

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JOÃO PEDRO SCHUAB STANGARI SILVA

**OS ASSIMILACIONISMOS NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE
CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA: análise comparativa entre as decisões do
Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Suprema Corte Estadunidense**

Niterói/RJ

2022

JOÃO PEDRO SCHUAB STANGARI SILVA

**OS ASSIMILACIONISMOS NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE
CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA: análise comparativa entre as decisões do
Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Suprema Corte Estadunidense**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Orientador: Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande

Coorientador: Prof. Dr. Eder Fernandes Monica

Niterói/RJ

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

JOÃO PEDRO SCHUAB STANGARI SILVA

**OS ASSIMILACIONISMOS NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE
CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA: análise comparativa entre as decisões do
Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Suprema Corte Estadunidense**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande (Orientador)
Universidade Federal Fluminense (UFF/PPGDC)

Prof. Dr. Eder Fernandes Monica (Coorientador)
Universidade Federal Fluminense (UFF/PPGSD)

Profa. Dra. Roberta Duboc Pedrinha
Universidade Federal Fluminense (UFF/PPGDC)

Profa. Dra. Laís Godoi Lopes
Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG)

Niterói/RJ
2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal Fluminense e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo acolhimento de um aluno do interior e pela oportunidade de realizar esta pesquisa com uma bolsa de estudos.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, incluindo todo o quadro docente, discente e administrativo, que sempre demonstraram aptidão, presteza, eficiência e excelência em todos os aspectos.

Ao meu orientador, professor Cássio Casagrande, que aceitou o desafio desta pesquisa, e que é um exemplo de docência, profissionalismo, competência e dedicação.

Ao meu coorientador, professor e amigo Eder Fernandes Monica, pelos ensinamentos, conselhos e força trazidos à formação desta pesquisa. Agradeço-te por ter acreditado em mim, mesmo quando eu não acreditava. Sem você, esta dissertação não existiria.

Aos professores que participaram da minha banca de qualificação e defesa, por toda a inspiração que são para mim. Agradeço imensamente toda a dedicação e carinho ao analisar o meu texto, e por todas as contribuições.

Agradeço aos meus pais e minha irmã, Alessandra, Beto e Maria Eduarda, por terem me apoiado desde o início, incentivando-me por acreditarem que a formação acadêmica transforma vidas. Sou filho de uma professora e de um mecânico, que agora se tornou mestre. Tudo que sou, tudo que fiz e o que faço é por vocês e para vocês.

A minha avó, exemplo de mulher guerreira que foi mãe sozinha na década de 70 e mesmo assim sempre acreditou no potencial transformador da educação. Seu sonho sempre foi ver o neto formar, e mesmo com sua perda durante o mestrado sendo extremamente dolorosa, encontrei na senhora a força para não desistir.

Ao grupo de Pesquisa Sexualidade, Democracia e Direito, ao grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais na pessoa da Professora Célia Barbosa Abreu e à Clínica Jurídica LGBTQIA+ da UFF, na pessoa da professora Carla Appollinário de Castro, o meu eterno agradecimento. Vocês me ajudaram a ter esperança em uma

sociedade mais justa e a acreditar na possibilidade de utilizar o direito para um mundo melhor.

Aos meus amigos do mestrado que me acompanharam nessa jornada da escrita e da pesquisa, e me deram forças para concluir esse projeto.

Aos meus amigos da vida, que não posso correr o risco de citar nomes para não esquecer de nenhum. Dizem que a atividade de escrita é um projeto solitário, mas trabalhar com laços de afeto e amor cria uma base sólida de confiança para seguir esse difícil labor da vida de um pesquisador.

EPÍGRAFE

“Não existe pecado do lado de baixo do equador
Vamos fazer um pecado rasgado, suado, a todo vapor
Me deixa ser teu escracho, capacho, teu cacho
Um riacho de amor
Quando é lição de esculacho, olha aí, sai de baixo
Que eu sou professor”

Chico Buarque, Não existe pecado ao Sul do Equador

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto a análise das decisões que reconheceram a conjugalidade igualitária no Supremo Tribunal Federal Brasileiro e Suprema Corte Estadunidense. Objetiva-se responder se os discursos que foram construídos nas decisões implicam em um assimilacionismo em relação ao padrão de conjugalidade heterossexual, e a colonização dos corpos LGBTQIA+. Para tanto, é proposta a compreensão das perspectivas e conceitos fundamentais para o entendimento da conjugalidade igualitária, com o estudo da terminologia de sodomia, homossexualismo, homossexualidade e homoafetividade, bem como dos conceitos de assimilacionismo e colonialismo. Após, realiza-se a comparação do funcionamento do STF e da SCOTUS com suas respectivas tradições jurídicas, produção de acórdãos e decisões, e a análise descritiva das decisões. Por fim, a Análise de Discurso Crítica é construída, para a identificação do objetivo de estudo nas decisões estudadas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa comparativa de análise de discurso crítico e método indutivo. O estudo desenvolve-se em revisões bibliográficas, documentais e jurisprudenciais. Como resultado, verifica-se que no contexto norteamericano, os discursos utilizados são derivados de uma tradição de preservação das liberdades individuais, enquanto no Brasil, tais discursos estariam ligados a um ideal de afetividade para aceitabilidade da conjugalidade igualitária, e que em ambos os casos, os discursos levam a uma preservação da hegemonia do modelo heteronormativo de conjugalidade.

PALAVRAS-CHAVES: Conjugalidade igualitária; Assimilacionismo; Colonialismo; Supremo Tribunal Federal Brasileiro; Suprema Corte dos Estados Unidos.

ABSTRACT

The present dissertation has as its object the analysis of the decisions that recognized equal conjugality in the Brazilian Federal Supreme Court and the US Supreme Court. The objective is to answer whether the discourses that were constructed in the decisions imply an assimilationism in relation to the pattern of heterosexual conjugality, and the colonization of LGBTQIA+ bodies. Therefore, it is proposed to understand the fundamental perspectives and concepts for the understanding of egalitarian conjugality, with the study of the terminology of sodomy, homosexuality, homosexuality and homoaffectivity, as well as the concepts of assimilationism and colonialism. Afterwards, the operation of the STF and the SCOTUS is compared with their respective legal traditions, the production of judgments and decisions, and the descriptive analysis of the decisions. Finally, Critical Discourse Analysis is built to identify the objective of the study in the decisions studied. This is a qualitative comparative research of critical discourse analysis and inductive method. The study is developed in bibliographic, documental and jurisprudential reviews. As a result, it appears that in the North American context, the discourses used are derived from a tradition of preservation of individual freedoms, while in Brazil, such discourses would be linked to an ideal of affection for the acceptability of egalitarian conjugality, and that in both In the cases, the discourses lead to a preservation of the hegemony of the heteronormative model of conjugality.

KEYWORDS: Egalitarian conjugality; Assimilationism; Colonialism; Brazilian Federal Supreme Court; United States Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública.

ADC – Análise de Discurso Crítica.

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

DOMA – *Defense of Marriage Act*.

EUA – Estados Unidos da América.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

PEC – Projeto de Emenda Constitucional.

PL – Projeto de Lei.

PLC – Projeto de Lei Complementar.

PPGDC – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional.

STF – Supremo Tribunal Federal.

SCOTUS – *United States Supreme Court*.

TSD – Teoria Social do Discurso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 TÓPICOS FUNDAMENTAIS PARA ENTENDIMENTO DA PROBLEMÁTICA DA CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA	22
1.1 SODOMIA, HOMOSSEXUALISMO, HOMOSSEXUALIDADE E HOMOAFETIVIDADE....	22
1.2 ASSIMILACIONISMO E COLONIALISMO	31
2. DECISÕES SOBRE A CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E NA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE	38
2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	39
2.1.1 A estrutura, organização e o processo deliberativo/decisório da corte	39
2.1.2 O acesso à Corte Constitucional Brasileira: Controle concentrado e difuso de constitucionalidade	43
2.1.3 Conjugalidade igualitária no STF: ADIN 4.277 e ADPF 132.....	45
2.1.3.1 Ministro Ayres Britto (Relator).....	48
2.1.3.2 Ministro Luiz Fux	51
2.1.3.3 Ministra Cármen Lúcia.....	53
2.1.3.4 Ministro Ricardo Lewandowski	54
2.1.3.5 Ministro Joaquim Barbosa	55
2.1.3.6 Ministro Gilmar Mendes.....	56
2.1.3.7 Ministro Marco Aurélio.....	58
2.1.3.8 Ministro Celso de Mello	60
2.1.3.9 Ministro Cezar Peluso	63
2.2 SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS (<i>UNITED STATES SUPREME COURT – SCOTUS</i>)	64
2.2.1 A estrutura, organização e o processo deliberativo/decisório da corte	64
2.2.2 O acesso à SCOTUS: <i>Judicial review</i>	67
2.2.3 Conjugalidade igualitária na SCOTUS: <i>United States v. Windsor</i> (2013) e <i>Obergefell v. Hodges</i> (2015).....	69
2.2.3.1 <i>United States v. Windsor</i> (2013).....	70
2.2.3.1.1 <i>Opinion of the Court</i>	71
2.2.3.2 <i>Obergefell v. Hodges</i> (2015)	75
2.2.3.2.1 <i>Opinion of the Court</i>	76
3 ANÁLISE DE DISCURSO DAS DECISÕES	83
3.1 O ASSIMILACIONISMO À BRASILEIRA: a ênfase na afetividade e o controle do sujeito e do desejo	83
3.2 O ASSIMILACIONISMO AMERICANO: a ênfase na preservação das liberdades privadas	93
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

O movimento LGBTQIA+¹ no Brasil e em diversos países, nos últimos anos, tem buscado o reconhecimento dos seus direitos pelo Poder Judiciário, o principal responsável em atender a essas demandas. Tal protagonismo no Brasil se deve em parte por um Poder Executivo pouco progressista em relação aos costumes sexuais, e um Poder Legislativo majoritariamente cristão.

No âmbito do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), em que pese outras áreas, em relação aos direitos sexuais tem sido bastante progressista e liberal, e na última década foi a instância responsável por trazer diversas conquistas aos LGBTQIA+ no controle concentrado e difuso de constitucionalidade de diversas ações. Especificamente, em 2011, o STF decidiu pela regulamentação da união estável entre pessoas do mesmo gênero², decisão que foi responsável pela disseminação do termo “casamento homoafetivo”.

Em 2021, 10 anos após a decisão, foi estimado um recorde no número de casamentos e uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero, com mais de 10 mil casais atendidos pelos cartórios brasileiros³.

Muitas pesquisas então foram desenvolvidas sobre a regulamentação que o STF realizou. Muitos professores ganharam fama e destaque com livros, manuais e artigos aclamando as decisões emitidas. À primeira vista, é possível o entendimento que não há mais o que se discutir, não há mais o que se levantar sobre o assunto.

Mesmo após a decisão de 2011, ainda em 2022 vemos diversas minorias dentro do movimento LGBTQIA+ percorrendo caminhos jurídicos para alcançar seu status de igualdade e liberdade prometido pela Constituição Federal e pelo tão sonhado projeto de modernidade. Inevitavelmente ao falar de lei, direito e de Estado

¹ Opto por utilizar a sigla que julgo mais abrangente da diversidade de sexualidades não heterossexuais.

² Utilizo da terminologia “gênero”, diante da distinção realizada por Butler (2018) entre sexo e gênero. Para ela, apesar do sexo parecer intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído, e conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem fixo em relação a ele. Dessa forma, a autora entende que o gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de um significado num sexo previamente dado (BUTLER, 2018, p. 26-27).

³ De acordo com os dados da ARPEN (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais), em 2011 houve 1534 casamentos entre pessoas do mesmo gênero. O número continuou crescendo, havendo um pico em 2018, com 9520, o que se acredita que foi causado pela eleição do atual presidente Jair Bolsonaro, contrário às causas LGBTQIA+, e em 2021, a estimativa é que o número de casamentos igualitários ultrapassasse 10.000. GLOBO G1. *10 anos após decisão do STF, número de casamentos gays deve bater recorde neste ano*. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pop-arte/diversidade/noticia/2021/11/19/10-anos-apos-decisao-do-stf-numero-de-casamentos-gays-deve-bater-recorde-neste-ano.ghml>>. Acesso em 26/09/2022.

Moderno, faz-se necessário pensar nas perspectivas de poder e como ele é exercido nas instituições governamentais.

Apesar de suas uniões serem até um ponto reconhecidas pelo Estado – o que nunca foi uma demanda consensual no movimento LGBTQIA+ -, as diversas sexualidades e identidades de gêneros ainda possuem muitas questões sensíveis, e se veem ante a uma decisão que lhes permite contrair uma união estável ou um casamento civil aos moldes heterossexuais, mediante um requisito de afetividade, com união duradoura e pública de suas relações.

Para alcançarem o *status* tão sonhado de “sujeito de direito”, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, pessoas queer, intersexuais, assexuais e as demais pessoas que não se enquadram na sexualidade e identidade de gênero hegemônica – cisgênera e heterossexual -, devem seguir os moldes normativos delineados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em uma vida higienizada⁴ pelo parâmetro da afetividade, com intuito de constituir família, monogamicamente, ao estilo heterossexual, sendo assim reconhecidos pelo Estado enquanto conjugalidade.

O movimento LGBTQIA+ então deixa de lado o potencial disruptivo e de afronte cultural, para ao longo dos anos iniciar um diálogo com as forças estatais, mediante a formulação de suas demandas sob a tradição dos Direitos Fundamentais, sob a estratégia de liberação. Cedeu-se da autonomia e potencialidade de disrupção, para a utilização da retórica jurídico-constitucional na construção e na defesa das reivindicações, que foram formuladas dentro dos parâmetros liberais do sistema jurídico ocidental.

Essa estratégia, de ao invés de objetivar a abolição do sistema liberal⁵, iniciou “mini-reformas” dentro dele, e não foi exclusiva do movimento LGBTQIA+ brasileiro,

⁴ Por higienização, entendo a construção de parâmetros para aceitabilidade das relações LGBTQIA+ nos sistemas jurídicos. “Os arranjos familiares homossexuais são lidos como aceitáveis através de uma filtragem romantizada da noção de afeto e amor. Para os arranjos heterossexuais, a noção de afeto ou amor é tardia enquanto princípio jurídico e, acima de tudo, desnecessária para o reconhecimento da validade jurídica de seus interesses. Entretanto, para o caso dos interesses de casais homossexuais, a filtragem do afeto e do amor se faz presente, como um instrumento de “purificação” e higienização das relações aceitáveis.” (MONICA, 2020, p.1370)

⁵ Por cultura e hegemonia liberal, vou utilizar dos entendimentos sobre a tradição liberal para a superação do antigo regime e sedimentação da modernidade jurídica, baseada nos valores de igualdade e liberdade, e operada para promoção da igualdade jurídica necessária para que cada indivíduo busque seu sentido pessoal de felicidade. “A percepção liberal de que todos os sujeitos deveriam ser tratados de igual modo, desde que abstratamente considerados, foi importante para a superação da estrutura patriarcal e feudal da sociedade pré-moderna. Assim, segundo as premissas liberais, todos são iguais perante a lei, dotados de certos direitos inalienáveis, como a vida, a liberdade

mas um fenômeno global observado em vários países, como o escolhido para a comparação aqui realizada, os Estados Unidos da América (EUA).

No Brasil, a trajetória do reconhecimento dos direitos sexuais, direitos reprodutivos, direitos sobre equidade de gênero e diversidade sexual foi realizada mediante uma articulação com setores de Estado, organizações e movimentos, que ajuizaram ações e recursos para que sejam declaradas suas intenções, utilizando-se principalmente do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, o que permitiu a entrada direta de ações nas instâncias superiores.

Já nos EUA, as organizações e associações de direitos civis utilizaram os denominados “*test cases*” (casos testes), tendo em vista o seu desenho de controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*)⁶. Ajuizaram-se casos emblemáticos em instâncias inferiores buscando o *writ of certiorari*, para o julgamento pela *United States Supreme Court (SCOTUS)*.

A presente pesquisa ingressa nessa problemática, e caminha ao contrário dos artigos, livros e manuais que celebram decisões que, ao início, deveriam ser responsáveis pela libertação do movimento LGBTQIA+, mas, sob a hipótese do estudo aqui realizado, propaga discursos de poder e controle que são desenvolvidos pelas instituições do Estado Moderno, em caráter heteronormativo⁷.

Em uma metodologia comparativa, o estudo proposto analisa os discursos hegemônicos que são utilizados nas decisões de ambos os tribunais para a aceitação da conjugalidade igualitária⁸, e se eles implicariam em um assimilacionismo em relação ao padrão de conjugalidade heterossexual e ao modo de se entender o sentido de família, nas duas principais tradições jurídicas existentes no mundo: no *Civil Law* e no *Common Law*.

A comparação justifica-se pois o movimento LGBTQIA+ estadunidense é referência o debate sobre a diversidade sexual no mundo e no Brasil. A judicialização das pautas do movimento nos EUA, especialmente na questão sobre a conjugalidade

e a propriedade direitos necessários para a persecução da felicidade individual. Para isso, o Estado liberal assume para si a ideia de que é neutro e seus valores são passíveis de universalização, dado seu caráter abstrato e isonômico, ao menos no plano formal.” (MONICA, 2020, p. 1375)

⁶ O *judicial review* será devidamente analisado no item 2.2 do capítulo 2.

⁷ Michel Warner denomina de “heteronormatividade” o processo de naturalização que impulsiona o pensamento de que a heterossexualidade cisgênera seria o arquétipo ideal. (BATALHA, 2017, p.17)

⁸ Opto pela utilização do termo “conjugalidade igualitária”. Conjugalidade engloba a união estável – instituto existente no direito brasileiro -, e casamento civil, e igualitária, tendo em vista a percepção de identidades de gênero além do binarismo masculino e feminino.

igualitária, fornece uma estrutura que altera as demandas e as possibilidades envolvendo a questão judiciária em diversos países ao redor do mundo.

Por assimilacionismo, entendo o predomínio e imposição de uma cultura sobre as demais, que pode acontecer no interior de uma comunidade política, e com relações internacionais. O fenômeno pode ocorrer por diversas causas: pelo entendimento de que uma certa cultura ou modo de vida é superior às demais, por entendimento de que a universalidade cultural seria necessária para a paz social, ou por uma consequência da atual economia de mercado globalizada, e para manter as atuais relações de poder, sujeição e colonização (FERNANDEZ, 2003, p. 410).

Ou seja, indaga-se que, para a sua aceitação, deveriam os casais não heterossexuais se adequar aos moldes das relações heterossexuais para serem dignos de serem reconhecidos pelo Estado? Seria o princípio da afetividade um instituto que sempre foi um requisito para o reconhecimento das uniões estáveis? Haveria algum assimilacionismo familista higienizante das relações entre pessoas do mesmo gênero para estas serem reconhecidas e regulamentadas? Os corpos de pessoas de sexualidades não hegemônicas estariam sendo colonizados por esta estrutura liberal e pelos discursos construídos nas decisões e acórdãos?

Para analisar uma questão sensível ao movimento LGBTQIA+, que, em parte, era contrária à postulação e regulamentação pelo estado da conjugalidade igualitária, analisarei das decisões que a reconheceram no Supremo Tribunal Federal Brasileiro e na Suprema Corte dos Estados Unidos.

No Brasil, as ações que chegaram à Corte Constitucional confirmando o direito à conjugalidade igualitária foram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, julgadas em conjunto em 05 de maio de 2011.

Já na Suprema Corte Estadunidense, o primeiro caso julgado foi o *United States v. Windsor* em 2013, onde a SCOTUS concordou com os tribunais inferiores que a proibição de reconhecimento federal de casais homossexuais era inconstitucional, e o segundo caso, *Obergefell v. Hodges*, julgado em 2015, anulou as proibições de casamento homossexual em todo o país.

Esta pesquisa foi realizada dentro do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense, na linha de pesquisa “Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado”. Indago e intento responder nesta dissertação como se deu a

interpretação da constituição em ambos os países para reconhecer o direito ao casamento civil e à união estável, e quais foram os requisitos (aqui transcritos como assimilacionismos e colonialismos dos corpos LGBTQIA+) para que fossem aceitos, questões que interferem diretamente nos estudos de Direito Constitucional.

A intenção é a de análise dos discursos que descrevem a alteração do entendimento constitucional pela via do Poder Judiciário, entendendo como os Ministros (no caso do Brasil) e os *Justices* (no caso dos EUA) conhecem as teorias sobre sexualidade, em que medida isso transparece em seus votos, para assim, analisar e criticar os discursos construídos para a aceitabilidade da conjugalidade igualitária.

A investigação e reflexão sobre os sistemas diversos, perante o denominado “constitucionalismo moderno”, faz-se necessária diante do conceito de transconstitucionalismo⁹ e nas relações transversais entre os diversos sistemas jurídicos ao redor do globo terrestre. O método comparativo, hoje, faz-se presente na argumentação de diversas cortes constitucionais e tribunais superiores.

A partir de uma perspectiva comparada entre o STF e a SCOTUS nas decisões sobre conjugalidade igualitária, proponho o seguinte problema de pesquisa: Quais os discursos hegemônicos utilizados nas decisões para a sua aceitação que implicam em um assimilacionismo da visão tradicional de conjugalidade heterossexual?

Para respondê-lo, o objetivo geral da dissertação perpassa a análise dos acórdãos e decisões que legalizaram a conjugalidade igualitária no STF e na SCOTUS, em uma metodologia comparativa, para identificar os discursos que implicariam em assimilacionismos para os relacionamentos entre pessoas do mesmo gênero da visão tradicional de conjugalidade heterossexual.

Como objetivos específicos, proponho inicialmente a compreensão de perspectivas e conceitos fundamentais para o entendimento da questão aqui estudada, a comparação do funcionamento do STF e da SCOTUS, analisando qual o

⁹ Por transconstitucionalismo, entendo o desenvolvimento de racionalidades transversais na relação entre sistemas jurídicos diversos, com uma série de relações emergentes dentro de sistemas supranacionais, compostos por estados autônomos, cuja estrutura exige uma interação constante entre as instituições supranacionais e as estatais (BUCCI, 2017, p.14) . Para mais informações, conferir: BUCCI, Alexandre. *Breves notas: “comparação de direitos” e jurisdição constitucional*. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kioshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

papel das referidas cortes, suas respectivas tradições jurídicas e como são formuladas e apresentadas as suas decisões e o formato de seus acórdãos.

Proponho a análise das decisões judiciais de forma descritiva e analítica, e a verificação, em um método de análise de discurso.

A hipótese da pesquisa é a de que, no contexto dos EUA, os discursos utilizados são derivados de uma tradição de preservação das liberdades individuais, enquanto no Brasil, tais discursos estariam ligados a um ideal de afetividade para aceitabilidade da conjugalidade igualitária, e que em ambos os casos, os discursos levariam a uma preservação da hegemonia do modelo heteronormativo de conjugalidade.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa comparada de análise de discurso e de método indutivo. A investigação será jurídico-sociológica e jurídico-comparativo. O estudo desenvolve-se em revisões bibliográficas, documentais e jurisprudenciais. Adoto uma metodologia de pesquisa comparada, de micro comparação, utilizando do método analítico (VAN HOECKE, 2004, p. 21).

A micro comparação pode ser entendida como um trabalho em escala reduzida, onde o pesquisador centra a sua atenção em questões e problemas específicos, identificando as diferenças e similaridades entre os sistemas jurídicos, legislações e jurisprudências que são levadas em consideração. (VAN HOECKE, 2014, p. 21).

Já o método analítico, leva em consideração a identificação, em uma análise segundo o contexto em que estão inseridos, dos conceitos jurídicos, relacionando as diferenças e similaridades que existem entre eles. (VAN HOECKE, 2014, p. 14-20).

O método analítico não desconecta nenhum conceito jurídico das regras e normas de seu sistema jurídico. É levado em conta o conteúdo de um conceito jurídico, que é definido pelas regras vigentes que regulam a sua matéria, em um determinado sistema jurídico, dentro de um certo lapso temporal (VAN HOECKE, 2014, p. 14).

Em relação à análise de discurso, utilizo os estudos da Análise de Discurso Crítica (ADC) de Viviane de Melo Resende e Viviane Ramalho, que se basearam nos trabalhos de Norman Fairclough (RESENDE; RAMALHO, 2017).

A ADC é uma abordagem teórico-metodológica desenvolvida por Norman Fairclough, que tem como propósito o debate metodológico do discurso, tendo a linguagem como uma prática social, opondo-se à linguística formal. Estando ela situada na ciência social crítica e na pesquisa crítica, intuindo a mudança na sociedade moderna posterior. Trata-se, portanto, de uma transdisciplinaridade com o

foco sobre a relação entre o mundo social e a linguagem (MAGALHÃES, 2005, p. 3-5).

A ADC então, afirma que o linguístico é social, e o discurso seria uma forma de ação e forma de representação. Dessa forma, agiríamos discursivamente, como também representaríamos discursivamente o mundo social a nossa volta (MAGALHÃES, 2005, p. 6-7).

Nesse sentido, é proposta a operacionalização de teorias sociais na análise de discurso linguisticamente orientada, compondo um quadro teórico-metodológico adequado à perspectiva crítica de linguagem como prática social. Assenta-se em uma visão científica de crítica social, no campo da pesquisa social crítica sobre a modernidade, e na teoria e na análise linguística e semiótica (RESENDE; RAMALHO, 2006, p. 22-23).

A linguagem é compreendida de um modo de ação historicamente situado, que é constituída socialmente, bem como de identidades sociais, relações sociais e sistemas de conhecimento e crenças. A ADC embasa-se na Teoria Social do Discurso (TSD).

A TSD trabalha com um modelo de 3 dimensões de análise: a prática social, como a dimensão do evento discursivo; o texto, que é compreendido como uma dimensão do discurso; e a prática discursiva, que é entendida como os processos sociocognitivos de produção, distribuição e consumo do texto, processos sociais relacionados a ambientes econômicos, políticos e institucionais particulares (RESENDE; RAMALHO, 2006, p. 28).

Proponho a utilização do modelo tridimensional de análise. A análise da prática social do discurso, com suas ideologias, sentidos, pressuposições metáforas, hegemonia, orientações econômicas, políticas culturais e ideológicas; do texto, com o vocabulário utilizado, a gramática, coesão e estrutura textual; bem como da prática discursiva, com a produção, distribuição, consumo, contexto, força, coerência e intertextualidade (RESENDE; RAMALHO, 2006, p. 29).

A metodologia é reflexiva sobre as características da modernidade tardia, de acordo com a teoria de Giddens (GIDDENS, 1991 e 2002). Por modernidade tardia, o autor entende a fase de desenvolvimento de instituições modernas, com a radicalização de traços básicos da modernidade. Nesse sentido, as instituições apresentariam descontinuidades em relação a modos de vida pré-modernos, em decorrência do diferenciado impacto global ao redor do globo terrestre.

Para tanto, a ADC caracteriza hegemonia como o domínio exercido pelo poder de um grupo sobre os demais. A luta hegemônica, assume a força da prática discursiva a partir da dialética entre discurso e sociedade, onde hegemônias são produzidas e reproduzidas nos discursos (RESENDE; RAMALHO, 2006, p. 28). Dessa forma, os indivíduos que são inseridos em práticas discursivas e sociais, corroborariam para a manutenção dessas estruturas.

Como ideologia, a concepção crítica do discurso entende que ela é por natureza hegemônica e serve para o estabelecimento e sustentação das relações de dominação, e corrobora para a reprodução da ordem social que favorece grupos dominantes.

Adoto como marco teórico do trabalho Michel Foucault (FOUCAULT, 1979), em seus estudos sobre sexualidade, tendo em vista que o autor a pensa como um dos dispositivos de operacionalização tecnológica do sistema liberal, instrumentalizado pelas estratégias de biopoder.

Foucault entende que o Estado passa a exercer um controle por diferentes instituições sobre os indivíduos, de modo a formar corpos dóceis, necessários para manter o modelo capitalista e neoliberal, bem como a forma de Estado em si, tendo em vista que não só pela força física se controla a população, mas também culturalmente¹⁰ (FOUCAULT, 1979a).

Tornou-se importante no “projeto de modernidade ocidental”¹¹ a compreensão dos regimes e formas de exercer o poder, bem como dos discursos que derivaram deles, que tratam sobre a sexualidade humana, pois derivado desta relação “sexualidade/poder” foram criados modos de repressão e exclusão das sexualidades consideradas ilegítimas (que começaram a ser tratadas como perversão, doença,

¹⁰ Desde o século XVIII, vivemos na era da governamentalidade, governamentalização do Estado, que é um fenômeno particularmente astucioso, pois se efetivamente os problemas da governamentalidade, as técnicas de governo se tornaram a questão política fundamental e o espaço real da luta política, a governamentalização do Estado foi o fenômeno que permitiu ao Estado sobreviver. Se o Estado é hoje o que é, é graças a esta governamentalidade, ao mesmo tempo interior e exterior ao Estado. São as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da governamentalidade (Foucault, 1979a, p. 292).

¹¹ Utilizo do conceito de “projeto de modernidade ocidental” trazido por Habermas em “O Discurso Filosófico da Modernidade”. Por ele, entende-se que a Modernidade, enquanto um projeto inacabado, seria um conjunto de processos que foram se acumulando com visões sobre o projeto de sociedade moderna desenvolvido dentro da tradição de pensadores que se iniciou no Iluminismo e até hoje está propondo formas de organização racional das condições de vida e das relações sociais, conforme valores específicos da sociedade ocidental. Conferir: HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. Publicações Dom Quixote. Lisboa. 1998.

loucura e foram inclusive criminalizadas). O Estado fez com que os indivíduos se tornassem incapazes de adentrar à sociedade tida como “moderna”, e de aproveitar as benesses advindas com ela, utilizando, para tanto, de discursos com modelos de normalização baseados em uma monogamia heterossexual – concebida como regra -, onde o homem branco teria o domínio da relação, criando assim a ciência da sexualidade, responsável pela legitimação do “casal legítimo” (FOUCAULT, 1988, p.39).

As formas de repressão da sexualidade humana, ou os modos de interdição e silenciamento das práticas sexuais dissidentes, de acordo com o autor, seriam “o modo fundamental de ligação entre poder, saber e sexualidade” (FOUCAULT, 1979, p.9), dispondo dos poderes discursivos das ciências – dentre elas a ciência jurídica, e o discurso jurídico-, ou seja, discursos de verdade, que servem para controlar os desejos e a disposição dos corpos dos sujeitos¹². Estas formas de poder, para serem exercidas, precisam obter o conhecimento da mente das pessoas, explorar sua alma e revelar seus segredos mais íntimos, para tornar o corpo educado (FOUCAULT, 2010, p.237).

O trabalho será dividido em 3 capítulos. No primeiro, farei uma abordagem de revisão de literatura de temas fundamentais para o entendimento da pesquisa. Iniciarei com a explanação dos termos “sodomia”, “homossexualismo”, “homossexualidade” e “homoafetividade”, intuindo repassar para o leitor as diferentes estratégias de controle utilizadas ao longo do tempo com as sexualidades não hegemônicas. Inobstante, também abordo neste capítulo a demarcação do conceito de assimilacionismo e colonialismo, que envolvem a problemática e a hipótese do trabalho.

No segundo capítulo apresento os dados da pesquisa jurisprudencial. Primeiramente, explico como se dá o funcionamento de ambas as cortes, descrevendo como é a estrutura de cada uma, e como são construídas as decisões e acórdãos. Por fim, descrevo analiticamente as decisões que reconheceram a união estável e o casamento civil entre pessoas do mesmo gênero nos dois países.

¹² Foucault menciona 2 significados para a palavra sujeito: Aquele que está sujeito a alguém por uma dependência e um controle, e aquele que está preso perante sua própria identidade, seja por uma consciência ou um autoconhecimento. Conferir: FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. Michel Foucault. Uma trajetória filosófica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (p. 231-249)

No terceiro capítulo, em um modelo híbrido de empiria e método bibliográfico, analiso as decisões do reconhecimento da conjugalidade igualitária nas duas tradições jurídicas apontadas: primeiro, sob a categoria da tradição brasileira, com a entrada da afetividade para a legitimação e reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo gênero, e a segunda, sob a categoria da tradição estadunidense, apontando a preservação das liberdades privadas, indicando em ambos os casos, os assimilacionismos e colonialismos presentes nos discursos dos Ministros e *Justices*.

1 TÓPICOS FUNDAMENTAIS PARA ENTENDIMENTO DA PROBLEMÁTICA DA CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA

O estudo da conjugalidade igualitária na perspectiva comparada entre o Brasil e os Estados Unidos exige uma pré-compreensão de alguns tópicos fundamentais, bem como das formas que foram tratadas as sexualidades não hegemônicas e as relações de poder/controlê que foram construídas. Os termos refletem as diversas estruturas e formas de poder que foram e agora são utilizadas para controle das sexualidades não hegemônicas.

1.1 SODOMIA, HOMOSSEXUALISMO, HOMOSSEXUALIDADE E HOMOAFETIVIDADE.

Até o século XIX, a palavra que designava as sexualidades não hegemônicas era a expressão “sodomia”. Tal termo advém do Antigo Testamento, do livro de Gênesis, que retrata a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra (VIANNA; PRETES, 2008, p. 316). Segundo a tradição cristã, aqueles que praticassem atos sexuais contra a “natureza humana” – entendido como todo ato sexual que não tivesse como fim a procriação -, praticavam sodomia, sendo tido como um pecado frente às regras religiosas.

Especialmente durante a Idade Média, a teologia moral cristã foi intensificada com a produção de saber sobre a sexualidade humana. Todo e qualquer ato sexual que não fosse aquele praticado dentro de casamento, e com o fim de procriação, era abominado pelos dogmas da Igreja Católica Apostólica Romana (VECCHIATTI, 2019, p. 87).

Foucault não atribui ao cristianismo a responsabilidade pela introdução do moralismo da monogamia no ocidente, mas confere a ele o desenvolvimento de dispositivos de poder e saber para a sua sedimentação. Dessa forma, a tríade formada entre monogamia, sexo procriativo e desqualificação do prazer sexual foi responsável pela história da “ciência sexual” que foi construída no ocidente (FOUCAULT, 2004, p. 65).

O sexo, ao ingressar o campo da teologia e da moralidade, se tornou o objeto de saber-poder e foi utilizado como instrumento de normalização das condutas sexuais (FOUCAULT, 2010, P.24-42)

Para isso, a Igreja utilizou da confissão para colocar o sexo em discurso, e exigia de seus fiéis que detalhassem todos os atos e momentos de sua vida sexual, monitorando os valores morais impostos por ela. (FOUCAULT, 2010, p.67) Nesse sentido, a construção desse saber teológico-moral sobre a sexualidade, elevou a sodomia ao status máximo de pecado contra a natureza humana, colocando-a como luxúria e a classificando como “pecado nefando” (TREVISAN, 2018, p.151).

Até o final do século XVIII, o direito canônico e a pastoral cristã regiam por completo as práticas sexuais, e demarcavam a fronteira do que era lícito e ilícito, situando até mesmo nas relações de matrimônio todas as exigências, deveres, práticas indevidas e regras (FOUCAULT, 1988, p.41)

O uso então do termo sodomia, ou sodomita, reflete o momento pelo qual os saberes sobre a sexualidade humana se encontravam durante a Idade Média, momento em que a teologia moral dominava os saberes que eram produzidos sobre elas, e as técnicas de controle sobre a população.

Além do controle moral e religioso que era imposto para os indivíduos, as “práticas de sodomia” recebiam sanções penais em alguns estados até meados do século XIX, que tipificavam a conduta como crime.

Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas Espanha, Portugal, França e Itália, católicas, mas também Inglaterra, Suíça e Holanda, protestantes, puniam com severidade a sodomia. Seus praticantes eram condenados a punições capazes de desafiar as imaginações, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca com ferro em brasa, execração e açoite público até a castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte na fogueira, empalamento e afogamento. (TREVISAN, 2018, p.132)

A sodomia foi incluída como crimes morais na esfera dos pecados heréticos, sendo que os atos e relações sexuais deveriam passar pelo crivo moral da inquisição, que era o disciplinador das condutas (VAÍNFAAS, 1989, p. 194).

No Brasil, inclusive, durante o processo de colonização, transportou-se de Portugal a ordem para iniciar a história da criminalização das relações homossexuais, com a punição do “pecado-crime” de sodomia (TREVISAN, 2018, p.163-164). Os portugueses ingressaram no país com os mecanismos de confissão que já eram aplicados em Portugal nos temas de pregações e sermões coloniais (VAÍNFAAS, 1989, p.33). Utilizavam-se, além do dispositivo de saber-poder da confissão, o dispositivo da delação, que acenavam com prêmios e gratificações os delatores de sodomitas,

concedendo parte dos bens confiscados caso ficasse provado que o denunciado era um sodomita (VAÍNFAAS, 1989, p. 153).

As Ordenações Afonsinas descrevem o tipo penal de sodomia, com um discurso envolto de conceitos teológicos e jurídicos:

Sobre todollos os peccados bem parece ffer mais torpe, cujo, e deshonneffo o peccado da sodomia, e nom he achado outro tam avorrecido ante DEOS, e o mundo, como elle; porque nom tam foamente por elle he feita offenfa ao Creador da natureza, que he Deos, mais ainda fe pode dizer, que toda natura criada, affy celestial como humanai, he grandemente offendida. E fegundo differom os naturaes, foamente fallando os homeés em elle fem outro algum auto, tam grande he o feu avorrecimento, que o aar ho nom pode loffer, mais naturalmetne he corumpido, e pede fuá natural virtude. E ainda fé Lee, que por efte peccado lançou DEOS o deluvio fobre a terra, quando mandou a Noé fazer hua Arca, em que efcapaft el, e toda fuá geeraçom, per que reformou o mundo de novo; e por efte peccado as Cidades de Sodoma, e Gomorra, que forom das notavees, que aaquella fazom avia no mundo; e por efte peccdo foi eftroida a Hordem do Templo per toda a Chrftandade em hum dia. E por que fegundo a qualidade do peccado, affy deve granvamente feer punido: porem Mandamos, e poemas por Ley geeral, que todo homem, que tal peccaod fezes, per qualquer guiga quer ferr poffa, feja queimado, e feito per fogo em poo, por tal que já nunca de feu corpo, e fepultura, poffa ferr ouvida memória. (ORDENAÇÕES AFONSINAS, 2022, *online*)

No Brasil, a punição da sodomia foi realizada em três jurisdições: a jurisdição secular, com as ordenações portuguesas, a jurisdição eclesiástica, e a jurisdição do Tribunal do Santo Ofício. A construção da verdade e dos saberes sobre a sexualidade humana era determinada pela teologia moral, e nenhum outro discurso era permitido. Durante as três ordenações que vigoraram no Brasil: Afonsinas (1446), Manuelinas (1512) e Filipinas (1603), a sodomia foi criminalizada (VIANNA; PRETES, 2008, p. 336).

No Brasil, o processo de descriminalização da sodomia se deu com a extinção do Tribunal do Santo Ofício e a entrada do Código Criminal de 1930, que retirou o delito da legislação, tendo o código napoleônico grande influência nessa questão¹³ (GREEN, 2000, p. 192-193).

¹³ No Brasil, mesmo com a legislação penal não possuindo norma taxativa que definisse as relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero como crime, demonstrações públicas de atos homossexuais eram interpretadas como atos obscenos ou atentado público ao pudor. A exaustiva produção de saber sobre o homossexualismo só se tornou possível em função do intenso relacionamento que tiveram o Direito e a Medicina: ambos entendiam o homossexual como um anormal (GREEN, 2000, p. 191). A anormalidade foi o tema que conectou estas duas matérias, herdeiras legítimas da tradição positivista, que via na ciência a cura para toda anormalidade social (GREEN, 2000, p. 192-193).

Os iluministas, inspiradores do Código Napoleônico, julgavam uma atrocidade punir a sodomia com a morte. Se exercida sem violência ou indecência pública, segundo eles, a prática sexual não devia absolutamente cair sob o domínio da lei. Nesse contexto, em 1810, Napoleão retirou os delitos homossexuais do Código Penal da França, que a partir de então deixou de incluir punições à prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, quando privadamente e entre adultos consentidos (TREVISAN, 2018, p.166)

Contudo, o processo de descriminalização da sodomia implicou na mudança de mecanismo de poder controlador da sexualidade humana. O homossexual foi retirado do campo da teologia moral e adentrou no campo da ciência.

Com o passar do tempo, onde a moral cristã reinava, foi fomentada a produção de um saber sobre o sexo e a sexualidade humana, que a ciência passou a ser encarregada.

Foucault denomina a produção de saber sobre a sexualidade de ciência sexual, desenvolvida a partir do século XIX. Esta, por sua vez, passa então a ser gerida da maneira como o Estado entende ser útil. Os saberes científicos são eleitos como verdade, e a heterossexualidade é tida como a sexualidade que teria um funcionamento útil para o bem da sociedade como um todo.

O processo de descriminalização das relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero, ao invés de implicar no abrandamento do preconceito institucionalizado pela Igreja durante toda a Idade Média, significou a retirada de um mecanismo de poder, e a ascensão de outro. O pecado virou doença, e a teologia moral deu lugar ao campo da ciência (TREVISAN, 2000).

As sexualidades dissidentes passaram a ser estudadas como categoria especial da sexualidade humana. Transformou-se a perversão moral em uma patologia. O termo sodomita foi trocado por atualizações científicas. Os homens que se relacionavam com outros homens eram identificados como “pederastas” e “uranistas”. As mulheres que se relacionavam com outras mulheres eram chamadas de “*saphica*”, “*lésbica*” e “*tribade*” (TREVISAN, 2000).

O termo homossexual foi cunhado em 1869, pelo austro-húngaro Karl-Maria Kertbeny. A expressão se tornou amplamente conhecido pela ciência em 1905, quando republicado por Magnus Hirschfeld e Havelock Ellis. As “sensações sexuais contrárias”, como categorizado por Westphal, começaram a ser estudadas e designadas como patologias sexuais, e o objetivo da época, era a identificação das suas causas (TREVISAN, 2000).

No fim do século XIX, o homossexualismo foi considerado como a doença do instituto sexual, e homossexual era seu sujeito portador. O médico francês Benedict A. Morel criou sua teoria da degenerescência, que impulsionou a busca pela cura do homossexualismo durante os séculos XIX e XX (TREVISAN, 2000).

O século XX se caracteriza pela emergência de múltiplos discursos com pretensão científica sobre a “sexualidade sana e a patológica” (BORILLO, 2016, p. 122).

Os sexólogos, no seu delírio taxonômico, têm desenvolvido a noção de parafilia para patologizar os comportamentos sexuais onde a fonte de prazer não é a cópula heterossexual clássica. A atração sexual por pessoas do mesmo sexo se nomeia homossexualidade, o desejo sexual por pessoas com alguma deficiência se qualificou como abasiofilia; a ligofilia refere-se àqueles que se excitam em lugares sórdidos e escuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos e pedófilos povoam as enciclopédias e os tratados de sexologia (BORILLO, 2016, p. 122).

O homossexual era considerado um degenerado sexual, que necessitava de tratamento e intervenção de especialistas. “Que se deixe ao médico e ao educador a cura dos males orgânicos e psíquicos, porque são eles os competentes” (TREVISAN, 2018, p.181).

A primeira mudança que se deu, em função das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, foi a adoção de uma terminologia cientificizada, afastando o objeto de- estudo do campo da moral.⁸² A adoção do termo homossexual cumpriu, além de instituir ao objeto de estudo uma terminologia científica, também a função de absorver por completo o sujeito homossexual em sua integralidade, biológica, física e psíquica (FOUCAULT, 1988, p. 50).

O sodomita era um mero praticante de uma ação considerada pecado, enquanto o homossexual é entendido agora como um todo. Começou a ser objeto de estudo a sua biologia, fisiologia, psique, condutas sexuais, afetivas e familiares, o que tonou um conjunto de regularidade imanentes de sua espécie sexual (VIANNA; PRETES, 2008, p. 353).

Foucault atribui a teoria da degenerescência ao núcleo dos aparelhos discursivos sobre a sexualidade e a anormalidade que foram responsáveis por iniciar as doutrinas e práticas eugenistas. O homossexual agora, era tido com um

degenerado, e sua existência era um fator de preocupação, e o que se intentava era a explicação da causa do homossexualismo¹⁴ (TREVISAN, 2000, p. 177).

As inúmeras publicações sobre a sexualidade humana começaram a chegar no Brasil, embasando e difundindo os discursos da assimilação do homossexual como uma anomalia a ser normalizada (GREEN, 2000, p. 198-199).

O Direito e a Medicina se entrelaçaram na construção do saber contra o homossexualismo, ambos entendendo o homossexual como um anormal e um ser a ser consertado, sob influência de Cesare Lombroso e Gregório Maraño.

"Duas figuras internacionais, em particular, se destacaram por exercer uma maior influência em moldar as noções brasileiras sobre homossexualidade e sua ligação com a raça, o gênero, a criminalidade e a biologia. Um deles foi Cesare Lombroso, o criminologista italiano, e o outro foi Gregório Maranon, um professor da Universidade de Madri" (GREEN, 2000, p. 198).

Maraño entendia que só se poderia corrigir o homossexualismo ao ser detectado na infância, cabendo às famílias a vigia constante sobre a sexualidade de seus filhos (GREEN, 2000).

Tais sinais seriam a ginecomastia, gestos ou atitudes que não correspondessem às expectativas referentes ao sexo da criança. A intervenção cirúrgica proposta por Leonídio e Maranon consistia em fazer transplantes; ovarianos ou testiculares. Pretendia-se, assim, feminilizar ou masculinizar homossexuais (VIANNA; PRETES, 2008, p. 361).

A imagem do homossexual como um ser degenerado, construída pelo saber médico-jurídico no início do século XX, proporcionou a entrada de dispositivos na relação de dominação das sexualidades não hegemônicas.

A historiografia comprova que os "degenerados homossexuais" recebiam tratamento distinto em função da classe a que pertenciam. Os homossexuais das classes mais baixas eram mais suscetíveis a receber represálias da polícia e eram encaminhados ao sistema penal. Enquanto que os de classe alta recebiam tratamento médico-psicológico ou eram encaminhados ao sistema manicomial (VIANNA; PRETES, 2008, p. 365).

¹⁴ Diversas correntes de saber foram desenvolvidas a partir da teoria da degenerescência, desde o fim do século XIX na Europa, para explicar as causas do homossexualismo (SPENCER, 1995, p. 279). Tendo como principais expoentes cientistas como Tardieu, em 1858; Krafft-Ebing, em 1877; Charcot e Magnan, em 1883; Lacassagne em 1885; Raffalovich, em 1896; entre outros cientistas que se empenharam, entre os séculos XIX e XX, na busca dos fatores hereditários, biológicos ou psíquicos que levavam as pessoas a serem homossexuais (RIBEIRO, 1957, p. 69). (VIANNA, P. 354)

O “homossexualismo” somente deixou de ser considerado uma doença, desvio e transtorno sexual em 1993, quando foi retirado do Catálogo Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (TREVISAN, 2000).

Nesta época, as relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero começaram a não ser mais designadas pela expressão homossexualismo, pois o sufixo “ismo” carregaria consigo todo o preconceito histórico. As relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero receberam o termo de “homossexualidade”, e são consideradas, ao lado da heterossexualidade e de outros termos, estados da sexualidade humana.

Ressalte-se que as “anormalidades” ainda são presentes, e algumas dessas pessoas ainda são vistas como possuidoras de alguma patologia médica, como é o caso de pessoas com deficiência e das pessoas intersexo¹⁵ (PELT, 2022, p. 83).

Embora a homossexualidade não seja mais tratada como doença, ainda há forte ligação e resistência perante a naturalização das sexualidades dissidentes e identidades de gênero não hegemônicas. O próprio processo de transgenitalização é ainda diagnosticado por um “transtorno de identidade de gênero”, sugerindo algo que ainda constitui da ordem patológica.

O processo de naturalização acaba por impulsionar o pensamento de que a heterossexualidade cisgênera seria o arquétipo ideal, o que Michel Warner denomina de “heteronormatividade”. (BATALHA, 2017, p.17)

(.) instituições, estruturas de compreensão e orientação prática que não só fazem a heterossexualidade parecer compatível – ou seja, sexualidade organizada – mas também privilegiadas. Sua consistência é sempre provisória e seu privilégio pode assumir várias formas (que às vezes são contraditórias): passa despercebida como a linguagem básica dos aspectos sociais e pessoais; É percebido como um estado natural; Também é projetado como um objetivo ideal ou moral (BERLANT; WARNER, 2022, p. 230).¹⁶

¹⁵ O binário capacitado/descapitado tem sido usado como um instrumento de limitação da capacidade de autonomia das pessoas com deficiência. Há um amplo movimento internacional para que as pessoas com deficiências tenham seus direitos assegurados em igualdade de condições com as demais pessoas, principalmente nos aspectos relativos a casamento, família, reprodução e relacionamentos afetivos. A intersexualidade tem sido tratada, até então, como uma Anomalia de Diferenciação Sexual. No âmbito jurídico brasileiro, não há dispositivos adequados que tratem do reconhecimento de pessoas intersexo, que ficam impedidas do acesso a uma certidão de nascimento, a não ser que sejam consideradas apenas como corpos femininos ou masculinos. Toda uma problematização dessa situação tem sido feita nos últimos tempos, para a constituição de mecanismos jurídicos mais adequados para o tratamento da questão. (PELT, 2022, p. 83)

¹⁶ (.) instituciones, estructuras de comprensión y orientación práctica que no sólo hacen que la heterossexualidad parece compatible - es decir, organizado de la sexualidad – sino también para ser

O saber que circulava a respeito das relações sexuais não heterossexuais, que eram vinculadas ao pecado, ao crime, e que a partir da ascensão da ciência sobre o corpo foram tidas como anormalidades e foram tratadas como doenças. Porém, coube ao Estado, após a despatologização da homossexualidade, traçar novos meios de controle e construir novos saberes-poderes para o controle da sexualidade.

Foucault intitula de processo de governamentalidade do sujeito as dinâmicas do Estado moderno ao operar com uma nova mecânica de poder, utilizando de um poder disciplinar para produção de seus sujeitos por intermédio de instituições de controle e de uma biopolítica que integra estratégias de produção e de vigilância dos corpos (PELT, 2022, p. 83).

A homossexualidade começou a ser entendida tecnicamente somente como a junção da palavra grega *homo*, que quer dizer semelhante, e pela palavra latina *sexus*, o que passa a significar sexualidade semelhante (DIAS, 2011, p. 43).

Porém, o termo homoafetividade, ou homoafetivo, ingressou no mundo jurídico com amplo destaque quando foi utilizado pela então desembargadora Maria Berenice Dias em 2000, em sua obra “União homossexual: o preconceito e a justiça”. Envoltas de argumentos como que não seria possível falar em homossexualidade sem falar em afeto, e sob a premissa de que as uniões entre pessoas do mesmo gênero seriam vínculos de afetividade, a jurista caracterizou as relações entre pessoas do mesmo gênero como um modelo universal e ideal normativo de afetividade. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, utilizando de Maria Berenice Dias, criou seu “Manual da homoafetividade”, no qual disserta sobre a perspectiva do termo escolhido:

A referida terminologia foi criada para justificar a inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito de proteção dos regimes jurídicos da união estável e do casamento civil, e com o intuito de se destacar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são pautadas no mesmo afeto romântico que justifica as uniões entre pessoas de sexo opostos. Isso foi feito por conta do preconceito social que afirmava que as uniões entre pessoas do mesmo sexo seriam motivadas por mera luxúria ou puro desejo erótico e não pelo sentimento de amor sublime que une duas pessoas de sexo oposto (VECCHIATTI, 2019, p. 53)

privilegiada. Su consistencia es siempre provisional y su privilegio puede adoptar diversas formas (que a veces son contradictorias): pasa desapercibido como el lenguaje básico de los aspectos sociales y personales; Se percibe como un estado natural; También se proyecta como una meta ideal o moral (BERLANT; WARNER, 2022, p. 230).

Maria Berenice Dias defende que a terminologia que era utilizada para a designação das relações entre pessoas do mesmo gênero era discriminatória, e invisibilizaria os vínculos afetivos envolvendo pessoas da mesma identidade sexual (DIAS, 2004, *online*). Com a relativização da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002 das justificativas clássicas para o reconhecimento de entidades familiares, que eram os laços sanguíneos e os contratos, sendo o casamento civil seu exemplo mais fiel, a afetividade entra no campo da justificativa, como um “plus” para a sua aceitabilidade.

O afeto, adicionado ao termo da homossexualidade, foi incluído como fundamento implícito, e começou a ser entendido como ente retroativo a todas as formas familiares, sendo a família contemporânea caracterizada pela afetividade.

“Criou-se” então o princípio da afetividade, quando a doutrina foi incorporada ao Código Civil Brasileiro. O reconhecimento da entidade familiar configurada na convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituição de família, foi interpretado com o adicional da afetividade, que vise a comunhão plena de vida. A leitura das relações pelo seu viés, começou a ser identificada como amor familiar, que deveria, agora, ser o principal elemento a ser considerado quando o objetivo for o reconhecimento de uma relação.

O termo foi cunhado, e deliberadamente utilizado desde então, e defendido por seus utilizadores, como um elemento facilitador de sua aceitação e para a redução do preconceito, dado que a sua construção excluiria o desejo erótico exacerbado ou perverso, colado ao estereótipo da homossexualidade.

A homoafetividade e união homoafetiva, expressariam “com muito mais felicidade”, o elemento central da família contemporânea, que seria o afeto conjugal (VECCHIATTI, 2019, p.122).

Atrelados à premissa de que viveríamos em uma era na qual as pessoas se escolhem “fundamentalmente, senão exclusivamente”, pelo amor, o termo homoafetividade ingressa para corroborar com a máxima de que a base da constituição da família seria a troca de afeto. (VECCHIATTI, 2019, p.125)

Nesse sentido, a hipótese da pesquisa é que os discursos de saber-poder que agora são produzidos, e caracterizam um assimilacionismo e colonialismo dos corpos homossexuais, que já foram tratados como pecaminosos, doentes e pervertidos ao longo da história, são regulados e tratados com o ideal do afeto, sendo que sem ele,

também seriam subjugados e não pertencentes ao reconhecimento e a aceitabilidade estatal.

A liberdade sexual, que seria entendida como a capacidade plena de agir eroticamente sem coação e de se expressar sexualmente segundo as próprias escolhas, nunca teria sido alcançada (BORRILLO, 2016, p. 119). O Direito do sujeito de exercê-la e a obrigação dos membros da sociedade de se abster e não interferir, foram perpassadas pelas sociedades modernas que, em suas inúmeras formas, constroem discursos controladores para regular e controlar os corpos que são designados de sexualmente anormais.

A liberdade sexual é apresentada com um ponto de vista negativo, e a “dignidade humana”¹⁷ é invocada para justificar os limites da liberdade de dispor de si mesmo, do seu próprio corpo e de suas sexualidades. O Estado, que por si deveria se tornar indiferentemente moral para a questão da sexualidade, abstendo-se em dizer os comportamentos prejudiciais ao próximo, se torna um estado paternalista, determinando aquilo que lhe é conveniente (BORRILLO, 2016, p. 120).

1.2 ASSIMILACIONISMO E COLONIALISMO.

Utilizo da abordagem trazida por Aníbal Quijano (QUIJANO, 2010) e Walter Dignolo (MIGNOLO, 2017) sobre processos atuais de colonização, trabalhados em suas análises da configuração cultural e intelectual intersubjetiva à articulação de todas as formas de controle em torno do capital.

Os autores entendem que para estabelecimento do capitalismo mundial, todas as experiências, histórias, recursos e produtos culturais são articuladas em uma ordem cultural global para a hegemonia da cultura dominante.

O Brasil teria sua identidade na imitação do outro, no artifício. Seu caráter nacional surgiria como uma paródia da realidade estrangeira ou, em outras palavras, uma paródia das próprias pretensões ou promessas de ser nacional, de modo que nem mesmo sua tão

¹⁷ Progressivamente, a noção de dignidade humana é invocada como base argumentativa para proibir determinadas práticas sexuais. Porém, a noção de dignidade humana de natureza emancipadora aplicada à proteção do sujeito = quando se refere à proteção de terceiros – pode se tornar em um instrumento de censura e restrição da liberdade individual. De origem metafísica e de inspiração cristã, o conceito de dignidade humana constitui uma forma dessacralizada de intervenção teológica na vida dos sujeitos. Segundo esta ideologia, a pessoa participa da Humanidade e é em nome desta parte de humanidade que o Estado tem o Direito de intervir inclusive contra a vontade do sujeito. Com a finalidade de defender a dignidade humana contra a liberdade sexual, se concretizou uma aliança objetiva entre o feminismo materialista e as forças conservadoras. (BORRILLO, 2016, p.119).

decantada natureza está imune ao perigo de tornar-se um imenso não ser [...] (TREVISAN, 2018, p.47).

Mignolo ressalta que a colonialidade, conceito introduzido por Quijano, seria o lado mais obscuro de tal “Projeto de Modernidade”, e que este não existiria sem que houvesse uma colonização de sujeitos. Por detrás de sua retórica, existem práticas econômicas que dispensavam vidas humanas e o conhecimento construído foi inteiramente para justificar o racismo e a inferioridade de vidas que foram consideradas completamente dispensáveis (MIGNOLO, 2017).

A matriz colonial de poder, a verdadeira estrutura fundamental da civilização ocidental, é descrita com quatro domínios que se interrelacionam e constroem conhecimentos e subjetividades: o controle da economia, da autoridade, do gênero e da sexualidade (MIGNOLO, 2017). Tal matriz é sustentada com fundamentos raciais e patriarcais, que constituem enunciações que essa “nova ordem mundial moderna” se legitima, e assim produz subalternidades, oblitera conhecimentos, experiências e formas de vida daquelas pessoas que são exploradas e dominadas. Isso tudo resulta na exclusão das identidades dissidentes do padrão colonial de seu lugar na história da humanidade e de seu ingresso no projeto da modernidade, culminando no estigma de raças, gêneros e orientações sexuais inferiores, com narrativas hegemônicas de um projeto de globalização liberal, que definiu uma vasta população do planeta como “menos humanos”, justamente em razão de sua etnicidade, cor da pele, sangue, gênero, orientação sexual, língua, nacionalidade ou até mesmo religião.

Com o surgimento da ideia da Estado-nação e a definição dos “Direitos do Homem e do Cidadão”, as portas foram fechadas para os menos-Homens [lesser-Man] e não cidadãos, isto é, os “não nacionais”. E então surgiu o significativo problema de Estado-nação europeu moderno, secular e burguês, que se propagou por todo o mundo. Qual é o problema do estado-nação? O fato de que o estado-nação se preocupa (na prática, mas não em teoria) com os nacionais e não com os seres humanos (MIGNOLO, 2019, p. 4).

Os autores trazem o conceito de epistemologia e pensamento decolonial, focados na desobediência epistêmica dessa estrutura de enunciação que sustenta a matriz colonizante. Para eles, a decolonialidade se torna um inexorável esforço analítico para entender, com o intuito de superar, a lógica da colonialidade por trás da retórica da modernidade.

A colonialidade se torna um elemento constitutivo do padrão mundial do poder capitalista, sustentando-se em impor uma classificação da população como “pedra

angular” do padrão de poder. A colonização se operaria em vários planos, meios e dimensões. (QUIJANO, 2010, p. 73)

A evolução das características do poder e do sistema que o mantém, configurou identidades da colonialidade, originando um universo de relações intersubjetivas de dominação sob hegemonia, denominado de modernidade. (QUIJANO, 2010, p. 74)

Os autores voltam seus olhares para a questão eurocêntrica, mas relata que esta perspectiva não é exclusiva. A colonização corresponde a naturalização da experiência dos indivíduos perante o padrão de poder imposto, fazendo-os ter a percepção e entendimento de naturais e não questionáveis. (QUIJANO, 2010, p. 75)

Tal como o conhecemos historicamente, à escala societal o poder é o espaço e uma malha de relações sociais de exploração/dominação/conflito articuladas, basicamente, em função e em torno da disputa pelo controlo dos seguintes meios de existência social: 1) o trabalho e os seus produtos; 2) dependente do anterior, a 'natureza' e os seus recursos de produção; 3) o sexo, os seus produtos e a reprodução da espécie; 4) a subjectividade e os seus produtos, materiais e intersubjectivos, incluindo o conhecimento; 5) a autoridade e os seus instrumentos, de coerção em particular, para assegurar a reprodução desse padrão de relações sociais e regular as suas mudanças (QUIJANO, 2010, p. 76)

A compreensão político-filosófica do mundo atual seria forjada em referência à figura do indivíduo, que segundo Eder Fernandes Monica, pode ser entendido como os seres humanos que seriam compreendidos a partir de suas características universais, com elementos que definiriam sua essência humana. (PELT, 2022, p. 75)

Essa compreensão de características universais e elementos definidores da essência humana, seriam forjadas pelos componentes de uma estrutura societal que deveriam ser entendidas pelos indivíduos como dadas, “ahistóricas” e imutáveis, o ápice do argumento liberal de governo.

O sujeito de direito seria a consequência do reconhecimento e da sua recepção em uma determinada ordem jurídica, estando ele sujeito a ela para o exercício de seus direitos e cumprimento de seus deveres e responsabilidades. Daí advém a sujeição jurídica, que é a forma adotada pelos indivíduos para o estabelecimento de suas relações dentro de um sistema jurídico (PELT, 2022, p. 81-82).

A sujeição jurídica materializou a classificação dos indivíduos pelas classes dominantes e classes dominadas. Ao sujeitar-se a um poder estatal tendo sido

reconhecido como sujeito de direito, o indivíduo entende como seu o lugar a que para ele foi dado, e o seu “status de direito” prometido.

A matriz colonial de poder, então, se sustenta com o fundamento racial e patriarcal do conhecimento. A geopolítica e a “corpo-política”, entendida como a configuração biográfica de gênero, religião, classe, etnia e língua, da configuração de conhecimento, configurou a enunciação da epistemologia ocidental. (MIGNOLO, p. 6)

A construção de discurso legitimadores da colonização dos corpos, desde o início, foi instrumento utilizado pelos Estados Modernos. Foram construídos discursos colonizadores dos corpos homossexuais pela denominada ciência psiquiátrica. Vários textos europeus, e principalmente portugueses, ditaram as regras de como a sexualidade dos indivíduos deveriam ser tratadas no Brasil ao longo do século XIX.

Com a saída da homossexualidade do campo das patologias, criou-se a necessidade de sustentar o poder e o controle de outra forma. A homoafetividade foi então a forma de controle das sexualidades não hegemônicas. Os processos assimilacionistas, no entanto, mudaram. Agora, a sexualidade é controlada pelo conceito de família.

Por assimilacionismo, entende-se o predomínio e imposição de uma cultura sobre as demais, que pode acontecer no interior de uma comunidade política, e com relações internacionais. O fenômeno pode ocorrer por diversas causas: pelo entendimento de que uma certa cultura ou modo de vida é superior às demais, por entendimento de que a universalidade cultural seria necessária para a paz social, ou por uma consequência da atual economia de mercado globalizada, e para manter as atuais relações de poder, sujeição e colonização (FERNANDEZ, 2003, p. 410).

Intuindo a eliminação de qualquer diferença do padrão imposto como ideal, o assimilacionismo pode se dar de forma autoritária e explícita, ou de formas suaves e sutis de homogeneização cultural (FERNANDEZ, 2003, p. 411).

Roger Raupp Dias designa o conceito de assimilacionismo familista. Para ele, os direitos sexuais são a concretização dos direitos fundamentais na esfera da sexualidade do indivíduo, e seu âmbito não se confunde, nem mesmo se limita a agrupamentos familiares. Dessa forma, a liberdade sexual e o seu conteúdo jurídico vão muito além dessa possibilidade de manter a vida familiar com outro ser do mesmo gênero. O direito de liberdade sexual inclui a esfera da intimidade que independe da conjugalidade familiar, como a busca do prazer sem qualquer projeto e/ou intuito de

constituição de família, a prática sexual simultânea com mais de um parceiro, práticas sexuais consideradas não convencionais, etc. (RIOS, 2013, p.14-15)

O assimilacionismo familista ocorre com a leitura apressada e conservadora, condicionando, por técnicas processuais, a compreensão de direitos sexuais à pura convivência familiar. O fenômeno ocorre pela conjugação de duas ideologias:

Esta tendência se caracteriza pela conjugação de duas ideologias: o assimilacionismo (onde membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotam padrões oriundos de grupos dominantes, em seu próprio detrimento) e o familismo (aqui entendido como tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória). (RIOS, 2013, p.15)

A manifestação do fenômeno, no campo da diversidade sexual, se manifesta pela legitimação da homossexualidade com a reprodução dos modelos aprovados pela heteronormatividade. A hipótese de Rios é a que as sexualidades não hegemônicas somente seriam aceitas desde que não acrescente ou questione os padrões impostos pelo arquétipo heterossexual hegemônico. (RIOS, 2013, p.15)

A própria identificação do afeto, como o princípio integrante dos vínculos familiares, seria uma função anestésica e palatável para a diversidade sexual – às normas e padrões da heterossexualidade – serem aceitas sem questionamentos. Ela serve como uma justificativa, e ao mesmo tempo, como um mecanismo de anulação de práticas e preferências sexuais não hegemônicas, que saem e diferem da higienização dos sentimentos realizados pelos discursos afetivos. (RIOS, 2013, p.16)

O termo homoafetividade seria uma expressão familista, que é repleta de conteúdos conservadores e discriminatórios, para a purificação da sexualidade que antes era reprovada. O discurso que foi construído cria mecanismos para a higienização de conteúdos negativos que estariam ligados às sexualidades não hegemônicas, como a promiscuidade e a falta de seriedade. (RIOS, 2013, p.16)

As demandas relativas às orientações sexuais que fogem do padrão heterossexual, somente seriam bem-sucedidas pelo uso dos argumentos do Direito de Família.

Não é difícil perceber que, em muitos casos, o sucesso de demandas relativas à orientação sexual valeu-se de argumentos de direito de família, o que se manifesta de modo cristalino pela extensão do debate jurídico - nos tribunais e naqueles que se dedicam a estudar direitos sexuais - acerca da qualificação das conjugalidades homoeróticas. Ao discutir-se sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum associar-se de modo necessário o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua

personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual. É o que sugere, por exemplo, a leitura de precedentes judiciais que deferem direitos ao argumento de que, afora a igualdade dos sexos, os partícipes da relação reproduzem em tudo a vivência dos casais heterossexuais - postura nitidamente nutrida na lógica assimilacionista. (RIOS, 2013, p.17)

O reconhecimento dos direitos depende da satisfação desses requisitos, que são elencados nos discursos construídos para a sua aceitação. O comportamento adequado, a aprovação social, a reprodução de uma ideologia familista, a fidelidade conjugal e os papéis definidos pelos gêneros impostos. (RIOS, 2013, p.17)

A dificuldade entraria na resistência dos juristas em lidar com temas como a prostituição, travestilidade, liberdade sexual etc.

Como acima dito, a formulação de expressões, ainda que bem intencionadas, como "homoafetividade", revela uma tentativa de adequação à norma que pode revelar uma subordinação dos princípios de liberdade, igualdade e não discriminação, centrais para o desenvolvimento dos direitos sexuais a uma lógica assimilacionista, o que produziria um efeito contrário, revelando-se também discriminatória, pois, na prática, distingue uma condição sexual "normal", palatável e "natural" de outra assimilável e tolerável, desde que bem comportada e "higienizada". A sexualidade heterossexual não só é tomada como referência para nomear o indivíduo "naturalmente" detentor de direitos (o heterossexual, que nunca necessitou ser heteroafetivo para ter direitos reconhecidos), enquanto a sexualidade do homossexual é expurgada pela "afetividade", numa espécie de efeito mataborrão. (RIOS, 2013, p.17)

O assimilacionismo familista pode ser conceituado como a modalidade de discurso judicial que subordina o reconhecimento dos direitos sexuais a um enquadramento familiar e conjugal institucionalizado pela heterossexualidade. (COACCI, 2015, p. 72)

Thiago Coacci, em sua pesquisa tentou, utilizando-se dos conceitos trazidos por Roger Raupp Rios, responder se o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo gênero não seria o momento de se repensar o Direito de Família, e não simplesmente repetir os modelos tradicionais de família, casamento e união estável. Para ele, a cada vez que o afeto era presente nos discursos, a força da sexualidade ia desaparecendo. (COACCI, 2015, p. 75)

O objetivo da criação, então, seria para amenizar o "pânico moral-social" para com o casamento entre pessoas do mesmo gênero, intentando a purificação, higienização e normalização da homossexualidade, resultando em um reconhecimento bastante seletivo de determinadas uniões. (COACCI, 2015, p. 76)

O dispositivo da sexualidade opera agora pela determinação do reconhecimento de determinadas formas de união entre pessoas, e o Estado estaria atuando na estimulação e controle de uniões sexuais, no exercício dos afetos e subjugando as práticas sexuais não desejadas. (COACCI, 2015, p. 76)

O assimilacionismo familista embasa-se nos conceitos traçados pela Teoria Queer, de heterossexualidade compulsória e performatividade de gênero. A performatividade, de acordo com o conceito cunhado por Judith Butler, diz respeito às operações através das quais o sujeito é constituído, os processos de identificação. Criticando o trabalho de Foucault, Butler traz a capacidade de produção de sujeitos a partir de discursos, com a construção política do sujeito a certos objetivos de legitimação e de exclusão. (BUTLER, 2018, P. 19)

A heterossexualidade compulsória leva em conta a regulação do gênero de forma binária, sendo o próprio desejo homossexual fenômeno que transcende as categorias do sexo, que é controlado, apagado e obscurecido por meio de práticas que o contestaria. (BUTLER, 2018, P. 49-50)

A recorrência aos conceitos do direito de família mais tradicionais para a legitimação das uniões não heterossexuais, entender-se-ia pela fragilidade dos princípios da autonomia individual, da dignidade humana e da privacidade do sistema jurídico. (RIOS E OLIVIERA, 2012, p. 260)

O fenômeno também é designado por alguns autores como a Homonormotividade. Clavel relata que ela é um conceito cunhado para se referir a constituição de um modelo normativo hegemônico do sujeito homossexual, dentro de um processo de normalização da “questão homossexual nas sociedades ocidentais”. (CLAVEL, 2015, p.138)

Trata-se de uma tradução da forma de vida e das relações efetivadas dos heterossexuais para os homossexuais. O modelo determina um sujeito ideal de direitos, por via do assimilacionismo, eliminando todo aquele que fuja da pretendida “normalidade”. A imagem do “modelo homonormativo” é uma nova fonte de geração de exclusão e desigualdades. (CLAVEL, 2015, p.138)

2. DECISÕES SOBRE A CONJUGALIDADE IGUALITÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E NA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE

Analisando os movimentos LGBTQIA+ no Brasil e nos Estados Unidos, percebe-se um discurso militante que se transformou substancialmente ao longo do tempo, adequando-se a um contexto cada vez mais jurídico e encaixando-se na tradição liberal moderna. Com a crescente expansão do princípio democrático, verificou-se a institucionalização do direito na vida social e o conseqüente rompimento da distinção entre relações públicas e privadas. Provocou-se a publicização das relações privadas que passaram a ser mediadas por instituições políticas democráticas, bem como a judicialização das relações políticas das pautas LGBTQIA+ (VIANNA, 1999, p. 16/17).

Esse reconhecimento de direitos diretamente interligado aos movimentos sociais foi proporcionado por um processo de judicialização das demandas que envolvia a disputa de diversos significados constitucionais. Os movimentos pró LGBTQIA+ - e os contrários na mesma medida -, começaram a judicializar as demandas para que as suas intenções fossem analisadas pelo Poder Judiciário, o responsável por dar forma à interpretação constitucional (CARDINALI, 2017, p.45).

O processo de judicialização das demandas do movimento LGBTQIA+ reduziu, em certa medida, a potencialidade de transformação cultural na criação de novos direitos e na extensão daqueles que foram negados aos que eram considerados “dissidentes sexuais”. O movimento abriu mão de parte dos “efeitos práticos e simbólicos significativos no universo difuso da batalha cultural pelas mudanças na visão de mundo de uma sociedade” (CARDINALI, 2017, p.44).

Embora em um primeiro momento o movimento tenha elaborado as demandas de uma forma desconexa e fluída, entendendo o movimento LGBTQIA+ como uma forma de “afrente cultural” ao sistema vigente, ao longo dos anos o diálogo com as forças estatais foi tomando forma e as demandas foram formuladas sob a tradição dos Direitos Fundamentais. Cedeu-se da autonomia e potencialidade de disrupção, para a estratégia de utilização da retórica jurídico-constitucional na construção e na defesa das reivindicações (CARDINALI, 2017, p.44), dentro dos parâmetros liberais do sistema jurídico ocidental.

Ao longo da análise das decisões de ambos os países, os ministros e *Justices* utilizam-se de vários termos para identificar a conjugalidade igualitária. No Brasil, fala-se de “homossexualidade”, “homossexualismo”, “casamento homossexual”,

“casamento homoafetivo”, dentre outros. Nos Estados Unidos, o termo mais utilizado pelos *Justices* foi o “*same-sex marriage*”, que a tradução literal utilizada foi “casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Dessa forma, destaco que optei por utilizar, conforme já explanado, é o de conjugalidade igualitária. Todos os outros termos que são utilizados neste capítulo, foram transcrições literais de sua utilização nas decisões, que foram mantidas para demonstrar a real intenção dos votos.

2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1.1 A estrutura, organização e o processo deliberativo/decisório da corte

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) foi criado em 1890, por meio do Decreto nº 510/1890, que publicou a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, mais conhecido como “Constituição Provisória”. O referido Decreto foi responsável pela introdução no Brasil do controle judicial de constitucionalidade das leis (BRASIL, 1890).

As competências da Corte Constitucional Brasileira são taxativamente descritas no artigo 102 da Constituição Federal. No que tange ao controle de constitucionalidade, compete ao STF o processamento e julgamento das ações de controle de constitucionalidade em caráter abstrato originalmente¹⁸, bem como o julgamento em recurso extraordinário de questões que contrariem dispositivos da constituição, podendo declarar a inconstitucionalidade de tratado, lei federal, ou lei/ato de governo local em face da Constituição ou lei federal.

Desde a sua criação, o número de Ministros da Corte já variou consideravelmente. A Constituição de 1891 previa 15 Ministros em seu artigo 56, e atualmente a Corte conta com 11 Ministros, pelo texto da Constituição de 1988¹⁹. O procedimento de nomeação, ao contrário da quantidade de Ministros, foi praticamente inalterado desde 1891. Os Ministros devem ser nomeados pelo Presidente da República e depois aprovados por maioria absoluta pelo Senado Federal, por 2 etapas principais. No Senado, em primeiro lugar, realiza-se uma audiência, popularmente

¹⁸ As formas de acesso ao Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade serão descritas no item 2.1.2.

¹⁹ Atualmente, os ministros do STF são: 1. Ministro Luiz Fux (Presidente); 2. Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente); 3. Ministro Gilmar Mendes (Decano); 4. Ministro Ricardo Lewandowski; 5. Ministra Carmén Lúcia; 6. Ministro Dias Toffoli; 7. Ministro Roberto Barroso; 8. Ministro Edson Fachin; 9. Ministro Alexandre de Moraes; 10. Ministro Nunes Marques; 11. Ministro André Mendonça.

conhecida como “sabatina”, oportunidade a qual o nomeado responde pergunta das senadoras e senadores. Após, a decisão é tomada por votação secreta, com a decisão final sendo tomada pelo plenário (SILVA, 2021, p.498).

Os Ministros do STF exercem as funções inerentes ao cargo até a sua aposentadoria voluntária ou compulsória (aos setenta e cinco anos de idade), ou excepcionalmente se destituídos em caso de *impeachment*, de acordo com o artigo 52, II da CF/88. Os Ministros possuem as mesmas garantias de todos os membros da magistratura e as mesmas vedações. São a eles garantidos a vitaliciedade e a inamovibilidade e a todos é proibido exercer outro cargo ou função, salvo a de magistério (BRASIL, 1988).

A pessoa indicada para o Supremo deve satisfazer algumas condições formais e substanciais para o cargo, descritas na Constituição Federal. Os artigos 12 e 101 descrevem que o indicado ou indicada devem ter: ser brasileira nata, ter entre 35 e 65 anos de idade, e possuir “notável saber jurídico e reputação ilibada” (BRASIL, 1988).

De acordo com o Regimento Interno do STF, o Tribunal é composto por 3 órgãos internos de deliberação: O plenário, as turmas e o Presidente, cada qual com suas atribuições e competências específicas (BRASIL, 2020, p. 22). O Presidente, segundo o Regimento, é escolhido por eleição dentre seus pares, possuindo mandato por dois anos, e sendo vedada a reeleição. Porém, a prática é diferente do que está regimentado. Há um sistema informal vigente no tribunal onde o Presidente que será eleito é sempre o ministro com maior tempo de serviço (SILVA, 2021, p.503).

Dentre suas atribuições, que podem ser conferidas no artigo 13 do Regimento Interno, é o Presidente do Tribunal quem define a pauta de julgamento do órgão julgador, decidindo monocraticamente o que será julgado, e quando tal assunto irá a plenário - o que interfere diretamente nos pleitos e nas ações de direito que serão discutidas pelos ministros -.

Com relação às turmas, o STF é dividido em duas turmas de cinco ministros cada, não participando de nenhuma delas o Presidente. A repartição das competências entre as turmas, e entre as turmas e os plenários, são designadas dos artigos 9 a 11 do Regimento Interno. Tal repartição é complexa, não segue critérios objetivos e identificáveis, e corresponde a uma decisão política sobre a organização do tribunal (SILVA, 2021, p.502).

Já o plenário, que é o órgão que reúne os onze ministros e decide coletivamente sobre as competências definidas nos artigos 5º, 6º e 7º do Regimento Interno, é o

responsável por julgar e decidir as ações de controle abstrato de constitucionalidade - apesar de não constar tal competência no Regimento Interno -.

A razão pela qual o julgamento das ações de controle concentrado não aparece como competência do plenário do STF pode ser explicada pelo fato de que à época que o Regimento Interno vigente foi elaborado (1980), tais ações não existiam, vindo a serem criadas pela Constituição Federal de 1988. Porém, esta razão cronológica não é suficiente para explicar tal omissão. O Regimento Interno do Tribunal foi editado por 57 vezes após a promulgação da Constituição de 1988 por emendas regimentais (SILVA, 2021, p.501).

As sessões de julgamento do STF são públicas, de acordo com o disposto no art. 93, IX da Constituição. A corte é a única do planeta que televisa, na íntegra, as decisões em sede de plenário, e que dispõe da forma como decide e procedimentaliza os julgamentos, decisões e acórdãos (VIEIRA; FILHO, 2020, p.12).

Apesar de o plenário ser órgão onde participam todos os ministros da Corte, somente oito deles necessitam de estar presentes para que ocorra um julgamento de uma ação concentrada de constitucionalidade, sendo que decisões que emanam a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda assim necessitam do voto de 06 ministros da corte para serem válidas, posto a exigência constitucional de maioria absoluta do tribunal, de acordo com o art. 97 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Quando a ação é protocolada no tribunal, esta é distribuída a um relator, que é escolhido por sorteio. Este ministro irá ser responsável por escrever um relatório, e um voto, com as suas razões de decidir, que somente serão disponíveis aos outros ministros no momento de sua leitura no julgamento.

Após o relatório e o voto estarem finalizados, a ação será liberada para inclusão na pauta de julgamento pelo Presidente da corte. Este requisito acaba por se tornar um segundo poder de agenda, pois a corte não possui nenhum limitador entre o tempo de distribuição da ação e a finalização do relatório e o voto (SILVA, 2021, p.505).

Após as etapas supramencionadas, a ação é levada a julgamento. Na sessão, os ministros lêem seus votos, escritos previamente, em ordem inversa de antiguidade, restando o Presidente por último (BRASIL, 2020, p. 88).

As decisões da corte constitucional brasileira são tomadas com base na soma dos votos dos ministros. O órgão brasileiro não exaure decisões coletivas²⁰. “A forma

²⁰ Com exceção das teses sobre repercussão geral, que foram práticas recentes do STF.

para decidir adotada pela corte é conhecida como *seriatim*, e se contrapõe ao que se costuma chamar de processo decisório *per curiam*, no qual as decisões são tomadas de forma coletiva” (SILVA, 2021, p.505). O acórdão – resultado do julgamento -, constitui o documento que reúne os votos escritos dos ministros, que podem ou não serem unânimes.

Tal qual será analisado neste capítulo na ADIN 132 e ADPF 4277, uma decisão pode ser unânime e conter votos individuais com argumentações, metodologias e fundamentos diferentes para cada julgador.

Inexiste norma ou mecanismo na corte que obrigue os ministros a votarem – ou a concordarem nas “razões de decidir”. O acórdão das ações de controle de constitucionalidade, como das outras ações de competência da corte constitucional brasileira, somente agrupa as opiniões dos ministros, e por vezes não há nem mesmo uma *ratio decidendi*, publicizando a pragmatização do STF.

Na práxis, o acórdão do STF é um documento confuso, normalmente longo, que carece de unidade, composto apenas da ementa de decisão, dos votos de todos ou de parte dos ministros [como veremos, não há uniformidade nem neste aspecto, nem explicação ou justificativa para tal], das transcrições dos debates que aconteceram durante o julgamento e do extrato das atas. A unidade é forjada, em nível muito superficial e sem maiores preocupações, por um cabeçalho que enumera todo o documento e enuncia tratar-se do “inteiro teor do acórdão”.

A ficção, portanto, nunca se opera. O STF nunca “fala”, mas apenas falam os seus ministros. Ademais, os acórdãos “podem”, sem maiores justificativas técnicas, “não disponibilizar” o voto de um Ministro que, entretanto, “consta” na ementa como tendo participado e votado na decisão. (VIEIRA; FILHO, 2020, p.1096)

Ao contrário da cultura dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos da *Common Law*²¹, que desde o seu nascimento na Inglaterra na primeira revolução burguesa, onde a jurisprudência constitui a maior fonte de direitos e segurança jurídica, o Brasil recentemente começou a se atentar e a produzir trabalhos de análise dos processos decisórios nos tribunais.

Como observaram Arguelhes e Ribeiro (2018), na última década se consolidou, na literatura, um importante conjunto de trabalhos dedicados à análise dos processos decisórios no Supremo Tribunal Federal, de regra relacionando-os ao debate mais amplo sobre a legitimidade de uma corte constitucional num regime democrático. Para Rodriguez, “a corte decide por agregação de opiniões sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação”

²¹ A *Common Law* é adotada por praticamente todos os países que foram colônias da Coroa Britânica, entre eles: Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Índia e Austrália.

(Rodriguez, 2013, p. 83). E como é usual que todos os ministros se pronunciem e construam sua própria argumentação, sobretudo em casos mais complexos, o resultado é que a corte opera apenas na parte dispositiva da decisão [se condena ou não condena, se concede ou não concede, se declara inconstitucional ou não etc.], mas não no campo argumentativo, ou seja, da justificação ou razão de decidir. Não há votação no campo argumentativo, mas apenas na parte dispositiva. (VIEIRA; FILHO, 2020, p.1098)

A seguir, serão analisadas as modalidades de acesso à Corte Brasileira para o julgamento de ações de controle de constitucionalidade. Após, será realizada uma análise descritiva do acórdão resultante do julgamento das 2 ações de controle concentrado de constitucionalidade atinentes à permissiva da conjugalidade igualitária no Brasil.

2.1.2 O acesso à Corte Constitucional Brasileira: Controle concentrado e difuso de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 possibilita o ingresso ao STF para julgamento sobre questões de controle de constitucionalidade por duas formas: O Controle de Constitucionalidade Concentrado, inspirado no modelo austríaco de Hans Kelsen, e o Controle de Constitucionalidade Difuso, influência do modelo americano.

O modelo de controle concentrado adotado pelo sistema brasileiro aquele descrito no *caput* do artigo 102 da Constituição Federal. No Brasil, ele é usualmente exercido de forma abstrata, entretanto é possível observar duas exceções, em que o controle concentrado é exercido de forma concreta, com a utilização da ADI interventiva e ADPF incidental.

O controle concentrado de forma abstrata é o controle exercido em tese, com a fiel finalidade de proteção da ordem constitucional. Não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial, sendo exercido através de processos objetivos. A Constituição prevê ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade, sendo elas: 1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); 2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO); 3. A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e 4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (BRASIL, 1988).

O rol de legitimados para propor uma ação de constitucionalidade perante o STF está descrito no artigo 103 da Constituição Federal. Podem propor uma ação de controle de constitucionalidade o Presidente da República, as Mesas do Senado

Federal, a Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas dos Estados, os Governadores de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe com âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Para a propositura de uma ação de controle de constitucionalidade, os legitimados deverão demonstrar, em cada ajuizamento, o interesse específico na demanda, um requisito criado jurisprudencialmente pela corte, denominado de pertinência temática. Logo após a propositura, é realizada a aferição da legitimidade e pertinência temática da matéria discutida²².

Em regra, as decisões de controle de constitucionalidade na forma concentrada abstrata possuem eficácia *ex tunc, erga omnes*, e vinculante para todo o Poder Judiciário. Entretanto, de acordo com o art. 27 da lei 9868/99, a corte pode atribuir a modulação dos efeitos da decisão, restringindo-os para que só tenham eficácia a partir do trânsito em julgado ou de momento a ser fixado – desde que fundamentado por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social -(BRASIL, 1999).

Já o controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal a decidir sobre a constitucionalidade de uma questão. Quando verificada uma incompatibilidade da norma perante a Constituição Federal em um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade se dará de forma incidental. Neste modelo, é o direito individual e/ou coletivo que está em discussão, e a questão da constitucionalidade é arguida de forma incidental, como causa de pedir, não sendo o objeto do pedido.

Todos os órgãos do Judiciário Brasileiro são competentes para a declaração incidental de inconstitucionalidade. Porém, existem alguns requisitos a serem cumpridos para os tribunais de 2º grau e os tribunais superiores. Os tribunais devem sujeitar a matéria ao princípio da reserva de plenário, descrito no artigo 97 da Constituição. É vedado aos órgãos fracionários (câmaras e turmas) a declaração de inconstitucionalidade. Dessa forma, caso o órgão fracionário entenda pela inconstitucionalidade de uma lei, este deverá lavrar um acórdão descrevendo o seu entendimento e encaminhá-lo para uma decisão colegiada no plenário (BRASIL, 1988).

²² Em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras Unidades da Federação, o Governador há de demonstrar a pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado. [ADI 2.747, rel. min. Marco Aurélio, j. 16-5-2007, P, DJ de 17-8-2007.]

O controle incidental de constitucionalidade no Brasil pode ser exercido em relação às normas emanadas dos três níveis de poder, em qualquer hierarquia, e inclusive anteriores à Constituição Federal.

O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza. (BARROSO, 2016, p. 83)

Os efeitos da decisão serão de eficácia *ex tunc* – podendo o STF por dois terços de seus membros modular os efeitos da decisão -. A decisão não possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública – ressalvados os casos julgados em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral²³, e somente alcança as partes do processo²⁴. Como o que se busca no controle incidental é o simples afastamento da aplicação da lei ao caso concreto, será somente para as partes que o juízo decidirá a questão suscitada. A decisão de inconstitucionalidade não fará com que a legislação declarada inconstitucional seja retirada e inaplicada em outros casos.

2.1.3 Conjugalidade igualitária no STF: ADIN 4.277 e ADPF 132

A primeira vez em que o STF se deparou com a temática da conjugalidade igualitária foi no ano de 2003, na petição nº 1984, da Ação Civil Pública de nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada no Rio Grande do Sul. Na ação, o INSS requereu a suspensão dos efeitos da liminar deferida, que se atribuiu a obrigação do reconhecimento para fins previdenciários de pessoas do mesmo gênero como companheiros. O Ministro Marco Aurélio em 2003, como Presidente da Corte, manteve os efeitos da decisão liminar da ação coletiva (BRASIL, 2012).

Em 2006, o Supremo foi provocado novamente para se manifestar a respeito da temática. A ADI nº 3300 requeria, em medida cautelar, o reconhecimento da

²³ O Recurso Extraordinário é previsto no art. 102, III da CF/88 e artigo 1029 e seguintes do Código de Processo Civil.

²⁴ Existem duas hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade: A resolução do Senado Federal (artigo 52, X, da CF/88), e a aprovação de Súmula Vinculante pelo STF.

inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei de nº 9278/96, que limitava a figura da união estável aos casais heterossexuais. O Ministro Celso de Mello entendeu que a lei estava revogada pelo Código Civil de 2002, já vigente à época. Na oportunidade, o ministro deixou claro seu entendimento no sentido de que as uniões entre homossexuais deveriam ser reconhecidas da mesma forma de uniões heterossexuais (BRASIL, 2006).

Por fim, a temática voltou a ser discutida na corte em 2011, quando o STF reconheceu a legitimidade constitucional da conjugalidade igualitária, em decisão em conjunto no dia 05 de maio na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277.

A primeira, a ADPF 132, foi proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, perante a interpretação que foi conferida pelos tribunais inferiores aos incisos II e V do art. 19 (Licença por motivo de doença em pessoa da família e para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional) e aos incisos I a X do artigo 33 (Providências e Assistências aos funcionários e sua Família), do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, que reduzia os direitos de pessoas homossexuais. Na ação, os petionários arguíram que foram violados os princípios da igualdade, liberdade, segurança jurídica, razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, e requereram a “aplicação do método analógico de integração do Direito, equiparando as “uniões estáveis homoafetivas” às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente” (BRASIL, 2011, p.9-17).

Já a ADI 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, objetivou que o STF declarasse “que é obrigatório o reconhecimento no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos para a constituição da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo” (BRASIL, 2011, p.9-17). Argumentou-se, de igual forma à ADPF, a infração aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações odiosas, liberdade, e segurança jurídica.

Julgadas em conjunto, a ADPF foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, e a ambas foi dado provimento de forma unânime pela Corte²⁵

²⁵ Uma das consequências do sistema de deliberação externa e construção agregativa adotada pelo STF é a possibilidade de uma decisão com a mesma solução e com diferentes argumentações. “As

– ressalvado o impedimento do Ministro Toffoli (que já havia dado parecer positivo sob o tema como Advogado-Geral da União) e ausência da Ministra Ellen Gracie -, interpretando o artigo 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal e reconhecendo a união “homoafetiva” como família (BRASIL, 2011, p.2-10).

À época, o feito ganhou grande repercussão, disseminando o termo “casamento homoafetivo” cunhado por Maria Berenice Dias, e tido como marco teórico dos ministros em seus longos votos. O resultado do julgamento foi pela existência de uma mesma entidade familiar - união estável - que serviria tanto para casais heterossexuais quanto para casais “homoafetivos”, com uma interpretação superadora da literalidade, onde o artigo 226 da Constituição traria um rol exemplificativo, e não taxativo (BRASIL, 2011, p.53).

Apesar da decisão ter sido unânime, como já ressaltado anteriormente, uma das consequências do sistema de construção argumentativa dos acórdãos emanados pela Corte Brasileira é que os ministros concluíram uma decisão em razões dos mais distintos fundamentos e métodos interpretativos. Por esta razão, a análise de uma decisão se torna a análise de nove decisões diferentes, cada uma com seus próprios caminhos metodológicos e argumentativos.

No que concerne aos efeitos e abrangência da decisão, os votos podem ser divididos em dois grupos. O grupo majoritário, formado pelos ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, entendem pela interpretação conforme do artigo 1723 do Código Civil, pelo reconhecimento da união homossexual como uma entidade familiar e pela disciplina normativa idêntica das uniões heterossexuais. O primeiro grupo entende que subsiste somente uma entidade familiar, para casais do mesmo gênero e casais de gêneros diferentes.

Já o segundo grupo, a corrente minoritária composta dos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluzo, entendem pela impossibilidade da interpretação conforme, tendo em vista a reprodução pelo artigo 1723 do Código Civil do artigo 226 da Constituição. Nesse sentido, firmaram posicionamento de considerar as uniões homossexuais como uniões estáveis, desde que reconhecidas como outro

decisões do STF sobre direitos – mesmo quando unânimes – na verdade escondem um agudo desacordo entre os Ministros sobre como interpretar a igualdade e como interpretar o papel da suprema corte em nossa separação de poderes” (“*STF rights decisions – even when unanimous – in fact hide an acute disagreement among Justices on how to interpret equality, and on how to interpret the role of the apex court in our separation of powers*”; (AMPARO, 2015, p.5).

tipo de entidade familiar, aplicando-lhe, por interpretação analógica, o mesmo regramento das uniões estáveis heterossexuais, no que for cabível.

No presente capítulo, realizarei uma análise descritiva de cada voto, intentando identificar as razões de decidir de cada ministro e qual foi a argumentação utilizada por cada um deles. Tal análise subsidiará a análise de discurso realizada no terceiro capítulo, que perpassará os argumentos por categorias, tentando identificar os assimilacionismos presentes em cada voto.

2.1.3.1 Ministro Ayres Britto (Relator)

Analisando o voto do Ministro relator, preliminarmente o ministro entendeu pela perda de objeto parcial da ADPF 132, vez que a legislação estatutária pré-constitucional cuja interpretação se questionava, já havia sido reformada por meio da Lei Estadual nº 5034/20077, contemplando as uniões homossexuais (BRASIL, 2011, p.19). Todavia, Ayres Britto julgou que a ADPF englobava os argumentos da ADI 4277, razão a qual converteu a ação em uma ADI, entendendo estar cumprido o requisito de pertinência temática do Governador do Estado em relação aos direitos do funcionalismo estadual (BRASIL, 2011, p.21).

Após as questões preliminares, o Ministro já emite sua decisão de que merecem guarida os pedidos formulados em ambas as ações, justificando que na própria constituição encontrariam-se as respostas para o tratamento jurídico que deveria ser conferido às “uniões homoafetivas” que se caracterizem por “durabilidade, conhecimento do público [...] e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família” (BRASIL, 2011, p.21).

Logo de início, o Ministro identifica que o termo “homoafetividade”, que na ação seria utilizado para a identificação de “afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo”, não constava nos dicionários, e atribui a autoria para a desembargadora Maria Berenice Dias, que em seus estudos designa o termo cunhado para o “enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos” (BRASIL, 2011, p.23).

Conceitua a conjugalidade igualitária como “união essencialmente afetiva ou amorosa”, envolta de um “voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro”, utilizando da passagem de Platão que diz “quem não começa pelo amor

nunca saberá o que é filosofia” e de Max Scheler, que ressalta que “o ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante” (BRASIL, 2011, p.23).

Posta a classificação de uma “união homoafetiva” à visão do ministro, esta passa a análise do significado constitucional da vedação a discriminação em razão do vocábulo “sexo”, disposto no artigo 3º, IV da CF/88. Para tanto, incorpora a “conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher” (BRASIL, 2011, p.24), para o reconhecimento de que a Constituição pretende a vedação de tratamento discriminatório em razão do sexo dos seres humanos, utilizando da sua doutrina de “constitucionalismo fraternal”²⁶ para defender a plena aceitação de um pluralismo sócio-político-cultural. Logo após, utiliza da interpretação de John Rawls da concepção de um “princípio da diferença” para a superação de relações historicamente servis ou de verticalidades sem causa (BRASIL, 2011, p.25).

Entendendo que não se é “mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada” (BRASIL, 2011, p.26), toma a conformação anátomo-fisiológica entre o homem e a mulher, a partir dos respectivos órgãos genitais, e defende o direito como uma técnica de controle social, declarando o intencional silêncio da Constituição Brasileira quanto à ideia de sexo entendida como a sexualidade.

Apropriando-se dos preceitos trazidos por Hans Kelsen da norma geral negativa, o ministro declara que o uso do sexo nas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica devem ser submetidos à norma que disserta que “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Nesse sentido, a “preferência” ou “orientação” – como taxativamente trazido pelo ministro -, seriam abrangidas pela autonomia da vontade e liberdade individual, excepcionalmente reguláveis pelo direito (BRASIL, 2011, p.28).

O Ministro entende o “sexo” das pessoas como um “todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado” (BRASIL, 2011, p.29), e a sexualidade como um instituto autonomizado jurídico, e um “bem da

²⁶ O Ministro entende o conceito de “Constitucionalismo fraternal” como um instituto “que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”, a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral”. (BRASIL, 2011, p.25). Para saber mais, conferir o capítulo VI da obra: BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

personalidade”, como um elemento da compostura anímica, psicofísica, e de sua identidade individual.

Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. (BRASIL, 2011, p.30)

Logo após, continua seu voto ressaltando que a “preferência sexual” do indivíduo se põe como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, e abrange o caminho da felicidade, sendo que as pessoas de “preferência homossexual”, só poderiam ser felizes “homoafetivamente”. Ayres Britto chega a identificar que o Século XXI se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade” (BRASIL, 2011, p.31).

A partir dessas premissas, analisa o tratamento constitucional da família, e se a constituição sonegaria aos “parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo [...] dos casais heteroafetivos” (BRASIL, 2011, p.32).

Para Ayres, a família é uma “complexa instituição social”, e o “principal lócus da concreção dos direitos fundamentais” pouco importa se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por “casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas” (BRASIL, 2011, p.37). Para tanto, entende que os dispositivos constitucionais não atrelam a formação da família a casais heteroafetivos a formalidades cartorárias, ou a celebrações civis ou liturgias religiosas. Dessa forma, a família sentido uma entidade, base da sociedade, como instrumento “estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada” (BRASIL, 2011, p.39), não possui nenhum significado ortodoxo ou de técnica jurídica trazido pela constituição.

Em sua conclusão, defende a interpretação de forma não reducionista do conceito de família e a proposição de isonomia entre os “casais heteroafetivos e pares homoafetivos”, para o direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Ayres Britto decide que os institutos derivados do artigo 226 da CF/88, como o casamento civil, não deveriam ser interpretados de forma reducionista, sob pena de ser “o modo mais eficaz de tornar a constituição ineficaz. (BRASIL, 2011, p.46), devendo ser entendidos os relacionamentos homossexuais como uma “nova família”, ou nova “entidade familiar” da constituição (BRASIL, 2011, p.47), que não devem

possuir distinção dos casais heterossexuais, nem mesmo nas possibilidades jurídicas para a adoção.

O ministro votou pelo reconhecimento da união contínua, pública e duradoura “entre pessoas do mesmo sexo” seguindo as mesmas regras e mesmas consequências da “união estável heteroafetiva” (BRASIL, 2011, p.49).

2.1.3.2 Ministro Luiz Fux

O ministro compartilhou do entendimento do relator no tocante às questões preliminares e a admissibilidade da ação. Logo após, na análise de mérito, iniciou o voto ressaltando que “a homossexualidade é um fato da vida” (BRASIL, 2011, p.59), que existem indivíduos que constituem relações afetivas, de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro, com pessoas do mesmo “sexo”, e que a homossexualidade seria uma “orientação e não uma opção sexual” (BRASIL, 2011, p.59).

Para ele, não importaria a origem da homossexualidade, se esta é genética ou social, mas o indivíduo seria homossexual simplesmente porque o é, não sendo ela uma ideologia ou uma crença. De forma semelhante ao relator, defende que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões “homoafetivas”, não existindo vedação às uniões por pessoas do mesmo gênero no direito brasileiro (BRASIL, 2011, p.60). Para tanto, embasa a sua fundamentação na busca pela identificação se a conjugalidade igualitária encontraria amparo da constituição e no direito infraconstitucional, e qual o tratamento jurídico a ser conferido para ela.

Fux dá início a sua argumentação ressaltando o papel contramajoritário do STF em relação ao direito de minorias e ao combate ao preconceito. Logo após, começa a discorrer sobre o conceito de família e de reconhecimento.

Para Fux, família é uma “garantia institucional”, que recebe proteção constitucional, e que não possui o condão de preservação do modelo tradicional biparental, com pai, mãe e filhos. Dessa forma, entende que não pode existir uma interpretação que amesquinhe o conceito de família.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os

une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional (BRASIL, 2011, p.64).

Ante ao conceito trazido, defende que não há distinção, do ponto de vista ontológico, das uniões estáveis “heteroafetivas e homoafetivas”, que também são incluídas no conceito constitucionalmente adequado de família, e merecem a proteção idêntica do Estado, de acordo com a ordem constitucional de que “todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito”, que segundo o ministro, segue a leitura moral da constituição propugnada por Ronald Dworkin (BRASIL, 2011, p.65).

Fux entende que a conjugalidade igualitária se enquadra na autonomia privada dos indivíduos concebida em uma perspectiva kantiana, onde o estado deveria garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Dessa forma, interpreta que o silêncio legislativo sobre as “uniões homoafetivas” seria um “juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual”, que demonstra o desprezo à dignidade dos indivíduos homossexuais²⁷(BRASIL, 2011, p.67-68).

No segundo ponto, cita Nancy Fraser para explicar a política de reconhecimento. Para ele, a conjugalidade igualitária deve ser permitida tendo em vista a “contribuição para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito” (BRASIL, 2011, p.69). Dessa forma, interpreta a ausência das vedações legais para o reconhecimento do relacionamento homossexual como catalisação da “clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência” (BRASIL, 2011, p.70). Nesse sentido, analisa a questão do reconhecimento como a concretização da segurança jurídica, pois envolve “certeza e previsibilidade”, fundamentando o reconhecimento na alegação de que a sociedade vem:

[...] ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se

²⁷ Fux lê a homossexualidade como elemento integrante da personalidade do indivíduo, embasando-se na obra de Gustavo Tepedino. Para saber mais, conferir: TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In Temas de Direito Civil. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48.

verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário (BRASIL, 2011, p.71)

Defendendo a interpretação da constituição e das leis de acordo com o momento histórico e atual estágio da sociedade, subsidiando-se na doutrina de Konrad Hesse, em A Força Normativa da Constituição, enquadra as “uniões homoafetivas” na moldura jurídica das uniões heterossexuais. (BRASIL, 2011, p.74)

Em suas argumentações finais, defende que o reconhecimento no caso concreto de uma “união estável homoafetiva” não prescinde da comprovação da “existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar” (BRASIL, 2011, p.74), posto que segundo ele, muitos relacionamentos homossexuais são mantidos em segredo.

O ministro realiza um aditamento ao voto, onde “romanticamente” argumenta que seria “importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível”. Após dizer que “por debaixo da nossa toga, também bate o coração de um homem, relata que o “homossexualismo é um traço da personalidade”, e que a impossibilidade de constituição da família por pessoas homossexuais, seria uma contribuição da intolerância e do preconceito da sociedade (BRASIL, 2011, p.82). Em uma tentativa de fornecer legitimidade para sua decisão, traz dados e episódios de violência contra a população LGBTQIA+.

2.1.3.3 Ministra Cármen Lúcia

A ministra Cármen Lúcia inicia citando Bobbio quando o autor diz que a época não é de conquistar novos direitos, mas de tornar efetivos os direitos conquistados. De encontro a premissa levantada, decide pela procedência das ações, e segue o entendimento do relator e do Ministro Fux.

Cármen Lúcia, como Fux, legitima a sua argumentação suscitando a manifestação dos preconceitos e atos violentos contra aqueles “que fazem a opção pela convivência homossexual” (BRASIL, 2011, p.89), afirmando que “a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima, e nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual” (BRASIL, 2011, p.90).

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito (BRASIL, 2011, p.90).

A ministra propõe a análise da “melhor interpretação do artigo 1723 do Código Civil” (BRASIL, 2011, p.91), juntamente com o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, considerando o quadro social contemporâneo, com vistas a diminuir as “reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas” (BRASIL, 2011, p.91).

Apoderando-se dos conceitos de José Afonso da Silva de hermenêutica constitucional, entende que a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os aspectos, incluindo o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem (BRASIL, 2011, p.93).

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo (BRASIL, 2011, p.94).

Entendendo a questão como um reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular, para escolher o seu modo de vida, a ministra fundamenta o voto sobre a escolha, a autonomia, e o expresso reconhecimento e resguardo constitucional da intimidade do indivíduo (BRASIL, 2011, p.96).

2.1.3.4 Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski é o primeiro a divergir do caminho hermenêutico apresentado pelo relator, interpretando que não haveria maneira jurídica de enquadrar a união homossexual em alguma entidade familiar disposta na Constituição.

Inicia suas considerações trazendo a noção de família das constituições anteriores a de 1988, sugerindo que todas tratam da ideia de família atrelado ao instituto do casamento (BRASIL, 2011, p.101). Adiante, relata que a CF/88 inova nessa questão, não vinculando o conceito de família ao matrimônio, e identifica três tipos de família constitucionalmente expostas: a constituída pelo casamento; a configurada pela união estável; e a família monoparental (BRASIL, 2011, p.102).

Entende o ministro que a definição de entidade familiar de união estável seria âmbito do direito infraconstitucional. Nesse sentido, não haveria maneira de enquadramento do relacionamento entre pessoas do mesmo em nenhuma das três hipóteses de família constitucionalmente trazidas. Lewandowski não concorda com

uma mutação constitucional ou interpretação extensiva do dispositivo constitucional que traz o conceito de família, julgando que mesmo com a competências dos juízes para utilizar das técnicas hermenêuticas de extrair o melhor sentido da lei, a interpretação jurídica não poderia transbordar os objetivos delineados nas normas (BRASIL, 2011, p.106).

Após as considerações, defende uma forma apropriada de enquadramento das denominadas “relações homoafetivas”. O ministro opta por criar um “quarto gênero”, não previsto no rol do artigo 226 da Constituição, e distinto daqueles que caracterizariam as uniões estáveis heterossexuais (BRASIL, 2011, p.107).

Nesse sentido, utiliza do caminho metodológico da analogia, ante a ausência de regramento legal específico, para estabelecimento de uma disciplina normativa mais próxima à espécie. Entende que a “união homoafetiva pública” deve ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, e deve-se empregar o instrumento metodológico da integração, para reger a realidade social superveniente a vontade do legislador constitucional. Para tanto, busca a doutrina de Konrad Hesse, para tratar da incorporação da realidade de que a constituição não a trata (BRASIL, 2011, p.111).

Conclui então pelo reconhecimento da “união estável homoafetiva”, pelo processo de integração analógica, criando outra espécie de entidade familiar, aplicando a ela as regra do instituto que é mais próximo – a união estável heterossexual -, nos aspectos em que são assemelhados, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem as relações homossexuais (BRASIL, 2011, p.112).

2.1.3.5 Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa inicia seu curto voto destacando o descompasso entre os fatos e o Direito, onde a realidade social seria incontestável da existência de “indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva”, que em nada difeririam das relações heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo “sexo” (BRASIL, 2011, p.117).

Apoia-se na “progressiva abertura da sociedade em reconhecer-lhes direitos”, para determinar que a Corte deve buscar na axiologia constitucional instrumentos para encerrar com “o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário (BRASIL, 2011, p.118).

A argumentação utilizada é a de que não existe no texto constitucional qualquer proibição ao reconhecimento jurídico das “uniões homoafetivas”, e que o seu reconhecimento emana do princípio da dignidade humana e da ideia de reconhecimento, ambas as temáticas advindas do “multiculturalismo”, conceito cunhado e desenvolvido por Ronald Dworkin, e tratado no Brasil principalmente por Daniel Sarmento (BRASIL, 2011, p.118). Conclui seguindo integralmente o voto do relator.

2.1.3.6 Ministro Gilmar Mendes

O segundo ministro a divergir da fundamentação trazida pelo relator e seguindo a posição do Ministro Lewandoswki é o Ministro Gilmar Mendes. Proferindo um extenso voto, destaca que o tribunal estaria dando uma “resposta de caráter positivo”, em detrimento a inércia do Congresso Nacional, que seria resultante da dificuldade do modelo representativo e do preconceito “que está presente numa parcela significativa da sociedade (BRASIL, 2011, p.123).

Gilmar Mendes identifica que a pretensão da ação teria base na tradição dos direitos fundamentais, a partir do ideal do direito de liberdade e igualdade, tendo o Estado um dever de proteção a esses direitos (BRASIL, 2011, p.125). Envolve a sua argumentação sob a interpretação por um texto constitucional aberto, contextualizando uma “lacuna de caráter axiológico”, onde a Corte Constitucional deveria atuar em uma perspectiva “estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível (BRASIL, 2011, p.130).

Ressalta que a utilização da interpretação conforme à Constituição poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da utilização da técnica, sendo esta somente admissível “se não configurar violência contra a expressão literal do texto” (BRASIL, 2011, p.147). Gilmar Mendes dedica seu voto quase por inteiro para explicar os caminhos metodológicos e as técnicas hermenêuticas que deveriam ser utilizadas na decisão da Corte, trazendo a experiência das Cortes Constitucionais Europeias em decisões interpretativas, e uma síntese histórica dos casos do próprio STF onde foram utilizadas interpretações conforme à Constituição para realizar “decisões manipulativas de efeitos aditivos” (BRASIL, 2011, p.151).

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao self restraint, por parte do Supremo Tribunal Federal, por

outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal (BRASIL, 2011, p.158).

O ministro entende que é pertinente o pleito trazido nas ações, decidindo que a Constituição não é excludente da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo gênero, “não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, §3º), mas com suporte em outros princípios constitucionais” (BRASIL, 2011, p.159).

Após externar a preocupação metodológica e interpretativa, defende que é “um fato da vida a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo” (BRASIL, 2011, p.162). Cita dados do Censo de 2010, que o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos à época, e ressalta a ausência de regulamentação normativa e a falta de um modelo institucional mínimo para tal (BRASIL, 2011, p.161-162).

Logo após, faz outra análise histórica dos projetos de leis e emendas à Constituição que foram apresentadas sobre o assunto, citando o Projeto de Lei (PL) nº 1151/1995, proposto pela Deputada Marta Suplicy, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 139/1995, a PEC nº 66/2003, a PEC nº 70/2003, o PL nº 2383/2003, PL6297/2005, PL 2285/2007, PL 4508/2008, PL 4914/2009 e o Projeto de Lei Complementar nº 122/2006 (BRASIL, 2011, p.163-165).

De acordo com o ministro, a recuperação legislativa para justificativa da necessidade de atuação do Poder Judiciário, tendo em vista que o Poder Legislativo há mais de 15 anos não conseguiu chegar a um consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação, se tornando uma matéria “delicada e tormentosa” (BRASIL, 2011, p.167).

O ministro adiciona outro tópico em sua fundamentação para demonstrar a necessidade de um aprofundado debate por meio do Direito Comparado. Cita dados mundiais de países no mundo onde o “homossexualismo” é penalmente reprimido, e justifica a decisão pela “tendência mundial na crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas” (BRASIL, 2011, p.168).

Para tanto, cita a experiência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que indicou os parâmetros para a aceitação da conjugalidade igualitária, da União Europeia, que incentivou os Estados-Membros a editar normas de proteção a esses

direitos, e a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da ONU, que é apoiada pelo Brasil (BRASIL, 2011, p.169).

Por fim, identifica que a falta legislativa permitiria o desenvolvimento de uma política pública, no “reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos”. De acordo com o ministro, não haveria o que se falar em ativismo judicial, mas sim de um “cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional” (BRASIL, 2011, p.171-172).

Enquadra a orientação sexual e afetiva como o exercício da liberdade fundamental, e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (BRASIL, 2011, p.172), de onde decorreria um dever de proteção estatal.

Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação (BRASIL, 2011, p.181).

Entende Gilmar Mendes que a Constituição protege a união estável entre o homem e a mulher, mas não negativa a proteção à união civil entre pessoas do mesmo gênero. Para tanto, se apropria da doutrina de Peter Häberle, na defesa de um Direito Constitucional como “pensamento jurídico do possível”, para realizar uma interpretação constitucional aberta, a qual teria como consequência uma teoria constitucional da tolerância (BRASIL, 2011, p.132).

O ministro conclui o voto ressaltando estar de acordo com o voto do relator enquanto o resultado do julgamento, e pontua que diverge em relação à fundamentação do voto, entendendo que a Corte deveria dispor de uma solução provisória, a partir da aplicação do pensamento do possível do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, para a proteção da união “homoafetiva” (BRASIL, 2011, p.195), limitando-se ao reconhecimento da existência entre pessoas do mesmo gênero por fundamentos jurídicos próprios.

2.1.3.7 Ministro Marco Aurélio

O voto do Ministro Marco Aurélio inicia com a demonstração da dificuldade hermenêutica da inclusão no regime da união estável heterossexual de situação não prevista pelo legislador constitucional. Logo no início, Marco Aurélio legitima o voto

pelo “preconceito vivido pelos homossexuais”, e cita o índice de homicídios decorrentes da homofobia.

Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais (BRASIL, 2011, p.202).

Logo após, defende a aplicação de um Direito com pontos de contato e aproximação da moral, com base na teoria de Hart. Entende que a ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen “desaguou na obediência cega à lei injusta” (BRASIL, 2011, p.204), e um direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e injustiça.

Cita que a religião, a fé e as orientações morais, de acordo com o princípio da laicidade estatal, impedem que concepções religiosas guiem o tratamento estatal dispensado aos direitos fundamentais, indicando que a falta de vontade legislativa revela demonstrações públicas de preconceito em relação à orientação sexual (BRASIL, 2011, p.205).

Entende o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais como a superação de costumes e convenções sociais, e conceitua família como construção social, utilizando dos ensinamentos de Maria Berenice Dias.

Como esclarece Maria Berenice Dias (Manual de direito das famílias, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado (BRASIL, 2011, p.206).

Marco Aurélio entende que a visão de família alterou-se do patrimônio para o “amor, o cainho e a afetividade entre os membros” (BRASIL, 2011, p.208). E ante a

premissa de Constitucionalização do Direito Civil e tutela das situações jurídico-existenciais, entende que a “homoafetividade é fenômeno fortemente visível na sociedade”, onde a “afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa.” (BRASIL, 2011, p.210).

Nesse sentido, decide que a tutela de uma situação patrimonial seria insuficiente, e determina uma proteção jurídica integral, como reconhecimento do regime familiar da conjugalidade igualitária, pois caso contrário:

[...]estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização (BRASIL, 2011, p.210).

O ministro fundamenta o voto no princípio da dignidade da pessoa humana, onde incumbiria a cada indivíduo formular suas próprias escolhas de vida, e a possibilidade de desenvolvimento pleno de sua personalidade, citando a Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua proteção ao “projeto de vida” (BRASIL, 2011, p.211-212).

Por fim, apoiado no caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, conclui com a obrigação estatal de “reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas” (BRASIL, 2011, p.213), entendendo que o óbice gramatical do artigo 1723 do Código Civil deve ser superado pelas ferramentas tradicionais de hermenêutica, para a compreensão da função e papel dos princípios, e aplicando o regime da união estável às uniões homossexuais (BRASIL, 2011, p.214-215).

2.1.3.8 Ministro Celso de Mello

Celso de Mello inicia seu voto ressaltando a legitimidade democrática das decisões do STF, entendendo-o como um “mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional” nas ideias de Peter Häberle (BRASIL, 2011, p.217). Logo após, realiza uma análise histórica do tratamento jurídico penal da homossexualidade, “das ordenações do reino ao vigente código penal militar”²⁸. (BRASIL, 2011, p.218-225)

Passou a analisar a união estável homoafetiva como legítima entidade familiar, e o imperativo constitucional de reconhecimento. Entende que o passado colonial e as práticas sociais revelam um tratamento preconceituoso, excludente e

²⁸ Para conferir a análise histórica realizada pelo ministro, conferir as páginas 218 a 225 da decisão.

discriminatório à “vivência homoerótica” (BRASIL, 2011, p.226). Ressalta que as liberdades públicas conferem a exigência do Estado em adotar medidas e formulação para a não exclusão jurídicas de grupos minoritários (BRASIL, 2011, p.227), devendo a Corte viabilizar “a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação” (BRASIL, 2011, p.227).

O ministro relata que os paradigmas históricos e culturais inviabilizavam a busca da felicidade por parte dos homossexuais vítimas de tratamento discriminatório, e a corte deveria consagrar uma nova concepção de direito fundada em uma nova visão de mundo, para o “reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar” (BRASIL, 2011, p.229). Para tanto, traz a necessidade de atribuição de uma “cidadania às uniões estáveis homoafetivas”.²⁹

Assim, defende que o artigo 226, § 3º, é norma de inclusão que legitima a qualificação da “união estável homoafetiva”, não vislumbrando existência de lacuna voluntária ou consciente de caráter axiológico (BRASIL, 2011, p.234). O ministro traz a visão trazida por Daniel Sarmento³⁰ para a interpretação sistemática e teleológica da norma.

Decide pela extensão para as “uniões homoafetivas” do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre heterossexuais, de acordo com a aplicação direta dos “princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade” (BRASIL, 2011, p.237).

²⁹ O ministro utiliza as seguintes referências para o conceito de uma nova cidadania às uniões homossexuais: LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “União Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

³⁰ Para saber mais sobre a obra citada pelo ministro, conferir: SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais, “in” “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris

Destaca que a decisão da Corte encaixa-se na função Contramajoritária do STF, e a proteção das minorias, *in casu*, deveria ser analisada na perspectiva da concepção material de uma democracia constitucional³¹, contra o Poder Legislativo, que seria “influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira” (BRASIL, 2011, p.238-239).

Desse modo, entende o regime democrático não poderia se reduzir a categoria político-jurídica conceitual, tornando-se o STF responsável por assegurar às minorias a plenitude de exercer seus direitos fundamentais (BRASIL, 2011, p.246). Celso de Mello caracteriza o direito à busca da felicidade como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, e o coloca como “valor-fonte” do ordenamento constitucional (BRASIL, 2011, p.249). Para tanto, cita a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, que foi fortemente influenciada pelos ideais iluministas de John Locke (BRASIL, 2011, p.250), e cita as circunstâncias em que a Suprema Corte dos Estados Unidos aplica o princípio da busca da felicidade em seus precedentes³².

Identificando o afeto como um valor jurídico impregnado na natureza constitucional, conceitua-o como o núcleo do conceito de família. Para o ministro, a qualificação da união estável homossexual como entidade familiar deve seguir os mesmos requisitos da união estável heterossexual.

A qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais (BRASIL, 2011, p.254).

Adiante, cita os princípios de Yogyakarta, e as recomendações aos Estados nacionais em relação à orientação sexual e identidade de gênero em seu direito de constituir família, finalizando seu voto defendendo a ocorrência de um eventual

³¹ A perspectiva de democracia constitucional utilizada pelo ministro é a de Geraldo Ataliba, em “Judiciário e Minorias”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194 e Pinto Ferreira, Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno”, tomo I/195- -196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT.

³² Os precedentes da Suprema Corte citados pelo ministro são: “*In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978)” (BRASIL, 2011, p. 251)

ativismo judicial, pelo suprimento de uma omissão inconstitucional e inércia dos poderes do estado, pelo cumprimento de uma missão constitucional e um respeito pela Constituição (BRASIL, 2011, p.260)

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País (BRASIL, 2011, p.264).

Por fim, conclui o voto com vistas a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo gênero, desde que atendidos os requisitos para união heterossexual, reconhecendo que os mesmos direitos e deveres da união estável estenderiam-se aos “companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo” (BRASIL, 2011, p.265).

2.1.3.9 Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso, à época Presidente do Tribunal, votou por último, se alinhando à posição dos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O ministro externou a dificuldade teórica de reconhecimento de uma inconstitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil, por constituir reprodução direta do artigo 226 da Constituição. Dessa forma, decide que o artigo 226 não exclui outras modalidades de entidades familiar, posto que, segundo o ministro, vários elementos de ordem afetiva guardariam relação de comunidade entre a união estável homossexual e a heterossexual (BRASIL, 2011, p.267)

Cezar Peluso identifica uma lacuna normativa a ser preenchida de acordo com as regras tradicionais de analogia entre a união estável heterossexual e homossexual, propondo a solução de aplicar as normas correspondentes no que cabível. Por fim, o ministro defende que a situação requer uma atuação do Poder Legislativo, convocando-o para que assuma a tarefa (BRASIL, 2011, p.269).

2.2 SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS (*UNITED STATES SUPREME COURT – SCOTUS*)

2.2.1 A estrutura, organização e o processo deliberativo/decisório da corte

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi criada pela Constituição Estadunidense de 1787³³, em seu artigo terceiro, primeira seção³⁴. Com a promulgação do *Judiciary Act* de 1789, George Washington indicou os 6 *Justices* da corte. Em seus primeiros anos, a SCOTUS não gozava de muita importância, somente ganhando notoriedade com a nomeação de John Marshall para *Chief Justice*, em 1801. Questões básicas como a formação e a competência da Suprema Corte não foram tratadas pela Constituição.

No que tange à competência da corte, a ela cabe a revisão em grau de recurso de todas as decisões das Cortes Federais, e das decisões das Supremas Cortes Estaduais quando tenham decidido questões de *federal law*, inclusive de controle de constitucionalidade das leis. A Suprema Corte também tem competência para rever decisões estaduais quando analisarem questões de *federal law*, sendo-lhe vedada o conhecimento de questões que digam respeito a direito estadual.

Nos EUA, vigora o sistema da *Common Law*, que se caracteriza pela importância dos precedentes judiciais como instrumento primário e criador de normas, em uma construção histórica do direito prevalente pelos tribunais.³⁵ Razão pela qual, existem pouquíssimas causas que são direcionadas diretamente para a Suprema Corte Estadunidense. A jurisdição originária da Suprema Corte está descrita na Constituição em seu artigo 3, seção 2, cláusula 2, que determina que nos litígios envolvendo embaixadores, ministros e cônsules e naqueles em que um estado será parte da ação, a Suprema Corte possuirá jurisdição originária³⁶ (UNITED STATES, 1787).

³³ O ano não é exato, tendo em vista que a Constituição dos Estados Unidos foi ratificada pelos Estados em anos diferentes.

³⁴ "Article III. Section 1. The judicial Power of the United States shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish." (O Poder Judicial dos Estados Unidos será revestido em uma Corte Suprema e em Cortes inferiores que o Congresso estabelecerá de tempos em tempos) (Tradução nossa) (UNITED STATES, 1787)

³⁵ Para saber mais sobre a *Common Law* e a sua distinção do sistema brasileiro, conferir: FAIRGRIEVE, Duncan; WATT, Horatia Muir. *Common Law et tradition civiliste*. 1. Ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2006.

³⁶ In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before

A legislação federal positivada no *US Code* fixou a construção histórica jurisprudencial da Suprema Corte sobre a sua própria competência originária. A Suprema Corte possui jurisdição original e exclusiva sobre todos os litígios envolvendo dois ou mais Estados. Porém, possui jurisdição original mas não exclusiva sobre as ações em que os embaixadores, diplomatas, cônsules de estados estrangeiros são partes, dos litígios envolvendo os Estados Unidos e um Estado, e das ações e procedimentos de um estado contra os cidadãos de outro estado ou estrangeiros³⁷ (UNITED STATES, 2022).

A principal atribuição e competência da SCOTUS é a de julgamento de recursos das ações de tribunais superiores. A Constituição apenas estabelece as matérias justificáveis para tal, e deixa para a lei federal tratar a competência recursal da Corte, que está positivada no *US Code*. Os litígios podem ser revistos pela Suprema Corte por meio do *writ of certiorary* – pedido realizado dentro da ação para a corte decidir sobre o mérito da questão - e pelo *certification* – pedido de uma Corte de Apelação sobre qualquer questão legal em matéria civil ou criminal, onde a Corte fornecerá instruções vinculantes para a decisão da matéria³⁸ (UNITED STATES, 2022).

No que tange ao controle de constitucionalidade nos EUA, não existem ações originais destinadas à Suprema Corte estadunidense. As questões de constitucionalidade são tratadas pelo instituto do *judicial review*, criado jurisprudencialmente no caso *Marbury vs. Madison* de 1803. A corte também analisa as questões constitucionais por meio do *writ of certiorary*.

Desde a criação da Corte pela Constituição, não houve modificações significativas em sua organização e estrutura, sendo mantidos desde então a forma

mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

³⁷ Título 28, Seção 1251 do United States Code, *in verbis*: “§1251. Original jurisdiction (a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States. (b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: (1) All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties; (2) All controversies between the United States and a State; (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens.” (UNITED STATES, 2022).

³⁸ Título 28, Seção 1254 do United States Code. §1254, *in verbis*: “Courts of appeals; certiorari; certified questions. Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: (1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree; (2) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy.” (UNITED STATES, 2022).

de nomeação, composição e atribuições dos Justices. Somente foram alterados os números de juízes, e a extensão de sua jurisdição.

A Corte hoje é composta por nove juízes, denominados Justices³⁹. Dentre eles, há um Presidente do tribunal, chamado *Chief Justice*. Os demais são denominados de *associate Justices*. Ao contrário do Brasil, onde o Presidente da corte é eleito e possui mandato de dois anos, o cargo de *Chief Justice* é vitalício, e sua nomeação é realizada diretamente pelo Presidente da república.

Não existem requisitos estabelecidos pela Constituição, por leis ou jurisprudência para um cidadão se tornar membro da Suprema Corte. Dessa forma, qualquer cidadão pode se tornar um *justice*. É comum, no entanto, a exigência de que o indicado seja detentor de conhecimento jurídicos, e tradicionalmente são nomeados cidadãos com mais de cinquenta anos. A nomeação é realizada pelo Presidente da República, nos termos do artigo II, seção 2, da Constituição, sendo submetida à aprovação do senado (UNITED STATES, 1787).

Aos *Justices* da Suprema Corte Estadunidense são garantidas a vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios enquanto estiverem no cargo, de acordo com o artigo III, seção 1 da Constituição dos Estados Unidos. Não há limite de idade para a aposentadoria compulsória, e a sua permanência depende apenas do requisito de “*good behavior*” (bom desempenho das funções). Os *Justices* são impedidos de exercer outro cargo ou função no Poder Executivo ou Legislativo.

Assim como no Brasil, os membros da SCOTUS podem ser destituídos de seu cargo pelo processo de impeachment, tratado no artigo II, seção IV da Constituição. Além das funções regulares, os *Justices* foram designados como *Circuit Judges*. Dessa forma, passam parte do ano realizando julgamento em tribunais federais recursais, no intuito de alinhamento da jurisdição federal com a Suprema Corte (UNITED STATES, 2022).

Nos EUA, todo processo que for admitido pela corte e cuja sustentação oral (*arguing*) ocorrer no ano de trabalho, denominado “termo”, deverá ser julgado até o seu término. O ano de trabalho da Corte inicia na primeira segunda-feira de outubro e termina no recesso de verão, geralmente no final de junho. Os *Justices* não possuem

³⁹ Os correntes membros da Suprema Corte dos Estados Unidos são: 1. John G. Roberts (*Chief Justice*); 2. Clarence Thomas (*Associate Justice*); 3. Stephen G. Breyer (*Associate Justice*); 4. Samuel A. Alito (*Associate Justice*); 5. Sonia Sotomayor (*Associate Justice*); 6. Elena Kagan (*Associate Justice*); 7. Neil M. Gorsuch (*Associate Justice*); 8. Brett M. Kavanaugh (*Associate Justice*); 9. Amy Coney Barrett (*Associate Justice*).

o poder de postergar determinada causa para além desse período. (UNITED STATES, 2022)

Quando interposta uma petição à Corte, ela deve ser admitida pelo plenário, pois não existem divisões internas da corte como no Brasil. Em caso de aceitação, a parte é intimada para apresentação em 45 dias das *briefs on the merits* (razões recursais), e a outra parte possui 30 dias para apresentar as “contrarrazões”. Logo após, os *Justices* recebem as peças processuais e agendam uma data para a apresentação dos *oral arguments* (debates orais), em que cada parte – e eventualmente podem integrar também a lide os *amicus curiae* - possuem 30 minutos para expor suas razões. Ao final da sessão de julgamento, a votação é realizada e tomada a decisão na mesma sessão, onde um dos *Justices* é nomeado para escrever a *opinion* (voto) (UNITED STATES, 2019).

O julgamento da corte e a forma de processamento é colegiada, e há pouco espaço para a atuação individual dos *Justices*. A decisão da Corte é composta basicamente de três elementos centrais: O primeiro é um breve relatório do caso e da decisão, que se assemelha à ementa das decisões emitidas pelo STF. Logo após, o parecer da corte vencedor é explanado por um *justice* que é escolhido para tal. Dessa forma, todos aqueles que concordam com a *ratio decidendi* e decisão do voto se alinham integralmente a ele. Se a decisão emanada for unânime, somente haverá a exposição de uma *opinion*. Em caso de não concordância da decisão ou da fundamentação utilizada para tal, os *Justices* são chamados a exporem a sua dissidência em uma *opinion* separada. Novamente, aqueles *Justices* que entenderem de forma semelhante, subscrevem o voto dissidente. Somente haverá a exposição de uma *opinion* de forma individual, se somente um *justice* se alinhar à fundamentação exposta. (UNITED STATES, 2019).

2.2.2 O acesso à SCOTUS: *Judicial review*

Ao contrário do Brasil, não existem causas destinadas a análise direta pela Suprema Corte Estadunidense para o controle de constitucionalidade. Esta doutrina é denominada *case or controversy* e está implícita no artigo 3º da Constituição, e por conta dela, veda-se a possibilidade de consultas abstratas nos tribunais federais. (UNITED STATES, 1787)

O acesso a Corte é realizado pelo *judicial review*, doutrina criada em *Marbury v. Madison* em 1803, que sedimentou o poder da Suprema Corte em revisar a

legislação vigente e anulá-la em casos de incompatibilidade com a Constituição. O precedente constitui referência nos estudos de constitucionalismo moderno, tendo em vista que o controle abstrato de constitucionalidade somente foi criado mais de um século depois. (PINTO, 2013, p.39)

Desde que haja interesse na provocação do judiciário, a legitimidade ativa para suscitar a inconstitucionalidade de alguma norma é reconhecida para todas as pessoas físicas, jurídicas e entes governamentais. O litigante, em sua argumentação, deve demonstrar que a controvérsia é real, que a decisão possuirá eficácia quando for pronunciada – requisito do *mootness* -, e que a causa esteja pronta para a análise – *ripe* -. (PINTO, 2013, p.40)

Todos os órgãos dotados de competência jurisdicional possuem a prerrogativa de declaração da nulidade de um ato normativo que contrarie a constituição. A SCOTUS possui a competência recursal para todos os casos julgados pelas cortes inferiores. A triagem das questões sobre as quais a Corte se manifestará é feita pela apreciação do *writ of certiorari*⁴⁰.

Na Common Law, o termo *writ* significa uma ordem judicial original, que determina que juízes de uma corte inferior transfiram o registro dos procedimentos para uma corte superior. Já *Certiorari* refere-se ao processo de revisão discricionária pela Suprema Corte de uma decisão de uma corte inferior (GRESSMAN, 1990, p. 238). O writ será aceito se pelo menos quatro de seus membros se manifestarem neste sentido, prática conhecida como a *rule of four* (regra dos quatro).

O mérito a respeito da aceitação ou rejeição do *writ* é de integral discricionariedade da Corte, que pode rejeitar a apreciação da causa porque não deseja debater a questão de direito envolvida no caso, por estar com sua pauta preenchida, por entender que a questão envolvida não tenha maior significância, ou, ainda, porque a Corte deseja que a questão seja mais discutida em outros Tribunais (PINTO, 2013, p.42).

No sistema estadunidense de controle de constitucionalidade, por ser exclusivamente concreto, é costumeiro que características específicas do caso concreto influenciem na decisão final de constitucionalidade.

⁴⁰ Sobre o *writ of certiorari*, em perspectiva comparativa com a repercussão geral do recurso extraordinário no Brasil, conferir: BERMAN, J. G. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Origens e Perspectivas.

Muito embora a decisão da Suprema Corte seja em relação ao caso, os efeitos da decisão não são apenas *interpartes*. No sistema da *Common Law* os precedentes possuem força vinculante (*stare decisis*). Por esta doutrina, as decisões da Suprema Corte possuem efeito vinculante para todas as cortes inferiores do Judiciário, e para as autoridades administrativas, incluindo o Presidente e o Congresso. A interpretação do controle de constitucionalidade realizada pela corte é considerada definitiva, e não pode ser submetida a nenhuma espécie de controle⁴¹.

2.2.3 Conjugalidade igualitária na SCOTUS: *United States v. Windsor* (2013) e *Obergefell v. Hodges* (2015).

O primeiro caso a chegar para julgamento pela SCOTUS sobre “casais do mesmo sexo” (*same-sex couples*) foi em 1972, quando o próprio movimento homossexual da época entendia o reconhecimento formal do estado das uniões homossexuais parecia absurda. No Caso *Baker v. Nelson*, a Suprema Corte manteve a decisão da Suprema Corte de Minnesota, e negou o pedido de casamento para dois homens, argumentando que a demanda carecia de questões federais substanciais para ser julgada (CARDINALI, 2017, p.65).

À época, a busca pela permissiva da conjugalidade igualitária não era prioridade do movimento. O foco era justamente o contrário, pela diminuição da regulação estatal sobre a vivência homossexual.

O próximo caso a chegar na SCOTUS sobre a temática do casamento entre pessoas do mesmo gênero foi em junho de 2013, no julgamento de *Hollingsworth v. Perry*. No caso, a Suprema Corte não chegou a julgar o mérito da questão e entendeu que os recorrentes contrários ao casamento entre pessoas do mesmo gênero não possuíam legitimidade para tal. Com isso, a Corte reverteu uma decisão anterior, e reestabeleceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo gênero na Califórnia. (CARDINALI, 2017, p.65)

No mesmo dia dessa decisão, a SCOTUS proferiu decisão mais abrangente sobre o tema, em *United States v. Windsor*. No julgamento, a Suprema Corte por maioria de 5 votos entendeu que parte do *DOMA – Defense of Marriage Act* era inconstitucional. Declarou-se a inconstitucionalidade da limitação da legislação federal

⁴¹ Sobre a força vinculante dos precedentes nos Estados Unidos, conferir: MACCORMICK, N. e SUMMERS, R. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*.

que restringia o casamento para casais heterossexuais, nada decidindo sobre as legislações estaduais que proibiam o casamento entre pessoas do mesmo “sexo” (UNITED STATES, 2013).

A partir dessa decisão, as leis e emendas dos estados começaram a ser questionadas perante a justiça federal. Com o julgamento anterior, as decisões das Supremas Cortes Estaduais começaram a entender inconstitucional o não-reconhecimento pelo Estado de uma união homossexual celebrado em outro Estado, e a própria restrição do matrimônio somente a casais heterossexuais.

Em junho de 2015, a SCOTUS proferiu a decisão de *Obergefell v. Hodges*, julgando inconstitucional a negativa de reconhecimento ao casamento entre “pessoas do mesmo sexo” celebrado em outros Estados, e proibiu a sua vedação em legislações estaduais. A decisão se embasou na 14ª emenda, que prevê a igual proteção das leis (UNITED STATES, 2015).

A seguir, conforme foi realizada com a decisão em conjunto sobre a conjugalidade igualitária no Brasil, realizarei a análise descritiva das duas decisões que permitiram o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” nos Estados Unidos da América, a *United States v. Windsor*, de 2013, e a *Obergefell v. Hodges*, de 2015. Pretendo da mesma forma descrever as razões de decidir nas opiniões emitidas pelo tribunal para justificar o reconhecimento da conjugalidade igualitária, com vistas a subsidiar a análise de discurso do próximo capítulo. Não serão analisadas as opiniões contrárias da corte, pois foge ao objetivo do trabalho.

2.2.3.1 *United States v. Windsor* (2013)

O caso envolvia a Seção 3 do *DOMA – Defense of Marriage Act*, que definia o casamento, em nível federal, como sendo a união entre um homem e uma mulher⁴². Edith Windsor e Clara Spyer se casaram em 2007, em Ontário, no Canadá, sob a legislação do *Canadian Civil Marriage Act*, após 40 anos de relacionamento (UNITED STATES, 2013).

⁴² “Section 3. Definition of marriage In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.” (UNITED STATES, 2013).

Ocorre que após a morte de Clara Spyer em 2009, Edith Windsor foi obrigada a pagar \$363.053 em impostos federais sobre a herança da propriedade de sua esposa, devido a lei federal dos Estados Unidos não reconhecer o casamento das duas. A legislação federal previa a isenção do imposto para o cônjuge vivo (UNITED STATES, 2013).

Edith Windsor ingressou com uma ação contra o Governo Federal dos Estados Unidos, perante o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Sul de Nova York, reivindicando o reembolso do valor pago pelo imposto federal, tendo em vista que foi impedida de receber a isenção pela Seção 3 do DOMA, alegando a inconstitucionalidade da disposição, por violar o princípio da *equal protection* (igual proteção das leis) da Quinta Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos (UNITED STATES, 2013).

A Juíza Distrital decidiu pela inconstitucionalidade da legislação, e a decisão foi confirmada pela Corte Federal de Apelação dos Estados Unidos para o Segundo Circuito. Logo após, o Governo Federal dos Estados Unidos não cumpriu a decisão, e por meio do *Bipartisan Legal Advisory Group (BLAG)*, representante da Câmara dos Deputados, ingressou com um recurso para a Suprema Corte, requerendo o *writ of certiorari* e que a SCOTUS declarasse constitucional a legislação federal (UNITED STATES, 2013).

A Suprema Corte decidiu, em uma votação de 5x4, e com a redação do voto pelo *justice* Anthony M. Kennedy em 26 de junho de 2013, pela inconstitucionalidade da Seção 3 do DOMA. Os *Justices* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan se juntaram a opinião majoritária emitida pela corte. O *justice* Scalia, apresentou uma *opinion* dissidente, na qual o *justice* Thomas juntou-se por completo, e o *justice* Roberts juntou-se pela Primeira Parte do voto. Por fim, o *justice* Alito apresentou uma *opinion* dissidente, na qual o *justice* Thomas juntou-se na segunda e na terceira parte do voto.

2.2.3.1.1 *Opinion of the Court*

O parecer da Suprema Corte escrito pelo *justice* Anthony Kennedy inicia julgando o direito de apelação ao tribunal pelo Governo e a associação que o representava, a BLAG. Os *Justices* entenderam que o caso estava dentro das competências da Suprema Corte dispostas no artigo III da Constituição, e a Corte não precisaria decidir sobre a legitimidade de contestação da decisão do tribunal de apelações (UNITED STATES, 2013, p.14).

Ultrapassadas as questões preliminares de cunho processual, Kennedy dá seguimento ao parecer destacando que quando as peticionárias desejavam se casar, nenhum Estado dos EUA concedia tal direito a elas, razão a qual viajaram para outro país, e que muitos cidadãos nem sequer considerariam a possibilidade de duas “pessoas do mesmo sexo” pudessem ocupar o status e a dignidade de um homem e uma mulher no casamento legal (UNITED STATES, 2013, p.15).

Porém, a crença de que o casamento possuía uma definição que somente abarca casais heterossexuais, que para muitos se tornou até “mais querida” após a sua contestação, para outros indivíduos começou a ser vista com outra perspectiva. A mudança de entendimento foi provada citando os Estados que concluíram pelo reconhecimento do casamento entre “pessoas do mesmo sexo”, por entender que a visão restritiva de casamento seria uma exclusão injusta das pessoas homossexuais (UNITED STATES, 2013, p.15).

Kennedy cita a evolução da permissiva do casamento entre “pessoas do mesmo sexo” no Estado de Nova York, que reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo em outros lugares, e adiante, alterou as próprias leis estaduais para permitir o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” (UNITED STATES, 2013, p.16).

A *opinion* da Corte sustenta que a tradição e a definição de casamento devem ser da autoridade dos Estados, e não do Congresso Nacional. A competência do congresso seria no tocante às legislações com determinações “discretas” que atribuem direitos e privilégios conjugais. Decidiu a corte que seria válida apenas essa competência “sutil” do congresso para antecipar as leis estaduais, e que o DOMA extrapolaria esses limites, possuindo eficácia em mais de 1000 estatutos federais (UNITED STATES, 2013, p.16).

De acordo com a decisão, a definição de casamento constitui a base da autoridade do Estado para a regulação do tema das relações domésticas em seu território, e a Constituição não teria delegado autoridade ao Governo dos Estados Unidos para legislar sobre a temática de casamento e divórcio (UNITED STATES, 2013, p.18-19).

Para tanto, disserta que a importância das responsabilidades dos Estados para a definição e regulação do casamento dataria do início da Nação e do desenvolvimento da constituição, onde foi definido que as relações domésticas de marido, mulher, pai e filho eram assuntos reservados aos Estados (UNITED STATES, 2013, p.19).

Nesse contexto, o *DOMA* rejeitaria a premissa da pactuação constitucional de que os benefícios, obrigações e disposições dos casais seriam uniformes para todos os casais dentro de cada Estado, e variando de um Estado para outro. Porém, ao mesmo tempo que defende a competência estadual para legislar sobre a questão, a *opinion* ressalta que a intrusão federal no poder estatal não resultou em uma violação do equilíbrio entre os entes. O poder do Estado na definição da relação conjugal iria muito além dos princípios do federalismo (UNITED STATES, 2013, p.20).

A *opinion* interpreta que a decisão do Estado de dar aos homossexuais o direito de se casar conferiu a esta população o seu direito de dignidade, e as decisões dos tribunais inferiores reforçaram o reconhecimento, a dignidade e a proteção da classe e da comunidade (UNITED STATES, 2013, p.20). A Suprema Corte interpretou que o Governo Federal impôs restrições e incapacidade aos casais homossexuais ao editar a norma da Seção 3 do *DOMA*. Após essas considerações e premissas, a corte pretende entender se o dano e a indignidade que o Governo Federal foi responsável seria uma privação da liberdade protegida pela *Due Process Clause* (Cláusula do Devido processo) da Quinta Emenda da Constituição (UNITED STATES, 2013, p.21).

Kennedy dispõe que o Estado de nova York respondeu “à iniciativa daqueles que buscavam uma voz na formação do destino de seus próprios tempos”. A intimidade sexual privada e consensual entre duas pessoas adultas do mesmo gênero não poderia ser punida pelo Estado, sendo direito dos cidadãos formar vínculos pessoais duradouro. Para isso, cita o precedente de *Lawrence V. Texas (2003)*, que determinou a descriminalização de atos homossexuais consentidos (UNITED STATES, 2013, p.21).

Interpretou que o Estado de Nova York teve a intenção de dar mais proteção e dignidade ao vínculo conjugal homossexual, ao reconhecer as que foram realizadas em outras jurisdições, agindo o estado com vistas a dar um status legal a sua conduta (UNITED STATES, 2013, p.22).

Esse status é um reconhecimento jurídico de longo alcance da relação íntima entre duas pessoas, uma relação considerada pelo Estado digna de dignidade na comunidade igual a todos os outros casamentos. Reflete tanto a perspectiva considerada da comunidade sobre as raízes históricas da instituição do casamento quanto sua

compreensão em evolução do significado da igualdade (UNITED STATES, 2013, p.22) (Tradução nossa).⁴³

Kennedy entende o *DOMA* viola os princípios do *due process* (Devido Processo) e do *equal protection* (Igual proteção das leis) aplicáveis ao Governo Federal. A garantia constitucional de igualdade, garante a proibição do Congresso Nacional para prejudicar um grupo “politicamente impopular”, e um tratamento díspare para a comunidade LGBTQIA+. Dessa forma, a corte entendeu que a legislação seria motivada por um propósito impróprio, e requeria uma consideração cuidadosa (UNITED STATES, 2013, p.22).

A Corte decidiu que o *DOMA* operou para a privação dos benefícios e responsabilidade do casamento para “casais do mesmo sexo”, e que tal privação derivaria do propósito da lei em desaprovar a comunidade homossexual, ao impor uma desvantagem e um estigma para casamento entre “pessoas do mesmo sexo” (UNITED STATES, 2013, p.22-23).

Para tanto, citou o relatório apresentado pelo Congresso na ação. Nele, o governo conclui que seria necessário tomar todas as atitudes necessárias para defender a instituição do casamento heterossexual tradicional, e a alteração do casamento para estender aos casais homossexuais seria uma proposta que alteraria a instituição do casamento (UNITED STATES, 2013, p.23).

O Congresso em sua defesa, sustentou que o *DOMA* expressaria a desaprovação moral da homossexualidade, que a heterossexualidade seria o comportamento ideal perante a moralidade tradicional, e que o objetivo do *DOMA* seria a promoção e a proteção dos ensinamentos morais tradicionais (UNITED STATES, 2013, p.23).

Nesse sentido, Kennedy decidiu que o congresso estava intentando desestimular a promulgação de leis estaduais sobre o casamento entre “pessoas do mesmo sexo”, restringindo a liberdade de escolha dos cidadãos (UNITED STATES, 2013, p.24).

Declarou que o *DOMA* rebaixou as uniões homossexuais como casamentos de segunda classe, identificando um subconjunto de casamentos, e tornando-os desiguais, o que feriria a Quinta Emenda da Constituição. A Corte entendeu que a

⁴³ “This status is a far-reaching legal acknowledgment of the intimate relationship between two people, a relationship deemed by the State worthy of dignity in the community equal with all other marriages. It reflects both the community’s considered perspective on the historical roots of the institution of marriage and its evolving understanding of the meaning of equality”. (UNITED STATES, 2013, p.22)

legislação federal criou dois regimes de casamento contraditórios em um mesmo Estado, e forçou “casais do mesmo sexo” a viverem como casados perante a lei estadual, e solteiros perante a legislação federal, o que ocasionaria a diminuição da estabilidade e da previsibilidade de suas relações pessoais (UNITED STATES, 2013, p.25).

A restrição para o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” deixaria a mensagem que o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” seria indigno do reconhecimento federal, colocando-os em um status legal de segunda categoria, chegando a humilhar as “dezenas de milhares de crianças” que são criadas por casais homossexuais (UNITED STATES, 2013, p.25).

A legislação então privaria os casais de diversos benefícios e encargos que casais heterossexuais possuem, trazendo inclusive, prejuízos financeiros para os cônjuges e filhos dos casais homossexuais (UNITED STATES, 2013, p.26).

A corte decidiu que embora o Congresso possua autoridade para a projeção de leis para adequação de uma política nacional sólida, não poderia negar a liberdade protegida pela Quinta Emenda da Constituição, ao editar leis que tenham como objetivo a humilhação de pessoas que estão na vivência de um casamento entre “pessoas do mesmo sexo”. A liberdade protegida pela *Due Process Clause* conteria a proibição de negação da igual proteção das leis, e retira do governo o poder de degradar e humilhar os cidadãos (UNITED STATES, 2013, p.27).

Decidiu que a lei seria inválida e não possuiria finalidade legítima por destacar uma classe de pessoas, impondo a elas que seu casamento é menos digno do que o casamento dos outros (UNITED STATES, 2013, p.28).

2.2.3.2 Obergefell v. Hodges (2015)

Entre janeiro de 2012 e fevereiro de 2014, 14 ações foram propostas nos Estados de Michigan, Ohio, Kentucky e Tennessee pugnando pelo reconhecimento do casamento entre “pessoas do mesmo sexo”. Nos Estados, a legislação ainda restringia o casamento como uma união entre um homem e uma mulher (UNITED STATES, 2015).

Entendendo que a legislação estadual violava a Décima Quarta Emenda, os casais ingressaram com ações nos Tribunais Distritais Federais em seus estados de origem requerendo o direito de se casar e de ter seus casamentos realizados em outros Estados reconhecidos. Os tribunais distritais decidiram a favor dos

peticionários, e todas as decisões foram objeto de recurso pelo Governo dos Estados Unidos para a Corte Federal de Apelação do Sexto Circuito.

A Corte de Apelação entendeu que o assunto estava vinculado ao precedente anterior, de *Baker v. Nelson*, de 1971, e considerou as proibições sendo constitucionais, entendendo que o Estado não possui a obrigação constitucional para regular os casamentos entre “pessoas do mesmo sexo”. Os casais por meio do *writ of certiorari*, requereram a revisão pela Suprema Corte, que aceitou o caso para a discussão se a Décima Quarta Emenda da Constituição exigiria que um Estado regulasse o casamento entre duas “pessoas do mesmo sexo”, e se o Estado deveria reconhecer os casamentos homossexuais realizados em outros Estados (UNITED STATES, 2015).

A Suprema Corte decidiu, em uma votação de 5x4, e com a redação do voto pelo *justice* Anthony M. Kennedy em 26 de junho de 2015, que a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos exigia que o Estado permitisse o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” e reconhecesse os casamentos realizados em outros Estados, declarando inconstitucionais as proibições até então vigentes. Os *Justices* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan se juntaram a opinião majoritária emitida pela corte. Os *Justices* Roberts, Scalia, Thomas e Alito apresentaram *opinions* dissidentes.

2.2.3.2.1 *Opinion of the Court*

A opinião da Corte inicia apresentando uma análise histórica sobre a importância do casamento. O *justice* Kennedy abre o voto dizendo que “a união ao longo da vida de um homem e uma mulher promete nobreza e dignidade a todas as pessoas”, sendo o casamento sagrado para aqueles que são adeptos de alguma religião, e que seria essencial para as mais profundas esperanças e aspirações do ser humano (UNITED STATES, 2015, p.3).

O *justice* defende que a instituição do casamento constitui a base do governo, e cita Cícero, ao defender que o primeiro vínculo da sociedade é o casamento. Para ele, o casamento constitui instituição atemporal, e os estados que proíbem o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” relatam que a intenção da ação seria o rebaixamento e o fim da instituição do matrimônio (UNITED STATES, 2015, p.4).

Kennedy entende que os casais homossexuais não estariam requerendo a desvalorização do ideal de casamento, mas que eles possuíam o respeito e o

reconhecimento dos privilégios e responsabilidades do instituto do casamento heterossexual (UNITED STATES, 2015, p.4).

Para justificar a decisão e a “boa intenção” dos casais homossexuais, ilustra o voto com a retórica romântica de três casos dos quatorze que integram a ação.

O primeiro, do peticionário James Obergefell que conheceu John Arthur há mais de duas décadas, onde se apaixonam e estabeleceram uma relação duradoura e comprometida. Adiante, ainda relata que em 2011 um dos cônjuges foi diagnosticado com esclerose amiotrófica, e que o casal decidiu se casar antes que um dos cônjuges viesse a falecer. Para isso, necessitaram de viajar para outro estado onde o casamento fosse legalizado (UNITED STATES, 2015, p.5).

Logo após, também relata o caso de April Deboer e Jayne Rowse que eram enfermeiros e possuíam um longo relacionamento com dois filhos adotados, um resgatado de uma situação de abandono familiar, e outro portador de deficiência. O *justice* relata que a situação do não reconhecimento do casamento poderia resultar que em um caso de emergência, as escolas e hospitais tratariam as crianças como se tivessem apenas um pai (UNITED STATES, 2015, p.6).

Por fim, cita o caso do Sargento reserva Ijpe Dekoe e Thomas Kostura, que se apaixonaram, e foram obrigados a se separar quando Ijpe recebeu ordens para servir no Afeganistão, e antes da partida de seu companheiro, resolveram se casar no Estado de Nova York (UNITED STATES, 2015, p.6).

O *justice* entende que o instituto do casamento não se isolou dos desenvolvimentos da lei e da sociedade, e que a sua história é marcada por mudanças. Defende que o casamento já foi visto com bases políticas religiosas e financeiras, mas no momento de fundação dos Estados Unidos foi entendido como um contrato voluntário entre um homem e uma mulher (UNITED STATES, 2015, p.7).

Ressaltando a evolução dos direitos das mulheres, entende que o casamento se alterou para que elas possuíssem a sua própria dignidade, e que elas lutaram por profundas alterações na estrutura e no aspecto do instituto do matrimônio. As mudanças no casamento seriam resultado de uma nação onde novas dimensões da liberdade se tornaram evidentes para as novas gerações (UNITED STATES, 2015, p.7).

Kennedy cita que até meados do Século XX o relacionamentos entre homossexuais era condenado como imoral por crenças incorporadas no Direito Penal,

e que os sentimentos dos “casais do mesmo sexo” deveriam, à época, permanecer em segredo sob risco de vida dos indivíduos (UNITED STATES, 2015, p.8).

Para tanto, cita a criminalização dos atos homossexuais em muitos estados dos Estados Unidos, as proibições de empregos e do serviço militar, e a patologização da homossexualidade em 1952, pela Associação Americana de Psiquiatria que perdurou até 1973 (UNITED STATES, 2015, p.8).

O justice realiza um apanhado histórico dos precedentes que trataram sobre a temática da homossexualidade. Cita o caso de *Bowers v. Hardwick*, de 1986, que considerou constitucional uma lei da Geórgia que criminalizava atos homossexuais consentidos. Relata que dez anos depois, em *Romer v. Evans*, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de uma emenda à constituição do Colorado que protegia os cidadãos contra a discriminação com base na orientação sexual. E finaliza dizendo que somente em 2003, no precedente de *Lawrence v. Texas*, que a Corte anulou o precedente de *Bowers* para declarar inconstitucionais a criminalização da conduta homossexual (UNITED STATES, 2015, p.9).

Logo após, inicia o apanhado sobre as decisões sobre a temática do casamento entre “pessoas do mesmo sexo” nos tribunais inferiores, citando a decisão de *United States v. Windsor* da invalidação da Legislação Federal que proibia o casamento entre “pessoas do mesmo sexo”, e os inúmeros casos que chegaram aos tribunais de apelação sobre a inconstitucionalidade das proibições dos casamentos homossexuais (UNITED STATES, 2015, p.10).

Após as considerações preliminares, Kennedy inicia o julgamento do mérito da questão citando a *Due Process Clause*, da Décima Quarta Emenda, que diz que nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Defende que as liberdades fundamentais protegidas pela emenda incluem a maioria dos direitos da Declaração de Direitos da Constituição, e que eles se estenderiam à dignidade e autonomia individual, incluindo as escolhas íntimas que definem a identidade do indivíduo e suas crenças pessoais. Para isso, cita o precedente em que a Suprema Corte permitiu às mulheres o uso de anticoncepcionais – *Griswold v. Connecticut 1965* (UNITED STATES, 2015, p.11).

A corte interpreta que os legisladores da Declaração de Direitos e da Décima Quarta emenda não presumiram a extensão da liberdade em todas as suas dimensões, e confiaram nas futuras gerações para proteger o direito das pessoas de gozar da liberdade na medida da compreensão do alcance da norma. Justificando a

evolução, cita o precedente de *Loving v. Virginia (1967)*, onde a corte declarou inconstitucional a proibição de casamentos inter-raciais, e trouxe que o direito ao casamento é resguardado pela *Due Process Clause* (UNITED STATES, 2015, p.12).

A *opinion* passa a identificar os quatro princípios e tradições pelas quais o direito de se casar vem sendo protegido, pugnando pela conclusão de que tais princípios se aplicariam com a mesma intensidade aos “casais do mesmo sexo” (UNITED STATES, 2015, p. 14).

O primeiro princípio que a corte identificou seria o direito à escolha pessoal em relação ao casamento, e que este seria inerente ao conceito de autonomia individual. Essa argumentação foi utilizada na invalidação da proibição do casamento inter-racial, e que se as escolhas relativas à contracepção, relações familiares, procriação e criação de filhos estariam protegidas pela Constituição, as escolhas sobre o casamento também o seriam (UNITED STATES, 2015, p. 14).

A natureza do casamento então seria consubstanciada em vínculo duradouro, onde duas pessoas poderiam encontrar juntas a sua expressão, intimidade e espiritualidade. Dessa forma, vínculo entre dois homens ou duas mulheres que buscam se casar para realizar escolhas tão profundas seria válido e digno (UNITED STATES, 2015, p. 15).

O segundo princípio seria o que de o direito a se casar é um direito mais antigo que a própria declaração de direitos, e que essa associação íntima, onde dois indivíduos desejariam se definir por seu compromisso um com o outro, deriva do medo universal de uma pessoa se tornar solitária (UNITED STATES, 2015, p. 15).

O casamento oferece a esperança do companheirismo e da compreensão, onde um viveria para cuidar do outro. Nesse sentido, os “casais do mesmo sexo” teriam o mesmo direito de “casais do sexo oposto” para desfrutar dessa associação íntima (UNITED STATES, 2015, p. 15).

O terceiro ponto destacado pela corte é a proteção das crianças e famílias, e os direitos de criação, procriação e educação dos filhos. O direito a se casar, de estabelecer um lar e criar filhos estariam protegidos pela *Due Process Clause*, e o casamento daria integridade e proximidade da família para as crianças (UNITED STATES, 2015, p. 16).

A Corte cita que muitos “casais do mesmo sexo” fornecem lares amorosos e nutritivos para seus filhos, sejam eles biológicos ou adotados, e ali haveria o interesse de centenas de milhares de crianças que estão sendo criadas por esses casais. A

exclusão do direito ao casamento geraria a quebra da estabilidade e previsibilidade que o casamento oferece para os filhos, que sofreriam danos morais e materiais (UNITED STATES, 2015, p. 17).

O quarto ponto constitui a tradição da nação de que o casamento é uma pedra fundamental da ordem social, base da família e da sociedade, sem a qual, não haveria civilização nem progresso. Por esta razão, a sociedade deveria se comprometer a apoiar os cônjuges, oferecendo reconhecimento e benefícios materiais para proteger a união (UNITED STATES, 2015, p. 18).

A corte interpretou que não há diferença entre casais do mesmo gênero e do gênero oposto para a contribuição do caráter fundamental do direito matrimonial. E ao revés do mandado constitucional, o congresso criou uma instabilidade, intolerância e degradação para os casais homossexuais, negando aos homossexuais a constelação de benefícios do casamento (UNITED STATES, 2015, p. 19).

Kennedy argumenta que considerar o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” ilegal é derivado de conclusão com bases em premissas religiosas ou filosóficas – que são válidas e honrosas -, mas que quando essa oposição se torna uma lei ou política pública, a consequência é que o Estado exclui e degrada aqueles que a liberdade foi negada (UNITED STATES, 2015, p. 21).

A corte conclui que o direito ao casamento entre “pessoas do mesmo sexo” faz parte da liberdade garantida pela Décima Quarta Emenda, da Proteção Iguatária das Leis, e da Cláusula do Devido Processo Legal, que deveriam ser interpretadas capturando a essência do direito de forma mais abrangente, como foram interpretadas na inconstitucionalidade da proibição de casamento entre casais inter-raciais e da proibição de casamento de pais que estavam atrasados em pagamentos de pensão alimentícia (UNITED STATES, 2015, p. 22-23).

Por esta razão, destaca as desigualdades injustificadas do sistema jurídico que passavam despercebidas e incontestadas, como a submissão da esposa ao marido na sociedade conjugal, e a criminalização das condutas homossexuais consentidas (UNITED STATES, 2015, p. 23).

Conclui o justice que o Estado não pode rebaixar a existência de um cidadão e controlar seu destino, inibindo a liberdade de “casais do mesmo sexo”, ao negar os benefícios concedidos aos casais heterossexuais. O tratamento desigual geraria desrespeito e subordinação para a comunidade, e os princípios da Proteção Iguatária e do Devido Processo Legal proíbem essa violação (UNITED STATES, 2015, p. 25).

A Suprema Corte então destina espaço na decisão para tratar sobre a legitimidade de sua decisão, e que não seria necessário aguardar discussões públicas e medidas políticas antes da permissiva do casamento entre “pessoas do mesmo sexo”. Para tanto, relata que a decisão foi envolta em intenso debate público, com referendos, a apresentação de mais de 100 opiniões de *amicus curiae*, e que mesmo que a Constituição contempla a democracia, o processo democrático não pode deixar adoecer os direitos fundamentais (UNITED STATES, 2015, p. 26-27).

Perante a violação do direito dos indivíduos homossexuais, a constituição permitiria a reparação pelos tribunais, sendo que a dinâmica do sistema constitucional não permitiria que os indivíduos com seus direitos restringidos aguardassem a ação legislativa. Os direitos fundamentais não poderiam ser submetidos a uma votação, e não podem depender do resultado de uma eleição (UNITED STATES, 2015, p. 27).

Logo após, Kennedy admite o erro das decisões anteriores da Suprema Corte que permitiram a criminalização entre “pessoas do mesmo sexo”, dizendo que a atuação da corte causou danos substanciais aos indivíduos homossexuais, e que nem sempre feridas podem ser curadas com uma decisão posterior (UNITED STATES, 2015, p. 28).

Kennedy defende que as religiões e doutrinas religiosas poderiam continuar a defender que por preceitos divinos o casamento entre “pessoas do mesmo sexo” não poderia ser permitido. Segundo o *justice*, a Primeira Emenda garante às instituições religiosas tal entendimento, e que o mesmo acontece com os indivíduos que se opõem ao casamento entre “pessoas do mesmo sexo” por razões de cunho pessoal. A discordância se torna permitida, mas a Constituição não permitiria ao Estado o tratamento desigual de “casais do mesmo sexo” aos termos concedidos aos “casais de sexo oposto” (UNITED STATES, 2015, p. 30-31).

Por fim, decide-se sobre a questão do reconhecimento de casamentos homossexuais realizados fora do território do Estado. O entendimento da corte é que as proibições perante o reconhecimento também infligiriam danos substanciais aos casais, com complicações angustiantes nas relações domésticas, e promovendo instabilidades e incertezas. Dessa forma, se os estados são obrigados a permitir o casamento entre “pessoas do mesmo sexo”, devem no mesmo sentido reconhecer o direito a se casar em todos os estados (UNITED STATES, 2015, p. 31).

Kennedy encerra o voto citando que nenhuma união seria mais profunda do que o casamento, que incorpora os mais altos ideais de amor, fidelidade, devoção,

sacrifício e família. O *justice* ressalta que os peticionários demonstram que o amor poderia suportar até a morte, e que clamam por respeito, e por suas realizações pessoais. Conclui a *opinion* dizendo que a esperança dos homossexuais é a de não ser condenado a viver da solidão, e a constituição concederia tal direito a eles (UNITED STATES, 2015, p. 32).

3 ANÁLISE DE DISCURSO DAS DECISÕES

Foucault aponta a sexualidade como um dispositivo que permite a conexão entre os discursos geradores de saber e as maneiras de atuação do poder, mostrando-se como o meio ou o instrumento através do qual diversos eixos da sociedade são acionados. No Brasil, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo gênero, a exemplo, foi requerido pela propositura de ações para acessar o direito à nacionalidade, à saúde, à estabilidade financeira, etc. O reconhecimento da união estável igualitária e, logo, o casamento civil igualitário, proporcionou mais do que uma simples permissão estatal da existência dessas relações, mas sim o ingresso ao sistema jurídico e a um conjunto de direitos derivados dele.

O reconhecimento desse direito se torna fonte de uma série de outros direitos, a regulação de quem pode e quem não pode acessá-los juridicamente, e a exclusão de determinados indivíduos pertencentes a uma significativa parcela de sexualidades ainda não reconhecidas pelo Estado (COACCI, 2015, p. 68)

O entendimento da sexualidade como um dispositivo que gera discursos controladores dos corpos alheios permite a compreensão das formas e dos meios em que o Estado tem regulado a sexualidade de seus indivíduos.

Os discursos jurídicos idealizam a construção de um sujeito com noções de gênero e sexualidade em seus elementos. O Direito de Família e o Direito Penal são exemplos de dinâmicas de domínio do direito positivo, que utiliza dos legisladores, dos processos políticos, da produção de conteúdo jurídico, e da jurisprudência produzindo e alterando sujeitos através dos discursos jurídicos.

Para a compreensão dos fenômenos de assimilacionismos ocorridos nos discursos proferidos pelos ministros e pelos Justices nas decisões que legalizaram as uniões entre pessoas do mesmo gênero no Brasil e nos EUA, realizarei neste capítulo, a Análise de Discurso Crítica proposta por Viviane de Melo Resende e Viviane Ramalho em seus trabalhos, que se basearam na obra de Norman Fairclough (RESENDE; RAMALHO, 2006).

3.1 O ASSIMILACIONISMO À BRASILEIRA: A ENFASE NA AFETIVIDADE E O CONTROLE DO SUJEITO E DO DESEJO

O acórdão que reuniu os 09 votos proferidos pelos Ministros do STF é composto de 274 páginas. Nele, ao longo dos argumentos traçados, foram utilizadas por 23

vezes a palavra “amor”, 09 vezes as palavras “amoroso” ou “amorosa”, 35 vezes a palavra “afeto” e 45 vezes as palavras “afetiva”, “afetivas”, “afetivo” ou “afetividades”.

A designação utilizada para se referir às pessoas que possuem atração pelo mesmo gênero que o que se identifica, foi preponderantemente as derivadas da “homoafetividade”. As palavras “homoafetiva”, “homoafetivas”, “homoafetivos”, “homoafetividade” e “homoafetivo” foram transcritas por 212 vezes ao longo da decisão.

Já os termos “homossexuais”, “homossexual”, “homossexualidade” foram usados 128 vezes. Os termos “homoerotismo”, “homoerótica” e “homoerótico” foram 5 vezes citados. Até mesmo o termo “homossexualismo”, que à época já não era mais utilizado por carregar consigo um estigma da patologia atribuída às sexualidades não hegemônicas durante o século XIX, apareceu por 6 vezes durante o acórdão, sendo que dessas 6 vezes, somente 1 vez foi utilizado em um contexto histórico para explicar o estigma da patologização da homossexualidade.

“Isonomia” foi citada somente por 8 vezes ao longo de todos os votos, “liberdades individuais” foi utilizada por 4 vezes, e a “privacidade” somente foi 11 vezes mencionada. Já os termos “igualdade” e “liberdade”, foram transcritas, respectivamente, por 79 e 113 vezes. Não há menção de “devido processo legal” no acórdão.

É construído por todos os ministros um discurso que embasa a felicidade do indivíduo LGBTQIA+ atrelada ao afeto e ao amor, que seriam os instrumentos de legitimação do reconhecimento das relações igualitárias, e não a livre disposição de sua sexualidade.

Reduzem-se as relações entre pessoas do mesmo gênero à afetividade, interditando e silenciando práticas sexuais que fogem desse modelo construído de acordo com o padrão de relacionamento aceitável pela sociedade moderna e liberal, coroado por Ayres Britto ao afirmar o dever do Brasil de dar referência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental (BRASIL, 2011, p.45).

O marco teórico que foi defendido para a denominação das relações entre pessoas do mesmo gênero foi o que a desembargadora Maria Berenice Dias difundiu, para a identificação do afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo.

Construiu-se um cenário para a aceitabilidade das “uniões homoafetivas”, que se caracterizem pela “durabilidade, conhecimento do público e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de família” (BRASIL, 2011, p.21).

Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)”. (BRASIL, 2011, p. 22)

A prática social do discurso que é visualizada no acórdão é da caracterização de uma hegemonia da afetividade, como um princípio implícito das relações entre pessoas do mesmo gênero, para serem aceitas pelo sistema jurídico.

Os ministros, ao defenderem uma análise do significado constitucional da vedação da discriminação em razão do “sexo” constitucionalmente trazido pelo artigo 3º da Constituição de 1988, entendem este como a “anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”, a partir dos respectivos órgãos genitais (BRASIL, 2011, p.25).

O “sexo” das pessoas é defendido como “todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado” (BRASIL, 2011, p.29), e a sexualidade como um instituto autonomizado jurídico, e um “bem da personalidade”, como um elemento da compostura anímica, psicofísica, e de sua identidade individual.

Reforça-se uma prática discursiva dos moldes e normas para os LGBTQIA+ se enquadrarem. A sexualidade e o gênero continuam a serem moldados pelo Estado, dessa vez em enlances jurídicos e conceituais para que fossem aceitos nesse novo modelo, e sob a premissa da complexa instituição social, da concretização dos direitos fundamentais, e de um novo conceito de família formado pelos laços afetivos, os ministros constroem um discurso em que colonizam os corpos de sexualidade não hegemônicas a se enquadrarem naquilo que é determinado, sob pena de sua não existência como um sujeito de direito, ou um indivíduo na sociedade.

O amor familiar e a afetividade foram trazidos na decisão para integrar a argumentação utilizada nos votos. A proteção do Estado seria efetivada na busca da realização de vida pessoal dos cidadãos, mas que somente poderiam ser concretizadas com uma real intenção de formar famílias. O discurso construído é essencialmente o enquadramento das “uniões homoafetivas” na moldura jurídica das uniões heterossexuais. (BRASIL, 2011, p.74)

Sob a justificativa que “aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade”, restringiu-se o próprio reconhecimento defendido pelos ministros ao clássico conceito de família burguesa, que seria o ponto máximo da “tolerância” estatal para com os LGBTQIA+, bem explicitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousou dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes. (BRASIL, 2011, p.110).

A tolerância ganhou corpo com o Ministro Gilmar Mendes ao citar Peter Häberle, defendendo que a forma de se pensar o Direito Constitucional seria “o pensamento jurídico do possível”, um pressuposto e limite para interpretação constitucional aberta, bem como “uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância” (BRASIL, 2011, p.133), que ressalta a literal seleção específica da tipologia de relacionamento aceitável para a tutela estatal e permissiva constitucional.

A higienização, transcrita em teoria constitucional da tolerância, reforça a colonização das sexualidades não hegemônicas para que possam se encaixar em uma matriz colonial estatal, avançando de um lado, na conquista de direitos, mas criando filtros toleráveis, estando a sua aceitação submetida a modelos pré estabelecidos, de relações afetivas burguesas duráveis, públicas e com propósito familiar, que contribuem para manter o sistema, não o agredem nem trazem perigo a sua estabilidade, e ainda criam um novo nicho de publicidade de produtos para casais

gays e novos mercados de consumo, o chamado “*Pink Money*” ou “Capitalismo Rosa”.⁴⁴

Pouco se avança, no entanto, para abarcar e respeitar as particularidades de cada relacionamento igualitário e as diferenças e peculiaridades de todo o movimento LGBTQIA+, estando essa entrada no sistema restrita ao poderio econômico e consumo, ou seja, a lógica colonial, opera agora permitindo a entrada de novos relacionamentos, porém, desde que estes contribuam para a sua manutenção.

Em certa medida, aceita-se o estereótipo de “gay limpo”, “bom moço”, com intuito de constituir família, e resgata-se o homossexual para a sociedade capitalista, construindo um molde ao qual deve-se adequar, sob rigorosas circunstâncias, depurado de toda e qualquer “rebeldia”.

É essa interpretação que se despende do voto do Ministro Marco Aurélio, ao concordar com Maria Berenice Dias quando esta afirma em seu livro “União homoafetiva” que agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação, e realizar a leitura normativa da Constituição que, de acordo com o ministro, o reconhecimento da entidade familiar dependeria apenas da opção livre, regida pelo afeto existente entre eles. (BRASIL, 2011, p.203)

A reafirmação da colonização advém quando Marco Aurélio entende o projeto de vida daqueles que tem atração pelo mesmo gênero resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família:

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.(BRASIL, 2011, p.212).

Altera-se, então, a natureza jurídica de institutos como o casamento civil e a união estável: saem de um contexto em que encontram guarida do direito privado e são fundamentalmente tipos contratuais e de base patrimonial, e entram em um outro contexto em que são guiados pelo princípio da afetividade, de base pessoalista e existencial. A conjugalidade igualitária necessitou então, para ser tutelada, de uma justificativa adicional, já que não possuía legitimidade social para sua aprovação.

⁴⁴ Conferir: MONICA, Eder Fernandes. *O Capitalismo Rosa e a Cidadania consumerista LGBT*. In: CARLI, Ana Alice de; CASTRO, Carla Appollinario de; (Org.). 30 anos do código de defesa do consumidor brasileiro: conquistas e desafios na atualidade. Rio de Janeiro: Ágora21, 2020.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (Manual de direito das famílias, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado. (BRASIL, 2011, p. 206)

Fica evidente que a argumentação construída converge para uma perspectiva de aceitação da homossexualidade, por meios palatáveis. Na busca de integrá-la – em partes – no discurso jurídico, elege-se uma série de parâmetros que submetem esta ao padrão heterossexual, que é eleito como “normal da sexualidade”.

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional. (BRASIL, 2011, p. 111)

Em muitos trechos, os ministros discorrem sobre um anseio dos juristas pela busca por igualdade entre pessoas heterossexuais e homossexuais, o que deixa nítido o estabelecimento de um parâmetro heteronormativo. A exposição de que “casais homossexuais podem constituir família assim como os heterossexuais”, torna explícita a ordem de parâmetro ideal.

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou

companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. (BRASIL, 2011, p. 116)

A sexualidade dissidente, que por muitos anos foi tida como anormalidade, pecado, doença e prática imoral, passa a ser legitimada pelo amor e pelo afeto, e a sua tolerância advém disso, com o que parece ser mais fácil e aceitável para a sociedade “reduzir” seu preconceito, que foi construído sob bases de um estereótipo de homossexual erótico, sensual e extravagante.

O Ministro Celso de Melo embasa parte de seu voto no que chama de direito à busca da felicidade, com raízes históricas na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e influenciado por ideais iluministas – trazidos por John Locke e Thomas Jefferson -, que qualificaram o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas⁴⁵. Cita as circunstâncias em que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem aplicado esse princípio em alguns precedentes⁴⁶, ressaltando que o afeto teria o “valor jurídico impregnado” como “núcleo conformador do conceito de família” (BRASIL, 2011, p.254), e representando “o reconhecimento de que as conjugalidade homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum”.

A afetividade e o amor se tornam os instrumentos de legitimação do reconhecimento dos sujeitos homossexuais pelo direito. E na noção de tolerância escolhida pelos ministros, a exigência é que se amoldem à ordem estabelecida, a hegemonia que foi construída nos discursos garante que o núcleo fundamental do sistema e da política seja respeitado, e alargou-se as margens da liberdade para que alguns grupos possam exercer um limitado direito de escolha.

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão

⁴⁵ “Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica (UNITED STATES, 2015, p. 251).

⁴⁶ Os precedentes citados pelo ministro da Suprema Corte Estadunidense são: *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* (UNITED STATES, 2015, p. 251).

quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante” (BRASIL, 2011, p. 23)

A inserção dos parâmetros de afeto dos casais homossexuais, com um relacionamento duradouro e monogâmico para o reconhecimento das uniões civis, produz um discurso hierarquizante das sexualidades.

Mesmo quando se avança no uso de teorias de reconhecimento, a exemplo a de Nancy Fraser, utilizada pelo ministro Fux, autora que é conhecida por críticas ao liberalismo e por ser filiada às correntes marxistas, há um reconhecimento que não pode fugir dos limites desse núcleo hegemônico liberal construído nos votos, e a recepção se torna limitada.

Há um aspecto muito interessante dessa recepção limitada dos interesses dos grupos dominados. Eles são aceitos, mas dentro de determinada inteligibilidade coerente com os pressupostos hegemônicos liberais. Os arranjos familiares homossexuais são lidos como aceitáveis através de uma filtragem romantizada da noção de afeto e amor. Para os arranjos heterossexuais, a noção de afeto ou amor é tardia enquanto princípio jurídico e, acima de tudo, desnecessária para o reconhecimento da validade jurídica de seus interesses. Entretanto, para o caso dos interesses de casais homossexuais, a filtragem do afeto e do amor se faz presente, como um instrumento de “purificação” e higienização das relações aceitáveis. Nenhuma crítica ao monogâmico sentido do casamento burguês; apenas uma reforma pontual em que o afeto e o amor, guias higienizantes, passam a mapear quais relações homossexuais seriam aceitáveis pelo sistema, questão essa nunca antes ponderada para as relações homossexuais. (MONICA, 2020, p. 1376)

A utilização do termo “homoafetividade” e afins, que foi exaustivamente repetido ao longo de toda a decisão, com de uma seleção específica de certos tipos de relações igualitárias que seriam aceitas. Os padrões comportamentais que devem então ser seguidos foram explícitos, e operou-se por meio do discurso construído o seu assimilacionismo. Os indivíduos de sexualidade não hegemônicas devem, portanto, cumprirem com os elementos tradicionais das relações burguesas: devem ser duráveis, possuir conhecimento do público, continuáveis e possuir essencialmente o propósito e anseio de constituição de família.

A apropriação dos sufixos de afetividade e afetivo, foi um discurso implícito de pensar as relações não heterossexuais como saudáveis, normais e capacitadas a manter um relacionamento monogâmico por longo período, ocasionando e permitindo um dispositivo higienizador de relações dissidentes.

A afetividade pode ser pensada agora como uma ferramenta de padronização dos desejos e de lapidação das sexualidades não hegemônicas para uma prática aceitável e tolerável.

Pode-se falar, nesse sentido, em um dispositivo do afeto alusivo ao dispositivo da sexualidade em Foucault, como uma ferramenta de purificação das práticas homossexuais, das características de promiscuidade atribuídas no decorrer da história. Parece, antes de tudo, uma forma de satisfação dada ao sistema heteronormativo, que os homossexuais são capazes de manter relações monogâmicas duradouras e amorosas (BATALHA, 2017, p. 37).

A estratégia de adoção do termo “homoafetividade” como instrumento é explícita por Paulo Roberto Iotti Vecchiati, vejamos:

A referida terminologia foi criada para justificar a inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do proteção dos regimes jurídicos da união estável e do casamento civil, o com o intuito de se destacar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são pautadas no mesmo afeto romântico que justifica as uniões entre pessoas de sexo opostos. Isso foi feito por conta do preconceito social que afirmava que as uniões entre pessoas do mesmo sexo seriam motivadas por mera luxúria ou puro desejo erótico e não pelo sentimento do amor sublime que une duas pessoas de sexo oposto (VECCHIATTI, 2019, p. 53)

Ao eleger e produzir discursos de prática social de referência heteronormativa, apropriando o amor pleno e o afeto como um atributo heterossexual, a decisão atrela características ideais e cria arquétipos a serem seguidos pelos casais não heterossexuais devem estar enquadrados para a garantia de seus direitos.

A utilização do termo homoafetivo e a construção de um discurso heteronormativo funciona como ferramenta de estratégia política de aceitação, da mesma forma que também funciona como um discurso conservador travestido de garantidor de direito.

O discurso que é produzido dissemina a envoltura da afetividade, amorosidade, e produz, assim, subjetividades que enquadram um sistema de regulação social, pautado na caracterização homossexual afetiva. A integração e inclusão antes de integrar e incluir, promove o apagamento de diversas possíveis manifestações da sexualidade.

Judith Butler afirma que a partir da liberação estatal prescrita por lei ou por outro meio, e o posterior enquadramento do que é legal, permitido, outras manifestações de dissidências sexuais são abafadas e excluídas, e acabam por se tornar anômalas, caóticas e monstruosas. (BATALHA, 2017, p. 12)

As múltiplas manifestações de sexualidade que diferem da heteronormatividade, são, portanto, excluídas do discurso construído na argumentação dos ministros. Instaurou-se padrões do que se é permitido na ordem da constituição de famílias, que deve ser instituída a partir de um núcleo formador binário, reprodutora e monogâmica.

A estrutura textual é construída de forma a tornar imprescindível a sustentação heteronormativa dos pilares da família e do casamento, tornando-as, com a ideologia da afetividade, como legítima. Outras configurações familiares, modelos que fogem ao padrão nuclear familiar supramencionado, não são dignos do reconhecimento estatal formulado.

A qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais (BRASIL, 2011, p.254).

Mesmo utilizando-se de teorias do reconhecimento de Nancy Fraser, os ministros não praticam a proposta de um reconhecimento de status proposto pela autora, que procuraria a desinstitucionalização de padrões que impedem a paridade de participação e os substituem por padrões que a promoveriam. (FRASER, 2007, p. 109)

O que ocorre, no entanto, é que o reconhecimento de um determinado grupo determinou a exclusão de outros. Butler denomina tal fenômeno de “produções de assimetrias”, onde a superação de uma subordinação acaba contribuindo para a produção de novos subordinados. (BUTLER, 2018)

A compreensão depreendida por Foucault das práticas jurídicas serem formas pelas quais se definem subjetividades, formas de saber, relações entre o homem e a verdade, aqui é exercida pela definição de formas de regulação e deliberação sobre como devem ser os modos de vida e de afeto da população. (FOUCAULT, 1979, p. 11). A produção da verdade jurídica sobre o reconhecimento da conjugalidade igualitária valida e legítima formas não plurais de reconhecimento.

3.2 O ASSIMILACIONISMO AMERICANO: A ENFASE NA PRESERVAÇÃO DAS LIBERDADES PRIVADAS

Nos Estados Unidos, a permissiva da conjugalidade igualitária, como já dito no capítulo 2, se deu em dois momentos. A Corte julgou o caso de *United States v. Windsor* em 2013, onde decidiu que o dispositivo da Lei Federal sobre o casamento que proibia a união entre pessoas do mesmo gênero era inconstitucional, e em 2015, no caso *Obergefell v. Hodges*, decidiu pela proibição das vedações infraconstitucionais do casamento entre pessoas do mesmo gênero.

Tendo em vista o modelo de processo deliberativo e decisório da SCOTUS, a corte emite uma decisão única e não um acórdão que traz um voto por ministro. O parecer da corte é escrito pelo “relator” do caso, que é escolhido pelos *Justices*, e os que se alinham à argumentação e a decisão a seguem por completo. Àqueles que não concordarem, emitem um parecer discordante.

A análise aqui realizada irá se abster no parecer vencedor da corte das duas decisões em conjunto, tendo em vista que o intuito é a identificação dos discursos que foram construídos para a aceitação da conjugalidade igualitária.

Na primeira decisão, o tema central foi sobre a competência da legislação do casamento nos EUA. Ao se deparar com uma lei do Estado de Nova York que garantiu o direito à conjugalidade igualitária, a corte interpretou que o Estado teve a intenção de dar proteção e dignidade aos casais homossexuais, dando um *status* legal a sua conduta. Porém o DOMA, na visão da corte, prejudicou uma “minoría” que já era impopular.

O debate foi centrado sobre a autoridade de projeção de leis. A corte discutiu que o Congresso Nacional não possuiria autoridade para negar a liberdade protegida pela Quinta Emenda da Constituição. Dessa forma, a liberdade era protegida pela *Due Process Clause*, que proibiria que o governo degradasse e humilhasse certos cidadãos, com a restrição do casamento entre pessoas do mesmo gênero.

A palavra “*love*” foi somente utilizada 1 vez em toda a decisão, enquanto “*freedom*” foi repetida por 7 vezes. O princípio da *Due Process Clause* foi citado por 13 vezes na decisão e o princípio da “*equal protection*” foi utilizado por 21 vezes. Os *Justices* utilizam a denominação “*same-sex marriage*” para designar os casais não heterossexuais. Os termos “*same-sex marriage*” e “*same-sex couples*” foram utilizados por 90 vezes durante toda a decisão, enquanto o termo “*gay*” foi somente

utilizado por 5 vezes, e “*homosexualism*” ou “*homossexual*” não foi utilizado. “*Privacy*” foi repetida por 8 vezes.

Por uma simples análise inicial já é claro que o discurso da SCOTUS é envolto em uma ênfase sobre as liberdades privadas. Pouco se fala de projetos de vida, afeto, amor e realizações pessoais. O que se tem em jogo é o respeito da intimidade, da liberdade, da igualdade e da igual proteção das leis para todos os indivíduos.

Com a primeira decisão, a prática discursiva construída foi a de competência para legislação e controle das sexualidades não hegemônicas. Os Justices se atentaram para a igualdade prometida constitucionalmente, chegando a citar que a legislação federal rebaixou as “uniões homossexuais como casamentos de segunda classe”.

Entendendo que a legislação federal criou regimes de casamento contraditórios em um mesmo estado, forçando casais do mesmo gênero a viverem como casados perante a lei estadual, e solteiros perante a legislação federal, a legislação federal em discussão ocasionaria a diminuição da estabilidade e da previsibilidade de suas relações pessoais, a produção da prática discursiva neste momento é a de proteção da segurança jurídica nacional, e da igualdade prevista na constituição.

A corte utiliza da premissa de que reconhecer os casamentos entre pessoas do mesmo gênero, era responder “à iniciativa daqueles que buscam uma voz na formação do destino de seus próprios tempos”, e que a intimidade sexual que é privada e consensual entre duas pessoas adultas do mesmo gênero não pode ser punida pelo Estado (UNITED STATES, 2013, P. 20).

Porém, pretendeu-se garantir a autonomia dos estados para legislar nesse sentido, e construiu-se um discurso de proteção das liberdades privadas dos indivíduos.

O texto foi construído intuindo a construção de um discurso quase por completo para defender a jurisdição e o pacto federativo, dizendo respeito as competências para determinar a regulação do casamento e da intimidade dos indivíduos. Dessa forma, a identificação de assimilacionismos e colonialismos para com as pessoas de sexualidades não hegemônicas não foi possível de ser visualizada na primeira decisão.

Já na segunda decisão, sobre a proibição das vedações de legislações estaduais para as relações entre pessoas do mesmo gênero, a temática, a argumentação e os discursos foram diferentes.

O *justice* Kennedy já abre o voto dizendo que “a união ao longo da vida de um homem e uma mulher promete nobreza e dignidade a todas as pessoas”, sendo o casamento sagrado para aqueles que são adeptos de alguma religião, e que seria essencial para as mais profundas esperanças e aspirações de um ser humano se submeter ao casamento (UNITED STATES, 2015, p.3).

A palavra “*love*”, dessa vez, aparece por 9 vezes em toda a argumentação. Novamente, as designações para os casais do mesmo gênero continuam sob os termos “*same-sex marriage*” e “*same-sex couple*”, que foram utilizadas por 165 vezes. “*Freedom*” foi citado por 50 vezes, enquanto “*Equal protection*” por 39 vezes, e “*Due Process Clause*” por 60 vezes.

O *justice* defende que a instituição do casamento constitui a base do governo, e cita Cícero, ao defender que o primeiro vínculo da sociedade é o casamento. Para ele, o casamento constitui instituição atemporal, e os estados que o proíbem relatam que a intenção da ação seria o rebaixamento e o fim da instituição do matrimônio (UNITED STATES, 2015, p.4).

O discurso é construído sob as palavras iniciais que somente através do elo do casamento é que se chega à uma realização da vida do indivíduo. A prática social do discurso que é visualizada na produção da decisão é da caracterização de uma proteção para os casais do mesmo gênero de se casarem da mesma forma dos casais heterossexuais, pela proteção da liberdade protegida constitucionalmente.

De acordo com a Constituição, casais do mesmo sexo buscam no casamento o mesmo tratamento legal que casais do sexo oposto, e isso depreciaria suas escolhas e diminuiria sua personalidade para negar-lhes esse direito (EUA, 2015, p. 20).⁴⁷

Novamente a construção do discurso é realizada sob a premissa da heteronormatividade, mas diferentemente do Brasil, sob a argumentação da liberdade e da igual proteção das leis. O acesso à constelação de direitos que é resguardada pelo instituto do casamento seria permitido aos casais do mesmo gênero, desde que eles se adequassem às mesmas regras e estilo de vida dos casais heterossexuais. Um relacionamento monogâmico, entre duas pessoas, e com intuito de possuir filhos.

O casamento responde ao medo universal de que uma pessoa solitária possa chamar apenas para não encontrar ninguém lá. Ele

⁴⁷ Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right. (UNITED STATES, 2015, p. 20)

oferece a esperança de companheirismo e compreensão e garantia de que enquanto ambos ainda vivem haverá alguém para cuidar do outro (EUA, 2015, p. 14).⁴⁸

Nota-se a construção de ideologia arquitetada sob o prisma do medo universal da solidão, e da esperança em um companheirismo que fornecesse segurança. Dessa forma, o casamento seria necessário aos homossexuais saírem do estereótipo de pessoas sozinhas, e se adequarem ao ideal heteronormativo de companheirismo.

Kennedy cita a *Due Process Clause*, da Décima Quarta Emenda, que diz que nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. O justice pretende explicitar na decisão a real extensão da liberdade em suas dimensões. Segundo ele, o significado de liberdade é aprendido com o tempo.

A Corte reconheceu essas conexões descrevendo os direitos variados como um todo unificado: "[T]ele direito de 'casar, estabelecer um lar e criar filhos' é uma parte central da liberdade protegida pela Cláusula do Devido Processo Legal (EUA, 2015, p.15).⁴⁹

Dessa forma, entende que o direito de se casar foi sendo ampliado ao longo dos anos. Citando a abertura do casamento interracial em 1967, onde foi determinado que o casamento seria um dos direitos pessoas à busca da felicidade por homens livres, da decisão de 1978 que determinou a inconstitucionalidade da lei que proibia pais que estavam em dívida por pensão alimentícia se casarem, e em 1987, onde a SCOTUS permitiu que as pessoas que estavam cumprindo pena se cassassem, o *justice* entendeu que a corte "faz suposições definidas pelo mundo e pelo tempo do qual faz parte".

Para tanto, defende que ao avaliar se os casais do mesmo gênero poderiam se casar, a corte deveria respeitar as razões básicas pelas quais o direito de se casar tem sido há muito tempo protegido. Os quatro princípios e tradições que a SCOTUS traz como pilares do casamento, deveriam então ser seguidos pelos homossexuais para a permissão de tal direito.

O primeiro princípio que a corte identificou seria o direito à escolha pessoal em relação ao casamento, e que este seria inerente ao conceito de autonomia individual.

⁴⁸ Marriage responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other. (UNITED STATES, 2015, p. 14)

⁴⁹ The Court has recognized these connections by describing the varied rights as a unified whole: "[T]he right to 'marry, establish a home and bring up children' is a central part of the liberty protected by the Due Process Clause. (UNITED STATES, 2015, p.15)

O segundo princípio seria o que de o direito a se casar é um direito mais antigo que a própria declaração de direitos, e que essa associação íntima, onde dois indivíduos desejariam se definir por seu compromisso um com o outro, deriva do medo universal de uma pessoa se tornar solitária. O terceiro ponto destacado pela corte é a proteção das crianças e famílias, e os direitos de criação, procriação e educação dos filhos. O quarto ponto constitui a tradição da nação de que o casamento é uma pedra fundamental da ordem social, base da família e da sociedade, sem a qual, não haveria civilização nem progresso.

O princípio de que o “direito a se casar é um direito mais antigo que a própria declaração de direitos” constitui o ápice do argumento liberal. O direito que é dado “naturalmente”, antes até do reconhecimento estatal.

Ao explicitar os quatro princípios fundamentais do casamento, que deveriam ser aplicados da mesma maneira ao casamento entre pessoas do mesmo gênero, os *Justices* ressaltam que “a natureza do casamento é que através de seu vínculo duradouro, onde duas pessoas juntas podem encontrar outras liberdades, como expressão, intimidade e espiritualidade.” E que tais disposições deveriam ser verdade, qualquer seja sua orientação sexual.

A natureza do casamento é que, através de seu vínculo duradouro, duas pessoas juntas podem encontrar outras liberdades, como expressão, intimidade e espiritualidade. Isso é verdade para todas as pessoas, qualquer que seja sua orientação sexual. (EUA, 2015, p. 13)⁵⁰

Os casais do mesmo gênero deveriam ser integrados ao sistema jurídico para que seja fornecida a estrutura para o seu relacionamento, e a formação de uma base para a criação de seus futuros filhos.

Ao dar reconhecimento e estrutura jurídica à relação de seus pais, o casamento permite que as crianças "compreendam a integridade e a proximidade de sua própria família e sua concordância com outras famílias em sua comunidade e em seu cotidiano". *Windsor, supra*, em (slip op., aos 23). O casamento também proporciona a permanência e estabilidade importantes para os interesses das crianças. (EUA, 2015, p. 15)⁵¹

⁵⁰ The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation. (UNITED STATES, 2015, p. 13)

⁵¹ By giving recognition and legal structure to their parents' relationship, marriage allows children “to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their

Verifica-se, portanto, que mesmo que as bases jurídicas para o reconhecimento da conjugalidade igualitária na SCOTUS sejam diferentes do Brasil, ao ponto que foram utilizadas as bases legais da privacidade, liberdade privada, igual proteção das leis e igualdade, os parâmetros de relacionamento igualitário ainda continuam sendo os heteronormativos. Não se avança em permitir moldes familiares não monogâmicos, não duradouros e públicos, bem como as diversas sexualidades não são abarcadas pelas decisões estadunidenses.

A heteronormatividade continua presente, e os discursos assimilacionistas e colonizadores continuam a existir. O casamento é elevado a base da sociedade, na qual o sistema jurídico moderno e o estado moderno se fundaram, e o modelo que deve estritamente ser cumprido para qualquer possível reconhecimento estatal.

Em *Maynard V. Hill*, 125 EUA 190, 211 (1888), a Corte ecoou de Tocqueville, explicando que o casamento é "a base da família e da sociedade, sem a qual não haveria civilização nem progresso. (EUA, 2015, p. 20)⁵²

A limitação dos direitos decorrentes do casamento como a herança, propriedade, acesso hospitalar, autoridade de decisão médica, adoção, dentre outros, ficam restritos àqueles casais que se adequarem às regras do casamento heterossexual. É reafirmada por várias vezes a máxima que não existe diferença entre casais heterossexuais e homossexuais.

Kennedy encerra o voto citando que nenhuma união seria mais profunda do que o casamento, que incorpora os mais altos ideais de amor, fidelidade, devoção, sacrifício e família. O *justice* ressalta que os petionários demonstram que o amor poderia suportar até a morte, e que clamam por respeito, e por suas realizações pessoais. Conclui a *opinion* dizendo que a esperança dos homossexuais é a de não ser condenado a viver da solidão, e a constituição concederia tal direito a eles.

Mesmo que de forma diferente, visualiza-se a construção da estrutura textual apta ao ideal heteronormativo de vida. Os assimilacionismos familistas, mesmo que não estejam ligados aos ideais de afetividade, encontram-se presentes envoltos do

community and in their daily lives." Windsor, supra, at ____ (slip op., at 23). Marriage also affords the permanency and stability important to children's best interests. See Brief for Scholars of the Constitutional Rights of Children as Amici Curiae 22–27. (UNITED STATES, 2015, p. 15)

⁵² In *Maynard v. Hill*, 125 U. S. 190, 211 (1888), the Court echoed de Tocqueville, explaining that marriage is "the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress. (UNITED STATES, 2015, p. 20)

discurso de liberdade privada. A prática social e a prática discursiva remetem ao arquétipo que é promovido a ideal.

CONCLUSÃO

Foram várias as formas de tratar e designar o sujeito que possui atração pelo mesmo gênero no mundo jurídico. Primeiro, era considerado “sodomita”, tendo a igreja e a religião o controle sobre o seu corpo e seu modo de vida. Tempos depois, a ciência passou a definir regras sobre a sexualidade dos indivíduos, designando as sexualidades não hegemônicas como “patologia do homossexualismo”. Após 1993, e a retirada da homossexualidade dos registros de patologias da Organização Mundial da Saúde, passou a ser denominado de “homossexual”.

Porém, mesmo após a despatologização, as questões de integração dessa “minoría” ao sistema jurídico moderno, fundado sob as premissas liberais de liberdade e igualdade continuaram a ser uma questão a ser resolvida. O homossexual começou a ser designado no sistema jurídico brasileiro como sujeito homoafetivo, e a afetividade ingressou como princípio implícito regulamentador da sexualidade e das relações interpessoais entre pessoas do mesmo gênero.

Os discursos apontaram para uma regulamentação e adequação da sexualidade de alguns indivíduos, para que elas continuem a seguir algumas normas para a sua aceitabilidade na sociedade, e assim, integrem algum grupo minoritário, que provavelmente servirão em algum nicho de consumo e/ou mão de obra para a manutenção do sistema liberal moderno.

Parte do movimento LGBTQIA+, que no início da década de 70 entendia-se como um movimento disruptivo, o qual visava a demolição do sistema, e a não regulamentação de sua sexualidade e identidades de gênero, acabou por se adequar ao iniciar as mini-reformas e mini-adequações com a formulação das demandas sob a tradição dos Direitos Fundamentais, e ao invés de exigir a liberdade e a disrupção, exigiu-se que o Estado formulasse e decidisse positivamente sobre os direitos da população LGBTQIA+, e a sua posterior regulação e integração ao sistema.

A luta por direitos no sistema liberal acabou por somente ser válida desde que operasse para a sua manutenção. Para isso, criaram-se filtros de tolerância, termos, discursos de verdade, saberes e identidades – nesse caso, homoafetivas – que devem ser seguidas rigidamente para que, cada vez mais, certas minorias que são identificadas como “vantajosas”, ingressem nesse dito “projeto de modernidade” e consigam o mínimo de dignidade, nem que para isso tenha que dispor de sua autonomia sexual, identitária e de seus projetos de vida, temendo a sujeição societária

de “menos humanos”, e incapazes de ter sua existência e tutela reconhecidas pelo Estado, ou ao menos “toleradas”.

Construiu-se um padrão de normalidade e de regime aceitável. Os tribunais e o sistema jurídico brasileiro e estadunidense estabeleceram um conjunto de normas diferenciando os sujeitos aptos dos inaptos ao desenvolvimento completo de sua sexualidade. Conjugando uma relação entre o direito, saberes médicos e psicológicos, categorizou comportamentos e identidades, decidindo quem seria incluído ou excluído do acesso à justiça e ao seu gozo de direitos.

A liberdade de agir ocorreu dentro de uma certa previsibilidade de comportamentos que o direito determinou. O discurso jurisprudencial restringiu a possibilidade de existir e da realização das sexualidades não hegemônicas, e adotou somente um certo estilo de vida padrão.

No Brasil, o STF utilizou da retórica do afeto para justificar a aceitabilidade da conjugalidade igualitária. Utilizando-se por diversas vezes das palavras amor e afeto, a própria designação utilizada para se referir às pessoas que possuem atração pelo mesmo gênero foi a “homoafetividade”, que foi repetida por 212 vezes ao longo da decisão, enquanto “isonomia”, “liberdades individuais” e “privacidade” foram, respectivamente, utilizadas por 8, 4 e 11 vezes.

Já nos EUA, a argumentação foi diferente. Enquanto a palavra “love” foi somente utilizada 1 vez em toda a decisão, “freedom”, “equal protection” e a “Due Process Clause” foram repetidamente utilizadas para justificar o reconhecimento da conjugalidade igualitária. Pouco se falou de projetos de vida, afeto, amor e realizações pessoais, e o que se tem em jogo é o respeito da intimidade, da liberdade, da igualdade e da igual proteção das leis para todos os indivíduos.

Mesmo que utilizando de argumentações diferentes, ambos os tribunais operaram um processo de higienização e aburguesamento do modo de ser dos indivíduos. Transformando os padrões e modos de vida com parâmetros aceitáveis, está sendo realizada a recepção de novos sujeitos que possuem a ilusão da prometida liberdade e igualdade moderna.

Com a hegemônica cultura heteronormativa, outras possibilidades de manifestações de sexualidade tornam-se excluídas, o que ocorreu desde a proposição das ações que intuíram o reconhecimento da conjugalidade igualitária, e foi reproduzido pelos ministros em seus votos. A participação da vida jurídica e a sua consequência “existência” no estado moderno se torna inviabilizada. Os

relacionamentos não-monogâmicos, as relações privadas e que não são públicas, os casais que não possuem intenção de formar famílias e diversas outras situações ficam a mercê, novamente, do reconhecimento estatal.

A presente dissertação não teve como objetivo o esgotamento da temática aqui tratada. Entendo a limitação de uma pesquisa de mestrado que foi desenvolvida durante toda a pandemia da COVID-19, que possui limites temporais, espaciais e de recursos.

A intenção é a de contribuição com o atual estudo de como as sexualidades são tratadas nos tribunais, e de como os discursos são construídos por eles. O modo de vida e a forma com o que os indivíduos exercem sua sexualidade constituem dispositivos de poder que são operados pelo Estado, e é necessário que entendamos como são determinados os nossos modos de vida e como os nossos desejos são controlados.

Questiona-se, a partir do estudo realizado, se a sexualidade deveria continuar constituindo categoria jurídica identificadora dos sujeitos, e se o direito de família deveria abandonar os conceitos tradicionais e as organizações familiares começarem a pouco importar para seu reconhecimento.

A pesquisa teve caráter inovador, pois até o momento, sob a perspectiva aqui trazida, não houve pesquisas analisando criticamente em perspectiva comparada os discursos das decisões de reconhecimento da conjugalidade igualitária nos dois países.

Percebe-se, de acordo com as análises realizadas no segundo e terceiro capítulo, que no contexto norte-americano, os discursos foram derivados de uma tradição de preservação das liberdades individuais, enquanto no Brasil, foram ligados a um ideal de afetividade para a aceitabilidade da conjugalidade igualitária. Dessa forma, a hipótese inicial da pesquisa foi confirmada.

Nos dois sistemas jurídicos e em todas as decisões analisadas, mesmo com a utilização de argumentos diferentes, a construção dos discursos jurídicos tendeu para a assimilação do arquétipo heterossexual de relacionamento, o que pode ser identificado como “heteronormatividade”. A utilização da afetividade no caso brasileiro, e das liberdades individuais no caso americano, foram no mesmo sentido de permitir a conjugalidade igualitária, mas desde que com os mesmos requisitos e moldes da união heterossexual.

REFERÊNCIAS

- BATALHA, Erika Oliveira Maia. *O dispositivo do afeto: uma análise do discurso jurídico brasileiro de reconhecimento do casamento lésbico-gay*. Dissertação mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/24253?mode=full>>. Acesso em 19 jul 2022.
- BRASIL. *Decreto nº 510 de 22 de junho de 1890*. 1890. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>>. Acesso em 20 ago. 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 ago 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999*. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal>. Acesso em 20 ago 2022.
- BRASIL, S. T. F. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300*. Relator Ministro Celso de Mello. 2006. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2243952>>. Acesso em 30 set 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ* – Rio de Janeiro. Relator Min. Ayres Britto. Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 25/09/2021
- BRASIL, S. T. F. *Petição 1984*. Relator: Ministro Presidente. 2012.
- BRASIL, S. T. F. *Regimento interno*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.
- BORRILLO, Daniel. *Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino*. In: Fernando Seffner; Márcio Caetano (orgs.). *Discurso, discursos e contra discursos latino-americanos sobre a diversidade sexual e de gênero*. Campina Grande: Editora Realize, 2016.
- BORRILLO, Daniel. *Direitos emergentes: uma crítica do gênero e dos direitos sexuais desde a perspectiva latina*. Célia Barbosa Abreu; Guilherme Pena de Morales; Wilson Madeira Filho. *Dialogos sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 1, Lumen Juris Editora, pp.117-144, 2016.
- BUCCI, Alexandre. *Breves notas: “comparação de direitos” e jurisdição constitucional*. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kioshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 16 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASTRO, Francisco J. Viveiros de. *Atentados ao pudor* (Estudos sobre as aberrações do instinto sexual). Rio de Janeiro: Moderna, 1934.

CARDINALI, D. C. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequência*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CLAVEL, Pau López. *Tres debates sobre la homonormativización de las identidades gays e lesbiana*. IN: ASPARKÍA, 26; 2015, 137-153.

COACCI, Thiago. *Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais brasileiros sobre homossexualidades, 1989–2012*. Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad. ISSN 1984-6487. n. 21. dec. 2015. pp.53-84

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: um novo substantivo*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 18 Dez. 2004. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/sociedade/2198-homoafetividade-um-novo-substantivo. Acesso em: 18 ago. 2022

FERNÁNDEZ, Encarnación. *¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?*. In: Persona y Derecho, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A governamentalidade*. Roberto Machado, tradutor. IN: MACHADO, R. (ed.). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro, Graal, 1979^a.

FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o Poder*. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. Michel Foucault. Uma trajetória filosófica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979^b.

FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Michel Foucault: organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta; tradução Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética?*. Tradução. Ana C. F. Lima e Mariana P. Fraga Assis. In: Lua Nova, 70. São Paulo, 2007.

GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Jorge Zahar, 1991.

GIDDENS, A. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002

GRESSMAN, E. *Supreme Court Practice*. Nova York: Macmillan, 1990.

GREEN, James Naylor. *A homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. Tradução Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. – São Paulo: Editora UNESP, 2000.

HABERMAS, Jurgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Publicações Dom Quixote. Lisboa. 1998.

MAGALHÃES, Izabel. *Introdução: a análise de discurso crítica*. DELTA, São Paulo, v. 21, n. spe, p. 1-9, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MIGNOLO, Walter D. *Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade*. Rev. RBCS Vol.32, nº 94, junho/2017, e329402.

MIGNOLO, Walter D. *A colonialidade está longe de ter sido superada, logo, a decolonialidade deve prosseguir*. São Paulo: Museu de Arte de São Paulo AssisChateaubriand, 2019

MONICA, Eder Fernandes. *A hegemonia do discurso liberal sobre direitos homossexuais no STF*. Rev. Direito Práx. Rio de Janeiro. v. 11, n. 2, p. 1358-1390, Apr. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662020000201358&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10/05/2021.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. Livro V, Título XVII, *Dos que cometem pecado de sodomia*. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg54.htm>>. Acesso em 19 ago. 2022.

PELT, Eder van. *Encruzilhadas queer no Direito*. 1 e. - Salvador, BA: Devires, 2022.

PINTO, J. G. B. C. *Direito Constitucional Comparado e Controle Fraco de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, 2013.

QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder e classificação social*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Org.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2010

RIOS, Roger Raupp. *As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”*: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *civilistica.com*. 2, 2 (jun. 2013), 1-21.

RIOS, R. R.; OLIVEIRA, R. 2012. *Direitos Sexuais e Heteronormatividade: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil*. In: R. MISKOLCI; L. PELÚCIO (Eds.). *Discursos Fora da Ordem:sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo, Annablume,p. 245-276.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. *Análise do discurso crítica*. São Paulo: Contexto, 2006.

SILVA, V. A. DA. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

UNITED STATES. *Constitution of the United States of America*. Washington: [s.n.].

UNITED STATES. *United States Code*. 2022. Disponível em: < <https://uscode.house.gov/>>. Acesso em 15 mai 2022.

UNITED STATES, S. C. OF THE U. S. *United States v. Windsor*. 12 U.S. 307. . 26 jun. 2013. Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>. Acesso em 15 mai 2022.

UNITED STATES, S. C. OF THE U. S. *Obergefell et al. v. Hodges*. 14 U.S. 556. . 26 jun. 2015. Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 15 mai 2022.

UNITED STATES, S. C. OF THE U. S. *Rules of the Supreme Court of the United States*. 18 abr. 2019. Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx>. Acesso em 15 mai 2022.

VAÍNFAS, Ronaldo. *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Campu, 1989.

VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

VECCHIATTI, P. R. I. *Manual da homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da Ação por Casais homoafetivos*. 3. ed. Bauru: Spessotto, 2019.

VIANNA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, T.; PRETES, É. A. *História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1

VIEIRA, A. D.; FILHO, R. E. *O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões do STF*. *Direito e Práx.*, v. 11, n. 02, p. 1084–1136, 2020.