

2022



PPGD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO • UNIRIO

REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Law and Public Policy Review

ISSN 2675-1143

Volume 4, n. 1
Janeiro - Junho

Qualis B2



Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO)

 <http://seer.unirio.br/rdpp/index>

 rdpp@unirio.br

**REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**
LAW AND PUBLIC POLICY REVIEW

VOLUME N.º 4 – NÚMERO 1

ISSN 2675-1143

Editor-Chefe:

Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vice Editor-Chefe:

Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Rio de Janeiro, 2022.



Copyright Creative Commons BY-NC

Identidade e direitos LGBTI: dilemas entre a judicialização e as discussões parlamentares

LGBTI identity and rights: dilemma between judicialization and parliamentary discussions

Laila Maria Domith Vicente⁶

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta. Rio de Janeiro (RJ).

Brasil

Hector Luiz Martins Figueira⁷

Centro Universitário IBMR. Professor. Rio de Janeiro (RJ). Brasil

RESUMO

O presente artigo se apresenta como uma análise da efetivação dos direitos das pessoas LGBTI e as discussões nas Casas do Legislativo sobre o tema, por meio de projetos de lei que foram apresentados após a decisão da ADPF 132 e da ADI 4277 do STF que reconheceram a União Estável para casais homossexuais. Propomos uma apreciação crítica de como as legislações e os projetos de lei interagem com o momento histórico em que vivemos. Assim é que iremos iniciar uma análise de como, após a decisão favorável do STF na ADPF 132 e na ADI 4277, fez-se possível a emergência de projetos de lei e propostas de emenda à constituição que visam a retirada sistemática de direitos das pessoas LGBTIs que foram judicialmente conquistados com as citadas decisões do Supremo Tribunal. O artigo está dividido em três partes: a formulação da proposta inicial que percorre a trajetória dos direitos conquistados e a tentativa de retirá-los, em um segundo momento teremos uma breve passagem sobre a base teórica e metodológica que nos possibilita tal análise, e, por fim, as análises dos discursos sobre os projetos de lei objetos da temática do artigo. A metodologia utilizada foi a da análise do discurso com um viés pragmático e dialético, assim como utilizamos a pesquisa documental e qualitativa de projetos de lei e

ABSTRACT

The present article reveals an analysis of the effectuation of the LGBTI rights and the discussions in the Legislative about the subject, through law projects that were presented after the decision of ADPF 132 and ADI 4277 of the Supremo Tribunal Federal (Federal Court of Justice in Brazil) that recognized the Stable Union for homosexual couples. We propose a critical appraisal of how laws and projects interact with the historical moment in which we live. This is how we will begin an analysis of how, after the favorable decision of the STF in ADPF 132 and ADI 4277, it was possible the emergence of law projects and proposed amendments to the constitution aimed at the systematic withdrawal of LGBTIs' rights that were partially and precariously conquered with the aforementioned Brazilian Supreme Court decisions. The article is divided into three parts: the formulation of the initial proposal that goes through the trajectory of the conquered rights and the attempt to withdraw them, in a second moment we will have a brief passage on the theoretical and methodological basis that enables such an analysis, and, finally, the analysis of the speeches about the bills that are the subject of the article. The methodology used was that of speech analysis with a pragmatic and dialectical bias, as well as using documentary

⁶ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7044884777215972>

⁷ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2040-825X>



decisões judiciais, além de pesquisa bibliográfica e análise comparativa. Os resultados apresentaram um movimento legislativo, em afronta à Constituição Federal, de tentativas discriminatória de retirada de direitos de um grupo social minoritário, ao lado de tentativas de afirmação desses direitos.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos LGBTI; Casamento Homoafetivo; Análise do Discurso; Judicialização.

and qualitative research of laws and judicial decisions, in addition to bibliographic research and comparative analysis. The results showed an unconstitutional movement of discriminatory attempts to withdraw rights from a minority social group.

KEYWORDS:

LGBTI rights; Homoaffection Marriage; Speech analysis; Judicialization.



1. INTRODUÇÃO

Qualquer maneira de amor vale a pena e ninguém, nessa vida, deve ser diminuído em razão dos seus afetos e por compartilhar seus afetos com quem escolher.

*Luiz Roberto Barroso*⁸

As legislações vigentes a cada momento histórico estão materialmente relacionadas às relações sociais, às relações de poder, aos processos de subjetivação e à produção de subjetividade que as permeiam. Com isso não queremos dizer que a legislação defina a vida, mas sim que a lei e as decisões judiciais, sendo tipos específicos de discurso, são heterogênicas, polifônicas, compostas por muitas vozes e utilizada para fins diversos, algumas vezes, contraditórios, que em uma dialética permanente atingem diretamente a vida das pessoas e, em especial, de determinados grupos sociais.

Com base nesta premissa, a nossa proposta é a de analisar como, após a decisão favorável do STF na ADPF 132 e na ADI 4277, se fez possível a emergência de projetos de lei e propostas de emenda à constituição que visam a retirada sistemática de direitos das pessoas LGBTIs que foram, judicialmente, conquistados com as citadas decisões do Supremo Tribunal Federal. A ADPF 132 é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que, junto à Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4277, reconheceram a União Homoafetiva como entidade familiar em decisão *erga omnes*, assim como possibilitaram a necessária consagração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, decisão que foi regulamentada pela Resolução 175 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

O presente artigo se apresenta como uma análise da efetivação dos direitos das pessoas LGBTI em dialética com as discussões nas Casas Legislativas sobre o tema, por meio de projetos de lei que foram apresentados após a decisão da ADPF 132 e da ADI 4277 do STF que reconheceram a União Estável para casais homossexuais. Propomos uma apreciação crítica de como as legislações e os projetos de lei interagem com o momento histórico em que vivemos, uma vez que mesmo após o reconhecimento constitucional, pela via da judicialização, do direito de constituir uma família por parte das pessoas homossexuais, foi possível analisar que projetos de lei arcabouçados em concepções discriminatórias, ainda presentes em parte da sociedade, vêm a tona para excluir tal conquista, que materialmente ainda é precária em virtude da inercia dos poderes legislativos.

Dizemos que o direito ao casamento civil por pessoas homossexuais é precário no Brasil uma vez que foi conquistado pela via judicial e não pela via legislativa. É sabido que a

⁸ Ministro do Supremo Tribunal Federal em seu voto na ADPF 132.



via legislativa possui mecanismos procedimentais para sua alteração, que exigem votação parlamentar com quórum mínimo para aprovação, criando uma estabilidade para os direitos garantidos em lei. Já a judicialização, em casos como este de inércia legislativa, trata-se de uma interpretação sistemática, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que garante que a Constituição Federal seja respeitada frente à legislação infraconstitucional. Tal judicialização respeita um *ethos* particular da sociedade brasileira, que invariavelmente se vale do poder judiciário para dar uma resposta aos dilemas sócios-jurídicos não enfrentados pelo legislativo.

Porém, postulamos que a consolidação de direitos em lei não é o término do processo de conquista desses direitos, uma vez que as constelações sociais são sempre provisórias. Ao lado dos estudos de Michel Foucault (1995), sobre as relações de poder, podemos propor que uma vitória democrática hoje, ainda que legislada deve ser mantida cotidianamente, uma vez que as relações e configurações do poder são sempre instáveis. Maior é a necessidade de análises constantes, e pesquisas como a que apresentamos neste artigo, em casos em que a possibilidade de concretização de direitos se dá a partir de decisões judiciais *erga omnes*, como as do STF em ADPF e/ou ADI.

Assim é que o presente estudo se disporá a observar e analisar como as relações sociais interagem com as legislações e decisões judiciais, ou, dizendo de outro modo, como o atual momento histórico abre a possibilidade da formalização parlamentar de discursos que visam o recrudescimento legal da liberdade das pessoas, e de direitos civis básicos, como é o casamento e a possibilidade de constituir legalmente uma família por pessoas homoafetivas. O que resplandece a ideia de uma cidadania fragilizada em todo o território brasileiro, em especial para aqueles tradicionalmente ignorados, e/ou reféns de violências sociais cotidianamente.

Nos proporemos a pensar, portanto, como, após as decisões do STF, se tornaram possíveis discursos que se propõem a restringir os direitos das pessoas LGBTI e pretendem, para isso, se tornar legislações vigentes no Brasil. Para avançarmos na construção do nosso pensamento, vamos analisar como funcionam os discursos na sociedade e o fato de determinados discursos possuírem “força de lei”, já que o recorte de nossa pesquisa está inserido na legislação e nos projetos de lei.

2. AS LEIS COMO DISCURSOS E OS DISCURSOS COMO RELAÇÕES

E as falas anunciam batalhas. E por toda parte ferimentos, cortes...

(DELEUZE, 2006, p. 11)



A importância de pensar as formações discursivas no contemporâneo está diretamente relacionada ao entendimento de que a linguagem não é uma simples comunicação de informação entre dois ou mais sujeitos, nem uma ponte entre pensar e falar, mas sim uma forma de relação de poder, onde se sabe, por exemplo, que nem tudo pode ser dito por qualquer pessoa a qualquer tempo. O discurso jurídico por exemplo, é marcado por uma linguagem própria que se vale de categorias retóricas para a perpetuação do poder e de doutrinas (muitas vezes excludentes) em espaços institucionalizados, como no próprio parlamento.

Pensarmos o que possa ser o fato das pessoas falarem e de que esses discursos possuam efeitos - os mais diversos - se mostra muito importante ainda pelo fato do presente artigo partir da análise dialética de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e de projetos de lei posteriormente propostos. Levamos em consideração que tanto um quanto outro se trata de palavras que se diferenciam por pretenderem ter “força-de-lei”⁹.

Chamaremos a atenção, portanto, para alguns caracteres importantes a serem analisados ao que chamamos de discurso. Uma primeira característica importante do discurso é este ser uma relação, e como outras relações de poder, o discurso “permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz [outros] discurso.” (Foucault, 2001, p.08). Ou seja, a prática discursiva faz agir, faz pensar, faz ver, faz sentir, faz chorar, faz rir...

Partindo desse primeiro ponto, o discurso como relação, podemos pensar na hipótese que Foucault (2005) apresentou na sua aula inaugural do College de France, denominada A Ordem do Discurso, nos seguintes termos:

Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2005, p. 8-9)

Portanto, o discurso não é um simples aporte entre pensar e falar, ele possui materialidade, modifica o estado das coisas. Por esse motivo existem procedimentos interiores e exteriores ao próprio discurso que se destinam a controlar, selecionar, organizar e redistribuir aquilo que pode ser dito. Foucault (2005) classificou tais procedimentos em interdição, separação e vontade de verdade como procedimentos externos de exclusão do que pode ser dito.

⁹ A expressão “força de lei” é uma categoria oriunda da dogmática jurídica com a intenção de inferir que algo ao adquirir tal característica passa a ser de cumprimento obrigatório de todos, e em caso de violação é passível de punição.



E o princípio do autor, do comentário e da disciplina, como procedimentos de limitação interna dos discursos.¹⁰

Pretendemos propor neste artigo uma análise de como funcionam os princípios de coerção dentro dos discursos de projetos de lei específicos, que pretendem a retirada de direitos fundamentais de pessoas LGBTI, “como se formam através, apesar, ou com o apoio desses sistemas de coerção, séries de discursos, qual foi a norma específica de cada uma e quais foram suas condições de aparecimento, de variação” (FOUCAULT, 2001 p.60).

Existem alguns tipos de regras impostas aos indivíduos que pronunciam os discursos, produzindo uma qualificação necessária e impedindo que determinadas pessoas tenham acesso¹¹ a eles. Trata-se de uma *rarefação* dos sujeitos falantes. “Ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer certas exigências e não for, de início, qualificado para fazê-lo.” (FOUCAULT, 2005, p.37).

Deleuze e Guattari (2002) também apresentam essa questão quando demonstram a importância do pragmatismo para o estudo da linguagem. Eles mostram que as transformações nos corpos não acontecem independente das circunstâncias e dos agenciamentos que se dão: “Alguém pode gritar ‘decreto de mobilização geral’; esta será uma ação de infantilidade ou demência, e não um ato de enunciação, se não surgir uma variável efetuada que dê o direito de enunciar.”. (DELEUZE E GUATARRI, 2002, p.21).

A junção entre mecanismos como a vontade de verdade e a rarefação do sujeito do discurso dá formas ao que chamaremos de especialismos. Esses especialismos se referem à “legitimidade para o verdadeiro” que o discurso de certos sujeitos possui frente a outros considerados menores. Os discursos autorizados desses especialistas, como acontecimentos discursivos, se engendram uns aos outros e se disseminam em meio às práticas sociais, produzindo efeitos nos corpos. Um claro exemplo disso é o discurso jurídico que além do especialismo dos juristas, a Instituição Judiciária delimita a “força-de-lei” do discurso que

¹⁰ Para entender como Foucault delimitou cada um destes procedimentos interiores e exteriores do discurso conferir Foucault (2005 b), ou para uma formulação nossa um pouco mais extensa sobre o assunto, conferir Vicente (2018).

¹¹ Acesso, não no sentido de que não sejam ditas certas coisas por determinados indivíduos. O termo acesso se refere mais ao ato performativo que a materialidade da linguagem faz aparecer. Neste sentido, citamos outros procedimentos de controle do discurso apresentado por Foucault como a separação e a rejeição. É a separação entre razão e loucura que faz com que o discurso do considerado louco seja rejeitado e faz, ainda, com que suas palavras não sejam ouvidas. É na própria palavra do louco que ocorre o reconhecimento da loucura e sua separação da razão.

possui efeitos concretos na vida das pessoas envolvidas. Um exemplo deste fato podemos dar quanto ao discurso contido na sentença de um juiz: caso seja dita a palavra “condenado”, teremos a transformação do corpo de um *cidadão* no corpo de um *preso*.

É com este viés que analisaremos dialeticamente os efeitos do discurso da decisão da ADPF 132 pelo STF e dos Projetos de Lei que pretendem retirar o direito à União Estável e ao Casamento homoafetivo conquistados pela via da judicialização. Não procuraremos uma interioridade que coloque o *sujeito*¹², autor de tais propostas, a falar, a análise que pretendemos fazer se refere às práticas (discursivas ou não) que fazem com que seja possível a emergência desses discursos analisados e quais os efeitos materiais que estas práticas engendram. É neste campo da autoria que Foucault (2005 b) encontra outro procedimento de controle dos discursos – este por sua vez interno, já que é o próprio discurso que exerce seu controle.

Ao lançar a questão sobre “O que é um autor?”, Foucault desloca o conceito de autor para o que ele chama de função-autor, o nome do autor exerce uma função em relação ao discurso, serve para caracterizar certos discursos, para separar, agregar e dar importância a uns em face de outros. Em nossas sociedades existem alguns discursos que detém essa função-autor¹³, enquanto outros não. Segundo Foucault (2001 a, p. 274) essa divisão serve para

Indicar que esse discurso [do autor] não é uma palavra cotidiana, indiferente, uma palavra que se afasta, que flutua e passa, uma palavra imediatamente consumível, mas que se trata de uma palavra que deve ser recebida de uma certa maneira e que deve, em uma dada cultura, receber *status*.

Portanto, podemos perceber que existem palavras que passam, que se exaurem logo que são pronunciadas (–Oi! Como vai? –Vou bem, nos falamos mais tarde! –Tchau!), enquanto outras tendem a circular e se manter produzindo efeitos, sendo que o autor funciona redistribuindo dessa forma os discursos.

Quando nos propomos a analisar projetos de lei conseguimos perceber o quanto é propícia a conclusão de Foucault (2001 a, p. 288), em seu texto “O que é um autor?”, quando

¹² “Por que preservamos nossos nomes? Por hábito, exclusivamente por hábito. Para tornar imperceptível, não a nós mesmos, mas o que nos faz agir, experimentar ou pensar. E, finalmente, porque é mais agradável falar como todo mundo e dizer que o sol nasce, quando todo mundo sabe que essa é apenas uma maneira de falar. Não chegar ao ponto em que não se diz mais EU, mas ao ponto em que já não tem qualquer importância dizer ou não dizer EU.” (Deleuze e Guatarri, 1995, p. 11).

¹³ É importante que aqui se tenha em mente que não se trata de haver ou não um indivíduo que se põe a falar ou a escrever. Foucault (2005 b) de toda forma deixa isso claro em seu texto. Em conversas cotidianas ou um contrato (em que há um signatário, mas não um autor) o que deixa de ser exercida é a função autor, “seria um absurdo negar, é claro, a existência de um indivíduo que escreve e inventa” (Foucault, 2005 b, p.28).



retomando Beckett pergunta: “Que importa quem fala?”¹⁴. O sentido dos discursos de justificação de projetos de lei como os trazidos à baila em muito se equivalem aos discursos que cotidianamente ouvimos acerca dos mais diversos assuntos. Estes discursos cujo destino poderia ser o das *palavras que se vão*, pretendem por meio do Congresso Nacional passar a ser lei e modificar o funcionamento das instituições, e no caso dos projetos em análise, das instituições de união civil e casamento de pessoas homossexuais. É neste instante que percebemos a presença da função-autor e ainda de uma função que poderíamos chamar de função-legal. Ainda que os discursos circulem em nossa sociedade nos mais diversos meios e entre diversas pessoas que falam e escrevem, o discurso do legislador é aquele que pode atingir uma materialidade tal que se transformará em lei, e, logo, terá efeitos imediatos nas vidas de muitas pessoas.

É interessante analisar ainda que não existe uma comunicação imparcial e informativa, livre de quaisquer interesses. Não existe linguagem que seja assim, ela já é um ato que produz efeitos. Isso foi pensado inicialmente com Austin (1990) com a sugestão de “quando dizer é fazer”. Ele distinguiu, primeiramente, o que seria uma declaração constativa, que apenas descreve algo, de uma performativa, que opera uma transformação, palavra derivada do *to perform* em inglês - verbo correlato do substantivo ação e que seria algo como “operativo” em português. Austin (1990) exemplifica tal constatação quando mostra que quando digo: “Aceito alguém como minha legítima esposa...” em uma cerimônia de casamento não estou descrevendo um casamento, mas estou me casando de fato. Claro, aqui levamos em consideração um Estado em que, se tratando de duas mulheres, o casamento homoafetivo é reconhecido por *lei*, ou como no caso do Brasil, por meio da “*força-de-lei*” que tem o discurso do STF, materializado na ADPF 132 e na ADI 4277. Percebemos, por fim, com Deleuze e Guattari que a distinção entre sentenças constativas e performativas não é necessária já que toda declaração é performativa, ela é um fazer, já que produz sentido e transforma os corpos, ainda que um ato performativo com força-de-lei possua efeitos mais abrangentes.

É assim, portanto, que a presente análise mostra a sua relevância. Como podemos compreender as relações de poder e as conseqüentes afirmações destas nos discursos e nas

¹⁴ “E, atrás de todas essas questões, talvez apenas se ouvisse o rumor de uma indiferença: Que importa quem fala?”. (Foucault, 2001 a, p. 288)



práticas legais que, por fim, pretendem tornar-se legislações em vigor com eficácia e efeitos no social?

3. TRAJETÓRIAS E CONQUISTAS DOS DIREITOS LGBTI NO BRASIL

Após delimitarmos qual o plano metodológico que fundamenta a análise dos discursos trazidos à baila, contextualizaremos o cenário que nos propusemos a analisar que é a trajetória dos direitos LGBTI no Brasil.

Assim é que, caso nos propusermos a identificar as referências à orientação sexual na legislação brasileira, veremos que elas são escassas e pontuais, ou seja, temos poucas referências específicas à sexualidade na legislação do Brasil. Podemos citar a Lei Maria da Penha, que estabelece a proteção às mulheres independente de orientação sexual, o Estatuto da Juventude, que assegura a todos os jovens o direito de não ser discriminado por motivo de orientação sexual e o Estatuto da Pessoa com Deficiência que determina que os serviços de saúde pública devem assegurar o respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência (DIAS, 2016). Todos os sentidos das legislações apontadas acima convergem para o tema da inclusão, que pode ser interpretada como:

O processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos (SASSAKI, 1997, p. 41).

Entretanto, como sabemos, a legislação brasileira é sistemática, programática e principiológica, e, portanto, os princípios constitucionais possuem normatividade, e pelo menos em tese, garantem que todo cidadão e cidadã seja acolhido em seus direitos fundamentais, excluindo qualquer possibilidade de discriminação. Desde o preâmbulo constitucional, até o objetivo principal da República Federativa do Brasil, que é “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, IV). Com essa simples leitura fica fácil compreender que não é passível de existir qualquer lei infraconstitucional que promova discriminação em razão de identidade e orientação sexual, aspectos exclusivos da intimidade de cada indivíduo.

Apesar disso, temos um longo hiato em nossa recente história constitucional e democrática de silêncio do legislador infraconstitucional acerca dos direitos de parte da população brasileira, aquela que se identifica como LGBTI. Sabemos que a democracia, como



forma de governo que leva em consideração a participação e as escolhas de toda a sociedade, longe de ser a imposição da força e vontade de uma maioria, trata-se do diálogo, do convívio, da participação e do respeito entre os mais diversos grupos sociais, independente de serem majoritários ou minoritários, “nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria” (BOBBIO, 1983. p. 56). Ou nos termos de Vecchiatti (2018), a democracia substantiva é aquela em que os direitos da maioria respeitam os direitos básicos da sociedade concreta e de toda a humanidade.

Entretanto, demonstrado está que os projetos de lei que serão trazidos à baila atingirão diretamente as minorias sexuais e de gênero no Brasil. São denominados de minorias sexuais, os grupos sociais que operam com modos de ser e estar no mundo diversos do moralismo predominante. Cumpre ressaltar que os termos minorias e majorias não se referem às características numéricas, e sim ao que tange às relações de poder e subjugação de um grupo sobre outro presente em uma sociedade. No caso do Brasil, e no que se refere à temática do presente artigo, nos referimos especificamente às minorias sexuais e de gênero. Fazemos coro com Vecchiatti (2018, p.452) ao conceituar as minorias sexuais como aquelas que “são discriminadas social e/ou juridicamente em razão de sua orientação sexual ou de práticas sexuais dissonantes daquelas aceitas pelo moralismo majoritário”, desde, é claro, que tais práticas sexuais sejam consensuais e entre pessoas adultas. Já as minorias de gênero se referem aos aspectos relacionados à identidade, à autopercepção de uma pessoa como pertencente a um gênero, minorias de gênero são aquelas pessoas que não se reconhecem na cisgeneridade, como, por exemplo, as pessoas transsexuais (VECCHIATTI, 2018).

Tal silêncio infraconstitucional no que se refere à garantia dos direitos das minorias sexuais e de gênero fez com que recaísse para o Supremo Tribunal Federal o dever de suprir essa lacuna na legislação. Isso porque o legislador constituinte de 1988 delimitou para o STF a função de Tribunal Constitucional, a função de guardião da constituição. Assim, tanto leis infraconstitucionais que atentem contra a Constituição podem ser declaradas inconstitucionais pelo STF, após ser demandado em ações específicas em um controle abstrato de constitucionalidade, quanto, em controle concreto, o STF pode julgar demandas específicas e a partir delas delimitar a interpretação constitucional de casos concretos com efeitos *erga omnes*. Ou seja, os casos podem chegar tanto pela via de ações diretas de inconstitucionalidade/constitucionalidade, que discutem leis em tese, quanto em recursos ou



outras ações em que litígios concretos são levados ao STF e lhe permitem afirmar sua interpretação da Constituição Federal brasileira.

Outra grande novidade trazida pelo constituinte para a dinâmica constitucional do país, foi a de expandir os legitimados a solicitar ao STF a declaração da constitucionalidade/inconstitucionalidade de determinada lei. Assim, o Art. 103 da CF/88 nos abre possibilidades expansivas de democracia participativa, ou nos termos de Arguelhes e Ribeiro (2016, p.413): “o art. 103 da Constituição de 1988 representa uma mudança revolucionária no papel do tribunal na vida nacional: ele abriu inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda do STF”.

Assim é que, se utilizando das portas constitucionalmente abertas para a atuação do STF, as minorias sexuais e de gênero conseguiram restringir práticas essencialmente discriminatórias existentes sob o ensurdecido silêncio do legislador. Coube ao STF se pronunciar sobre: 1.º respeito à identidade de gênero e das pessoas transexuais (ADI 4275 e RE 670.422/RS e RE 845.779/SC, TSE, Consulta 060405-58.2017.6.00.0000); 2. O direito a não discriminação nas Forças Armadas (ADPF 291); 3.ª criminalização da homofobia e da transfobia (MI 4733 e ADO 26); 4. o direito à doação de sangue (ADI 5543) e, por fim, a inclusão de casais homossexuais no conceito constitucional de família e, conseqüentemente, consagrar o direito à União Estável e ao Casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132, ADI 4277) (VECCHIATTI, 2018).

É sobre este último direito citado, sobre o direito civil à constituir família, que nos deteremos a partir de agora.

4. DA CLANDESTINIDADE AO CASAMENTO CIVIL

O termo clandestinidade, para se referir à situação das famílias homoafetivas até 2011, pode, à primeira vista, parecer demonstrar uma conotação ruim exagerada, entretanto, se olharmos de perto veremos que se tratava efetivamente de clandestinidade civil para uma situação de fato consolidada.

Pois é sabido que as famílias homoafetivas existiam, conviviam com toda a sociedade, assim como as pessoas que constituíam tais famílias pagavam seus impostos e contribuía com seu trabalho para a sociedade. Entretanto, diversos direitos e garantias que são direcionados para as famílias, para que as pessoas tenham segurança, dignidade e prosperidade, eram negados às famílias não reconhecidas legalmente.



Referimo-nos a direitos como herança, adoção, benefícios fiscais concedidos a casais no imposto de renda, compartilhamento de bens, financiamento familiar habitacional, direitos previdenciários e direitos a planos de saúde compartilhados, visto de permanência para cônjuge estrangeiro, entre outros. Por isso, não se trata apenas de um reconhecimento afetivo e social, que também é importante, mas, além disso, podemos considerar que, civilmente, um número grande de famílias se encontrava na clandestinidade.

Assim foi que, em virtude do já citado silêncio legislativo para regulamentar situações como estas, grupos da sociedade civil organizada, assim como pessoas particularmente, começaram a articular maneiras de regulamentar a situação destas famílias.

Foi neste sentido que, em 2011,¹⁵ o STF acolheu a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, portanto, devem ser concedidos os mesmos direitos de uma união estável heterossexual. Neste contexto, a decisão foi baseada nos princípios de não discriminação, pois, não é demais dizer que o artigo 3º, inciso IV, da CRFB proíbe qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, assim, é nítida a ideia de que ninguém pode ser menosprezado ou discriminado em função de sua orientação sexual. A identidade e sexualidade nunca podem, portanto, funcionar como vetor de discriminação jurídica.

Embasado nesta decisão, dois anos depois, foi o momento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em resolução de 2013¹⁶, viabilizar a regulamentação do casamento homoafetivo, obrigando todos os cartórios a celebrarem casamentos entre pessoas do mesmo sexo. No bojo do texto consagrado pelo CNJ há a proibição das autoridades competentes efetuarem recusa para a celebração do casamento civil ou, até mesmo, de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Em consonância com o entendimento do STF e do CNJ, os mais renomados juristas (DIAS, 2016) entendem que o art. 1.723 do Código Civil também não deve ser interpretado de modo a excluir a proteção legal de casais homoafetivos. Em que pese a expressão “homem e mulher” constante neste artigo, não se pode olvidar que o núcleo familiar é passível de outros arranjos.

¹⁵Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> Acesso em: 23/11/2020

¹⁶ Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).



De toda forma, a resolução veio para permitir uma uniformização e padronização na interpretação sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, já que havia uma contradição entre o reconhecimento e o não-reconhecimento em diferentes estados da federação. Parece-nos, no entanto, que a resolução reafirma os direitos desta população, além de trazer mais segurança jurídica para os casos práticos levados à apreciação do poder judiciário.

Recentemente, em setembro de 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5971, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou, por unanimidade, que as uniões estáveis homoafetivas associam-se ao conceito de entidade familiar, concluindo, entretanto, que elas podem acessar a todas as políticas públicas voltadas para a família.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento discutiu o dispositivo da Lei Distrital nº 6.160/2018 que estabelece as diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal. Em seu art. 2º, a lei definia como entidade familiar o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher por meio de casamento ou união estável, ou seja, reproduz o mesmo conceito paradoxal do Projeto de Lei 6583 de 2013, que cria o Estatuto da Família. A Lei Distrital foi considerada inconstitucional por unanimidade pelo STF.

5. O ESTATUTO DA FAMÍLIA E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL: BREVES ANÁLISES DO DISCURSO

Assim, se o silêncio do legislador acerca da união estável e do casamento homossexual se manteve por tanto tempo, logo após a decisão do STF sobre a constitucionalidade de tais direitos, ouviu-se no legislativo a necessidade de abordar o assunto e, especificamente, de restringir os direitos das minorias sexuais.

Conforme já argumentado aqui, trabalharemos com os projetos de lei sob a perspectiva do discurso enquanto relação que provoca efeitos nas vidas e nos corpos das pessoas – corpo, portanto, como um elemento político de luta e resistência. Não nos ateremos a uma suposta interioridade dos sujeitos que proferiram os discursos analisados, mas buscaremos identificar e descrever as condições históricas e sociais que tornam possíveis a emergência dos discursos analisados, assim como de seus efeitos no social (FOUCAULT, 2005,b).



Portanto, não importa para a nossa análise quem assina os PLs, levamos em consideração o estatuto que pretende dar *força-de-lei* a tais discursos que, promulgados, passam a ter efeitos diferenciados na sociedade.

O Projeto de Lei 6583 foi apresentado à Câmara dos Deputados em 2013, e dispõe sobre o Estatuto da Família, o qual atualmente está em tramitação. Antes de mais nada, é prudente ressaltar que o referido projeto possui relevância para todos os cidadãos brasileiros, tendo em vista que o artigo 226 da Constituição, preconiza a família como a “base da sociedade” e, assim sendo, possui proteção exclusiva do Estado. Além do mais, tal projeto de lei disciplina políticas públicas destinadas a atender a toda a família em seguimentos como saúde, segurança e educação.

Entretanto, se nos atermos ao PL 6583, claro restará demonstrado que o foco principal que é dado no texto é ao conceito excludente de família. O PL 6583, expressa e destacadamente, define a família como o núcleo social constituído a partir da união entre *um homem e uma mulher*, por meio de casamento ou união estável e da composição familiar constituída por qualquer dos pais e os descendentes. Para tanto, vejamos o texto do projeto:

Art. 2º: Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (PL 6583, *online*).

Logo, no segundo artigo do projeto de Estatuto temos a definição restritiva de família, antes de qualquer referência às políticas públicas de proteção às famílias, suposto mote do projeto. O destaque em negrito para os termos homem e mulher é original do texto, o que demonstra claramente o efeito direto e *destacado* deste discurso: restringir os direitos de parte da população e devolver à clandestinidade as famílias homoafetivas.

Assim, percebe-se que uma das primordiais funções deste projeto de lei é a exclusão do conceito de família da união entre pessoas do mesmo sexo e outros arranjos familiares possíveis de serem concebidos. Pois apenas no Art. 3º é que temos a afirmação de que o Estado assegura às famílias a efetivação do direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania e à convivência comunitária.

Outro aspecto importante de ser analisado no discurso do PL 6583 é o arsenal de direitos delimitados para a família, direitos estes que, em grande parte, já estão previstos na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais. Portanto, após essa primeira constatação, e em uma segunda análise sobreposta ao conceito restritivo de família, chegamos à conclusão de que o projeto de Estatuto da Família se propõe a destacar os direitos a que a as



famílias homoafetivas estão excluídas, inclusive o direito à convivência comunitária, clamando pela volta destas famílias à clandestinidade, já que tal arsenal de direitos contemplarão apenas as famílias heterossexuais. Tal fato demonstra a inconstitucionalidade do PL, pois ademais das decisões supracitadas do STF, a Constituição Federal brasileira proíbe a discriminação, conforme já apontado no presente artigo.

Viés também a ser analisado no discurso do PL 6583 é a justificativa do texto. Postula-se na justificativa que o legislador deve se ater ao que foi denominado como “questões complexas a que estão submetidas as famílias no contemporâneo”. A isso o texto se refere, notadamente, à questão das famílias homoafetivas. Assim é que o texto exemplifica tais questões e insere o seguinte texto: “A desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo”.

Assim, é que logo após tal afirmação, o texto se expõe nos seguintes termos:

Primeiro propugna duas ideias: o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar; a proteção e a preservação da unidade familiar, ao estimular a adoção de políticas de assistência que levem às residências e às unidades de saúde públicas profissionais capacitados à orientação das famílias (PL 6583, *online*).

Ou seja, como viemos analisando até aqui, o discurso do PL pretende dar força-de-lei ao discurso que quer excluir da convivência comunitária e do âmbito social as famílias homoafetivas, negando direitos e expressamente a possibilidade destas de saírem da clandestinidade. Tanto o texto do projeto de lei, quanto a sua justificativa se colocam neste sentido.

Por outro lado, em uma disputa dialética em afirmação no social, foi apresentado no Senado o anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, protocolado pela OAB no Senado Federal e que se transformou na PL 134/2018.

O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero - PL 134/2018 pretende garantir aos cidadãos brasileiros de qualquer orientação na arena da sexualidade, tratamento igualitário entre heterossexuais e grupos LGBTQI conforme a legislação geral de direito de família em vigor. O que resultaria em uma proteção idêntica, sem discriminação, por parte do poder público, em todas as suas instâncias e esferas.

De forma bastante ofensiva, a bancada religiosa constituída nas casas parlamentares argumenta, por meio de uma retórica vazia, que há uma “ditadura homossexual” se aproximando com a aprovação do Estatuto da Diversidade. Entendemos que tal análise despreza as condições em que se encontram as populações em comento, bem como desmerece o próprio



texto constitucional. Haja vista, que os comandos constitucionais, são a mola mestra para normalização da vida social e a convivência harmônica entre diferentes grupos na sociedade.

No mais, o projeto do Estado da Diversidade, visa propor alternativas para uma concepção tradicional e binária de mundo, que em alguma medida tem se apresentado ao longo dos anos no Brasil de forma discriminatória. Isso ocorre porque os protótipos sexuais pré-concebidos, reduzidos às ideias de “masculino” e “feminino” são naturalmente excludentes e naturalizadas nos textos legais e no imaginário popular. Assim, de modo a ampliar esta visão histórica dualista, propõe-se a inclusão de termos como “orientação sexual” e “identidade de gênero” nos textos legislativos, entre outras medidas que possam contemplar, democraticamente, os diversos grupos sociais que compõem a sociedade brasileira.

Por fim, podemos citar o mais recente projeto de lei que tangencia o tema da diversidade sexual. É o PL 1974 de 2021 que dispõe sobre o Instituto da Parentalidade. O objeto do PL é dispor sobre a parentalidade e todos os direitos dela decorrentes, consolidando um conceito amplo para que se constitua no Brasil uma parentalidade social e afetiva que não se refira apenas à maternidade. Para tanto, por exemplo, o PL prevê a licença parental de cento e oitenta dias para todos os trabalhadores e trabalhadoras, autônomos ou não, que exerçam a parentalidade. No primeiro artigo do projeto de lei já se define a parentalidade da seguinte forma:

Art. 1º § 1º Para efeitos desta Lei, considera-se a Parentalidade como sendo o vínculo sócioafetivo, maternal, paternal, de adoção ou qualquer outro que resulte na assunção legal do papel de realizar a atividade parental, que consiste no conjunto de atividades desempenhadas pelas pessoas de referência da criança ou do adolescente para assegurar sua sobrevivência e pleno desenvolvimento.

Assim, considera-se a parentalidade de forma ampla, como o vínculo socioafetivo maternal, paternal, adotivo ou qualquer outro vínculo que resulte no compromisso legal de exercer o cuidado da criança ou adolescente. Assim, o PL tem o cuidado de abranger a parentalidade homoafetiva, uma vez que estabelece a licença para o cuidado da criança e adolescente independente da maternidade e do gênero daqueles que a exercem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas constatações acima, pode-se ventilar a possibilidade de uma inconstitucionalidade de todo projeto de lei que almeje ou ratifique um conceito reduzido e reducionista de família, sendo que o STF já entendeu por uma interpretação alargada do mesmo.



Por último, o Estatuto da Família parece estar dessincronizado das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, o que poderia levar o projeto a uma inconstitucionalidade.

Entretanto, choques entre Direito, Moral e Religião são frequentes no campo do direito brasileiro, que ainda hoje reverbera modelos de um direito canônico, e que em última análise, se vale de elementos da inquisição para aplicabilidade do processo penal em pleno século XXI, por exemplo. Assim, não é tarefa fácil reformular discursos naturalizados em instâncias de poder hierarquicamente superiores que reforçam desigualdades e conservam privilégios.

As convicções morais e religiosas de alguns formuladores das leis colocam em xeque toda neutralidade e imparcialidade que se espera de um legislador, bem como desmoronam o castelo dos princípios constitucionais de igualdade formal e material. Por isso, é fundamental a construção de parâmetros também no processo decisório, sob pena de gerar insegurança jurídica para os jurisdicionados, em especial pessoas em condição de vulnerabilidade jurídica e social.

É pacífico que princípios e garantias constitucionais à diversidade de gênero e sexualidade são consoantes à Carta Magna de 1988, pois tratam-se de direitos à intimidade, entretanto, a ausência de uma legislação protetiva e mais, que seja anti-discriminatória, é essencial ao pensamento contemporâneo da teoria crítica sobre o tema. Compor as lacunas legais não é a solução para todos os problemas que estes grupos enfrentam diariamente, mas possivelmente é um caminho para construção de mais igualdade. Ademais, entre as causas da invisibilidade de indivíduos homossexuais, bissexuais, transexuais e intersexuais, entre outras, está o preconceito social e da própria família.

Mecanismos judiciais, como a mudança do prenome, a adoção, o casamento, já foram decididos pelo STF e o caminho é apenas um: o do direito de ser quem se é.

Uma das funções sociais que o direito apresenta no seu leque de atribuições é a da promoção da justiça e a inclusão social de qualquer indivíduo. Levando-se em conta, a dignidade da pessoa humana na conservação e apoio da diversidade de gênero e sexualidade. No entanto, ao longo da história brasileira, a heteronormatividade, o machismo, e o masculino sempre foram impostos em um sistema de gênero e sexualidade humana previamente cominado.

Neste contexto, repisa-se a importância da problematização em torno da temática, e acredita-se que a aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero dê visibilidade aos hoje invisíveis, assim como do projeto de lei que trata da parentalidade. De modo que os direitos de cidadania sejam respeitados por meio de formulações de políticas públicas consistentes, a

fim de buscar efetiva aplicabilidade e regulação protetiva do direito à sadia diversidade sexual e de gênero.

Por fim, promovendo a qualidade de vida de todos aqueles que estão inseridos na extensa diversidade existente no universo brasileiro. Afinal, questões que abarcam discussões de gênero e sexualidade ainda se apresentam invisíveis para boa parcela da sociedade brasileira. Ressignificar a dignidade da pessoa humana, bem como reafirmar os direitos em razão do aumento da violência contra os LGBTQI+, nos revela caminhos diferentes, e, talvez mais apropriados, do que aqueles aos quais secularmente temos sido conduzidos.

4. REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhando. *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. São Paulo: *Revista Direito GV.V. 12 N. 2*, 2016. p. 405-440.

AUSTIN, J. L. *I Conferência: Performativo e Constatativo*. In: *Quando dizer é fazer*. Artes Médicas. Porto Alegre, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

DELEUZE, Gilles. *A lógica do Sentido*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 2. São Paulo: Editora 34, 2002.

DERRIDA, Jacques. *Firma, Acontecimiento, Contexto*. Edición electrónica de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. 1971. Disponível em: < www.philosophie.cl.br >, Acesso em 21 de fevereiro de 2020.

FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o Poder*. Uma revisão do trabalho. In: RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault. Uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Resumo dos Cursos do Collège de France : (1970-1982)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1997.



_____. *Microfísica do Poder: Verdade e Poder*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal Ltda, 2001 a.

_____. *Estética: Literatura e Pintura, Música e Cinema: O que é um autor?* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001 b.

_____. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Vol. 1. 16ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005 a.

_____. *A ordem do discurso*. 12ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2005 b.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. *Outra face do feminismo: Maria Lacerda de Moura*. São Paulo: Ática, 1984.

LOBO, Lilia Ferreira. *Psicologia em Estudo: Pragmática e subjetivação por uma ética impiedosa do acontecimento*, Maringá, v. 9, n. 2, mai./ago. 2004.

VICENTE, Laila Maria Domith. *PECs: Propostas de Emenda à Constituição ou Processos de Exclusão e Criminalização*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018.

VICENTE, Laila Maria Domith e RIBEIRO, Victor Oliveira. *Proteção Penal à Liberdade Sexual da Mulher ou à Moral Sexual Dominante? Uma análise do filme Acusados*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 41

Sobre os autores:

Laila Maria Domith Vicente | E-mail: laila.vicente@unirio.br

Professora Adjunta da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Possui Doutorado em Psicologia pela Universidade Federal Fluminense - UFF (2015); Master em Teoria Crítica e Estudos Museísticos pelo PEI - Programa de Estudios Independientes del MACBA - Museo dArt Contemporani de Barcelona e pela UAB - Universitat Autònoma de Barcelona (2015); Mestrado em Psicologia pela Universidade Federal Fluminense - UFF (2007) e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2004). Atua academicamente, principalmente, nos seguintes temas: Processo Legislativo e Advocacy no Brasil, Direito e Psicologia, Ética, Direitos Sociais e Políticas Públicas, Estudos da Subjetividade, Gênero e Sexualidades.

Hector Luiz Martins Figueira | E-mail: hectorlmf@hotmail.com



Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, bolsista em ambos os cursos. É especialista em Direito Constitucional e em Direito Ambiental-Urbanístico. É graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, FDC/UNIFLU. É advogado inscrito nos quadros da OAB/RJ sob o n 181.236. Foi assessor e pesquisador da Revista Direito e Movimento, na EMERJ. Atualmente é pesquisador vinculado ao INCT/InEAC - Instituto Comparado de Administração de Conflitos, UFF. É professor no curso de Direito da UNICARIOCA, e do UNI-IBMR (ÂNIMA).

