

**O DIREITO CONSTITUCIONAL A DIFERENÇA: UMA ANÁLISE DA
IDENTIDADE HOMOSSEXUAL A LUZ DA DECISÃO CONJUNTA DA ADI. 4277 E
DA ADPF. 132**

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO DIFFERENCE: AN ANALYSIS OF
HOMOSSEXUAL IDENTITY ACCORDING TO THE JOINT DECISION OF ADI. 4277
AND ADPF. 132

Paulo Adroir Magalhães Martins¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o tratamento jurídico da homossexualidade no Brasil, sob o enfoque da decisão conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), verificando os principais argumentos jurídicos acerca da interpretação dos Princípios Constitucionais e do direito a diferença. Para tanto, através do método sócio-analítico e da técnica de pesquisa bibliográfica, buscou-se entender a complexidade e importância da sexualidade nas relações sociais, perpassando pelos fundamentos jurídicos constitucionais da decisão que assegurou o reconhecimento das uniões homossexuais no Brasil.

Palavras-chave: Direito a diferença. Homossexualidade. Uniões Homossexuais.

ABSTRACT

This article aims to analyze the legal treatment of homosexuality in Brazil, under the joint decision of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº. 4277 and the Arrangement of Non-Compliance with Basic Precept (ADPF) nº. 132 by the Brazilian Federal Supreme Court (STF), verifying the main legal arguments about the interpretation of the Constitutional Principles and the right to difference. To do so, through the socio-analytical method and the bibliographic research technique, it seeks to understand the complexity and importance of sexuality in social relations, going through the constitutional legal foundations of the decision that ensured the recognition of homosexual unions in Brazil.

Keywords: Right to difference. Homosexuality. Homosexual unions.

¹ Doutorando e Mestre Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Gênero e Sexualidade. Integrante do Projeto de Pesquisa (CNPQ) *Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas* e do Projeto de Pesquisa *Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural*. Integrante do *Núcleo de Pesquisa de Gênero* da Faculdades EST. E-mail: paulo.adroir.martins@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica se adapta a sociedade em que está inserida, operando, assim, o direito nos limites do espaço social. Isso visa a formação da pacificação social, pois o direito deve acompanhar as mudanças sociopolíticas nas comunidades, garantindo a plena convivência das pessoas. A partir da modernidade criou-se uma série de direitos e deveres individuais entre os sujeitos jurídicos, evitando abusos do Estado e de terceiros, bem como, num segundo momento, daqueles considerados mais fracos economicamente, por aqueles que detêm o poderio econômico, os assim chamados direitos humanos. Dentre esses direitos humanos, há uma série de princípios estabelecidos que pressupõe o reconhecimento e a inclusão dos diferentes, excluídos ou marginalizados em todos os espaços sociais, sendo inclusive positivados em diversos documentos constitucionais.

Ocorre que, na sociedade contemporânea, a qual deveria presar pela diversidade e multiculturalidade, cada vez mais surgem novas identidades em calcadas características que compõe a identidade pessoal dos indivíduos e que não são devidamente reconhecidas. E isso, ganhou espaço nas discussões nos meios sociais, em especial aquelas que dizem respeito à característica sexual, nas mais diversas sexualidades existentes na sociedade contemporânea.

Dentre as manifestações de sexualidades, a homossexualidade é objeto de grande polêmica nos diversos espaços de discussão tanto no meio acadêmico como nas outras esferas da sociedade. Apesar de certa aceitação desta, mesmo que tacitamente, por vários segmentos sociais, ainda há grande discriminação e violência propagados contra quem assim se expressa. Apesar do descaso do tema no ordenamento jurídico pátrio, inclusive como objeto de estudo por grande parte das pesquisas acadêmicas, o direito à diferença, em especial em relação ao elemento sexual identitário, no caso as pessoas homossexuais, é de extrema importância para sanar as dificuldades e permitir a inclusão dos diferentes, de acordo com os preceitos constitucionais.

Tentando verificar como o Ordenamento Jurídico brasileiro aborda a questão da homossexualidade a luz do Direito Constitucional, a presente pesquisa se utilizou do método sócio-analítico e da técnica de pesquisa bibliográfica para, num primeiro momento verificar como é percebida a identidade e a diferença no contexto social. Num segundo momento, aborda-se como a diferença, em relação ao elemento sexual da identidade é percebido na sociedade contemporânea. Por fim, apresenta-se o atual tratamento da homossexualidade pelo

Supremo Tribunal Federal (STF) sob o enfoque da decisão conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132, a qual trata do reconhecimento das uniões entre homossexuais e seu *status* no Ordenamento Jurídico brasileiro.

2 PERSPECTIVAS TEÓRICAS ACERCA DA IDENTIDADE E DIFERENÇA

Com o advento da modernidade, as identidades não são mais compreendidas como fixas ou permanentes, mas sim fluídas e mutáveis em razão da reprodução do sujeito nos sistemas culturais de representação e significação (HALL, 2014). Elas são fruto de um processo de construção e invenção, não de uma verdade que cabe a ser apresentada, imposta e acatada pelos seres humanos. Os processos de construção das identidades advêm do desejo de segurança de cada um e cada uma poder ser quem realmente é nos espaços sociais. Cada indivíduo possui em seu núcleo essencial os diversos atributos que compõe a identidade, os quais, na percepção de Eligio Resta (2014), são as características profissional, estatal, de classe, sexual, consciente, inconsciente e privada. Assim sendo, a construção identitária representa a busca de um equilíbrio não controlado e um pouco aleatório entre as ações do indivíduo na sua esfera privada, bem como a previsibilidade e percepção dele em um contexto público.

Ainda há resquícios do essencialismo identitário na atualidade. A suposta fixação da identidade de um indivíduo, perante a sociedade, ocorre antes de seu nascimento, principalmente em razão do seu sexo biológico e da etnia que o coloca em uma posição de dominante ou dominado. Há uma intrínseca relação de poder entre a identidade e a sociedade em que se espera que o sujeito abrace “[...] voluntariamente o inevitável, submeter por escolha, em plena consciência, o que já esteve presente o tempo todo em seu subconsciente” (BAUMAN, 2012, p. 53). Entretanto, esse caminho de conformação da identidade com os parâmetros considerados como “normais” ou “corretos” pela sociedade, não ocorre com todas as pessoas.

A relação entre identidade e o sentimento de pertença é mais complexa do que a vontade do sujeito. Para Bauman, “A ideia de ‘identidade’ nasceu da crise do pertencimento e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o ‘deve’ e o ‘é’ e

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela ideia – recriar a realidade à semelhança da ideia” (BAUMAN, 2005, p. 26). Nesse sentido, entre a realidade do que “é” e a do que “deve ser”, é possível vislumbrar as relações de poder, principalmente a fórmula empregada pelo ente estatal, a partir da modernidade, para legitimar a exigência de subordinação incondicional de seu povo. Assim, evidencia-se que nas relações de poder indivíduo – sociedade, aqueles devem seguir os panoramas estipulados por esta ou enfrentar sanções, como a marginalização.

Ao contrário do senso comum, o qual coloca a identidade como algo totalmente alheio à diferença, Kathryn Woodward (*in* SILVA [Org.], 2000) leciona que aquela é marcada por esta, uma vez que evidencia um procedimento de exclusão lógico-racional para a determinação identitária, a partir do corpo, das interações sociais e dos objetos que cada um e cada uma usa. As identidades são construídas pela interação entre indivíduos, através da percepção da diferença, logo, não se pode separar identidade de diferença. A diferença, além de imprescindível no processo de construção identitária, é reproduzida através de sistemas simbólicos. Nesse sentido,

[...] embora sendo uma tarefa individual, a “identidade” “é também um fenômeno social”. Identidade é o que se reconhece socialmente como identidade: está fadada a continuar uma ficção da imaginação individual a não se que se comunique a outros em termos sociais legíveis, expressa em símbolos socialmente compreensíveis. (BAUMAN, 2000, p. 142)

Na acepção do educador brasileiro Tomaz Tadeu da Silva (*in* SILVA [Org.], 2000), identidade e diferença são produtos linguísticos inter-relacionados das criações culturais de uma sociedade. Ambas estão sujeitas aos sistemas de significados, nos quais obtém os seus sentidos. Entretanto, no momento em que os valores culturais sociais estão inseridos em sistemas de significado, eles necessitam de um sistema classificatório de valores para obtenção de significados. Portanto, neste contexto, “[...] as culturas fornecem sistemas classificatórios, estabelecendo fronteiras simbólicas entre o que está incluído e o que está excluído, definindo, assim, o que constitui uma prática culturalmente aceita ou não” (WOODWARD *in* SILVA [Org.], 2000, p. 49).

A diferença pode ser analisada por diversas perspectivas. A diferença pode revestir-se da roupagem de um fato social, o qual comporta as complexas relações de poder e de dominação. A diferença pode expressar-se também como um campo teórico, enquanto

crítica à igualdade, problematizando esta na busca da composição de uma sintaxe da diferença. Outrossim, a diferença pode ser vislumbrada, por causa de sua condição de razão prática, política e coletiva, no plano da institucionalização, sendo concebida e projetada nos embates pelas liberdades identitárias individuais e coletivas (SANTOS; LUCAS, 2015).

A diferença, nas relações sociais, decorre de sistemas classificatórios determinados pelos valores dominantes na cultura de uma sociedade, produzindo, assim, o significado das identidades (WOODWARD *in* SILVA [Org.], 2000). A classificação simbólica de um significado e, por conseguinte, de uma identidade, encontra-se relacionada à ordem social e cultural. Destaca-se, portanto, o papel da cultura na determinação das identidades e das diferenças, bem como sua recepção pelos indivíduos. Não se define o sentido de qualquer coisa, seja um fenômeno humano, biológico ou físico, sem saber qual é a força que se apodera ou se expressa naquele (SANTOS; LUCAS, 2015). Qualquer fenômeno, sem ser analisado em conjunto com a força que se apropria ou se revela dele, é apenas um signo deslocado, um símbolo fora de contexto. Para se alcançar o significado de alguma conduta em um meio social, é necessário analisar a cultura em que ela se encontra, bem como o devido momento histórico, caso contrário pode-se cair no erro do essencialismo ou do fundamentalismo.

É necessário vislumbrar as identidades sob a perspectiva de uma sintaxe das diferenças e das diversidades, as quais funcionalizam-se como projeção da alteridade, que perpassa além da ideia de “ver o mundo com os olhos do outro”, mas sim de “conviver com outro”. Na atualidade, a realidade instaurada se apresenta num contexto de luta pelo reconhecimento de identidades coletivas, sendo que a igualdade formal destas não é capaz de dar conta da demanda e da complexidade que as envolve. Deve-se vislumbrar a concretização da sintaxe do pluralismo multicultural como condição necessária para uma nova sistematização ético-política das interações e contatos sociais, adequados às demandas contemporâneas.

3 MARCAS DAS DIFERENÇAS NAS SEXUALIDADES: A HOMOSSEXUALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O componente sexual da identidade é um dos que causa maior estranhamento ao se debater as identidades, afinal, falar sobre sexo é ainda um *tabu* na sociedade ocidental,

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

desde o século XVII, quando a burguesia iniciou a censura do discurso sexual. Judith Butler (2006), destaca que as questões da sexualidade superam o limite do corpo, uma vez que a temática sexual é abordada entre os aspectos da “realidade” e da “verdade”, ou seja, é construída nos mesmos sistemas simbólicos que as identidades e as diferenças. A importância em se discutir sobre a sexualidade reafirma a importância da busca pelo equilíbrio que permeia os fatores da vida em sociedade, uma vez que importa em como cada indivíduo se identifica, a sua identidade, bem como a forma como este se relaciona com outros para se desenvolver com o devido reconhecimento (WEEKS *in* LOURO [Org.], 2000).

Corriqueiramente confundido com o vocábulo “sexualidade”, a “orientação sexual” é um importante e complexo elemento do componente sexual identitário dos sujeitos sociais. A expressão “orientação sexual” remete a capacidade que cada pessoa tem de experimentar profunda atração emocional, afetiva e erótica por outros indivíduos, incluindo no sentido, a prática de relações íntimas e sexuais (CASARES, 2012). Corriqueiramente, nos discursos do senso comum e nos meios de comunicação social, essa expressão é preterida pelo uso da locução “opção sexual”, referindo-se ao fato de que cada sujeito tem pleno controle de suas emoções e desejos, devendo ceder às pressões sociais para copular com quem os padrões sociais dominantes determinam como correto. Entretanto, cada indivíduo possui sua própria trajetória afetivo-sexual, marcada por suas experiências corporais, culturais e biográficas.

A orientação sexual é inserida num sistema classificatório excludente e hierarquizado. São exemplos de expressões da orientação sexual a heterossexualidade, a homossexualidade e a bissexualidade. A heterossexualidade é quando a atração emocional, afetiva e erótica é entre pessoas de sexos distintos, sendo que, em razão de ser a forma natural de reprodução e do poder simbólico do patriarcado com a submissão da mulher ao homem, essa é a forma de orientação sexual dominante na sociedade ocidental contemporânea. A homossexualidade é quando a orientação sexual se desenvolve entre indivíduos do mesmo sexo. Enquanto que a bissexualidade, umas das mais invisíveis sexualidades, envolve a atração por indivíduos de ambos os sexos, o que a faz ser confundida com a promiscuidade (WEEKS *in* LOURO [Org.], 2000).

A homossexualidade é uma expressão da identidade humana que sempre permeou pela história da humanidade, entretanto, em razão de um discurso de censura às orientações sexuais, movido por uma moral conservadora vitoriana (FOUCAULT, 2014), perpetuaram-se

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

diversas falácias sobre as pessoas que não se adequavam aos padrões “corretos” de “normalidade” e heterossexualidade. Isso se disseminou por diversas esferas de convivência, sendo que as pessoas que não se enquadrava num padrão heteronormativo eram marginalizadas, tinham seus direitos negados e as violências contra elas eram tidas como “legítimas”, ou seja, caso não se enquadrasse no padrão compulsório da heterossexualidade dominante, o sujeito era excluído das esferas de convívio social (BUTLER, 2015).

Judith Butler (2015) destaca o caráter compulsório do qual a heterossexualidade e a visão binária de sexo, gênero e orientação sexual se reveste nas sociedades contemporâneas. Destaca-se o modo como tal caráter faz com que a cultura não admita um indivíduo ser outra coisa além de um homem heterossexual ou uma mulher heterossexual. Essa ordem impõe que, a única forma legítima de amor e desejo sentidos por um homem esteja dirigida a uma mulher, e vice-versa. Esse caráter compulsório recebe a alcunha de heteronormatividade, sendo parte da ordem social, ou seja, constitui um conjunto estabelecido de relações de poder, que privilegia e promove a heterossexualidade em detrimento de outras expressões das sexualidades possíveis. A heteronormatividade abrange um escopo amplíssimo de relações sociais, manifestando-se cotidianamente em diversas situações. Infelizmente, no panorama brasileiro, os casos de violência e discriminação por não seguir o padrão heteronormativo crescendo de forma alarmante, segundo o Relatório do Grupo Gay da Bahia “Mortes Violentas de LGBTs no Brasil”, foram mortas 445 pessoas em razão de sua sexualidade aparente, sendo que “A cada 19 horas um LGBT morre de forma violenta vítima da LGBTfobia, o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais” (MOTT; MICHELS; PAULINHO, 2018, p. 1).

Por conseguinte, a determinação heteronormativa versa a ordem explícita de que todo ser humano deva ser homem ou mulher. Homens devem seguir as convenções sociais de “masculinidade” e mulheres, as de “feminilidade”. E, ressaltando que ambos devem manifestar seu desejo pelo “sexo oposto”. A antropóloga e educadora estadunidense Deborah Britzman (1996) coloca estas normas na base da ordem social, na qual as crianças são criadas e educadas para incorporarem às técnicas de controle social no seu desenvolvimento. Uma suposta coerência entre sexo, gênero e desejo é transmitida por meio de injunções complementares. Por um lado, se celebra e estimula que o menino “seja homem”, adote atitudes masculinas e deseje mulheres; e que as meninas sejam bem-comportadas e adotem

papéis maternos. Por outro lado, as expressões de identidades sexuais divergentes desse padrão, assim como as manifestações de afeto ou atração por pessoas do “mesmo sexo”, são corrigidas ou afastadas do convívio com os “normais”.

Esta ordem da sexualidade produz violência e discriminação contra pessoas identificadas em padrões não-heteronormativos, as quais são constantemente “lembradas” de que a sociedade não respeitará o que é geralmente visto como uma “escolha” imoral. A educadora brasileira Guacira Lopes Louro (*in* LOURO [Org.], 2000) ensina que a reprodução da heteronormatividade funciona também a serviço da reprodução do sexismo. As masculinidades se constroem tanto em oposição à homossexualidade quanto à feminilidade: os meninos, os adolescentes e os homens adultos são submetidos a um controle minucioso, destinado a exorcizar qualquer sinal de atração por outros do mesmo sexo, assim como qualquer atitude que possa ser classificada como feminina.

Entretanto, em razão de transformações e mudanças no espectro social no transcorrer da história humana, várias conquistas foram formalizadas para as pessoas que não se enquadravam no padrão heteronormativo. Em especial, por força de movimentos sociais que ativamente demandavam direitos para pessoas homossexuais, que através de pleitos e demandas buscam, entre outras pautas, a despatologização de sua orientação sexual² e o reconhecimento da sua forma de relação enquanto uma forma de convivência passível de ser tratada da mesma maneira que os heterossexuais.

4 O TRATAMENTO DA HOMOSSEXUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Na acepção do jurista brasileiro Roger Raupp Rios (*in* RIOS [Org.], 2007), as sexualidades não merecem uma abordagem enquanto situações que necessitam de “disciplina ética” ou de “intervenções terapêuticas”. Para o autor, as sexualidades devem ser abordadas como questões atreladas aos princípios fundamentais dos direitos humanos, num contexto social-democrático, perpassando pelos conhecimentos, experiências e vivências das pessoas, bem como estar no debate de de todas as áreas do conhecimento. A abordagem jurídica e social deve ser pautada no respeito aos sujeitos humanos e não na visão essencialista e

² Cabe ressaltar que desde 1990, por força de diversos movimentos sociais, a Organização Mundial de Saúde retirou de seu rol de transtornos mentais a homossexualidade.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

biologizante que geralmente está impregnada no discurso jurídico, em projetos de lei e nos valores amplamente defendidos por representantes dos Poderes Públicos.

No Brasil, em razão da omissão legislativa sobre as sexualidades não-heterossexuais, muitas demandas são invisibilizadas ou tratadas com desdém no meio social. Diferentemente dos outros poderes instituídos, o Poder Judiciário se apresenta como um bastião de defesa da diversidade humana, sendo que o grande marco dos direitos das pessoas homossexuais se deu através da decisão do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, em 2011. Através do julgamento pelo tribunal do pleno do STF, garantiu-se o reconhecimento das uniões entre pessoas homossexuais como instituições familiares e jurídicas.

Nessa paradigmática decisão, questões atinentes ao respeito dos direitos fundamentais como a vida privada, a dignidade da pessoa humana e a livre disposição da sexualidade pelas pessoas foram expressamente abordadas pelos ministros e ministras. Em votação unânime manifestaram-se pela procedência dos pedidos assegurando o reconhecimento da diversidade sexual inerente as relações sociais, representando um grande avanço no reconhecimento identitário e no acesso à direitos de cidadania para estas pessoas no âmbito brasileiro. Segundo Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2013), a decisão do STF nada mais é que um efeito da judicialização da política, ou seja, quando as assim consideradas minorias sociais não têm respaldo na legislação ou nos seus representantes junto ao Poder Legislativo, é preciso recorrer ao Poder Judiciário como forma de acesso aos seus direitos que estão sendo violados ou não garantidos.

A referida decisão, também, incorreu no fenômeno de mutação constitucional do que se entende por “família” no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, mudou a forma como é interpretado o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, o qual determina a entidade familiar como base da sociedade e merecedora a devida proteção do Estado, sendo que o conceito de “entidade familiar” estendeu-se para união entre pessoas do mesmo sexo com base numa interpretação do dispositivo do Código Civil conforme preceitos constitucionais (BAHIA; VECCHIATTI, 2013). O reconhecimento jurídico do objeto dessa decisão importa em ver como legítima outras as formas de amor que não apenas o modelo familiar nuclear da modernidade de marido, esposa e filhos, legitimando a homossexualidade

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

enquanto forma de relacionamento afetivo-amoroso-íntimo válido e socialmente legítimo (BECK; BECK-GERNSHEIM, 2017).

Importante também ressaltar que os julgadores abordaram diversos princípios do Direito na sua decisão, principalmente os resguardados no texto constitucional. No que segue haverá uma breve abordagem do que se foi utilizado como argumentação jurídica. Um dos elementos chaves da decisão conjunta da ADIn nº. 4277 e da ADPF nº. 132 pelo STF foi a valoração jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana. Muito mais que uma simples abordagem do preceito a partir de um consenso ético essencial à vida em sociedade, utilizou-se uma hermenêutica filosófica que ligada à natureza intrínseca do indivíduo humano, o que permitiu vislumbrar os reflexos de discriminações ilegítimas que o não reconhecimento das uniões homossexuais acarretaria no tratamento dessas pessoas na vida em sociedade (SÁ NETO, 2015).

Durante o julgamento da ação supramencionada pelo STF, foram ponderados alguns princípios constitucionais da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 para poder equalizar a união heterossexual a união homossexual. Em especial, merece atenção o Princípio da Não discriminação, conforme apregoa o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o qual segue *in verbis*:

Art. 3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

A consubstanciação dos Direitos Humanos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 está baseada neste artigo, o qual enfatiza o compromisso do Estado brasileiro com o direito a diferença. Nessa perspectiva o direito a diferença é percebido como uma extensão das demandas por reconhecimento jurídico das identidades em razão das suas peculiaridades em contraposição a uma essencialização e homogeneização apregoadas pela igualdade formal (BITTAR, 2009). Em suma, as demandas pelo direito a diferença estão conectadas a busca de uma igualdade material, ou seja, na capacidade de todos os seres humanos serem reconhecidos e tratados com passe na proporção da desigualdade que sofrem pela sua diferença. Abordar questões envolvendo sexualidades e seu reconhecimento envolve, claramente, tratar da viabilidade de garantir e reconhecer

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

direitos humanos que estão sendo violados. Por direitos humanos entende-se o rol não-exaustivo de instrumentos de defesa das pessoas humanas contra os poderes sociais, públicos e privados, os quais tendem a se manifestar como poderes reguladores que se traduzem em ações continuadas de opressões e dominações. Os direitos humanos importam, sobretudo, no reconhecimento da diversidade identitária da humanidade.

Nesse sentido, pensar em direitos humanos incorporados no texto Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 importa em adentrar na questão da alteridade. A alteridade envolve muito mais do que a ideia de se colocar no lugar do “outro”, uma vez que é impossível colocar-se no lugar de outro indivíduo, uma vez que cada ser é único e vivência as experiências de forma diversa. Portanto, independente de qual seja a situação que exige uma postura de alteridade, jamais alguém poderá entender completamente a situação de outra pessoa. Por sua vez, mesmo sendo impossível colocar-se no lugar do “outro” ou da “outra”, a alteridade remete a responsabilidade de se colocar ao lado destes sujeitos e, a partir disso, exercer uma convivência respeitosa com essas pessoas e suas diferenças, conforme ressalta Antônio Sidekum (*in* SIDEKUM [Org.], 2003).

Apesar de não constar explicitamente a expressão “orientação sexual” no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, a interpretação dos ministros se deu no sentido de que o texto constitucional foi omissivo em relação a esse tipo de discriminação. Porém há o pressuposto que não pode haver discriminação por quaisquer outras formas de identificação, situação que analogicamente é aplicável ao tratamento da homossexualidade enquanto característica identitária marcada pela diferença. Segundo o Ministro Ayres Brito, relator da ação, que em seu voto proferiu o seguinte acerca desse inciso:

A Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja.[...] Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos.(BRASIL, 2011, p. 640-641)

Em consonância com o preceito da Não discriminação, outro Princípio constitucional que foi amplamente analisado para a decisão, foi o Princípio da Igualdade. Conforme apregoa o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL,1988). Esse princípio presente no texto da Constituição Federal de 1988 implica no compromisso do Estado brasileiro com a igualdade, seja ela no âmbito formal ou material.

Na realidade, o que se transcorreu com esse julgamento foi o fenômeno da *mudança constitucional*, o qual nada mais é que a alteração do texto constitucional sem a mudança do seu texto. Nesse sentido “o resultado de processos hermenêuticos de atualização do significado da norma a partir da ocorrência de uma alteração na realidade dos fatos a ela relacionados” (SACCHETTO, 2015, p. 139). Isso demonstra um início na mudança dos padrões do tratamento da diversidade sexual no contexto do direito brasileiro numa tentativa de aproximar as normas constitucionais da realidade complexa das relações entre os diversos sujeitos sociais.

Desenvolvendo ainda essa perspectiva inclusiva e de respeito às diferenças, como efeito da decisão conjunta da ADIn nº. 4277 e da ADPF nº. 132 pelo STF, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº. 175 de 2013, a qual impede que os Cartórios de Registro no Brasil, se escusem de celebrar e converter a união estável de casais homossexuais em casamento. A publicação dessa norma também ocorreu, em razão de que muitos cartórios estavam se recusando a converter a união estável em casamento, ou até mesmo nem reconhecendo a união estável de alguns casais homossexuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, observa-se que a decisão do STF e a resolução do CNJ vieram para atender as reivindicações das pessoas que não se enquadram no modelo heteronormativo, as quais, infelizmente, não têm o resguardo do Poder Legislativo Federal

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

para assegurar direitos em prol da diversidade, o que obriga a buscar da tutela do Poder Judiciário, o qual, na maioria das vezes, se mostra mais aberto e compreensível com a pauta da diversidade. Em suma, as decisões judiciais abarcam o direito à diferença e os princípios constitucionais da não discriminação e da igualdade. A mutação constitucional feita pelo STF em sua decisão reporta o protagonismo desse poder nas questões dos direitos individuais, pois como o Congresso Nacional se silencia diante da diversidade sexual, cabe ao poder judiciário fazer com que se tenha a garantido os direitos às pessoas de todas as expressões das sexualidades, o que se reflete na judicialização das demandas políticas de reconhecimento e respeito aos seres humanos.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, Junho 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penche. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **O caos totalmente normal do amor**. Tradução de Fernanda Romero Fernandes Engel e Milton Camargo Mota. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 551-565, 1 jan. 2009.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 4.277/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2011. Disponível em:

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-AC&docID=628633>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Diário de Justiça Eletrônico**, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 15 de mai. De 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n175-14-05-2013-presidencia.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRITZMAN, Deborah. O que é essa coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 21, n.1, p. 71-96 jan/jul. 1996.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CASARES, Aurélia Martín. **Antropologia del género**: culturas, mitos y estereotipos sexuales. 3. ed. Madri: Cátedra Ediciones, 2012.

HALL, Stuart. **A identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: A vontade de saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque; J.A. Guilhon Albuquerque. vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: _____ [Org.]. **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 1999, p. 7-34.

MOTT, Luiz; MICHELS, Eduardo; PAULINHO. **Pessoas LGBT mortas no Brasil – Relatório 2017**. Salvador: GGB – Grupo Gay da Bahia, 2018. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 18 Set. 2018.

RESTA, Elisio. **Percursos da identidade**: uma abordagem jusfilosófica. Tradução e apresentação Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: _____. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Advogado Editora, 2007. p. 13-38.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **e-Pública**, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, jan. 2015. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18. set 2018.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas. **Diversidade Sexual: direito humano ou direito a ser humano?**. Erechim, RS: Deviant, 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Tadeu Tomaz da. A produção social da identidade e da diferença. *In*: _____ [Org.]. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 73-102.

SIDEKUM, Antônio. Alteridade e interculturalidade. *In*: _____. [Org.]. **Alteridade e multiculturalismo**. Coleção Ciências Sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. *In*: LOURO, Guacira Lopes [Org.]. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 35-81.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da. [Org.]. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 7-72.

Submissão: 20.09.2018

Aprovação: 20.10.2018