

Novos Temas de Direitos Humanos Fundamentais



Organizadores:

Célia Barbosa Abreu

Fábio Carvalho Leite

Manoel Messias Peixinho

Tauã Lima Verdán Rangel

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

Volume III

TEMAS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Volume III



2022 - Curitiba



CONSELHO EDITORIAL

Adriane Garcel	Luisa Moura
Alexandre Walmott Borges	Luiz Eduardo Gunther
Célia Barbosa Abreu	Mara Darcanchy
Daniel Ferreira	Maria Lucia de Barros Rodrigues
Elizabeth Accioly	Massako Shirai
Everton Gonçalves	Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Fernando Gustavo Knoerr	Nilson Araújo de Souza
Francisco Cardozo de Oliveira	Norma Padilha
Francisval Dias Mendes	Paulo Ricardo Opuszka
Ilton Garcia da Costa	Paulo Roberto Barbosa Ramos
Ivan Motta	Roberto Genofre
Ivo Dantas	Salim Reis
Jonathan Barros Vita	Valesca Raizer Borges Moschen
José Edmilson de Souza-Lima	Vanessa Caporlingua
José Edmilson Lima	Viviane Séllos
Juliana Cristina Busnardo de Araujo	Vladmir Silveira
Lafayette Pozzoli	Wagner Ginotti
Leonardo Rabelo	Wagner Menezes
Lívia Gaigher Bósio Campello	Willians Franklin Lira dos Santos
Lucimeiry Galvão	

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP - Brasil)

N945

Novos Temas de Direitos Humanos Fundamentais: Volume III. – Abreu, Célia Barbosa. Rangel, Tauã Lima Verdán. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. (Et.al). – Abreu, Célia Barbosa. Leite, Fábio Carvalho. Peixinho, Manoel Messias. Rangel, Tauã Lima Verdán. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. - (Coordenadores). – Curitiba: Editora Clássica. 2022.

22.379 KB. 527 p.

ISBN – 978-65-87965-36-9

1. Direitos Humanos. 2. Direitos Fundamentais 3. Terceira Dimensão. 4. Quarta Dimensão. 5. Quinta Dimensão. I. Abreu, Célia Barbosa. II. Rangel, Tauã Lima Verdán. III. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. II. Título.

CDD 342.272
CDU 342.7

O “CASAMENTO HOMOAFETIVO” NO STF: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO DE CONCEITOS E JURISPRUDÊNCIAS ESTRANGEIRAS NOS VOTOS DOS MINISTROS NA ADPF 132 E ADIN 4.277

Eder Fernandes Monica⁹⁶
João Pedro Schuab Stangari Silva⁹⁷

INTRODUÇÃO

O processo de consolidação dos direitos LGBTQIA+⁹⁸ no Brasil – e em diversos países - tem sido marcado por um forte protagonismo do Poder Judiciário, o principal responsável em atender a diversas demandas que integram a pauta do movimento ao longo dos anos, mesmo recebendo diversas críticas em relação a seu papel “ativista”⁹⁹. Esse protagonismo do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, ocorre perante uma possível omissão proposital do Poder Legislativo – em grande parte de crença cristã¹⁰⁰, marcado por um conservadorismo normalizador¹⁰¹ em relação aos corpos de orientação sexual e/ou identidade de gênero dissidentes –, que não abrangeu em sua

⁹⁶ Doutor em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense. E-mail: ederfm@id.uff.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3547672971050734>.

⁹⁷ Mestrando em Direito Constitucional (PPGDC), Universidade Federal Fluminense. E-mail: joaoschuab@id.uff.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9032655751013575>.

⁹⁸ Optamos por utilizar a sigla que julgamos mais abrangente da diversidade de identidades não heterossexuais.

⁹⁹ Em que pese outras áreas, a atual configuração do STF, nos últimos anos, é permissiva em matéria de costumes e de direitos de minorias. Para aprofundamento do tema do ativismo judicial dos direitos LGBTQIA+ no STF, conferir: CARDINALI, Daniel Carvalho. *A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes. 228p. 2018.

¹⁰⁰ A Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional que conta, em setembro de 2021 com 194 deputados signatários e 8 senadores, é coordenada por Silas Câmara e articula-se principalmente contra temas como aborto, casamento homossexual, igualdade de gênero, e tenta derrubar resoluções que impedem o tratamento psicológico da homossexualidade como doença. A lista com todos os integrantes pode ser acessada em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=54010>.

¹⁰¹ Para aprofundamento do tema da influência da religião cristã no processo legislativo Brasileiro, conferir: SARTORI, Vitor Hugo de Freitas. *Influência do Cristianismo no Processo Legislativo Brasileiro*. Frutal-MG: Prospectiva. 2016. Disponível em: <https://www.academica.org/editora.prospectiva.oficial/46.pdf?view>.

pauta os denominados “direitos emergentes” e “novos sujeitos de direitos”, derivados de uma tradição jurídica liberal moderna¹⁰².

Interpretando a legislação infraconstitucional e a própria Constituição de forma ampla e não taxativa, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a permissiva da conjugalidade homossexual¹⁰³ em maio de 2011, no julgamento em conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277¹⁰⁴, em decisão extensa – o acórdão contém 274 páginas - e necessária para consolidação dos direitos sexuais no Brasil. Porém, mesmo com a narrativa romantizada de alguns ministros¹⁰⁵, encontramos preconceitos, regulamentações restritivas da sexualidade do cidadão, de seu gênero e de seu controle sobre o próprio corpo. Na análise mais ampla dos discursos dos Ministros do STF, constatamos também que foram utilizados conceitos, citações e precedentes de culturas jurídicas estrangeiras de “Primeiro Mundo” – europeias e norte-americanas – geralmente advindas de onde os Ministros estudaram, ou realizaram pesquisas, países consagrados como avançados em matéria de direitos sexuais

Nenhuma cultura jurídica nacional é isenta de influências externas, e com isso, não haveria como a jurisprudência dos tribunais e supremas cortes ser diferente. Porém, defende-se como hipótese inicial que, com tal importação dos argumentos, recepcionaram-se ideologias e compreensões de mundo que foram e são responsáveis por alterar as pautas do movimento LGBTQIA+ – que, por si só, não é unívoco, e comporta as

¹⁰² As conquistas do movimento LGBTQIA+ estão intrinsecamente ligadas com o fenômeno da judicialização das dificuldades vividas por estes sujeitos, o que culminou em decisões, tanto judiciais quanto administrativas, fundamentadas por entendimentos extensivos da Constituição Federal, e apoiando-se na estrutura hierárquica das normas jurídicas, que são submetidas a este controle principiológico.

¹⁰³ No intuito de englobar o casamento civil e união estável, optamos por utilizar o termo conjugalidade ao longo do artigo.

¹⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. 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>.

¹⁰⁵ “Mas também costume dizer que, por debaixo da nossa toga – não é Ministro Ayres? – também bate o coração de um homem”. (BRASIL, 2011, p.76)

mais variadas perspectivas sobre as lutas e conquistas de direitos -, forçando-o a se integrar a uma dinâmica global sobre o modo como as sexualidades são exercidas. Além disso, maximizaram-se preconceitos¹⁰⁶, reforçando ideais de um tipo de “colonização” cultural e jurídica que continua em diversos setores da sociedade. Para tanto, primeiro optamos por trazer os conceitos e metodologias, para posteriormente, realizar a análise de discurso crítica da decisão supramencionada.

CONCEITOS E METODOLOGIAS

No intuito da proposta, adota-se como referencial teórico Michel Foucault em seus estudos sobre sexualidade, tendo em vista que o autor a pensa como um dos dispositivos de operacionalização tecnológica de um sistema liberal e neoliberal, instrumentalizado pelas estratégias de biopoder, onde 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 culturalmente.

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.¹⁰⁷

¹⁰⁶ “Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida...” grifos nossos. (BRASIL, 2011, p. 78)

¹⁰⁷ FOUCAULT, M.. *Microfísica do Poder* . Organização e tradução de Roberto Machado . Rio de Janeiro : Edições Graal, 2008 [1979], p. 292

Tornou-se importante no “projeto de modernidade ocidental”¹⁰⁸ a compreensão dos regimes e formas de exercer o poder, bem como dos discursos advindos 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, loucura e foram inclusive criminalizadas). Fez-se 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”¹⁰⁹.

Até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos [...] regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã, e a lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal [...]. Romper as leis do casamento ou procurar prazeres estranhos mereceriam de qualquer modo, condenação.¹¹⁰

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”¹¹¹, dispendo dos poderes discursivos das ciências – dentre elas a ciência jurídica, e o discurso jurídico-, ou seja,

¹⁰⁸ Utiliza-se 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.

¹⁰⁹ FOUCAULT, M. *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, p.39.

¹¹⁰ *Ibidem*, 1988, p.38-39.

¹¹¹ *Ibidem*, 1979, p.9

discursos de verdade, que servem para controlar os desejos e a disposição dos corpos dos sujeitos¹¹². Estas formas de poder, para serem exercidas, precisariam obter o conhecimento da mente das pessoas, explorar sua alma e revelar seus segredos mais íntimos¹¹³, para assim tornar o corpo educado.

Utilizaremos a abordagem trazida por Aníbal Quijano e Walter Mignolo 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, para estabelecimento do capitalismo mundial, onde argumentam que todas as experiências, histórias, recursos e produtos culturais terminaram articuladas em uma ordem cultural global para a hegemonia da cultura dominante.

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 dispensáveis¹¹⁴.

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 sexualidade¹¹⁵. 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

¹¹² 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.

¹¹³ FOUCAULT, M. *O Sujeito e o Poder*. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. Michel Foucault. Uma trajetória filosófica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p.237

¹¹⁴ MIGNOLO, Walter D. *Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade*. Rev. RBCS Vol. 32, nº 94, junho/2017.

¹¹⁵ Ibidem.

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.¹¹⁶

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”.

Já por assimilacionismo, utilizaremos a visão de Fernández, Lisa Duggan¹¹⁷ e Roger Raupp Rios, que entendem o conceito como a imposição de adequação do comportamento dos indivíduos homossexuais aos moldes dos relacionamentos

¹¹⁶ MIGNOLO, Walter D. *A colonialidade está longe de ter sido superada, logo, a decolonialidade deve prosseguir*. São Paulo: Museu de Arte de São Paulo Assis Chateaubriand, 2019, p.4.

¹¹⁷ DUGGAN, Lisa. *The new homonormativity: the sexual politics of neoliberalism*. In: *Materializing Democracy*. p. 175-194. Durham, NC: Duke University Press, 2002.

heterossexuais¹¹⁸. Para os autores, o assimilacionismo retrata um mecanismo de anulação de práticas sexuais dissidentes do padrão de família burguesa e heterossexual.

No campo da diversidade sexual, o assimilacionismo se manifesta por meio da legitimação da homossexualidade mediante a reprodução, afora o requisito da oposição de sexos, de modelos aprovados pela heteronormatividade. Vale dizer, a homossexualidade é aceita desde que nada acrescente ou questione os padrões heterossexuais hegemônicos, desde que anule qualquer pretensão de originalidade, transformação ou subversão do padrão heteronormativo. Nesta dinâmica, a estes arquétipos são associados atributos positivos, cuja reprodução se espera por parte de homossexuais, condição *sine qua non* para sua aceitação.¹¹⁹

Partindo dessa conceituação, intentamos identificar os discursos colonizadores e assimilacionistas para com os sujeitos homossexuais no Supremo Tribunal Brasileiro, especificamente na ação que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Na utilização de conceitos e precedentes estrangeiros, operou-se a “higienização” dos modos comportamentais afetivos, tendo em vista esse padrão colonizador de família burguesa, monogâmica, heterossexual - base estrutural da sociedade capitalista -, para torná-los aceitáveis socialmente e conquistar a tutela estatal¹²⁰.

Para a análise documental, o artigo se restringe aos votos dos Ministros nas ações supramencionadas. Optamos por usar a metodologia da análise de discurso crítica a partir das contribuições de Michel Foucault¹²¹ e Eni Orlandi. O objetivo é o de identificar, nos moldes propostos, a memória discursiva que os Ministros buscaram ao realizar o próprio

¹¹⁸ FERNÁNDEZ, Encarnación. *¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?*. *Persona y Derecho*, 49 (2003): 393-444.

¹¹⁹ 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, p.15.

¹²⁰ “Podemos destacar três grandes frentes de “culturalização heterossexual” da comunidade LGBT: por meio do casamento igualitário; por meio da assimilação midiática da cultura LGBT; e por meio da inclusão das pessoas LGBT no projeto imperialista ocidental.” 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.

¹²¹ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

discurso, a continuidade a partir de um outro discurso proferido e aceito como legítimo, e os saberes que são compreendidos como produtos dos regimes de verdade, descrevendo a estrutura dos regimes e as regras do que pode e não pode ser dito e do que é considerado verdadeiro¹²².

ANÁLISE DOS VOTOS

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, foram as duas ações responsáveis pela permissa da conjugalidade homossexual no Brasil, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Britto¹²³. A primeira, a ADPF 132, foi proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, perante a interpretação que foi conferida 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 Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, implicando em redução dos direitos de pessoas homossexuais e de decisões judiciais que negaram às “uniões homoafetivas” estáveis o rol de direitos dos casais “heterossexuais”. Na ação, 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”

¹²⁴

¹²² ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de Discurso: princípios & procedimentos*. Campinas: Pontes, 2009.

¹²³ Voto Ayres Britto (Relator) – (p. 18-49) Voto Luiz Fux – (p. 52-75) Aditamento (p.76-86) Voto Carmen Lúcia - (p. 87-97) Voto Ricardo Lewandowski – (p. 100-112) Voto Joaquim Barbosa – (p. 116-120) Voto Gilmar Mendes - (p. 121-163 / 144-199) Voto Marco Aurélio - (p. 201-215) Voto Celso de Mello - (p. 216-265) Voto Cezar Peluso (Presidente) – (p. 266-270) Dias Toffoli (impedido) e Ellen Gracie (faltou) não participaram.

¹²⁴ 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 mesmo direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo”¹²⁵, argumentando igualmente 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, interpretando o artigo 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal e reconhecendo a união “homoafetiva” como família. Entretanto, como todo acórdão e decisão, está repleta de assimilacionismos e colonizações, responsáveis pela repressão da sexualidade dos indivíduos por meio de discursos construídos e embasados em citações e precedentes estrangeiros, onde os próprios Ministros fazem uma “mea-culpa” dessa permissiva, adotando a estratégia de higienizar as relações homossexuais de acordo com os padrões heterossexuais presentes na sociedade, para assim cumprir o papel da corte em proteção destas “minorias”.

A primeira importação realizada no acórdão já foi feita no início do voto do Relator, citando a Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994¹²⁶ e a Resolução sobre o Respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia, de 16 de março de 2000¹²⁷,

¹²⁵ *Ibidem*, p. 9-17

¹²⁶ “A comunidade europeia tem o dever, de todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais”. (BRASIL, 2011, p. 28)

¹²⁷ “Os Estados-Membros são incitados a dotar ‘políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direito relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos

ao justificar o “livre arbítrio de cada pessoa” de ter sua “preferência” ou “orientação” sexual, ao dizer que tal liberdade já se daria em ordenamentos jurídicos da Comunidade Europeia¹²⁸. Ayres Britto importa a Resolução do Parlamento Europeu de 1994, que traz designação já não mais utilizada pelo movimento LGBTQIA+ à época (2011), embasando a sua argumentação do livre arbítrio de cada pessoa, pelas “tendências sexuais” que ela possui, como se a sexualidade humana ainda fosse tida como uma escolha, ou opção, e dissertando que como tal reconhecimento já foi ocorrido na Comunidade Europeia, símbolo do “progresso” e “sociedade superior”, também deveria aqui ser normatizada.

A segunda importação, também realizada por Ayres Britto, foi a da primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de julho de 1776, que em seu artigo 1º traz o direito a felicidade¹²⁹. O Ministro ressalta:

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou, “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade.¹³⁰

É construído um discurso colonizador que embasa a felicidade do indivíduo homossexual atrelada ao afeto e ao amor, que seriam os instrumentos de legitimação do reconhecimento das relações homossexuais, e não a livre disposição de sua sexualidade. Reduzem-se as relações homossexuais à afetividade, interditando e silenciando práticas

intervenientes, estendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo.” (BRASIL, 2011, p. 28)

¹²⁸ BRASIL, 2011, p. 28

¹²⁹ “Art. 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”. (BRASIL, 2011, p. 28)

¹³⁰ *ibidem*, p. 31

sexuais que fogem desse modelo. A sociedade que se diz moderna e liberal, acaba por não cumprir com seus próprios princípios, e ainda encontra dificuldades em se modernizar em relação aos costumes. Ayres Britto afirma essa dificuldade ao dizer que é dever do Brasil de dar referência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental.¹³¹

Nesse sentido, é defendida por Fux a “leitura moral da constituição propugnada por Ronald Dworkin”, que segundo ele, mesmo argumentando sobre o constitucionalismo nos EUA, “formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro”, como a máxima que “o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status moral e político”¹³², correlacionando tais conceitos com Ernst Benda, quando este fala que “está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral¹³³”, e propondo que o “silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual.”¹³⁴.

Apesar de não demarcar o conceito de moral que utilizou, e mesmo adotando o liberalismo de Dworkin, Fux cita e apropria-se da política de reconhecimento de Nancy Fraser, conhecida por se filiar à corrente marxista e tecer duras críticas ao liberalismo. Ele destaca os objetivos da teoria de Fraser, como o de “contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito”.¹³⁵

Ocorre que mesmo demonstrando alguma evolução perante as teorias liberais e assimilacionistas defendidas e importadas pelos outros ministros, Fux aponta 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”, restringindo o reconhecimento que defende, ao clássico conceito de família burguesa, que

¹³¹ *Ibidem*, p. 45

¹³² *Ibidem*, p. 65 e 66

¹³³ *Ibidem*, p. 67

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 68-69

seria o ponto máximo da “tolerância” estatal para com os homossexuais¹³⁶, bem explicitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousar 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.¹³⁷

A política da tolerância também é citada pelo Ministro Gilmar Mendes, ao trazer o conceito de teoria constitucional das alternativas, de Peter Häberle. O ministro defende a interpretação constitucional aberta, que “converte-se numa teoria constitucional da tolerância”¹³⁸. Tolerância e reconhecimento, apesar de serem conceitos distintos, são usados como sinônimos.

O reconhecimento, como Fraser em uma visão republicana traz, não deve ser visto através da lente da identidade de grupos. A autora alerta para o falso reconhecimento, que consiste na depreciação da identidade de um grupo subordinado, pelo grupo dominante. Em um contexto de globalização, Fraser propõe o reconhecimento do estatuto individual dos indivíduos, como “parceiros de pleno direito na interação social”, sem qualquer subordinação transmitida através de “padrões institucionalizados de valor cultural”¹³⁹.

¹³⁶ 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, 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.)

¹³⁷ BRASIL, 2011, p. 110

¹³⁸ *Ibidem*, p. 133

¹³⁹ FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação*. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, Outubro 2002, 7-20, p.16

Habermas, ao defender uma concepção procedimental do direito, traz um processo democrático que assegura tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública do indivíduo. O reconhecimento para ele, se daria quando o Estado propicia ao cidadão seus direitos subjetivos, ao dispor de maneira adequada de articulações e fundamentações em discussões políticas. A tolerância, no entanto, tida como uma leitura liberal do sistema de direitos, não teria saída senão entender erroneamente o universalismo dos direitos fundamentais, ao nivelar de forma abstrata as diferenças¹⁴⁰.

A teoria constitucional da tolerância proposta por Gilmar Mendes reforça a colonização dos corpos homossexuais 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 ao assimilacionismo familista de 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 e produtos para casais gays e novos mercados de consumo, o chamado “*Pink Money*” ou “*Capitalismo Rosa*”¹⁴¹.

Pouco se avança para respeitar as particularidades de todo o movimento LGBTQIA+. Reforça-se o controle estatal dos arranjos conjugais e a seletividade assimilacionista heterossexual, além da vinculação de afetividade a conjugalidade que antes não eram lidas pelo parâmetro do afeto. A tolerância fica restrita ao poderio econômico e consumo, que permite a entrada de novos relacionamentos, desde que estes contribuam para a manutenção do sistema. Coloniza-se o indivíduo homossexual para se tornar o “gay limpo”, “bom moço”, com intuito de constituir família. Resgata-se mais um consumidor para a sociedade capitalista, construído ao molde alhures descrito, e mantido sob rigorosas circunstâncias, depurado de toda e qualquer rebeldia.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – Estudos de Teoria Política*. Tradução de George Sperber. Edições Loyola, São Paulo, 2002, p. 236-237

¹⁴¹ 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 Ministro Marco Aurélio concorda com Maria Berenice Dias quando esta afirma em seu livro “União homoafetiva”, que agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação. De acordo com o ministro, o reconhecimento da entidade familiar dependeria apenas da opção livre, regida pelo afeto existente entre eles. Para justificar sua afirmação, cita a discussão inglesa sobre a legalização das relações homossexuais, e os argumentos defendidos por Hart e Devlin, onde Hart sustentou “o respeito à individualidade e à autonomia privada”¹⁴², e Devlin¹⁴³, contrariamente à legalização, argumentou que “a prevalência da moralidade coletiva repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero”¹⁴⁴. A escolha do termo “homoafetividade”, por si só, traz um conteúdo purificador e higienizador das sexualidades dissidentes.

A reafirmação da colonização advém com Marco Aurélio em seu voto, trazendo que o projeto de vida daqueles que tem atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família¹⁴⁵. Cita a decisão da Corte interamericana de Direitos Humanos, que reconhece a proteção jurídica ao projeto de vida, que faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana:

“Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O

¹⁴² “Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais. (BRASIL, 2011, p. 203)

¹⁴³ “Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. [...] Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum.” (BRASIL, 2011, p. 203)

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 212.

vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.”¹⁴⁶

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 homossexual necessitou então, para ser tutelada, de uma justificativa adicional, já que não possuía legitimidade social para sua aprovação.

A sexualidade dissidente, muitas vezes lida como anormalidade, pecado, doença e prática imoral, passa a ser legitimada e aceita pelo assimilacionismo familista do amor e do afeto. Não é de hoje que termos que amenizam a homossexualidade são criados para gerar tolerância e aceitação da sociedade. A exemplo, já foram criadas categorias de “estar homossexual” e “homoternurismo”, que caracterizariam uma amizade enternecida entre pessoas do mesmo sexo.¹⁴⁷

Celso de Melo retoma a legitimação dos relacionamentos homossexuais pela afetividade. O ministro cita o direito à busca da felicidade, de raízes históricas na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, influenciada por ideais iluministas trazidos por John Locke e Thomas Jefferson¹⁴⁸. Para o ministro, a busca da

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 212.

¹⁴⁷ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4ª ed, ver., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p.37.

¹⁴⁸ “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. (BRASIL, 2011, p.251)

felicidade se daria pelo afeto, que constituiria “valor jurídico impregnado” e “núcleo conformador do conceito de família”¹⁴⁹. O reconhecimento das conjugalidades homossexuais para ele, justificar-se-ia por elas repousarem “a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum”.

A liberdade sexual do indivíduo vai muito além da sua possibilidade de constituir família. A sexualidade inclui contextos de intimidade, que nada dependem da afetividade. O julgamento limitou os relacionamentos homossexuais a um assimilacionismo familista heterossexual, e construiu um discurso controlador e colonizador das sexualidades dissidentes.

Em virtude desta moldura limitadora de direito de família a partir da qual, por razões de técnica processual, se desenrolou o julgamento, corre-se o risco de, numa leitura mais apressada ou conservadora, condicionar-se a compreensão do conteúdo jurídico dos direitos sexuais à convivência familiar. O risco deste viés conservador, longe de ser mera especulação teórica, pode se cristalizar numa tendência que designo de assimilacionismo familista. 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).¹⁵⁰

A própria afirmação e tutela estatal da conjugalidade homossexual nunca foi ponto pacífico do movimento LGBTQIA+. Uma parte do grupo, busca modificar a estrutura societária a partir das suas experiências pessoais, opondo-se a ideia de um casamento e/ou união estável nos moldes heteronormativos. e outro que luta para a sua aceitação, a qualquer custo, como foi feito, justificando a decisão com base em uma tolerância

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 254

¹⁵⁰ RIOS, 2013, p.15

repressora, construída em cima de assimilacionismos familistas e colonizações, que pouco avança no reconhecimento dos direitos sexuais dos indivíduos¹⁵¹.

NOTAS CONCLUSIVAS

Retomando a hipótese inicial, a análise da importação de conceitos e precedentes estrangeiros realizadas pelos Ministros reafirma a colonização dos relacionamentos homossexuais em um assimilacionismo familista. Atribui-se a justificativa e limite para a aceitabilidade e legitimação do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo a afetividade. A relação sexualidade/poder, e os instrumentos e formas de repressão das sexualidades dissidentes continuam presentes nos discursos estatais, e em especial nos discursos jurídicos, com melindres e encapuzados na forma de amor, afeto e tolerância.

A colonialidade opera-se em várias perspectivas, com o uso excessivo de conceitos e jurisprudências estrangeiras, principalmente de países europeus e dos Estados Unidos, reforçando a ideia de um país que nunca encontrou a si mesmo e importa identidades de fora. Posteriormente, opera-se a lógica colonizante sobre os próprios corpos homossexuais, que são forçados a integrar o assimilacionismo de relacionamentos regidos pela matriz colonial de poder, que reafirma a modelagem heteronormativa familista.

A luta por direitos no sistema liberal acaba por se achar válida desde que opere para a sua manutenção, e para isso, cria 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

¹⁵¹ COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. *O Casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo*. Rev. Estudos Feministas, Florianópolis, 23(1): 312, janeiro-abril/2015, p. 141,142.

vida, temendo a sujeição societária de “menos humanos”, e incapazes de ter sua existência e tutela reconhecidas pelo Estado, ou ao menos toleradas.

REFERÊNCIAS

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.

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. *O Casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo*. Rev. Estudos Feministas, Florianópolis, 23(1): 312, janeiro-abril/2015, p. 141,142.

DUGGAN, Lisa. *The new homonormativity: the sexual politics of neoliberalism*. In: *Materializing Democracy*. p. 175-194. Durham, NC: Duke University Press, 2002.

FERNÁNDEZ, Encarnación. *¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?*. Persona y Derecho, 49 (2003): 393-444.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *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.

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

FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização*: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Outubro 2002, 7-20.

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

_____. *A inclusão do outro* – Estudos de Teoria Política. Tradução de George Sperber. Edições Loyola, São Paulo, 2002.

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=S2179-89662020000201358&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10/05/2021.

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.

MIGNOLO, Walter. *Histórias locais / projetos globais*: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

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

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

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de Discurso: princípios & procedimentos*. Campinas: Pontes, 2009..

QUIJANO, Aníbal. *El fantasma del desarrollo en América Latina*. *Revista venezolana de economía y ciencias sociales* (Caracas) Nº 2, 2000.

_____. *Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

_____. *Colonialidad del Poder, Cultura y Conocimiento en América Latina*. In: *Anuário Mariateguiano*. Lima: Amatua, v. 9, n. 9, 2002.

_____. *Modernidad y democracia: intereses y conflictos*. *Anuario Mariateguiano* (Lima) Vol. XII, Nº 12. 2014.

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, p.15.

SARTORI, Vitor Hugo de Freitas. *Influência do Cristianismo no Processo Legislativo Brasileiro*. Frutal-MG: Prospectiva. 2016. Disponível em:
<https://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/46.pdf?view>.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4ª ed, ver., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p.37.