “a dignidade da pessoa humana não possa ser reduzida à condição de puro conceito”³ tampouco seja possível precisar com exatidão o ponto exato de seu reconhecimento, a construção histórica inicial de seu entendimento é comumente atribuída à Immanuel Kant, que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004. p. 09

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas 2013. p. 35

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205

fim em si mesmas, e não como um meio (objetos) ⁴, completando: “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” ⁵

A delimitação do que se entende por dignidade humana não encerra uma única interpretação possível, pois ela, assim como os direitos humanos, é fruto de uma construção histórica essencialmente cumulativa. Ao longo da história, diversas foram as justificativas utilizadas para fundamentar a preeminência do ser humano e dos direitos que lhe são característicos e inerentes.

Todavia, foi somente no período axial⁶ onde se obteve uma convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, que foram instituídos os grandes princípios e diretrizes fundamentais de vida presentes até hoje. Nesse período, o ser humano é tomado em sua igualdade essencial e passa a ser visto como um ser dotado de liberdade e razão, sem desconsiderar as significativas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Neste sentido, a doutrina nos diz que:

[...]. É a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. [...]. Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” ⁷

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58, 64.

⁵ *Ibid.*, p.65

⁶ O filósofo alemão Karl Jaspers definiu a Era Axial (período que decorre entre o ano 800 a.C. e o ano 200 a.C.) como a linha divisória mais profunda da História da humanidade, Segundo João Batista Libânio (*Theologia: a religião do início do milênio*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 163.), tal período [...] se situaria no ponto de nascimento espiritual do homem, onde se realizou de maneira convincente, tanto para o Ocidente como para a Ásia e para toda a humanidade em geral, para além dos diversos credos particulares, o mais rico desabrochar do ser humano; estaria onde esse desabrochar da qualidade humana, sem se impor como uma evidência empírica; seria, não obstante, admitido de acordo com um exame dos dados concretos; ter-se-ia encontrado para todos os povos um quadro comum, permitindo a cada um melhor compreender sua realidade histórica. Ora este eixo da história nos parece situar-se entre 500 a.C. no desenvolvimento espiritual que aconteceu entre 800 e 200 anos antes de nossa era. É aí que se distingue a mais marcante cesura na história. É então que surgiu o homem com o qual convivemos ainda hoje.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17.

Essa convicção de que todos os homens são iguais, e, por este motivo possuem dignidade e direitos, não vem acompanhada somente do instrumento que viabilizou isso para os povos em geral, mas “[...] nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”⁸.

Em alguns lugares a lei escrita adquiriu uma posição sagrada, mas foi em Atenas, na Grécia, que ela passou a ser considerada como um fundamento da sociedade política, o que significa dizer que o povo ateniense buscava, por meio da lei escrita, exercer uma espécie de controle sobre as arbitragens praticadas pelo soberano, no sentido de que todos têm igual direito, independentemente de classe ou condição social.

Ao lado da lei escrita permaneceram as leis ‘não escritas’, que possuíam igual importância e inicialmente detinham um caráter essencialmente religioso. Após perderem esta característica do fundamento religioso, surgiu a necessidade de se encontrar outro fundamento que justificasse a existência das chamadas ‘leis não escritas’, que eram universalmente aplicáveis a todos os seres humanos.

Para os sofistas, esta justificativa não era outra se não a própria natureza. Já para os gregos, inicialmente ela repousava na própria individualidade do homem na função que este exercia em sua vida social. Neste sentido a doutrina preleciona que:

Descartado o fundamento religioso, foi preciso encontrar outra justificativa para a vigência dessas leis universais, aplicáveis portanto a todos os homens, em todas as partes do mundo. Para os sofistas e, mais tarde, para os estoicos, esse outro fundamento universal de vigência do direito só podia ser a natureza (*physis*). [...] Em outros autores gregos, a igualdade essencial do homem foi expressa mediante a oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercidas na vida social. Essa função social designava-se, figurativamente, pelo termo *prósopon*, que os romanos traduziram por *persona*, com o sentido próprio de rosto ou, também, de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem.⁹

Foi a partir deste conceito medieval de pessoa que se iniciou o processo de formação do que se convencionou chamar de princípio da igualdade essencial de todo ser humano, muito embora existissem diferenças entre indivíduos e ou grupos. E é justamente “[...] essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos.”¹⁰

⁸COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59

⁹Ibid., p.19

¹⁰ Ibid., p. 22

Tendo em vista que o fundamento histórico da igualdade entre os homens residia na essência da pessoa, conclui-se desta forma, que, a partir de então, as leis contrárias a esse direito natural não teriam vigência, e, portanto, não teriam força jurídica, desse modo, lançam-se as bases para a constitucionalização dos direitos humanos.

Mais adiante, seguindo o curso evolutivo do processo histórico de afirmação dos direitos humanos e, por conseguinte, o do conceito de pessoa humana como sujeito de direitos universais, encontra-se a filosofia de Immanuel Kant, que, conforme já mencionado, entende que todo homem tem dignidade, não devendo esta ter um preço, pois preço deriva de coisas, de modo que, um ser humano não pode, de maneira alguma, ser comparado a coisas.

Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.¹¹

Dessa forma, para este filósofo, sendo o homem um ser racional e, portanto, possuidor de vontade própria, denominada de razão prática, este deveria agir de acordo com as leis e os princípios. Ademais, para Kant, se o homem busca essencialmente a sua felicidade, não basta que ele se abstenha de prejudicar alguém, pois sendo um sujeito que busca o fim em si mesmo, nada mais justo que os fins relacionados aos outros estejam intimamente relacionados como os seus.

Ao analisar o pensamento Kantiniano a respeito da dignidade da pessoa, a doutrina nos diz que esta não subsiste somente por ser diferente das coisas, mas sim um ser considerado e tratado, em si mesmo. Como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. “Ela resulta também pelo fato de que, por

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90.

sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”.¹²

No século XIX iniciou-se uma nova etapa no desenvolvimento do pensamento que compreende à pessoa humana de forma a abarcar a realidade axiológica, que consiste no reconhecimento de que o homem é o único capaz de orientar a direção dos rumos de sua vida em razão de suas preferências valorativas.

O homem não cria valores de maneira aleatória ou indiscriminada, sua avaliação individual, estima ou preferência normalmente decorre acerca de um fato na consciência de cada indivíduo. A axiologia revelou que o objeto da apreciação tem um valor objetivo, identificando-se assim, uma inter-relação sujeito objeto.

Por óbvio, como esta avaliação valorativa é individual e o ambiente social é vasto, ela tende a variações. Entretanto, quando feita em conjunto, a partir dela forma-se um consenso social que resulta na criação de uma tábua hierárquica de valores. No entanto, esta hierarquia axiológica refletia os valores eleitos pelo corpo social, mas nem sempre isso era consagrado no Direito Positivo. Neste sentido, tem-se que:

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

Por outro lado, o conjunto dos direitos humanos forma um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado¹³

Na primeira metade do século XX em uma das etapas da construção do conceito de pessoa, o homem firmou-se como essência da personalidade humana ao se tornar consciente de que cada indivíduo é tomado em sua identidade singular e ela não se confunde com o papel ou função que cada qual exerce na vida. Assim, um homem não pode ser substituído por outro, de modo que a vida ou a morte relacionam-se intimamente com cada indivíduo.

Diante dessa exposição, conclui-se que, ao longo de toda história, a dignidade humana foi indagada através da religião, da filosofia e da ciência, porém foi no período

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27

axial (entre o ano 800 a.C. e o ano 200 a.C) que o ser humano passou a ser considerado com igualdade, pois é dotado de liberdade e razão, sem, contudo, ser identificado a partir de suas diferenças.

Entretanto, muitos dos principais diplomas responsáveis pela consolidação dos direitos fundamentais somente surgiram séculos depois, normalmente após grandes retrocessos em relação à proteção da dignidade da pessoa humana, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que teve como marco o cenário pós 2º Guerra Mundial. Desta forma, no capítulo seguinte serão explicitados os principais marcos históricos relevantes para uma melhor compreensão do tema.

De plano, é importante salientar que esta foi uma breve análise da evolução histórica dos direitos humanos que não tem a pretensão de esgotar todos os fatores que influenciaram na construção contemporânea de sua concepção, tendo em vista as limitações do presente trabalho.

2 DIREITOS HUMANOS E SUA CONCEITUAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Identificou-se que a evolução do processo de reconhecimento da dignidade da pessoa humana e os direitos inerentes à esta, que servem como um limite à atuação arbitrária dos Estados. Foi visto, ainda, parte do processo de formação de uma consciência internacional de que as pessoas devem ter a sua dignidade minimamente preservada, independentemente de sua condição e do local em que se encontrem.

Os direitos humanos “[...] nascem quando devem e podem nascer¹⁴ [...] de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”¹⁵. Este processo evolutivo de reconhecimento é marcado por diversos avanços e retrocessos que, por sua vez, relacionam-se de forma indissociável com o desenvolvimento do próprio entendimento da condição humana que a todos é imposta. Assim:

Como reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio (1988), os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt (1979), os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, fundamentado em um espaço simbólico de luta e ação social.

No dizer de Joaquin Herrera Flores, os direitos humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Realçam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo.¹⁶

O processo de reconhecimento dos direitos humanos é essencialmente cumulativo. Ele é produto de um agir humano marcado por diversas lutas sociais, e, por isso, não deve ser analisado de maneira linear ou isoladamente. Todavia, é possível atribuir à DUDH a responsabilidade pelo início da proteção dos direitos inerentes à pessoa humana em uma perspectiva Internacional.

Apesar de não ter sido o primeiro documento internacional, a Declaração de 1948 representa o marco inicial da proteção internacional de tais direitos, eis que lançou

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

¹⁵ *Ibid.* p.25.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119 e 120.

as bases legislativas para assegurar a reivindicação de direitos contra as violações cometidas pelos Estados Internacionais.

Não é possível tratar da concepção contemporânea de direitos humanos sem encontrar pontos de conflito na doutrina. Entretanto, quanto à concepção contemporânea dos direitos humanos é possível estabelecer um ponto de equilíbrio em relação a algumas de suas características:

Apesar das diferenças em relação ao conteúdo, os direitos humanos têm em comum quatro ideias-chaves ou marcas distintivas: universalidade, essencialidade, superioridade normativa (preferenciabilidade) e reciprocidade.

A universalidade consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são superiores a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as “razões de Estado”; logo, os direitos humanos representam preferências preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer.

Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos (e não somente de alguns).¹⁷

No entanto, a fundamentabilidade de um direito humano depende da maneira como ele é concebido por determinado Estado:

A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana.¹⁸

Este processo de internacionalização dos direitos humanos é capaz de acelerar o processo de reconhecimento dos próprios direitos fundamentais de cada Estado, haja vista que “Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais”¹⁹

2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

¹⁷RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.25

¹⁸Ibid. p. 25

¹⁹ Ibid. p.25

Existe uma grande diversidade de expressões e terminologias conexas aos direitos inerentes à pessoa humana, tais como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.

Todavia, a despeito de toda esta variedade de expressões possíveis e da celeuma trazida pelas doutrinas, é importante criar certas distinções entre as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, a fim de se criar um critério unificador capaz de melhorar o entendimento da presente pesquisa.

Como visto, “Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais”.²⁰ Em relação à terminologia que se refere aos direitos humanos, ela é comumente utilizada para se referir aos direitos essenciais à consecução dignidade da pessoa humana em um espaço de direito internacional. Ela se liga à ideia de proteção do ser humano devido a sua própria condição humana.

Assim como os direitos humanos, muitos são os termos utilizados para designar a expressão *direitos fundamentais* - tais como direitos do homem e direitos fundamentais - sendo que, na maioria das vezes, tais expressões são frequentemente interpretadas como sendo sinônimas. Contudo, alguns autores identificam os *direitos fundamentais* como sendo direitos do homem juridicamente garantidos, com limitações de tempo e espaço, com vistas a estabelecer direitos, garantias e deveres aos cidadãos.

Os *direitos fundamentais* seriam aqueles objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, seriam os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.²¹ Neste sentido, pode-se entender que os direitos fundamentais são aqueles incorporados na Constituição de um determinado Estado e que exercem diversas funções na ordem jurídica Constitucional, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana.

Vê-se, portanto, que os direitos humanos assim como os fundamentais ocupam posição importante não somente na ordem constitucional, mas no ordenamento jurídico como um todo, especialmente em um Estado democrático de direito que tem como fundamento a proteção dos direitos humanos e fundamentais.

2.2 O Estado Democrático de direito e os direitos fundamentais

²⁰Ramos, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.25.

²¹ CANOTILHO, J. J Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993.

Ao longo dos séculos, muitas foram as variações de paradigmas em relação aos regimes políticos adotados pelos Estados, que, em geral, eram determinados por peculiaridades do desenvolvimento histórico de cada sociedade.

A conceituação de regime político adotada pela presente pesquisa é aquela em que tal expressão é entendida como sendo o nome que se dá ao conjunto de instituições políticas por meio das quais um Estado se organiza e a maneira como ele exerce seu poder sobre a sociedade. Em relação à evolução histórica do Estado, a doutrina preleciona que:

O conceito, origem e evolução do Estado podem ser apontados histórica e sistematicamente, abstraindo-se da sua formação. Mas a verdadeira extração científica daquele conceito e a definição do caráter do Estado não podem prescindir dos dados históricos e das investigações técnicas que conseguiram situar o Estado na sistemática jurídica.

A pesquisa histórica aponta que as organizações humanas surgem e se sucedem no sentido de círculos cada vez mais largos e da cada vez maior integração dos grupos sociais, sendo, portanto, o Estado o resultado de lenta e gradual evolução organizacional de poder, que não se confunde com as formas de agrupamentos antigas.²²

Em síntese, o arquétipo de Estado não intervencionista e de poderes limitados apresentou-se em diversas versões que podem ser agrupadas em três grandes conjuntos: o Estado liberal, Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal sucede o Estado absolutista, que era um regime político onde o poder além de ser absoluto, era concentrado em apenas uma pessoa. O liberalismo surgiu como uma tentativa de maximização da liberdade, considerada esta "[...] em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras"²³. E assim surgiu o Estado Liberal, em divergência ao Estado Absolutista.

Em relação ao Estado democrático, tem-se que estrutura democrática determina a exigência de que o Estado seja regido pelo Direito, por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e realizadas pelo povo, com o máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Em um Estado Democrático de Direito apenas o direito positivo, que é aquele que foi codificado, poderá impor limites à ação estatal. Todas as outras fontes de direito

²² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.2.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.46.

como o direito canônico e o direito natural deixam de ser vinculantes, salvo se o direito positivo lhes conceder esta eficácia, e apenas nos limites estabelecidos pelo último. Friedrich Müller assevera que:

A ideia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a auto codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de seccionamento político.²⁴

Pode-se se dizer ainda, que o Estado Democrático de Direito é um conceito que designa qualquer Estado que tenha uma organização política que visa garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um Estado de Direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito.

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. Para compreendê-lo, no entanto, teremos que passar em revista a evolução e as características de seus elementos componentes, para, no final, chegarmos ao conceito síntese e seu real significado.²⁵

Esta organização política advinda do Estado Democrático de Direito possui tarefas e princípios. Conforme José Afonso da Silva, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.²⁶

Com isto, o Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno.

É importante ressaltar o papel exercido pelas Constituições nestes tipos de regime políticos, onde são delineados os limites e as regras para o exercício do poder estatal, e, a partir dela redige-se o restante do chamado "ordenamento jurídico", isto é, o

²⁴MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 57. Tradução: Peter Naumam, revisão: Paulo Bonavides.

²⁵SILVA, José Afonso da. *Curso direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.112.

²⁶Ibid. p. 112.

conjunto das leis que regem uma sociedade. O Estado Democrático de Direito não pode prescindir da existência de uma Constituição.

Após a queda do regime militar, entra em vigência a Constituição da República de 1988, que reconheceu e instituiu diversos direitos e garantias fundamentais. Ela trouxe uma nova ordem constitucional ao instituir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, consagrando princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A expressão “Estado Democrático de Direito” foi inserida no texto constitucional de 1988, no caput do artigo 1º, cujo significado reside na exigência de reger-se pelo Direito e por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

Para além, a Carta Magna de 1988, adotou em seu parágrafo único, o chamado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²⁷.

2.3 Sistema garantista constitucional brasileiro

De maneira breve, é possível dizer que o significado do termo garantista repousa na proteção daquilo que se encontra positivado no ordenamento jurídico. Porém, garantismo não é apenas uma espécie de legalismo, pois não se limita apenas aquilo que a lei assegura, mas a todos os princípios de um Estado Democrático de Direito.

O Garantismo se vincula à ideia de limitação do poder estatal, de modo a evitar arbitrariedades por parte do Estado. Enquanto sistema de proteção de bens e direitos, ele se estende a todas as pessoas e não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do estado.

Neste sentido, tem-se uma espécie de “teoria geral do garantismo”, cujo referencial adotado pelo presente artigo é a obra de Luigi Ferrajolli, *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Tal doutrina entende que a expressão garantismo pode ser

²⁷ BRASIL, Constituição Federal da República de 1988, artigo 1 inciso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

utilizada em três acepções: como doutrina de filosofia política; como modelo de direito (e de política); e como teoria jurídica.²⁸

O conceito político que advém de um sistema garantista exige a distinção entre a dimensão formal da democracia (que se relaciona às condições de legitimidade formal, garantidas pela observância aos princípios democráticos); e dimensão substancial da democracia (condições de validade asseguradas pelo respeito aos direitos fundamentais). Neste último caso, inclusive contra a vontade de uma maioria dominante.

É na dimensão substancial da democracia que é possível identificar de maneira mais clara o significado da expressão garantismo, pois a democracia formal tem seu fundamento voltado para o direito da maioria, ignorando aqueles que, por algum motivo, encontram-se em situação diferente daquela de quem detém o poder de comando.

Desta forma, a constituição de um Estado garantista agrega limites, conexões e ordens à própria produção jurídica, condicionando tanto a vigência quanto a legitimidade formal das normas, indicando os órgãos com competência normativa e os procedimentos para seu exercício; ela condiciona também, a validade ou legitimidade substancial, estabelecendo o modelo valorativo que deverá nortear a legislação.

Como visto a Constituição Federal de 1988, que reconheceu e consagrou diversos direitos e garantias fundamentais, instituiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, consagrando princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

Como característica de um Estado de direito, encontra-se o modelo Garantista; Portanto, a Constituição de 1988 institui não somente direitos e garantias fundamentais, mas todo um sistema garantista de proteção. Isto significa que o ordenamento jurídico pátrio além de respeitar os requisitos formais que os legitima, deverá ser coerente com os princípios e valores constitucionais que são morais e jurídicos a um só tempo.

Desta forma, é possível aferir que a existência de um Estado Constitucional de direito pressupõe a ideia de um modelo garantista, que, por sua vez, permite que a democracia seja exercida como contrassenso à vontade de uma maioria dominante, quando no caso de desrespeito aos princípios adotados pela Constituição vigente. Uma espécie de caráter contramajoritário da democracia.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 68 ss.

3 DIREITOS HUMANOS E MINORIAS

Como visto, afirmação dos direitos humanos decorre de um processo evolutivo histórico, essencialmente cumulativo, cujo fundamento de validade é a dignidade da pessoa humana, que é um atributo natural de que todo ser humano deveria gozar e, por isso, valor máximo que orienta sua interpretação. Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Entretanto, verifica-se no curso da história, a existência de diversos grupos de pessoas que são subjugados em relação a outros, em razão de suas diferenças étnicas, culturais, linguísticas dentre outras. Muitas são as origens destas discriminações negativas que insistem em manter o diferente à margem da sociedade. Fato é que elas acabaram por criar grupos minoritários que se encontram em situação desfavorável em relação a uma maioria, que nem sempre se caracteriza pelo critério numérico.

Delimitar o termo minoria é tarefa árdua que pode culminar em exclusão de determinados grupos, vez que a expressão não encerra um conceito estanque e sua natureza é variada e temporal. Tal tarefa torna-se ainda mais tormentosa em um país como o Brasil, que é multicultural e possui muitas vozes, onde muitos podem ser classificados como grupos minoritários.

Entretanto, mesmo diante desta dificuldade, impõe-se que tal entrave seja ultrapassado, a fim de que o tema abordado seja discutido de forma mais segura. Para tanto, e para que o presente trabalho possa ser útil ao fim a que se propõe, cabe citar a seguinte classificação do termo ‘minorias’ utilizada pela doutrina:

Destarte, podemos, após esta breve exposição, conceituar minoria como sendo um segmento social, cultural ou econômico vulnerável, incapaz de gerir e articular sua própria proteção e a proteção de seus interesses, objeto de pré-qualificações e pré-conceituações de cunho moral em decorrência de seu distanciamento do padrão cultural ou hegemônico, vitimados de algum modo e em graus variados de opressão social e, por tudo isso, necessitados e demandantes de especial proteção por parte do estado.²⁹

A exemplo das desigualdades suportadas por alguns destes grupos, podem ser citados os homossexuais, que somente puderam se aproximar um pouco mais da

²⁹ MINHOTO, Antônio Celso Baeta et al. *Constituição, minorias e inclusão social*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 22.

igualdade de direitos civis por meio da atuação dos Tribunais, que normalmente utilizam princípios constitucionais.

3.1 Minorias LGBTT

Inicialmente, cabe aclarar que LGBTT é o acrônimo sob o qual determinados grupos minoritários de gênero e ou orientação sexual se identificam. As siglas que o compõem referem-se às lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros. É importante ressaltar que, por não ser o foco de estudo da presente pesquisa, as origens do acrônimo bem como suas variações não serão analisadas.

É possível perceber que os sujeitos políticos desse movimento possuem uma diversidade de questões envolvidas, predominantemente relacionadas a gênero e a sexualidade. No curso da história, os indivíduos que possuíam estas diferenças em relação a maioria dominante foram sendo rechaçados, tendo direitos humanos básicos tolhidos ou mitigados, e, até hoje, têm a própria integridade física ameaçada. A perseguição da dignidade humana nem sempre foi algo permitido a estes grupos. Neste sentido:

[...] violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.³⁰

O preconceito que segrega este grupo minoritário é algo estrutural. As formas como as sociedades modernas se estruturam em torno de questões religiosas juntamente com a falta de conhecimento acerca do tema, fazem com que os parâmetros socialmente aceitáveis sejam essencialmente preconceituosos, o que acaba por legitimar discursos contrários à diversidade.

Os movimentos sociais favoráveis à comunidade LGBTT no mundo ocidental são vistos como um tema político de esquerda, típico de partidos mais liberais.

³⁰ Princípios de YOGYAKARTA. Sonia Onufer Corrêa, Vitit Muntarbhorn pg.07. Disponível em http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 30/01/2017.

Entretanto, existem movimentos sociais contrários e favoráveis às minorias sexuais, tanto em partidos mais conservadores quanto nos liberais.

Nos últimos anos, a comunidades LGBTTT conseguiu alcançar vitórias sociais e políticas importantes em relação às suas reivindicações de igualdade de direitos. Discursos contrários, tendentes a legitimar a marginalização destes indivíduos não são mais tão bem aceitos pela população mundial em geral.

Entretanto é sempre bom refletir que se trata de uma comunidade extremamente vulnerável, historicamente inferiorizada e marginalizada, de modo que, a presença de discursos de ódio contrários à dignidade destes indivíduos representa um alto grau de risco à própria existência digna.

3.2 Proteção às minorias LGBTTT

Algumas Organizações Internacionais possuem seus próprios mecanismos de proteção dos direitos humanos, permitindo que grupos minoritários como a comunidade LGBTTT possam reivindicar seus direitos, como é o caso da OEA e de seu SIDH. A Comissão e Corte do SIDH estão recomendando e decidindo casos sobre a violação de direitos das minorias nas Américas, como em casos de proteção de grupos tribais e indígenas, crianças e adolescentes, homossexuais, entre outros.

Existem diversos atores sociais que favorecem a efetividade deste sistema protetivo internacional, como as ONGs e as redes de advogados, que proporcionam às minorias o acesso à justiça, possibilitando a formulação de petições e acionamento do SIDH quando do caso de transgressões a direitos humanos, nos casos e hipóteses previamente estabelecidos.

Já no Brasil, ainda que no plano material a realidade fática das minorias careça de efetividade, pode-se dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/1988), por meio dos princípios por ela adotados, garante às minorias tratamento que não as desfavoreça. Ela inovou ao trazer em seu texto os objetivos a serem alcançados pelo Estado Brasileiro.

Analisando-se o artigo 3º da CR/1988, constata-se que o constituinte originário determinou como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização sem deixar de promover o bem comum. E tudo isso sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Neste mesmo sentido aponta a doutrina.

O artigo 3º de nossa Constituição dispõe que o Estado Brasileiro possui certos objetivos a serem alcançados ou ao menos buscados. É algo inédito na história de nossas constituições, já que nunca houve um texto constitucional, no Brasil, com previsão de certos e determinados objetivos a serem buscados pelo Estado e pela sociedade.³¹

Tal previsão permite uma aproximação maior das minorias à dignidade da pessoa humana, haja vista que, a partir destes comandos normativos, infere-se que o legislador constituinte evidenciou de forma expressa a imperiosidade do desenvolvimento nacional, sem que este se desvencilhe do progresso material. A Constituição de 1988 garante a igualdade de todos perante a lei.

Para além do artigo 3º, a Carta Magna de 1988 nos diz em seu artigo 5º, inciso IX, que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença assim como no inciso IX deste mesmo artigo nos é dito que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Consta da redação do inciso VI do referido artigo 5º, que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado a todos, o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

Muito embora não esgotem o tema, tais comandos demonstram a proteção constitucional à liberdade de expressão, que se refere a primeira dimensão de direitos fundamentais, justamente aquela que tem por escopo impor limite ao arbítrio do Estado. Para a doutrina³², os direitos fundamentais de primeira dimensão são apresentados como direitos de cunho negativo, pois são dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.

O exercício da liberdade de expressão pode ser interpretado como sendo mais um importante mecanismo de defesa das minorias, pois, de certa forma, permite que estes grupos exerçam direitos que normalmente lhes são suprimidos ou mitigados por uma maioria que detém uma maior representatividade social e política.

³¹ MINHOTO, Antônio Celso Baeta et al. *Constituição, minorias e inclusão social*. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 15.

³²SARLET, Ingo Wolfgang, apud V. dentre muitos. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. São Paulo: livraria do advogado, 2014. p.47.

Por outro giro, ao passo que esta previsão constitucional permite a possibilidade dos grupos minoritários se expressarem livremente, ela também permite que a maioria dominante possa se valer destes mesmos mecanismos para legitimar seu poder, o que normalmente ocorre por meio de discursos de ódio.

4.2.1 Princípios de Yogyakarta

Diversos são os avanços em relação à proteção de pessoas das mais variadas orientações sexuais e identidades de gênero, fazendo com que elas possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Em um panorama universal é importante mencionar os Princípios de Yogyakarta que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trata-se de um documento realizado por especialistas em direitos humanos e não por Estados soberanos ou organizações internacionais. Em relação à criação de tais princípios tem-se que:

A Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizaram um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados. Um grupo eminente de especialistas em direitos humanos preparou um documento preliminar, desenvolveu, discutiu e refinou esses Princípios. Depois de uma reunião de especialistas, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.³³

Os Princípios de Yogyakarta abordam uma enormidade de normas de direitos humanos, tratando de sua aplicação e de questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio traz consigo recomendações aos Estados.

³³Princípios de YOGYAKARTA. Sonia Onufer Corrêa, Vitit Muntarhorn pg.07. Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 30/01/2017.

Entretanto, muitos outros atores internacionais têm responsabilidades na promoção e proteção dos direitos humanos. A estes também são feitas recomendações adicionais, que incluem o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não-governamentais e financiadores.

Os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver.

Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. “Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos”.³⁴

³⁴ Princípios de YOGYAKARTA. Sonia Onufer Corrêa, Vitit Muntarbhorn pg.07. Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 30/01/2017.

4 DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O discurso de ódio pode ser interpretado como uma das formas de manifestação da liberdade de expressão. Ele tem por característica a incitação ao desprezo a determinados grupos, geralmente com a finalidade de realizar a manutenção do poder de uma maioria dominante, o que tolhe e suprime direitos fundamentais.

Quando se fala em discurso de ódio, imagina-se que o orador tenha ódio por aquilo que seu discurso repele, mas isto não é uma regra. O discurso é que tem o condão de incitar o ódio, o orador pode ser apenas um mero instrumento de reprodução. Muitas podem ser as manifestações que levam alguém a reproduzir um discurso de ódio, podendo ela ser fruto de uma observação a respeito de dogmas e preceitos religiosos outão somente limitações intelectuais e culturais.

Entretanto, as origens do discurso não devem ser usadas para justificá-lo ou legitimá-lo, vez que estamos em um Estado Laico que garante a liberdade de crença, a igualdade entre pessoas e, sobretudo, tem a dignidade da pessoa humana como corolário do ordenamento jurídico.

Em relação à comunidade LGBTT, estes discursos de ódio podem ser facilmente identificados no âmbito do Poder Legislativo, que, atualmente é composto por uma enormidade de líderes religiosos que ignoram a laicidade do Estado e tentam impor suas crenças aos demais. Em relação a isto, é importante asseverar:

Mesmo com a mobilização de ativistas de grupos e entidades do movimento homossexual (posteriormente denominado LGBT2) junto a estas instâncias políticas desde, pelo menos, o fim da década de 1980, os direitos sexuais da população LGBT têm experimentado um tortuoso e difícil caminho em sua efetivação.

A prova disso é a não aprovação de nenhum dos projetos de lei (a exemplo da Parceria Civil Registrada e da Criminalização da homofobia) que visava beneficiar, diretamente, o segmento LGBT da população brasileira. Mais ainda, a política brasileira tem testemunhado nas últimas duas décadas, o aumento no número de parlamentares eleitos (em sua maioria vinculados a denominações religiosas) que trazem entre suas bandeiras políticas o rechaço a qualquer reconhecimento ou garantia de direitos a esta população.

A ação destes parlamentares tem recentemente evoluído da mera obstrução de iniciativas de leis favoráveis à população LGBT para a proposição de legislação que claramente restringe direitos a esta população. Além de promover projetos de lei contrários aos direitos sexuais no âmbito do Poder

Legislativo, estes setores conservadores têm atuado firmemente no sentido de bloquear ações de governo que promovam a cidadania LGBT.³⁵

Embora essencial ao exercício da dignidade humana em um Estado democrático, o direito à liberdade de expressão, além de certamente não ser o único, traz consigo uma grande carga de abstração e generalidade que são capazes de gerar uma ambiguidade interpretativa que acaba por favorecer a colisão de direitos fundamentais, o que impede sua eficácia, tanto em um plano horizontal quanto no vertical. Em relação a generalidade e abstratividade das normas constitucionais, convém citar a doutrina:

[...]. Em primeiro lugar, as formulações da Constituição são muito abstratas e genéricas. Trata-se de fenômeno de baixa densidade normativa (Alexy, 1996), que torna difícil decidir qual das partes envolvidas está com a razão constitucional, já que as interpretações conflitantes entre elas são autorizadas por um texto extremamente genérico.³⁶

Dada a fragilidade dos grupos minoritários em relação à maioria dominante, esta situação conflituosa agrava-se exponencialmente, pois, como já dito, a liberdade de expressão é um direito que, inicialmente, requer do Estado apenas uma abstenção. Tal inércia, poderia legitimar discursos de ódio tendentes a permanência das desigualdades historicamente acumuladas.

Dificuldades podem surgir ao se tentar definir os contornos da área de proteção e limites do texto constitucional, sobretudo quando se trata de direitos e garantias fundamentais. Em relação a estas dificuldades e em sentido muito próximo, a doutrina nos diz que:

Essa dificuldade apresenta-se, em geral, na interpretação jurídica. Mas se torna mais evidente nos conflitos relacionados a direitos fundamentais, oportunidade em que os indivíduos e os grupos com interesses contrários tentam fundamentar seus interesses na constituição, procurando nela uma legitimação especial, na medida em que os apresentam como constitucionalmente tutelados.³⁷

Neste ponto, é importante ressaltar a importância dos órgãos superiores na manutenção dos direitos das minorias. Em virtude do artigo 5º da Carta Política de 1988, inciso XXXV, a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou

³⁵ SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. *Diversidade sexual, Partidos políticos e eleições no Brasil contemporâneo*. p. 02.

³⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. apud Robert Alexy. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47.

³⁷ *Ibid.* p.47

ameaça a direito. Desta forma, assegurado está, o direito de ação, que tem se demonstrado muito útil na defesa das minorias.

Todavia, como visto, em contrapartida aos lentos, porém importantes avanços que se viabilizaram por meio da atuação do Poder Judiciário, nota-se que o Poder legislativo tem se mostrado tendencioso a pressões de grupos majoritários, como as que são feitas por alguns grupos religiosos.

Além disso, um recente episódio é demonstrativo da força política destes setores em obstruir a extensão de direitos à população LGBT. Em maio de 2011, parlamentares vinculados à Frente Parlamentar Evangélica (FPE) pressionaram a Presidente Dilma Rousseff (PT) para que vetasse o lançamento do material desenvolvido por ONGs em parceria com o Ministério da Educação (MEC) para capacitação de professores da rede pública de ensino médio para tratar da temática da diversidade sexual. Do contrário, retirariam o apoio à aprovação dos projetos de lei de interesse do Poder Executivo. Se a arena legislativa parece estar “fechada” para a defesa da livre orientação sexual, outras esferas do Estado brasileiro têm se mostrado mais sensíveis a demandas, que vêm também ganhando espaço no âmbito da política institucional, com alguns ganhos relevantes em termos de reconhecimento legal e de garantia de direitos.³⁸

Tal situação, além de ser no mínimo inconstitucional, posto que a República Federativa do Brasil se organiza em um Estado Laico, ela é ao mesmo tempo complexa, já que os grupos religiosos também podem se enquadrar no conceito de minoria, muito embora, no contexto sociocultural atual, determinados grupos religiosos assumem papel de liderança de uma maioria.

[...] Assim é que, diante da reiterada inércia do legislativo em tomar posição, ao cidadão não resta outra alternativa que buscar no judiciário a proteção/promoção de seus direitos fundamentais, uma vez que se vive em um tempo da “força das leis” e não mais do “arbitrio”. O Judiciário, ao contrário do legislativo, não tem o poder de ficar inerte, ele é obrigado a se manifestar quando provocado, mesmo que não haja lei a respeito (é o conhecido princípio da vedação do *non liquet*).³⁹

A partir da leitura do caput do artigo 5º da CR/1988, infere-se que ela assegura a todos o exercício dos direitos fundamentais, como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade. Em um Estado democrático de Direito, os direitos fundamentais exercem um papel contramajoritário que visa, dentre outras coisas, garantir interesses daqueles que, em determinado momento histórico, podem constituir uma minoria.

³⁸ JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre et al. *Direito à diferença*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

p. 347

³⁹ Ibid. p. 347

Os direitos fundamentais são posições tão importantes que não poderiam estar nos limites do arbítrio de uma maioria não democraticamente eleita ou constitucionalmente prevista, justamente por possuírem um caráter contramajoritário que os diferenciam dos demais. Neste aspecto, cabe citar a doutrina:

Uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples⁴⁰

Neste cenário, o judiciário acaba exercendo um papel importante aos grupos minoritários, mas não é e nem deveria ser a única proteção constitucional efetiva contra os arbítrios de uma maioria que ainda mantém as raízes culturais preconceituosas e discriminatórias presenciadas desde o período colonial.

Conforme demonstrado, a liberdade de expressão é um valor amplamente resguardado pelo texto Constitucional de 1988, atingindo status de direito fundamental, podendo, ainda, ser interpretada como um princípio fundamental ao regime democrático. Entretanto, não detém caráter absoluto, sendo passível de ponderação quando do caso de colisão com outra norma fundamental de igual patamar, devendo sempre permanecer a dignidade da pessoa humana.

5.1 Constitucionalismo, democracia e o princípio contramajoritário

De maneira breve, pode-se dizer que o constitucionalismo é um movimento social, político e jurídico que se constitui a partir de uma constituição tida como lei maior, que atua no estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado. É uma espécie de técnica específica de limitação do poder estatal com fins garantistas.

O termo constitucionalismo pode ter vários significados, mas no âmbito jurídico ele se refere a um sistema normativo, organizado na Constituição em seu próprio texto, e que se encontra acima dos detentores do poder. Ainda a respeito do constitucionalismo, entende a doutrina:

Por “constitucionalismo” um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 446

político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais.⁴¹

Continua o autor:

Apesar de tudo, uma forte objeção tem sido levantada contra o constitucionalismo: a de que ele subverte ou compromete a democracia, por que se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático da maioria ter a lei que quer. Caso respeitemos o constitucionalismo, mas também a democracia, o que deveríamos fazer? Qual é a arranjo apropriado entre esses dois ideais?⁴²

A partir desta definição, é possível perceber que a doutrina trata o constitucionalismo como um sistema pautado na proteção dos direitos fundamentais, ressaltando que esta limitação é oposta inclusive ao legislador democraticamente investido de suas atividades.

Entretanto, a partir desta ideia surge um embate, que é o da confrontação do constitucionalismo com a concepção de democracia como a mera expressão de vontade de uma maioria. Superficialmente, pode-se dizer que há uma situação paradoxal em que o modelo democrático regido pela vontade de uma maioria seria limitado pela própria constituição que o institui. Resolvendo esta aparente contradição, prossegue a doutrina:

Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto.⁴³

Os “pré-requisitos” da democracia mencionados acima podem ser entendidos como sendo os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico e as normas de organização de um determinado Estado. Portanto, para que haja legitimidade nas deliberações de uma maioria, é necessário que sejam respeitados os ditames constitucionais. Do contrário, tais deliberações estariam eivadas de vício, seriam inconstitucionais.

⁴¹DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, 1995. p.3.

⁴² *Ibid.* p. 3.

⁴³DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, 1995. p. 3.

As normas limitadoras presentes em uma constituição são essenciais à democracia e ao constitucionalismo. Elas representam a proteção das minorias contra os abusos e arbitrariedades da maioria, se esta utilizasse o argumento da predominância da vontade de um grupo majoritário para solapar, destruir um grupo minoritário que possui também direitos de expressar e usufruir de seus direitos fundamentais.

Desta forma, quando uma maioria composta se vale de discursos que veiculam mensagens de segregação e ódio, de modo a marginalizar ainda mais os grupos minoritários, estão indo contra as normas instituidoras do Estado, que, no caso do Brasil, conforme demonstrado, tem como princípio máximo a dignidade da pessoa humana, fundamento de validade dos direitos humanos e fundamentais.

Os Direitos Humanos e fundamentais – ou ainda Direitos Humanos Fundamentais – não devem limitar-se ao indivíduo considerado isoladamente, eles devem ser compreendidos como sendo inerentes a todos os indivíduos, inclusive àqueles pertencentes aos chamados grupos minoritários.

Uma das funções básicas de uma República Democrática de Direito é garantir o direito das minorias. Em sentido próximo, a doutrina nos diz que um regime democrático precisa proteger os direitos das minorias, assegurar respeito às liberdades civis fundamentais. “As democracias precisam proteger os direitos das minorias e assegurar respeito às liberdades civis fundamentais. Esta dimensão é importante porque, ainda que um regime garanta eleições competitivas, com ampla participação, se se abster de garantir liberdades civis, não pode ser considerado uma plena democracia.”

44

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

5 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PRÓPRIA DEMOCRACIA.

Foi visto que, ao longo da história, que a ideia de direitos humanos foi se tornando cada vez mais importante, haja vista que seus pressupostos têm como finalidade e fundamento de validade a observância e proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, ou seja, a proteção de todos os seres humanos. Segundo a doutrina:

A noção de “bem” ou “direito vital” é fruto do processo social de cada povo, é sócio-histórico-cultural e não natural; é ético-valorativo e não empírico-descritivo. Desta forma, é o próprio espaço garantista de democracia social (que consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e, por consequência, na elaboração de novas técnicas garantistas para assegurar sua efetividade).⁴⁵

Aproximadamente no século XX, sobretudo após a década de 1950, observa-se uma verdadeira evolução do pensamento jurídico filosófico em geral bem como de uma espécie de teoria da constituição no cenário internacional. Tal guinada de pensamento levou à superação de uma visão positivista do direito, a um reforço do processo de constitucionalização dos Estados Democráticos e a uma notável expansão da jurisdição constitucional.

A Constituição da República Federativa de 1988 foi assertiva ao prever direitos fundamentais sociais e coletivos em sentido amplo, estabelecendo-os em determinados momentos sob a forma de princípios, explícitos ou implícitos, reconhecendo sua normatividade e importância.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro seja estruturado em torno de uma constituição garantidora de direitos fundamentais, a realidade fática nos mostra que no plano material tais garantias são frequentemente violadas e até mesmo negligenciadas por parte do Estado. Sobretudo, essas violações são comuns em relação a determinados grupos de pessoas, que nem sempre representam uma minoria numérica, mas possuem diferenças étnicas, linguísticas, culturais dentre outras, que os

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: *Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 886.

marginalizam diante de uma maioria, também não necessariamente numérica, mas que, de alguma forma, detém o controle e impõe sua vontade aos demais.

Via de regra, os sistemas democráticos representativos não oferecem por si só nenhum tipo de garantia ou proteção às minorias que foram vencidas em um processo deliberativo que tenha por sustentáculo a regra da maioria. Entretanto, os direitos e garantias fundamentais e até mesmo a democracia brasileira possuem um caráter contramajoritário determinado por uma Constituição garantidora. Violar tais direitos é conspurcar a essência, é ir à contramão da organização social estabelecida pela Constituição da República de 1988.

Uma das funções dos direitos fundamentais e da própria democracia é servir justamente de freio aos anseios da denominada maioria democrática, o que pode parecer um tanto quanto paradoxal, já que a democracia comumente é tida como o direito da maioria. Todavia, o povo que compõe a maioria democrática é analisado em diversos aspectos, conforme preleciona a doutrina:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. (...) Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participante. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!⁴⁶

É necessário superar a ideia de democracia como governo da maioria. O fato de os representantes terem sido escolhidos pelo povo por meio de um processo eleitoral previamente estabelecido, não significa que a democracia estará assegurada, da mesma forma que as decisões tomadas por esses representantes não serão completamente legítimas apenas pelo fato de terem sido escolhidos pelo povo. O mote é a satisfação dos direitos e garantias individuais de cada um, que se realizará por meio de uma maior participação e reivindicação popular no tocante às decisões políticas tomadas.

O Estado de Direito Constitucional tem como objetivo a minimização dos poderes subjetivos de quem detém o poder em um sistema político, o que potencializa suas funções e garantias. A estrutura elegida pelo Estado Democrático tem como

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 37.

característica a promoção do bem comum e a manutenção da dignidade humana, por meio de princípios como o da igualdade e o da liberdade de expressão. A constitucionalidade Estatal assegura isto até mesmo contra os anseios de uma maioria supostamente democrática.

Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos são reconhecidos como direitos e liberdades básicas inerentes à pessoa humana, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Este entendimento não se originou desta forma, ele vem sendo construído ao longo do tempo.

A afirmação dos direitos humanos decorre de um longo processo evolutivo histórico, essencialmente cumulativo, cujo fundamento de validade é a dignidade da pessoa humana, que é um atributo natural de que todo ser humano deveria gozar e, por isso, valor máximo que orienta sua interpretação.

Há, contemporaneamente, uma aparente colisão entre democracia e direitos fundamentais, ante à função contra majoritária destes últimos. Tal embate levanta questionamentos quanto à legitimidade democrática de se impor maior proteção aos grupos minoritários.

A Constituição da República de 1988, sobretudo em seu artigo 5º, assegura diversos direitos e garantias fundamentais, como o direito de igualdade e a liberdade de expressão. Entretanto, ainda existem situações de violações cuja mera invocação destes não é capaz de solucionar, como no caso de colisão entre tais direitos ou até mesmo diante de uma omissão legislativa.

A falta de atuação do Poder Legislativo ou a dificuldade hermenêutica de se analisar a demanda dos grupos minoritários não pode servir de escudo protetor para que uma maioria dominante impeça determinados grupos de indivíduos de viverem dignamente. Não pode, sobretudo, o judiciário permitir que a Constituição se torne um mero instrumento utilitarista de uma maioria ou que a legislação infraconstitucional seja composta por normas de ocasião.

Em relação aos discursos de ódio e a liberdade de expressão, entendeu-se que não seria recomendável a criação de uma legislação de oportunidade, haja vista que a abstração e subjetividades pertinentes ao tema podem ser resolvidas diante de uma interpretação pormenorizada da estrutura estatal, além de que as soluções efetivas contra às discriminações negativas extrapolam a seara do direito ou até mesmo os limites da compreensão humana.

Diversas são as origens que tentam legitimar os discursos de ódio e incomensuráveis são os danos que estes podem causar, sobretudo em relação à comunidade LGBTTT. Não se pode tolerar a existência de discursos de ódio perpetrados pelo Estado ou seus agentes, tampouco de uma maioria em face de uma minoria. Mas também não se pode tolher o direito que os particulares possuem de se expressarem livremente.

O excesso, a ilegalidade e os danos que os discursos de ódio causam devem ser punidos, mas o direito à liberdade de expressão jamais deve ser suprimido, sob pena de se impor um autoritarismo de vontade igual àquele que se pretende combater. Diante desta polarização, talvez o judiciário seja o ponto de equilíbrio neste conflito, mesmo diante de uma imensidão de situações sociais contrárias.

Ainda que não seja possível encontrar um sentido único para a realidade social e o intérprete judicial possua certo grau de subjetividade na criação do entendimento jurídico, político e social, especialmente no tocante às normas constitucionais, não se pode olvidar que o constitucionalismo contemporâneo tem como característica fundamental o conteúdo aberto, com estabelecimento de princípios e diretrizes ao Estado, que além de vincular o regime democrático, lhe confere um caráter antimajoritário.

O judiciário, assim como os outros poderes, está vinculado ao princípio da supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico, o que é imprescindível para um Estado Democrático de Direito, vez que constitui garantia a soberania popular. As normas infraconstitucionais não podem ser contrárias às regras e princípios adotados pela Constituição a fim de coibir excessos e abusos de poder bem como assegurar o respeito aos direitos constitucionais e ao regime político democrático adotado.

Como contraponto a estas situações de violação, cabe ao judiciário interpretar os princípios constitucionais e formular as respostas constitucionalmente mais adequadas, a fim de se resguardar as características de um Estado democraticamente estabelecido.

Tal proposta pode ser interpretada como uma variante dos discursos perpetrados pela maioria dominante, como uma forma de autoritarismo, só que desta vez em favor de uma minoria. Entretanto, não parece ser este o caso, pois a violação dos direitos de grupos minoritários como a comunidade LGBTTT ultrapassa não somente os direitos e garantias fundamentais. Violam a essência que o direito visa assegurar a

dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo no qual se sustenta todo o ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos e garantias fundamentais e até mesmo a democracia brasileira possuem um caráter contramajoritário. Violar tais direitos é conspurcar a essência, é ir à contramão da organização social estabelecida pela Constituição da República de 1988.

Uma das funções dos direitos fundamentais e da própria democracia é servir justamente de freio aos anseios da denominada maioria democrática, o que pode parecer um tanto quanto paradoxal, já que a democracia comumente é tida como o direito da maioria. Entretanto, a estrutura elegida pelo Estado democrático de direito assegura o bem comum, a dignidade humana, por meio de princípios como o da igualdade. Assegura isto até mesmo contra os anseios de uma maioria democrática.

Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária.

Os direitos humano-fundamentais devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os indivíduos, inclusive os que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e direitos fundamentais até um ponto de equilíbrio no qual repousa a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, conclui-se que, embora as democracias não encerrem em si um conceito estanque, quando uma delas estabelece suas bases em direitos fundamentais humanistas e não houver a devida observância de tais direitos, a função de sua garantia cabe especialmente à jurisdição constitucional que deverá garantir o equilíbrio social, sopesando o exercício do poder político por meio da regra da democracia e a manutenção de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução por Virgílio Affonso da Silva

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição Federal da República de 1988, artigo 1 inciso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*. Tradução George Speber e Paulo Astor Soethe. 1. ed. São Paulo: 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre *et al.* *Direito à diferença*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta et al. *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009.

- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas 2013.
- MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos fundamentais: comentários aos artigos 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Peter Naumam, revisão: Paulo Bonavides; São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. *Diversidade sexual, partidos políticos e eleições no Brasil contemporâneo*.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.