

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas
Departamento de Ciência Política
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política

Thiago Coacci

**DO HOMOSSEXUALISMO À HOMOAFETIVIDADE:
discursos judiciais sobre as homossexualidades no STJ e STF de 1989 a 2012**

Belo Horizonte
2014

Thiago Coacci

**DO HOMOSSEXUALISMO À HOMOAFETIVIDADE:
discursos judiciais sobre as homossexualidades no STJ e STF de 1989 a 2012**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Marlise Miriam de Matos Almeida

Belo Horizonte

2014



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO THIAGO COACCI RANGEL PEREIRA

Realizou-se, no dia 30 de janeiro de 2014, às 13:30 horas, no Auditório Prof. Baesse, da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada “*DO HOMOSSEXUALISMO À HOMOAFETIVIDADE: discursos judiciais sobre as homossexualidades no STJ e STF de 1989 a 2012*”, apresentada por THIAGO COACCI RANGEL PEREIRA, número de registro 2012656859, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em CIÊNCIA POLÍTICA, à seguinte Comissão Examinadora: Profa. Marlise Miriam de Matos Almeida - Orientadora (DCP/UFMG), Profa Ana Carolina Freitas Lima Ogando (DCP/UFMG), Profa Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (Antropologia/USP)

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2014.

Profa. Marlise Miriam de Matos Almeida – Orientadora _____
(DCP/UFMG)

Profa Ana Carolina Freitas Lima Ogando _____
(DCP/UFMG)

Profa Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer _____
(Antropologia/USP)

AGRADECIMENTOS

Eu sempre gostei de brincar que a vida não passa de um filme, com direito a mocinho e bandido, vários personagens, recheado de momentos de drama, terror, cômicos e muito mais. Porém, em todo filme chega a hora de passar os créditos e reconhecer que aquela obra, na realidade, foi construída a muitas mãos.

À minha família e aos meus pais por tornarem possível esse caminho trilhado. Em especial, agradeço a meu pai que, infelizmente, nos deixou no meio desse de Mestrado. Sua perda, com certeza, marca a escrita de algumas dessas páginas.

Aos meus amigos e minhas amigas pelo simples, mas singelo e fundamental fato de existirem e de estarem ao meu lado cotidianamente. Aos e às colegas de pós-graduação, por terem compartilhado um pouco dos dramas cotidianos dessa nossa trajetória prazerosa, mas árdua.

Às pessoas do NEPEM, do FEMEGEN, do NUH e ainda aquelas diversas pessoas que encontrei por essa vida acadêmica e me ajudaram debatendo minhas ideias, por mais malucas e desorganizadas que por vez fossem. Em especial, às pessoas do GUDDS!, se essa dissertação existe e tomou esses rumos, parte da culpa é de vocês. Se o GUDDS antes estava entrando no Mestrado, agora é hora de conquistarmos o Doutorado!

Às professoras e professores do Departamento de Ciência Polícia da UFMG, por terem me ensinado tanto em tão pouco tempo. Minha trajetória também foi enriquecida pelo diálogo com professores e professoras de diversos outros departamentos e instituições, aos quais sou extremamente grato.

À minha orientadora, chefe e amiga que tanto me ensinou, me inspirou e incentivou, por ter me dado liberdade para alçar voo, mas sempre lembrando de manter meu pés na terra.

Ao Alessandro, secretário do PPGCP, por sua dedicação, paciência e disponibilidade para resolver todos os nossos problemas, até mesmo em seus períodos de férias.

À CAPES por me dar as condições financeiras de desenvolver esse trabalho.

Talvez esses agradecimentos sem nomes pareçam um pouco impessoal. Na verdade, são tantas as pessoas que cruzaram meus caminhos, nesses dois últimos anos, e que me influenciaram que eu não conseguiria listá-las todas aqui. Cada uma dessas pessoas é um coadjuvante nesse meu filme, mas esse filme seria impossível – e muito chato – sem vocês. Obrigado!

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar as principais mudanças operadas nos discursos judiciais presentes nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), especificamente no período compreendido entre 1989 e 2012, para tentar compreender quais têm sido os padrões de complexificação nas formas do Estado (aqui enfocado através do Poder Judiciário brasileiro) exercer o seu poder sobre as sexualidades e os corpos nas últimas décadas e identificar se haveria uma democratização das relações sociais e afetivas sendo operada por meio do Poder Judiciário. A pesquisa realizada foi documental, analisando qualitativamente e quantitativamente os acórdãos do STF e STJ em que a homossexualidade foi uma temática central. A coleta dos acórdãos se deu por meio de pesquisas por palavras-chave realizadas nos repositórios *online* de jurisprudência dos dois tribunais. A pesquisa foi configurada para capturar apenas acórdãos julgados, no período de 01 de janeiro de 1989 até 31 de dezembro 2012. As palavras utilizadas para a pesquisa foram: homossexual, homosexual, homossexuais, homossexuais, homossexualismo, homosexualismo, homossexualidade, homosexualidade, homossex\$, homoafetivo, homoafetiva, homoaf\$, homofobia, homof\$, lesbofobia, gay, lésbica, bissexual, bisexual, bissexuais, bissexuais, sodomia. As palavras foram escolhidas de forma a tentar capturar o maior espectro de casos possíveis. A análise dos dados permitiu identificar um crescimento no número dos casos a partir dos anos de 2008. Identificou-se ainda uma forte tendência democratizadora das relações sociais e afetivas por meio do Poder Judiciário brasileiro, tendência essa que se tornou majoritária a partir de 2011. No entanto, a pesquisa encontrou ainda uma forte tendência ao assimilacionismo familista e a normalização dos sujeitos, afetos e sexualidades segundo padrões heteronormativos.

Palavras-chave: Direitos Sexuais, Discursos Judiciais, Judicialização das Relações Sociais

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 - Tipo de Recurso/Ação _____	36
Tabela 02 - Distribuição de Acórdãos no Tempo _____	40
Tabela 03 - Distribuição de Acórdãos por Órgão Julgador _____	42
Tabela 04 - Distribuição de Acórdãos por Relator _____	43
Tabela 05 - Direitos em Discussão _____	44
Tabela 06 - Distribuição em Relação ao Resultado _____	45
Tabela 07 - Cruzamento Ano x Resultado _____	46
Tabela 08 - Distribuição dos Acórdãos por Modalidade Discursiva _____	47
Tabela 09 - Distribuição das Modalidades Discursivas no Tempo _____	48
Tabela 10 - Tipos de Partes dos Casos _____	51
Tabela 11- Distribuição de Casos por Estado de Origem _____	52

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ED	Embargos de Declaração
GLBT	Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
HC	Habeas Corpus
IN	Instrução Normativa
INSS	Instituto Nacional da Previdência Social
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
MP	Ministério Público
PSDB	Partido da Socialdemocracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
RO	Recurso Ordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

<u>1. INTRODUÇÃO: por que falar de sexo é falar de política e democracia?</u>	10
1.1 CENAS DOS CAPÍTULOS ANTERIORES: A SEXUALIDADE E O DIREITO NO BRASIL PRE-1989	21
1.2 AVISOS AOS NAVEGANTES: ALGUNS APONTAMENTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS NECESSÁRIOS	26
<u>2. ENTRANDO EM CAMPO: os discursos judiciais sobre as homossexualidades de 1989 a 2012</u>	33
2.1 O PERÍODO DE 1989 A 2002	54
2.1.1 CONTEXTUALIZANDO O MOMENTO	54
2.1.2 DESCRIÇÃO DOS CASOS, CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE	57
2.2 O PERÍODO DE 2003 A 2010	63
2.2.1 CONTEXTUALIZANDO O MOMENTO	63
2.2.2 DESCRIÇÃO DOS CASOS, CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE	69
2.3 O PERÍODO DE 2011 E 2012	120
2.3.1 CONTEXTUALIZANDO O MOMENTO	120
2.3.2 DESCRIÇÃO DOS CASOS, CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE	124
<u>3. ALGUMAS INQUIETAÇÕES SOBRE ASPECTOS RECORRENTES</u>	223
3.1 A ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS EM NOSSO PAÍS	223
3.2 POR ONDE ANDAM OS MOVIMENTOS SOCIAIS? REFLEXÕES SOBRE UMA AUSÊNCIA	224
3.3 O “PEDÁGIO DA NATUREZA”: POR UMA CIDADANIA SEM BARREIRAS	226
3.4 DINHEIRO, SAÚDE E NAÇÃO: O DISPOSITIVO DA SEXUALIDADE EM PRÁTICA	229
<u>APONTAMENTOS FINAIS</u>	238
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	241
<u>ACÓRDÃOS COLETADOS</u>	248

1. INTRODUÇÃO: por que falar de sexo é falar de política e democracia?

O percurso que levou até a finalização da presente dissertação foi cruzado por uma série de linhas que foram, pouco a pouco, modificando o projeto original e transformando-a no que se tornou. Iniciei minha carreira acadêmica como um estudante de Direito que, desde o início do curso, mostrou interesse pela interdisciplinaridade, buscando leituras nas Ciências Sociais e na Filosofia. Interessava-me bastante, também, os direitos sexuais e o quase completo vácuo normativo que existia, na época, garantindo esses Direitos.

Ao longo da minha graduação, que durou entre 2007 a 2011, como estudante de Direito e como acadêmico-militante do Grupo Universitário em Defesa da Diversidade Sexual (GUDDS) pude acompanhar algumas mudanças empolgantes em nosso país a respeito dos direitos sexuais. Especialmente no período em que eu concluía a minha graduação, acompanhei, pela televisão, o marcante julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que reconheceu as uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo. Alguns meses depois foi a vez do Superior Tribunal de Justiça autorizar que duas mulheres se casassem. Esse contexto de rápidas mudanças me fez querer saber mais: qual teria sido o caminho percorrido pelos direitos sexuais no Brasil? Como essas rápidas conquistas estariam acontecendo e por quê?

Nesse momento, eu estava como bolsista do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Mulher (NEPEM), vinculado ao Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, participando de um projeto de pesquisas sobre acesso à justiça de grupos minoritários. O pesquisa fazia parte de um projeto maior que buscava analisar a chamada “judicialização da política” (WERNECK VIANNA *et al.*, 1999), mas com uma perspectiva bastante ampliada dessa judicialização. O que incluía pesquisas como a nossa, que talvez estariam mais focadas na judicialização das relações sociais (WERNECK VIANNA *et al.*, 1999), sem perder o foco de que isso também seria político.

Nesse contexto ingressei no mestrado com um projeto que inicialmente buscava analisar as mudanças nos discursos judiciais, levando em conta a atuação dos movimentos sociais. Por assistir a participação de diversos movimentos sociais na ADPF 132 e em outras ações da época, imaginei que os movimentos sociais estariam na ponta dessa mudança a respeito dos direitos sexuais, ingressando com ações e participando em outras formas possíveis de intervenção nos respectivos processos. Eu não poderia estar mais equivocado...

À medida que a pesquisa se desenvolveu, que entrei em campo coletando e lendo os acórdãos dos Tribunais Superiores sobre direitos sexuais, fui descobrindo que minhas hipóteses iniciais de pesquisa provavelmente não se comprovariam. Eu não estava diante de um caso clássico de uso político do Poder Judiciário pelos movimentos sociais institucionalizados. Havia sim um vácuo legislativo e que estava sendo, pouco a pouco, suprido pelo Judiciário. Todavia me parecia que os atores e atrizes dessas mudanças eram pessoas comuns. Comecei a me perguntar se haveria alguma forma de unidade nesse processo de mudança dos/nos discursos, se seria uma mera coincidência as ações recentes que eu tinha observado. São perguntas que ainda hoje me faço, mas agora, ao menos, vislumbro um pouco mais possibilidades de resposta. Percebi que minha pesquisa, assim como a que participei anteriormente no NEPEM, deveria ser encaixada mais na tradição da judicialização das relações sociais. Werneck Vianna e outros definem essa tradição de pesquisa como:

[...] todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos – das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais (WERNECK VIANNA *et al.*, 1999, p. 149)

Eu apenas acrescentaria à lista de Werneck Vianna as pessoas homossexuais, travestis e transgêneros como fazendo parte desses novos personagens e temas que também estariam presenciando uma invasão do direito na organização de sua vida social. Na realidade, como ficará mais claro a seguir, a invasão do Direito na organização social da vida desses sujeitos não é nenhuma novidade. As expressões da sexualidade não heterossexuais se relacionam com o direito há algum tempo, a novidade que se apresenta no momento é a forma como esse relacionamento tem se dado, isto é, pela busca do Poder Judiciário pelos próprios sujeitos, que percebem que essa instituição poderia dar uma resposta positiva às suas demandas.

Uma situação que, com certeza, marca a trajetória de pesquisa de quase todas as pessoas que pesquisam sexualidades e gêneros é sua relação com seus pares. É o fato de ter que explicar sua pesquisa e justificá-la. “Sim, eu pesquiso homossexualidade”. “Sim, eu pesquiso judiciário”. “Não, eu não faço meu mestrado no Direito, mas na Ciência Política”. “Sim, eu acho que sexualidade, política e judiciário têm tudo a ver.” Essas foram algumas das respostas que eu mais proferi ao longo desses quase dois anos. As perguntas claramente vinham de amigos que

não são acadêmicos, mas também vieram de meus colegas de sala, de professores e de outros pesquisadores com quem me encontrei em eventos acadêmicos. Deparei-me com pessoas que exotificaram meu trabalho mas, com certeza, com um número maior ainda de pessoas que me colocaram as questões, as quais dei essas respostas, para que meu trabalho pudesse seguir em frente.

Para além de impulsionarem a pesquisar, esses questionamentos me deram uma certeza: não é óbvia a relação entre (homo)sexualidade e política. Acredito, então, que a melhor forma de abrir essa dissertação seja explicitando essa relação. Definindo a forma pela qual compreendo a sexualidade e como essa se articula com política e com o Estado.

Uma das pioneiras nos estudos sobre sexualidade no campo disciplinar da sociologia foi a feminista inglesa Mary McIntosh (1996). Na década de 1960, a socióloga apontou que uma das formas correntes de se conceber a homossexualidade se dava pela noção de “condição”, a qual possuía suas raízes nos discursos biológicos e das ciências psi¹. Para a autora a noção de condição possuiria alguns revezes, quais sejam: primeiro porque as discussões feitas sobre essa chave analítica fariam a “falsa” pergunta sobre se alguém é ou não um homossexual de “verdade”. Segundo, esse posicionamento teórico apresentaria uma noção muito fixa da “condição”, em que a pessoa possuiria ou não essa condição em questão, trabalhando em uma lógica dicotômica fechada: homo/hétero. A autora alerta que há quem percebia a possibilidade de uma “falha” nessa dicotomia, vindo a trabalhar com uma terceira categoria, a de bissexualidade, para mediar o *contínuum* hétero-homo. Todavia, para McIntosh (1996) essa literatura, em geral, não fugiria do registro de postular a “condição”, reforçando apenas a compreensão dicotômica das sexualidades.

Tratar a homossexualidade como uma “condição” não se mostrou a melhor escolha analítica para os pesquisadores da época: os estudos sobre como definir quem é ou não um homossexual “verdadeiro”, quem possui ou não a “condição” homossexual, tendiam a ser inconclusivos (MCINTOSH, 1996). As vidas e práticas das pessoas borram a fixidez dessas categorias, tornando-as muito pouco operacionalizáveis. Para mim, muitas das pesquisas sociais na atualidade ainda trabalham com a homossexualidade a partir da ideia de uma condição², principalmente os estudos mais quantitativos em que “Orientação Sexual” é mais uma das

¹ Os campos disciplinares da psicologia, psiquiatria e psicanálise

² É importante frisar que apesar das influências das ciências psi e da biologia na forma de se compreender a homossexualidade como uma condição, isso não implica diretamente em compreendê-la como uma doença. Uma “condição”, no sentido usado aqui, pode ou não ser estabelecida na chave de uma dimensão patologizante dos sujeitos.

variáveis que descrevem e estratificam uma população, ignorando o risco existente em articular várias categorias como se fossem meras peças de um jogo social que se encaixariam³.

McIntosh (1996), por sua vez, propõe pensar a homossexualidade como um “papel” e não como uma condição. Para ela, a noção de papel traria a vantagem de se desvincular a pergunta das origens e diria mais das expectativas que a sociedade possui de quem exerceria um determinado papel, expectativas que podem ou não se concretizar. Assim, importaria menos as práticas sexuais e eróticas (se a pessoa possui ou não atração por pessoas do mesmo sexo, ou se realiza práticas sexuais com pessoas de mesmo sexo) das pessoas, do que o papel representado pelos sujeitos. É claro que as expectativas sociais realizam uma pressão em prol de seu autocumprimento, todavia para McIntosh essa seria, por sua vez, uma questão empírica de análise sobre o grau desse cumprimento e não uma questão apriorística como se postula nas condições.

McIntosh (1996) ainda argumentaria que a noção de papel deve ser sempre analisada numa perspectiva situada histórica e culturalmente, nem toda cultura ao longo do mundo e da história possui (ou possuía) um papel homossexual. Assim, apesar de se poder encontrar práticas sexuais entre pessoas de mesmo sexo ao longo de quase toda história e de diferentes culturas, a homossexualidade, enquanto papel, seria algo específico de algumas culturas da história recente. McIntosh é pioneira em compreender a homossexualidade numa perspectiva construcionista, portanto, em oposição às abordagens essencialistas até então dominantes.

É evidente que o trabalho conceitual de McIntosh agrega valor analítico aos estudos sobre homossexualidades e foi responsável por abrir algumas portas para grande parte das pesquisas sociológicas e antropológicas em sexualidade no mundo. Entretanto, com todo o

³ Uma proposta distinta de se trabalhar com a articulação de categorias é a realizada por Simões (2011), ao trabalhar com os marcadores sociais da diferença. Segundo ele “quando se pensa em marcadores da diferença, evocam-se estes recortes transversais que produzem não só a diversidade – mas também a hierarquia e a desigualdade – ‘no interior’ da suposta ‘comunidade imaginada’ LGBT. Mas não se deve pensar tais marcadores de raça, gênero e sexualidade como se fossem experiências distintas e isoladas, ou constituíssem uma espécie de lista de itens a serem checados. Como lembra Anne McClintock (2010, p. 19), ‘[...] não podem ser simplesmente encaixados retrospectivamente como peças de um lego. Não, eles existem em relação entre si e através dessa relação – ainda que de modos contraditórios e em conflito’. Não se trata, portanto, de calcular uma somatória de opressões. Trata-se, antes, de enfatizar que os processos constituição de sujeitos não implicam apenas sujeição a um poder soberano, mas subjetivação, no sentido oferecer possibilidades de ‘identificação’ e ‘reconhecimento’. Assim, como bem notou Piscitelli, os marcadores de diferença (e, simultaneamente, de identidade) ‘[...] não aparecem apenas como formas de categorização exclusivamente limitantes: eles oferecem, simultaneamente, recursos que possibilitam a ação’ (PISCITELLI, 2008), e que se expressam em formas variadas de negociação, resistência, mimese, recusa, compromisso e rebelião. Lugares de lazer e sociabilidade erótica revelam-se terrenos férteis para avaliar como pessoas materializam visões de si mesmas com vistas a se aproximar e se distinguir: não estamos falando apenas de pura diversão ou escape (o que não deixaria de ser legítimo e relevante); mas, também (e, sobretudo) de expressão e projeção de aspirações e desejos” (SIMÕES, 2011, p. 170-171).

devido respeito que o trabalho pioneiro da autora britânica merece, a noção de papel não é a mais adequada para uma análise política da sexualidade. Miskolci (2009) aponta alguns dos problemas das abordagens sociológicas de McIntosh e alguns contemporâneos:

Os estudos sociológicos construtivistas legitimaram o modelo sexual como um todo e contribuíram para a constituição das culturas gays e lésbicas como se fossem minorias étnicas (D'EMILIO, 1983). As abordagens sociológicas enfatizavam que os significados de desejos e ações são socialmente construídos e contingentes cultural e historicamente, mas negligenciaram aspectos estruturais que mostrariam a interdependência entre as formas hegemônicas e naturalizadas da sexualidade em relação às identidades e culturas então chamadas de “minoritárias” (MISKOLCI, 2009, p. 167–168).

A lacuna na abordagem sociológica da sexualidade, apontada por Miskolci, deixa de lado justamente um aspecto importante para uma abordagem mais preocupada com as questões políticas, uma vez que falha em questionar e perceber as formas pelas quais os “papeis homossexuais” seriam constituídos como “minoritários” e quais funções, estratégias e projetos políticos operariam nessa construção da hierarquia sexual. Seria importante perguntar também em que medida a construção de parte da população como integrante de um grupo/cultura minoritário moldaria a sociedade e a cultura como um todo, e não apenas a população diretamente envolvida.

É Foucault (2009), no primeiro volume da *História da Sexualidade*, que dará uma compreensão da sexualidade (e, por sua vez, também da homossexualidade), por uma perspectiva não essencialista, que seja mais fértil, em meu entender, para uma análise política. Talvez seja mais correto dizer que, na forma como colocado por Foucault, as pesquisas sobre sexualidade não mais poderiam escapar de uma dimensão política. Tentarei, então, resgatar aqui a forma como Foucault e algumas reconstruções do pensamento foucaultiano realizadas por teóricas/os queer compreendem a sexualidade, dando especial atenção para a sua articulação com uma dimensão política e, inclusive, com o Estado.

Foucault (2009) argumenta que no início do século XVII ainda não haveria uma restrição da sexualidade como aquela que há hoje. Não havia a noção de grosseria, obscenidade, e de decência como temos atualmente. O sexo seria exercido sem pudores ou limitações como temos agora. Seria a partir do século XVII que o sexo foi sendo cuidadosamente encerrado, vigiado e controlado. É a partir desse momento, que segundo o autor que surgiria um novo “imperativo moral”, o sexo seria confinado no espaço da casa e da família conjugal, longe dos olhos das crianças ou de qualquer outra pessoa e para a finalidade quase exclusiva da

reprodução. Porém, para controlar o sexo no plano real, seria preciso controlar também a proliferação dos discursos do e sobre o sexo, para só assim fazê-lo desaparecer (FOUCAULT, 2009).

Um dos fundamentos para o policiamento do sexo é identificado por Foucault (2009) na a evolução da pastoral católica e do sacramento da confissão. A partir da Contrarreforma, promovida pelo Concílio de Trento, haveria um incentivo em todos os países católicos para tornar a confissão cada vez mais frequente. Ocorreria, também, uma mudança na forma como os manuais de confissão orientavam a falar sobre o sexo, passando de uma forma explícita, em que se descrevia, inclusive, sobre as posições sexuais, a uma forma menos explícita: “o sexo, segundo a nova pastoral, não deve mais ser mencionado sem prudência; mas seus aspectos, suas correlações, seus efeitos devem ser seguidos até as mais finas ramificações [...] tudo deve ser dito” (FOUCAULT, 2009, p. 25). Em nome do controle do sexo, de uma tentativa de reprimi-lo haveria uma explosão discursiva sobre esse. Ao invés de um silenciar e do mutismo, a forma de falar sobre o sexo mudou. O século XVII teria colocado o sexo em discurso, criado um imperativo de falar sobre si mesmo a outrem, com a maior frequência possível, “tudo o que possa se relacionar com o jogo dos prazeres, sensações e pensamentos inumeráveis que, através da alma e do corpo, tenham alguma afinidade com o sexo” (FOUCAULT, 2009, p. 26).

O que pode parecer inicialmente restrito apenas aos bons cristãos, com o passar do tempo romperia o limite religioso e seria relançada, por “interesse público”, por outros mecanismos. A partir do século XVIII, para Foucault, haveria uma incitação política, econômica e técnica para se falar sobre o sexo: esse se tornaria o cerne dos problemas econômicos e políticos da população, a partir daquele momento seria preciso analisar a taxa de fertilidade, de natalidade, a idade de casamento, a frequência com que as pessoas fazem sexo etc.

[É] a primeira vez em que, pelo menos de maneira constante, uma sociedade afirma que seu futuro e fortuna estão ligados não somente ao número e à virtude dos cidadãos, não apenas às regras de casamentos e à organização familiar, mas à maneira como cada qual usa seu sexo (FOUCAULT, 2009, p. 32).

Os séculos XVIII e XIX teriam construído todo um aparelho para receber o sexo e para produzir discursos “verdadeiros” sobre ele: a *Scientia Sexualis*. Neste sentido, a vontade do saber continuaria existindo, mas os saberes legitimados a dizer a “verdade” sobre o sexo passariam a ser principalmente científicos: a prática confessional será apropriada pela ciência e transformada em consulta médica, psiquiátrica, interrogatórios. “*Através da pedagogia, da*

medicina e da economia, fazia do sexo não somente uma questão leiga, mas negócio de Estado; ainda melhor, uma questão em que, todo o corpo social e quase cada um de seus indivíduos eram convocados a porem-se em vigilância” (FOUCAULT, 2009, p. 127).

Ao analisar a forma como a *Scientia Sexualis* funcionaria, Foucault elenca cinco procedimentos comumente utilizados: 1) *através de uma codificação clínica do fazer falar*, isto é, a combinação da confissão com o exame, o narrar a si mesmo para os cientistas; 2) *pela estipulação de uma causalidade geral e difusa*, que significaria que o sexo e seu mau uso poderiam ser causa de todo tipo de doença ou disfunção; 3) *pelo princípio de uma latência intrínseca a sexualidade*, ou seja, de que o funcionamento do sexo e suas causalidades seriam obscuras, clandestinas e por essa razão, caberia ao cientista extrair, não apenas as informações que o sujeito gostaria de esconder, mas também aquelas que se escondem do próprio sujeito; 4) pelo método da interpretação, pois a “verdade” se encontraria incompleta no sujeito que fala, sendo completada apenas naquele que escuta, seria preciso decifrar a confissão para se dizer a verdade; e por último, 5) pela medicalização dos efeitos da confissão, isto é, a confissão e seus efeitos seriam recodificados na forma de operações terapêuticas, o sexo seria, então inscrito sob o regime do normal e do patológico e a cura se daria por meio da confissão. “A verdade cura quando dita a tempo, quando dita a quem é devido e por quem é, ao mesmo tempo, seu detentor e responsável” (FOUCAULT, 2009, p. 77).

A sexualidade⁴ seria, assim, um *dispositivo* discursivo criado a partir do final do século XVIII e início do XIX, por essa *Scientia Sexualis*. A partir desse momento histórico complexo, com formação de novos saberes científicos, formação dos Estados modernos e emergência do capitalismo houve uma complexificação nas formas do poder, a sexualidade se tornaria central para a vida humana e dos próprios Estados. Como bem afirma Foucault:

[...] sobre tal pano de fundo, pode-se compreender a importância assumida pelo sexo como foco de disputa política. É que ele se encontra na articulação entre os dois eixos ao longo dos quais se desenvolveu toda a tecnologia política da vida. De um lado, faz

⁴ É importante marcar que sexualidade e sexo para Foucault são coisas distintas. O autor não dá uma definição precisa do que seria o sexo. Afirma, em entrevista, que numa primeira redação da História da Sexualidade considerava o sexo como um dado prévio, em que a sexualidade apareceria para ocultá-lo e recobri-lo (FOUCAULT, 2012). Essa marca de escrita ainda é presente em muitas passagens de seu texto. O autor diz que reconsiderou seu manuscrito e tentou se afastar dessa concepção. Na nova concepção, o sexo seria, também, um produto do dispositivo da sexualidade. A sexualidade criaria seu objeto de interdição, o sexo. Para criar o sexo, o dispositivo de sexualidade teria agido na carne, no corpo, nos órgãos sexuais, nos prazeres, nas relações de aliança (FOUCAULT, 2012). O sexo seria um conceito posterior, surgido a partir do XIX, para esse conjunto heterogêneo, mas algo a mais, algo que interligue esse conjunto e que ainda permitiria separar os indivíduos em homens e mulheres. Optei nesse trabalho por utilizar o conceito sexo me referindo ao período anterior ao dispositivo da sexualidade, porque o próprio autor assim o faz no texto do livro, apesar de suas ressalvas na entrevista posterior. Contudo, que se leia com essas ressalvas feitas o conceito de sexo utilizado aqui para se referir ao período anterior ao XIX.

parte das disciplinas do corpo: adestramento, intensificação e distribuição das forças ajustamento e economia das energias. Do outro, o sexo pertence à regulação das populações, por todos os efeitos globais que induz. Insere-se, simultaneamente, nos dois registros, dá lugar a vigilâncias infinitesimais, a controles constantes, a ordenações espaciais de extrema meticulosidade, a exames médicos ou psicológicos infinitos, a todos um micropoder sobre o corpo; mas, também, dá margem a medidas maciças, a estimativas estatísticas, a intervenções que visam todo o corpo social ou grupos tomados globalmente. O sexo é acesso, ao mesmo tempo, à vida do corpo e à vida da espécie. Servimo-nos dele como matriz das disciplinas e como princípio das regulações (FOUCAULT, 2009, p. 158-159).

Para que uma população exista e para que persista seria preciso, então, controlar a sexualidade das pessoas, não apenas para que elas façam sexo, mas para que elas façam sexo da forma e quantidade adequadas. Dessa maneira a sexualidade teria sido construída como um dispositivo. Isto é, como algo que permita fazer a conexão entre os discursos geradores de saber e as maneiras de atuação do poder. Como Faria (2013) aponta, para Foucault, um dispositivo se caracteriza pela heterogeneidade e generalidade de sua forma, pela sua função estratégica concreta de se inserir na atuação do poder e, por último, pela multilinearidade.

Essa multilinearidade implica em dizer que o dispositivo é constituído por diversas linhas que atuam cada qual com seu modo, quais sejam: a) linhas de visibilidade que revelam e ocultam parte do dispositivo, b) linhas de enunciação que “fazem falar”, c) linhas de forças que mudam as trajetórias e dinâmicas das outras linhas, ou seja, que definem o que deve ser ocultado/visto, falado/omitido etc., d) linhas de subjetivação que produzem a subjetividade dentro do dispositivo e que permitem também a resistência e a fuga à lógica do poder de determinado dispositivo. Poderiam existir ainda outros tipos de linhas. Tudo isso para que a sexualidade possa operar como um dispositivo para as tecnologias de poder, para que sirva para controlar ao mesmo tempo a população e o indivíduo, mas que, justamente, por essa característica da multilinearidade do dispositivo, implicaria também na possibilidade de ser um *locus* de resistência. Está aí a importância da sexualidade para o Estado, para as tecnologias de poder, mas também para alguma espécie de definição de política que vise, por sua vez, para além do disciplinamento dos corpos, que vise também a emancipação.

A constituição da sexualidade em dispositivo, para Foucault, seria parte de uma mudança nas formas como o poder é exercido em nossa sociedade. Isso implicaria em um controle não apenas sobre o corpo físico (*zoé*) para diminuir ou ampliar a fecundidade da população, exercido, por exemplo, através de campanhas de uso de preservativos ou anticoncepcionais, mas também no uso de tecnologias de si (*bios*), do agenciamento do desejo das pessoas, do controle nas formas de masculinidades e feminilidades, dos desejos eróticos, de um controle sobre as homossexualidades.

Essas novas tecnologias de poder operariam, então, por uma lógica diferente da disciplinar. Primeiro, elas criariam um espaço que seja, ao mesmo tempo, o suporte e o elemento de circulação de uma ação, algo como uma rua larga que permita que as pessoas circulem bem. Segundo, operariam por uma lógica centrífuga, não de proibição, mas de permissão e liberdade, uma liberdade que funcione ao “governo” (FOUCAULT, 2008), que permite gerir o coletivo e o indivíduo. Assim, para Foucault:

O liberalismo, a arte liberal de governar vai ser obrigada a determinar exatamente em que medida e até que ponto o interesse individual, os diferentes interesses – individuais no que têm de divergente uns dos outros, eventualmente de oposto – não constituirão um perigo para o interesse de todos. Problema de segurança: proteger o interesse coletivo contra os interesses individuais. Inversamente, a mesma coisa: será necessário proteger os interesses individuais contra tudo o que puder se revelar, em relação a eles, como um abuso vindo do interesse coletivo. É necessário também que a liberdade dos processos econômicos não seja um perigo, um perigo para as empresas, um perigo para os trabalhadores. A liberdade dos trabalhadores não pode se tornar um perigo para a empresa e para a produção. Os acidentes individuais, tudo o que pode acontecer na vida de alguém, seja a doença, seja esta coisa que chega de todo modo, que é a velhice, não podem constituir um perigo nem para os indivíduos nem para a sociedade. Em suma, a todos esses imperativos – zelar para que a mecânica dos interesses não provoque perigo nem para os indivíduos, nem para a coletividade – devem corresponder estratégias de segurança que são, de certo modo, o inverso e a própria condição do liberalismo. A liberdade e a segurança, o jogo liberdade e segurança – é isso que está no âmago dessa nova razão governamental cujas características gerais eu lhes vinha apontando. Liberdade e segurança – é isso que vai animar internamente, de certo modo, os problemas do que chamarei de economia de poder própria do liberalismo (FOUCAULT, 2008, p. 89).

Terceiro, enquanto a disciplina opera pela lógica da normação, essas novas tecnologias operariam pela da normalização (FOUCAULT, 2008). Isto é, não haveria uma “normalidade” anterior, essa operaria por meio da circulação e da liberdade do agir, identificando, por meio de saberes como a estatística, os respectivos padrões de normalidade, à medida que são produzidos. Para essas tecnologias do poder o normal viria antes e a normalidade seria deduzida depois, seria um processo constante de modulação, de atualização do normal e da normalidade (DELEUZE, 2008).

As sociedades de controle, por sua vez, seriam especialmente aquelas experimentadas no período do pós-guerra, que já vivem num modelo diferente, não mais o da fábrica da primeira fase das revoluções industriais, mas o da empresa, o da formação permanente e da adaptação. A empresa, diferente da fábrica, precisa ampliar a sua produção constantemente, mas molda esta às próprias demandas, às condições do presente e do futuro próximo. São aquelas sociedades em que como bem explica Deleuze:

[...] as massas [das sociedades disciplinares] tornaram-se amostras, dados, mercados 'ou bancos'". É o dinheiro que talvez melhor exprima a distinção entre as duas sociedades, visto que a disciplina sempre se referiu a moedas cunhadas em ouro – que servia de medida padrão –, ao passo que o controle remeta a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moeda (DELEUZE, 2008, p. 222–223).

Não se trataria aqui de uma superação absoluta das tecnologias disciplinares, essas ainda conviveriam com as tecnologias de controle, com as tecnologias biopolíticas, essas não seriam excludentes, mas complementares. Trataria na realidade de uma complexificação nas formas de se exercer o poder, nossa sociedade e nosso corpo ainda hoje seriam atravessados por diferentes tecnologias de poder.

Acredito ter ficado, a partir desta muito breve introdução, um pouco mais claro a relação entre sexualidade e política. Essa relação também ficará mais perceptível a partir da análise dos acórdãos, algumas vezes será inclusive objeto de debate explícito pelos Ministros em seus votos coletados e analisados pela pesquisa.

Assim, o presente trabalho buscará analisar as principais mudanças operadas nos discursos judiciais presentes nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), especificamente no período compreendido entre 1989 e 2012, para tentar compreender quais têm sido os padrões de complexificação nas formas do Estado (aqui focado através do Poder Judiciário brasileiro) exercer o seu poder sobre as sexualidades e os corpos nas últimas décadas.

Reiteramos aqui, como Matos (2011), a visão de que para identificarmos, de fato, um movimento concreto e efetivo de democratização em nosso país, essa experiência democrática deveria ser ou vir acompanhada do reconhecimento e da expansão de direitos vividos concretamente no seio mais íntimo das relações sociais (como seria o caso das relações homossexuais). Assim, o percurso nessa dissertação, será o de identificar a presença (ou não) de alguns elementos de efetiva democratização nos padrões político-institucionais (com foco no Poder Judiciário brasileiro, e em especial nas decisões do STF e STJ), identificar como tais modificações têm se dado e compreender como a atuação estatal tem sido pautada/agendada, portanto, pela pressão real e vivida das reconfigurações das relações de gênero e sexuais.

A dissertação se encontra dividida em 3 capítulos. Na primeira parte do desse primeiro capítulo tentei apresentar a noção foucaultiana de sexualidade como um dispositivo, demonstrando que essa constituição da sexualidade a torna intrinsecamente ligada à política e essencial para o exercício do poder e para o governo nas sociedades contemporâneas.

Na segunda parte do capítulo voltarei o foco para o Brasil. Como o recorte da pesquisa

empírica se inicia em 1989, acredito ser importante situar historicamente o debate e mostrar como naquela época e nas épocas anteriores o Direito se articulava com as práticas sexuais entre pessoas de mesmo sexo e mais recentemente com os sujeitos homossexuais. Faço, assim, uma breve apresentação histórica das relações entre Direito e (homos)sexualidade.

A terceira parte do capítulo apresenta detalhadamente a metodologia da pesquisa empírica. De forma sintética, é possível dizer que a pesquisa é eminentemente documental. Os acórdãos, documentos jurídicos compostos pelo conjunto de votos dos Magistrados/as de determinado Tribunal, foram coletados a partir dos sistemas online de buscas de jurisprudência do STJ e STF por meio da busca por palavras-chaves relevantes para a temática. Esses documentos foram submetidos à uma série de análises principalmente qualitativas, com influências do método genealógico foucaultiano, mas também quantitativas.

O segundo capítulo é onde, finalmente, “entro em campo”. O capítulo traz dois níveis de análise dos dados. Primeiramente apresento um mapa geral dos acórdãos coletados, bem como alguns dados descritivos e/ou quantitativos retirados do total desses acórdãos que permitirá realizar as primeiras análises e generalizações da pesquisa. Descrevo e analiso, nesse momento, quais as principais questões debatidas no STF e no STJ, dois dos principais Tribunais brasileiros, envolvendo a homossexualidade, de onde esses acórdãos se originam, se os Ministros tendem a deferir ou não os pedidos, se há ou não divergências nos julgamentos, dentre uma série de outros dados.

No segundo nível de análise desço até a minúcia do texto dos acórdãos. Descrevo e analiso todos os casos coletados, privilegiando neste momento os debates e conflitos em torno da homossexualidade e os direitos sexuais no país. Divido essa descrição em três períodos, de 1989 a 2002, de 2003 a 2010 e 2011 e 2012.

No terceiro capítulo parto para um segundo momento de esforço analítico. Ao descer à minúcia dos textos dos acórdãos em questão, alguns pontos se destacaram, seja pela relevância ou pela repetitividade com que apareceram ou se omitiram. Esses pontos serão abordados nesse capítulo, que é seguido pela conclusão.

1.1 CENAS DOS CAPÍTULOS ANTERIORES: a sexualidade e o Direito no Brasil pre-1989

O processo colonizador traz, não apenas caravelas e pessoas, mas também instituições, noções de mundo e sistemas morais para essas terras ao sul do globo. No Brasil, as práticas sexuais entre pessoas de mesmo sexo, chamadas de sodomia, por influência das Ordenações Manuelinas, foram consideradas crimes de *lesa majestade*, uma ofensa direta a Deus e ao Rei e punidas com a pena de morte na fogueira, confisco dos bens e a infâmia dos descendentes até a terceira geração (PRETES; VIANNA, 2008). Apenas em 1830, por ocasião da edição do Código Penal Brasileiro, tais práticas deixaram de constar no rol de crimes, o que não significa que o Estado brasileiro deixaria de regulá-las, controlá-las. A regulação e o controle existiram por outras formas, outros meios tais como a polícia, a medicina, a ciência. Já o Código Penal Brasileiro de 1890 trouxe no art. 379, a previsão da pena de prisão para quem “*disfarçasse o sexo, tomando trajas impróprios do seu, e traze-los publicamente para enganar*” (BRASIL, 1890). Tal dispositivo se revela como uma forma indireta de controle das pessoas homossexuais e trans*.

Como vimos no Capítulo anterior, para Foucault (2009) a sexualidade a partir do séc. XVIII ingressou no campo das ciências, dos discursos de verdade e do interesse público: sexualidade se tornou o cerne dos problemas econômicos e políticos da população e do Estado. Para o contexto brasileiro, como demonstra Miskolci (2012), a sexualidade também é constituída como um dispositivo, todavia com algumas peculiaridades. O final do século XIX é marcado pela construção de um projeto político de desenvolvimento de uma nação brasileira, de uma “civilização nos trópicos”, à similaridade de civilizações europeias. O sucesso de tal projeto político racializante esteve intimamente ligado à manipulação da sexualidade, à produção de determinados padrões de masculinidades (heterossexuais e reprodutivas) que desenvolvesse a branquitude⁵ do país. Os ideais de nação estiveram, assim, ligados não apenas à noções científicas (higienistas), mas também a uma moral sexual que, uma vez aliadas, classificavam certas uniões como desejadas ou indesejáveis, dependendo de sua utilidade na manutenção da saúde individual e coletiva (MISKOLCI, 2012). A sexualidade foi constituída

⁵ “O que compreendo neste livro como branquitude é um ideal criado pelas elites brasileiras entre o final do XIX e o início do século XX, o qual adquire mais importância no regime republicano. [...] Branquear não era apenas ou exatamente um projeto de transformação demográfica, mas também - e principalmente - de moralização da coletividade. A despeito de seu foco em toda a população, tratava-se de um desejo das elites dirigentes, esmagadoramente formada por homens, e que interpretavam a branquitude como um valor próprio que a caracterizava e distinguia do povo” (MISKOLCI, 2012, p. 51).

em o que Foucault (2009) chamou de dispositivo, como já explicado no capítulo 01.

As relações afetivas e sexuais entre pessoas de mesmo sexo continuaram a existir e a ser objeto de regulações ao longo de todo o século XX. James Green (2000) é responsável por vasta pesquisa historiográfica que resgata experiências de homossexualidade masculina no Brasil de 1898 a 1980. O autor aponta que as cidades como Rio de Janeiro e São Paulo possuíam uma vasta cultura homossexual no início do século, os encontros e práticas sexuais aconteciam principalmente em parques, banheiros públicos, cinemas e em locais próximos de zonas de prostituição. Os “especialistas” do início do século eram enfáticos em afirmar que a quantidade desses sujeitos homossexuais estava crescendo nesse período (GREEN, 2000). Sem a criminalização direta das práticas sexuais entre pessoas de mesmo sexo, a regulação desses espaços ganha outros pretextos tais como a vadiagem, a corrupção de menor e o atentado ao pudor. Green (2000) reconta que na década de 1930, Leonídio Ribeiro realizou uma pesquisa com 195 homossexuais detidos pela polícia carioca. Esse estudo, associando homossexualidade, degeneração e criminalidade, buscava catalogar homossexuais masculinos para se tentar encontrar um “padrão” que possibilitasse uma identificação desses sujeitos, facilitando que sejam detidos e submetidos a “tratamento”.

A criminalização da homossexualidade voltaria a ser debatida nos finais da década de 1930⁶. Os debates inicialmente se restringiram a sociedades de medicina legal e criminologia, mas ganharam concretude com o surgimento da proposta de inserir-se no Código Penal de 1940, organizado por Alcântara Machado, sob o artigo 258 o tipo penal de “homo-sexualidade”, em que dizia: “os atos libidinosos entre indivíduos do sexo masculino serão reprimidos, quando causarem escândalo público, impondo-se a ambos os participantes detenções de até um ano” (ALMEIDA, 1937 apud GREEN, 2000 p.219). Essa mesma proposta de código penal ainda trazia a possibilidade de consultado o médico-legal, substituir-se a prisão por hospitalização de pessoas “anormais”. Essas propostas foram removidas na última proposta de texto para o código, mas já foi o suficiente para abrir precedentes para que as famílias solicitassem o confinamento em hospício de seus “parentes envolvidos em atividades sexuais perversas” (GREEN, 2000, p. 200). A partir da década de 1930, várias foram as internações compulsórias, e até mesmo voluntárias, de pessoas homossexuais que foram submetidos às mais variadas formas de

⁶ Até a atualidade 78 países possuem legislações que criminalizam com base na orientação sexual, sendo que 5 desses países atribuem pena de morte a tais crimes (ITABORAHY; ZHU, 2013). Não é verdade que a homossexualidade foi completamente descriminalizada no Brasil, ainda hoje o art. 235 do Código Penal Militar pune aquele que “praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar” (BRASIL, 1969).

tratamento como: hormonização, transplante de testículos, injeções de insulina ou de cardiozol para provocar ataques epiléticos e a terapia de eletrochoques.

Ao longo da história, várias foram as formas pelas quais as pessoas homossexuais tentaram resistir às recorrentes tentativas de regulações de suas vidas. Individualmente, as resistências existiram de diversas maneiras, seja pela migração para cidades como Rio de Janeiro e São Paulo para poder viver, com maior liberdade, amores com outros homens, com o uso de maquiagem ou até a realização de bailes de travestis onde poderiam buscar parceiros e parceiras, ou “se montar” da forma como desejassem. Talvez a principal estratégia de resistência constituída por pessoas homossexuais e trans tenha sido o uso de suas redes de relacionamentos como um substituto para as respectivas famílias, tratando-as como fonte de apoio mútuo (GREEN, 2000). Algumas pessoas se mudavam para grandes centros urbanos para se ver livres do repúdio e do controle de suas famílias e poderem vivenciar a homossexualidade ou experiências trans mas, muitas vezes, se sentiam isoladas e/ou solitárias. As redes de amigos serviam, então, para enfrentar o padrão recorrente da hostilidade social e para reforçar a identidade homossexual ou travesti, aumentando a autoestima.

Surgiam assim, os primeiros grupos e coletivos homossexuais e trans do Brasil. Inicialmente sem um caráter político próprio, os grupos surgidos nos anos 50 e 60, além de prestar apoio mútuo e produzir encontros e festas, começaram a desenvolver outras formas de ação como a publicação de jornais e folhetins caseiros e de baixa circulação, como o jornal *O Snob*, que circulou no Rio de Janeiro na década de 60. Segundo Green (2000), embora esse não tenha sido o primeiro jornal do tipo, foi responsável por estimular o surgimento de mais de 30 publicações similares na época, tais como: o *Mais*, de Belo Horizonte e o *Gay Society*, de Salvador. Essas organizações fazem parte do que Fry e Macrae (1986) chamaram de “movimentação”, isto é, foram o pano de fundo para o surgimento do movimento homossexual⁷ nas décadas seguintes.

É consenso na literatura que só nos anos finais da década de 1970 que surgiram os primeiros grupos que conformam aquilo que se poderia chamar de Movimento Homossexual

⁷ Faço aqui o uso do termo Movimento Homossexual por ser o termo êmico utilizado no período histórico referido. A história do movimento é também a história de suas nomenclaturas, à medida que o movimento se reconfigurou ao longo das décadas, esse foi ganhando novos nomes. De movimento homossexual, passou a movimento gay, movimento gay e lésbico, movimento GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais). Em 2008, decidiu-se por dar mais visibilidade às lésbicas passando o L para frente, chamando de LGBT. Atualmente discute-se agregar novas letras/identidades a esse movimento como o I para se referir as pessoas intersex. No entanto não ainda não é padrão do movimento o uso da sigla LGBTi. Um pouco dessa história pode ser observada no trabalho de Facchini (2003) e Simões e Facchini (2009).

Brasileiro (FACCHINI, 2003; FRY; MACRAE, 1986; PRADO; MACHADO, 2008; SIMÕES; FACCHINI, 2009). O ano de 1978 marca o surgimento do Jornal Lampião da Esquina e também do “SOMOS - Grupo de Afirmação Homossexual”. A emergência do movimento homossexual está ligada a um contexto mais amplo de luta contra a ditadura e pela abertura política do país, com a reconfiguração dos movimentos sociais pela crítica ao marxismo ortodoxo que desafiaram a interpretação da totalidade da sociedade pela chave analítica da classe (PRADO *et al.*, 2010). Inicia, assim, a primeira onda do Movimento Homossexual Brasileiro.

A fundação do grupo SOMOS impulsionou o surgimento de novos grupos pelo Brasil como o Grupo de Ação Lésbico Feminista (GALF), Outra Coisa, Eros e Libertos e diversos outros. Como lembram Fry e Macrae (1986), o movimento nesse período reivindicava sua autonomia em relação aos partidos políticos, o que não o impedia de realizar militâncias dentro desses ou, até mesmo, articulações temporárias com tais instituições políticas. Se posicionavam também em apoio à luta feminista contra o machismo e, até mesmo, contra a reprodução do machismo nas relações homossexuais. Lutavam também contra as “cruzadas moralizantes” que algumas polícias, como a de São Paulo, realizava para limpar os centros das cidades da presença de prostitutas e homossexuais.

A década de 1980, por sua vez, foi de grande reconfiguração do movimento homossexual, Facchini (2003) chama esse período histórico de a segunda onda do movimento homossexual brasileiro. O desaparecimento do Jornal Lampião da Esquina, que funcionava como um veículo de articulação entre os diversos movimentos do país e a epidemia da AIDS (que começa a se manifestar mais fortemente na metade da década) obrigaram o movimento a se readequar. Há, como apontam Fry e Macrae (1986), nesse período, o fracionamento de vários grupos e o desaparecimento de outros, mas os “grupos sobreviventes conseguiram encontrar novas formas de atuação apropriadas à atual situação e às possibilidades oferecidas em cada localidade” (FRY; MACRAE, 1986, p. 30). Prado e outros (2010) apontam que alguns grupos começaram a trabalhar com políticas de prevenção à AIDS, enquanto outros grupos como o grupo Triângulo Rosa, optaram por realizar militâncias afastadas dessa questão para não reforçar o estigma da AIDS à experiência da homossexualidade.

O grupo Triângulo Rosa do Rio de Janeiro foi responsável por uma série de campanhas e ações que marcaram a história brasileira. Foi esse grupo que se articulou com os partidos políticos e outras organizações da sociedade para alterar o termo “opção sexual” para “orientação sexual”, seus membros participaram também da Assembleia Nacional Constituinte, em 1988, pressionando para que se incluísse dentro do artigo 3º, IV a proibição da

discriminação por orientação sexual⁸, o que como é sabido, não foi conquistado. Esse momento é também marcado por uma maior institucionalização do movimento homossexual, que conseguiu verbas públicas para financiamentos de ações de prevenção da epidemia, tais como a distribuição de preservativos.

⁸ Para mais informações sobre a atuação do Grupo Triângulo Rosa na Assembleia Constituinte ver Câmara (2002)

1.2 AVISOS AOS NAVEGANTES: alguns apontamentos teórico-metodológicos necessários

A natureza interdisciplinar dessa pesquisa que se encontra nas fronteiras entre a ciência política, o direito, a antropologia jurídica e os estudos feministas e *queer* força o uso de metodologias mais flexíveis e de um misto de técnicas variadas. O formato desta pesquisa, a coleta dos dados e a forma de organização e apresentação destes após coletados se dão influenciados principalmente pelos trabalhos de Schritzmeyer (2004) e Oliveira (2009) que, por sua vez, possuem sua origem na antropologia jurídica e fizeram dos acórdãos o seu principal campo de pesquisa.

A presente pesquisa tem caráter fundamentalmente documental, foram coletados e analisados acórdãos do STF e STJ que dissertavam sobre o tema mais geral das homossexualidades. A escolha dos dois Tribunais se deu pela sua representatividade e importância dentro do sistema jurídico brasileiro. É possível dizer que o mundo jurídico possui os seus olhos voltados para esses dois tribunais e que suas decisões servem para dirimir dúvidas sobre possíveis interpretações a respeito de determinados temas, bem como para consolidar uma corrente ou uma tendência no escopo do direito em nosso país. Inclusive, algumas decisões oriundas do STF possuem efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*, o que na prática faz com que os efeitos dessa decisão passem a valer para todas as pessoas e sejam acatadas pelos tribunais inferiores em todo o país. Além disso, tais tribunais possuem abrangência nacional, recebendo causas de todos os Estados, sendo possível, então, dizer que há, nos discursos produzidos por esses tribunais, algo como uma possível representatividade do discurso jurídico nacional.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são dois tribunais de superposição, isto é, não possuem como função primordial a competência para julgar recursos ordinários - ainda que o possam fazer de forma excepcional -, mas julgam recursos de causas que já exauriram os graus das Justiças comuns e especiais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008). Cada um desses Tribunais possui suas competências originárias, prevista no art. 102, I para o STF e 105, I para o STJ. No caso do STF essas competências são os mecanismos pelos quais realiza a guarda da constituição, para o STJ atribui-se o papel de “defensor da lei federal e unificador do direito” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 202).

O STF existe, com essa denominação, desde o decreto 848 de 1890 que organizou a

Justiça Federal. Segundo o que está previsto na Constituição, é composto 11 ministros/as, que são indicados/as pela/o presidenta/e da República e a escolha deve ser aprovada pelo Senado Federal. O STJ é uma criação recente da Constituição brasileira de 1988, para substituir o antigo Tribunal Federal de Recursos. É composto por 33 Ministro/as, apesar da Constituição no seu art. 104 delimitar esse número como o mínimo, não há outra regra instituindo novos cargos. A composição do STJ é heterogênea, sendo suas vagas reservadas em um terço para juizes/as originários/as dos Tribunais Regionais Federais, um terço para desembargadoras/es dos Tribunais de Justiça, e o último terço para advogadas/os e membros do Ministério Público. A indicação também é feita pela/o Presidenta/e da República, a partir de listas sêxtuplas organizadas pelos órgãos de representação das respectivas classes, como previsto no art. 94 da Constituição e deve ser submetida à aprovação do Senado Federal.

Optei nessa pesquisa por trabalhar analisando acórdãos. Um acórdão é uma decisão colegiada proferida por um Tribunal de segunda instância. O acórdão é composto pelos votos de no mínimo três Desembargadores ou Ministros (nos casos dos Tribunais Superiores), sendo que os votos podem ou não coincidir em suas argumentações e fundamentações. A estrutura dos acórdãos varia, não havendo uma padronização entre os vários tribunais, ponto dificultador para esta pesquisa. É necessário, porém, que contenham alguns elementos exigidos por Lei, são eles: a) o relatório, que conterà os nomes das partes, a síntese do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; b) os fundamentos, em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito; c) o dispositivo⁹, em que o Juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem (art. 458 do Código de Processo Civil – CPC).

Acredita-se que os acórdãos são instrumentos privilegiados para se realizar a análise, pois, como Oliveira e Silva (2005) mostram, apesar do discurso presente nos acórdãos poder ser considerado como um “discurso do Estado”, filtrado e recortado por esse, não há razões para se considerá-lo, de antemão, um discurso monolítico. Pelo contrário, o processo e a elaboração do próprio acórdão podem ser compreendidos como formas narrativas, construídas pela e na interação dos diversos atores e atrizes que compõem o processo judicial (no mínimo: desembargadores/ministros, advogados, partes e testemunhas). Compreender o acórdão como uma narrativa é perceber que aquele documento conta uma história. História essa que teve início

⁹ Ao longo dessa dissertação é possível encontrar três usos do termo dispositivo. (i) como algo que liga o indivíduo, a população e o Estado, isto é o sentido Foucaultiano de dispositivo; (ii) como o local no acórdão ou sentença em que o magistrado decidirá sobre o caso, isto é o comando emitido pelo magistrado numa decisão; (iii) como uma norma, artigo ou instituto jurídico. Aqui dispositivo toma o segundo significado.

com um conflito jurídico, seja qual for ele o desejo pela separação de um casal, a busca pela reparação de um dano moral ou outro. E que se desenvolveu em um processo judicial. A narrativa contida no acórdão, por meio do relatório obrigatório, retratará todo o percurso, de forma breve, até o recurso que originou o acórdão em questão. O acórdão narra também a história mais recente do próprio julgamento do recurso. Diversas personagens e vozes atravessam o acórdão de maneiras diretas e indiretas, seja pelos pareceres do Ministério Público, pelas atuações em *Amicus Curiae* ou pelos debates ocorridos ao longo do julgamento e transcritos no corpo do acórdão.

A “história” contada a partir dos diversos votos que compõem a estrutura físico-discursiva de um acórdão servirá para justificar a forma como poder foi exercido. É importante perguntar-se, então, “como os eventos são definidos, quais os eventos são incluídos na narração e quais são excluídos e que princípios governam o processo de seleção” (STEINMETZ apud OLIVEIRA & SILVA, 2005, p. 252). As inclusões e exclusões dessas narrativas e os processos de escolha da “melhor resposta jurídica possível” importam, pois estes, certamente, não são neutros e revelam determinados valores e crenças dos magistrados (OLIVEIRA, F. L. DE; SILVA, 2005; SCHRITZMEYER, 2004). Aqui, os acórdãos se mostram na dimensão que mais interessa a essa pesquisa, como uma decisão política capaz de afetar e organizar a vida daquele indivíduo específico ou ainda de todo um coletivo, nos casos das decisões que possuem efeitos *erga omnes* ou efeitos vinculantes.

A coleta dos acórdãos se deu por meio de pesquisas por palavras-chave realizadas nos repositórios *online* de jurisprudência dos dois tribunais¹⁰. O sistema online de busca de acórdãos funciona de forma similar as buscas do google, onde a partir de uma palavra retorna como resultado os documentos em que aquela palavra foi encontrada. Comparado à minha experiência de busca em sites de outros tribunais a busca nos sites do STF e STJ é relativamente fácil, e o resultado da busca é de fácil compreensão.

A pesquisa foi configurada para capturar apenas acórdãos julgados, no período de 01 de janeiro de 1989 até 31 de dezembro 2012. As palavras utilizadas para a pesquisa foram:

¹⁰ Como não consta nos sites os períodos de abrangência do sistema de busca de jurisprudência, os Tribunais foram contatados para fornecer tal informação. O STJ informou que sua base de dados de jurisprudências conta com as decisões a partir de 1989. Para o STF, a informação recebida por sua assessoria informa que os acórdãos estão digitalizados e disponíveis desde 1950. Todavia, os acórdãos das décadas de 1950, 60 e 70 ainda passaram por processo de revisão do texto e foram disponibilizados na forma em que se encontravam. Acredito ser importante registrar que o atendimento do STJ foi exemplar, não apenas rápido, mas a atendente que me respondeu se ofereceu para fazer a busca por mim e me sugeriu novas chaves de pesquisa e outras fontes de dados úteis. O atendimento no STF também foi muito ágil e de fácil acesso.

homossexual, homosexual, homossexuais, homossexuais, homossexualismo, homossexualismo, homossexualidade, homossexualidade, homoss\$, homoafetivo, homoafetiva, homoaf\$¹¹, homofobia, homof\$, lesbofobia, gay, lésbica, bissexual, bissexual, bissexuais, bissexuais, sodomia. As palavras foram escolhidas de forma a tentar capturar o maior espectro de casos possíveis. Utilizei as palavras apenas separadamente e não de forma combinada, pois os resultados da busca por palavras combinadas são mais restritos que os de palavras isoladas. Na realidade, conjunto resultante da busca por palavras-chave combinadas está contido no conjunto resultante da busca por palavras isoladas.

É importante deixar explícito que os acórdãos contidos nos repositórios online de jurisprudência não correspondem ao universo total de casos julgados. Há uma série de fatores não explícitos que filtram alguns casos para fora do repositório, o próprio acaso pode ser um desses fatores, o esquecimento da publicação, um erro no site, o corrompimento de um arquivo que estava no servidor do site ou ainda nos casos de acórdãos mais antigos que estão sendo digitalizados que podem ter se perdido no tempo, ou se deteriorado em função das condições de seu arquivamento. Os sites também são inconstantes, podem sair e voltar do ar com frequência. O sistema de busca também possui sua inconstância e apesar de em tese sempre retornar o mesmo resultado, na prática é possível retornar em diferentes acessos, diferentes resultados, mesmo se utilizando das mesmas palavras-chave e filtros de data. Um acórdão pode aparecer em um mês e no mês seguinte não retornar na busca.

A primeira rodada de pesquisa no site do STJ foi realizada no dia 23 de novembro de 2012, realizei ainda outras três rodadas de busca e coleta nos dias 01 de dezembro de 2012, 10 e 11 de setembro de 2013. Já para o STF a primeira rodada se deu no dia 27 de novembro de 2012 e realizei ainda mais três rodadas de busca e coleta, uma no dia 12 de dezembro de 2012, outra no dia 13 de abril de 2013 e outra no dia 11 de setembro de 2013. Os acórdãos encontrados não foram imediatamente adicionados à amostra, houve um processo de filtragem. Casos que apenas mencionavam uma das palavras-chave, mas não tinha a homossexualidade como uma temática relevante ou central foram excluídos da análise.

Frequentemente as pesquisas similares como a de Oliveira (2009) se focam um tipo específico de direito, no caso os direitos de conjugalidade. Na presente pesquisa não apliquei um recorte de matéria, justamente para conseguir observar uma perspectiva mais ampla e poder

¹¹ O símbolo \$ é um operador para os sistemas de pesquisa dos tribunais. O símbolo indica que deve ser procurada a parte digitada e suas variações, assim ao procurar por homoss\$ buscará por variações como homossexual, homossexuais, homossexualismo e qualquer outra variação possível no banco de dados em questão.

comparar como as discussões sobre a homossexualidade se dão nos diferentes âmbitos jurídicos. Será que os argumentos apresentados, seja no direito de família, no direito previdenciário, ou até mesmo no penal se aproximam? Haveria uma unidade na forma de compreender a homossexualidade pelos diversos ramos do direito?

Ainda sobre a temática, é importante perceber que enquadro o debate da minha pesquisa dentro da proposta de um direito democrático da sexualidade (RIOS, 2006). Por ser assim, utilizo os termos direitos homoafetivos ou direitos LGBT apenas de forma êmica, isto é, quando o acórdão analisado utilizar ou para se referir diretamente a essa construção teórica-jurídica. Da minha parte, opto pelo termo direitos sexuais, por compreender que esse seja mais abrangente que àqueles. A opção ainda se faz para se filiar a uma corrente de atuação feminista, que tem se utilizado do termo para intervir sobre o âmbito da sexualidade e da reprodução (VIANNA; LACERDA, 2004; OLIVEIRA, 2013).

É importante lembrar que apesar do conceito de direitos sexuais se relacionar com os Direitos Reprodutivos, aquele não se esgota nesse. Uma compreensão reducionista é perigosa (RIOS, 2006), o conceito de direitos sexuais abrange também os direitos das pessoas LGBT à conjugalidade, à saúde, à proteção contra discriminação em função da sexualidade e da identidade de gênero, os direitos das profissionais do sexo ao exercício livre e desimpedido de seu trabalho e vários outros direitos. Além disso, a abordagem de Rios (2006) permite compreender que a promoção dos direitos sexuais deve se dar de forma ampla, sem depender exclusivamente de categorias identitárias ou de práticas sexuais para não incorrer em exclusões arbitrárias. Nessa linha, algumas discussões internacionais tem preferido utilizar a sigla SOGI (*Sexual Orientation and Gender Identity*, ou Orientação Sexual e Identidade de Gênero) para focar menos nas identidades LGBT. Exemplo disso são os Princípios de Yogyakarta¹² que tratam dos direitos sexuais sem um enfoque identitário.

Para uma primeira leitura dos textos foi construído um banco de dados dos acórdãos. Nos acórdãos coletados a partir da busca foi possível identificar determinados conteúdos que foram, por sua vez, convertidos em “variáveis”. As variáveis coletadas nesse esforço foram: Número do Processo; Tribunal Julgador; Tipo de Justiça; Tipo de Recurso/Ação; Órgão

¹² Segundo Correa (2009, p.29) “os Princípios de Yogyakarta não são uma declaração de aspirações ou carta de reivindicação de direitos. O documento compila e reinterpreta definições de direitos humanos fundamentais consagradas em tratados, convenções, resoluções e outros textos internacionais sobre os direitos humanos, no sentido de aplicá-los a situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. A ideia central é que não precisamos produzir definições específicas para coibir violações e proteger os direitos humanos dessas pessoas ou grupos.”

Julgador (Câmara, Pleno e etc.); Data do Julgamento; Ano; Estado de Origem; Nome do Recorrente1; Gênero do Recorrente1; Nome do Recorrente2; Gênero do Recorrente2; Nome do Recorrido1; Gênero do Recorrido1; Nome do Recorrido2; Gênero do Recorrido2; Causa de Pedir1; Causa de Pedir2; Causa de Pedir3; Nome do Relator; Gênero do Relator; Voto do Relator; Nome do Revisor ou 1ºVogal; Gênero do Revisor; Voto do Revisor; Nome do Vogal; Gênero do Vogal; Voto do Vogal; Decisão Final; Há divergência no processo?; Pedido 1 concedido?; Pedido 2 concedido?; Pedido 3 concedido?; Apresenta Argumentos Religiosos?; Acesso a Íntegra do Acórdão?; Modalidade Discursiva; Quantidade de Páginas; Comentários. O banco de dados permite realizar um mapeamento do campo, identificar ações mais frequentes, distribuição dos acórdãos por ano e por Tribunal e outras informações.

Para uma análise mais aprofundada dos textos busquei fazer uso de uma análise genealógica (FOUCAULT, 2008; FONSECA, 2012) dos discursos jurídicos contidos em um conjunto pré-determinado de acórdãos. O método genealógico, de inspiração foucaultiana (2008, 2010), é aquele que tem como seu foco principal as relações privilegiadas entre poder e saber. Tal método busca identificar, menos as origens de um determinado discurso e mais aquelas estratégias, os usos políticos de alguns dispositivos discursivos, procurando, assim, revelar ou desvelar determinados conflitos, tensões e escolhas nem sempre arbitrárias, a partir das quais certos saberes são legitimados e quais são deslegitimados, desqualificados e filtrados (FONSECA, 2012).

Foucault não deixou um manual para realização de uma pesquisa genealógica, essa nunca esteve presa a um roteiro ou mecânica rígidos, a inventividade frente à realidade e a necessidade de se adaptar frente aos desafios é valorizada. Por essa razão os procedimentos metodológicos utilizados por Foucault estão espalhados em suas diversas obras, todavia Thiry-Cherques (2010) mapeou alguns passos comuns nessas pesquisas, são eles:

- 1) a identificação das práticas discursivas e dos atos materiais (não discursivos). Não interessa a verdade, mas o que é dito, nem o sentido, mas o enunciado. Isso implica reconhecer os saberes existentes na regularidade: as regras de formação dos conceitos, dos objetos, das estratégias, das ações, ou seja, as práticas não discursivas e das instituições a eles associados.
- 2) A determinação das descontinuidades, isto é, da emergência e do desaparecimento de conformações das subjetividades e da objetividade social expressa nos saberes, ou seja, os limiares epistemológicos das epistemes, dos dispositivos, em cada segmento (momento) descontínuo. Isso faz aflorar os estratos acumulados, justapostos pelo tempo;
- 3) a análise, e não a interpretação, desses elementos, que se dá simultaneamente a cada identificação e a cada determinação. Sinteticamente, trata-se da criação de um quadro explicativo da articulação entre a seriação dos discursos e as práticas não discursivas (THIRY-CHERQUES, 2010, p. 219–220).

Os acórdãos por serem textos coletivos, representações escritas de um debate, são ideais para esse tipo de análise que busca captar discontinuidades e conflitos. Optei ainda, por influência das teorias antropológicas (GEERTZ, 2008), em realizar uma descrição densa dos casos encontrados, por acreditar que não apenas as explicações e análises são valorosas, mas que a própria descrição tem em si seu valor científico e pode servir de base para trabalhos futuros que se originem dessa pesquisa.

2. ENTRANDO EM CAMPO: os discursos judiciais sobre as homossexualidades de 1989 a 2012

É um pressuposto metodológico de que os acórdãos coletados e aqui apresentados não existem no vácuo do espaço-tempo. Todo discurso pressupõe um contexto. Todo discurso deve ser analisado como um evento complexo que, em sua trajetória, é influenciado por linhas de forças que cruzam ou que mesmo sem cruzar, similar a um efeito gravitacional, o deformam e reformam. Assim, a pesquisa não tentará traçar uma análise de causalidade, mas apresentarei, de forma breve, fatores externos à discursividade contida nos acórdãos tais como: o contexto político do país, a forma como a comunidade internacional estaria lidando com causas similares, a forma como os movimentos sociais se articulam e dialogam (ou não) com o Estado, e outros fatores que, potencialmente, poderiam atuar como linhas de força atravessando os casos ora em análise.

Este capítulo será dividido, então, em três grandes partes, cada uma referente a um determinado recorte temporal. Busquei encontrar uma divisão temporal que distribuisse bem a quantidade de acórdãos de forma que permitisse a descrição e análise de cada caso. Além disso, procurei levar em consideração para o recorte temporal os mandatos presidenciais, por acreditar que esse possa influenciar nas decisões. A composição do STJ e do STF se encontra diretamente influenciada pelo/a presidente/a em exercício. Os cargos são vitalícios, mas o preenchimento das vagas que por ocasião surgirem se dá pela indicação direta do/a chefe/a do Poder Executivo federal. A própria dinâmica dos movimentos sociais também é influenciada pela forma de diálogo com o Estado, em particular com o Poder Executivo. É de se esperar que os movimentos sociais estejam atuando de forma mais próxima a governos que se demonstrem abertos ao diálogo.

Os acórdãos possuem em média 20 páginas, mas não são raros os acórdãos que superam, em muito, esse número. Uma exemplar completamente fora desse padrão, até mesmo para os acórdãos do STF que são tradicionalmente longos, é o do acórdão do julgamento da ADPF 132 que possui por si só 274 páginas. Como Oliveira (2012) apontou, esta situação específica e pouco frequente, denota a importância política do tema dos direitos sexuais de pessoas LGBT. Foi possível coletar o texto na íntegra de todos os acórdãos, no entanto essa íntegra não é tão íntegra assim. O texto disponibilizado muitas vezes transcreve apenas parte de discussões ou até mesmo faltam votos inteiros ou em parte, como é o caso do importantíssimo julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277 em que um dos votos, proferido oralmente, não aparece na íntegra do

acórdão. Algumas dessas falhas são perceptíveis e influenciam a análise, explicitarei-as quando foi possível perceber. É possível que outras dessas falhas tenham passado sem ser notadas, justamente por se tratar de uma pesquisa documental, em que não se acompanhou de corpo presente os julgamentos analisados.

Optei ainda por privilegiar tanto para a descrição quanto para a análise: (i) a descrição do fato como esta é feita no próprio acórdão, (ii) as discussões que são estabelecidas no acórdão e que tematizam as homossexualidades, a sua origem, seu status e características e (iii) as discussões relativas ao direito material¹³, que afetam diretamente a vida das pessoas envolvidas ou que dizem respeito a homossexualidade. Por essa decisão, não realizo uma descrição densa e uma análise específica a respeito do andamento processual da ação em questão até o acórdão, nem de discussões específicas sobre direito processual que estejam travadas no acórdão. Entendo que essas discussões são relevantes juridicamente, mas que a princípio não caberiam no escopo do presente trabalho, que não tem um caráter propriamente jurídico. Opto por abordá-las de forma mais aprofundada se estas questões disserem respeito diretamente à forma como a(s) homossexualidade(s) pode(m) ser entendida(s)/classificada(s) nos discursos judiciais.

A pesquisa mapeou um total de 38 acórdãos, sendo 32 deles oriundos do STJ e, apenas 6, do STF. É difícil vislumbrar o tamanho total do universo de acórdãos publicados ao longo do período analisado aqui mas é verdade que confrontando com a quantidade de acórdãos publicados, a quantidade de casos de direitos sexuais se torna ínfima. Para se ter noção, apenas no ano de 2011, ano em que encontrei 11 casos, o STJ sozinho publicou 79993 acórdãos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011). Isso significa que o número de casos encontrados em 2011 representaria apenas 0,014% dos casos publicados pelo STJ no mesmo ano e isso porque estou incluindo, nesses 11 casos, 3 ações que foram julgadas pelo STF.

Em relação à distribuição dos casos por Tribunais, a desigualdade no volume de casos não é surpreendente. Para o mesmo período de 2011, o STF publicou 14.037 acórdãos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013). Isso implica que, para cada acórdão publicado pelo STF, o STJ publicaria aproximadamente 5,7 acórdãos. O STF, a partir de 1997, se percebeu atolado de processos e foi forçado a desenvolver estratégias para filtrar os processos que chegavam até ele (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011). A Emenda Constitucional n.

¹³ A doutrina jurídica opera uma divisão das normas jurídicas entre Direito Material e Direito Processual. Direito Material compreende “o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)” (CINTRA; ARAÚJO; DINAMARCO, 2008, p. 46). Já o Direito Processual pode ser entendido como “o complexo de normas e princípios que regem [...] o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.” (CINTRA; ARAÚJO, DINAMARCO, 2008, p. 46).

45, de 2002, realizou uma reforma processual, imprimindo algumas barreiras ao acesso do STF, como a instituição da Repercussão Geral e a Súmula Vinculante. A reforma processual foi considerada um sucesso e reduziu drasticamente o acesso ao STF, a partir de 2007. Se antes de 2008 foi possível identificar uma entrada de 20.000 recursos extraordinários por ano, a partir desse ano houve uma queda, se estabilizando em aproximadamente 7.000 Recursos Extraordinários, nos anos de 2009 e 2010 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011). Se por um lado essa reforma processual, com certeza, dificulta o acesso ao STF, por outro lado, outros fatores afetaram a temática específica dos direitos sexuais fazendo com que o número de processos seja maior no período pós-Emenda 45.

Dos 38 acórdãos coletados, apenas 4 tinham origens em ações penais, os outros derivaram de ações em que a demanda pertencia ao Direito Civil. É preciso apontar que essa quantidade baixa de acórdãos que deriva da Justiça Penal é um fator de estranhamento. Vivemos em um país com as mais altas taxas de violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais e trans*¹⁴ (LGBT) no mundo, os dados do Relatório sobre Violência Homofóbica, de 2012, apontam 3.084 denúncias para o ano de 2012 (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013), para o mesmo período o Grupo Gay da Bahia(2013), mapeou 338 assassinatos de pessoas que, aparentemente, se identificavam como gays, lésbicas, bissexuais, travestis ou transexuais. Levando-se em conta tais dados, era de se esperar um número maior de casos oriundos do direito penal, todavia, para os casos de violência homo/lesbo/transfóbica há uma série de barreiras (simbólicas, formais e materiais), para além daquela já discutida, que impedem que a agressão se torne uma denúncia (primeira etapa da constituição de um processo criminal), que a denúncia se torne um processo e que esses processos cheguem, finalmente, até o STF. Importantíssimo que se leve também em consideração que, no Brasil, a homo/lesbo/transfobia ainda não foi criminalizada, nem há nos Boletins de Ocorrência de grande parte das polícias estaduais do país um local específico para se coletar dados sobre esse tipo de violência.

Desta forma, é possível afirmar que o direito penal não consegue perceber e diferenciar crimes motivados por homo/lesbo/transfobia de outros tipos de crimes, mesmo que ao longo do julgamento essas razões sejam levantadas pelas partes, a ausência de instrumentos formais e expressos como um espaço no Boletim de Ocorrência para se mencionar a homofobia como causa do crime, facilitaria que magistradas/os filtrassem essas questões para fora de suas

¹⁴ Optei por adotar a sigla LGBT em detrimento de várias outras por ser aquela reivindicada pelos movimentos e oficialmente aceita a partir da I Conferência Nacional GLBT. Há quem reivindique outras siglas como LGBTI, para agregar a população de pessoas intersex, essa alteração não é consensual, nem mesmo entre o movimento de pessoas intersex.

decisões como se não fossem relevantes.

Sendo assim, para a pesquisa capturar melhor esse tipo de questão seria necessária uma etnografia dos julgamentos, principalmente de primeira instância, o que extrapolaria em muito os limites da presente pesquisa.

O tipo de recurso mais comum encontrado pela pesquisa foi o Recurso Especial com 25 ocorrências. Em segundo lugar foram encontrados 7 Agravos Regimentais. Essa distribuição se justifica pelo fato do Recurso Especial ser o principal mecanismo pelo qual as partes do processo podem alterar a decisão tomada num Tribunal, levando a discussão a um Tribunal Superior, no caso o STJ. Os Agravos Regimentais que aparecem logo em seguida, por sua vez, se justificam, em partes, pelo grande número de Recursos Especiais. Esse Agravos funcionam como mecanismos processuais para destravar o andamento de um Recurso. Se há um grande número de Recursos Especiais sendo julgados, é de se esperar que haja também um volume de Recursos Especiais sendo propostos, mas que por razões processuais não chegam a ser julgados. Nessas hipóteses, o Agravo é interposto, para garantir o julgamento.

Tabela 01 - Tipo de Recurso/Ação

	Frequência	Porcentagem
Recurso Especial	25	65,8
Agravo Regimental	7	18,4
Habeas Corpus	2	5,3
Embargos de Declaração	1	2,6
Recurso Ordinário	1	2,6
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	1	2,6
Ação Direta de Inconstitucionalidade	1	2,6
Total	38	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados a partir dos acórdãos coletados

Para uma compreensão mais qualificada de cada caso, acredito ser importante explicar, mesmo que brevemente, cada tipo de recurso ou ação.

O *Recurso Especial* (REsp) é julgado exclusivamente pelo STJ e está previsto no art. 105 da Constituição. Existem três hipóteses de cabimento do REsp. A primeira se dá quando um acórdão de Tribunal, julgado em última ou única instância, viola ou nega vigência a Lei Federal ou Tratado. A segunda hipótese é quando um acórdão julgar válido um ato de governo

local que contrarie a Lei Federal. A terceira hipótese de cabimento se dá para o STJ realizar sua função de uniformizador da jurisprudência, sendo assim, cabe recurso especial quando houver divergência jurisprudencial entre Tribunais diversos (também chamado de dissídio jurisprudencial). Para essa última hipótese é muito importante que o recorrente apresente o acórdão recorrido e outra decisão paradigma que seja contrária e realize uma análise demonstrando detidamente *como* os acórdãos se contrariam.

O *Recurso Extraordinário* (REx) é julgado exclusivamente pelo STF e está previsto no art. 102 da Constituição. Existem quatro hipóteses de cabimento do REx. É cabível o REx quando a decisão de última ou primeira instância: (i) contrariar frontalmente dispositivo da Constituição Federal; (ii) decretar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal; (iii) julgar válida Lei ou ato de governo local que contraria a Constituição Federal; (iv) julgar válida Lei Local contestada em face de Lei Federal, isto é, se a Lei Local invadir a competência constitucional da Lei Federal (DIDIER JR.; CUNHA, 2009). Como argumentado anteriormente um dos requisitos para proposição do Recurso Extraordinário é a demonstração da Repercussão Geral. Didier Jr e Cunha (2009) argumentam que não há uma definição exata do que seria a Repercussão Geral, devendo sempre ser julgado em função das circunstâncias do caso concreto. Aponta, no entanto, que a repercussão geral poderia ser jurídica, política, social e econômica. Não encontrei nenhum Recurso Extraordinário, mas encontrei alguns recursos secundários, dentro do processo de Recurso Extraordinário. Tanto o REx, quanto o REsp são considerados jurisdições extraordinárias, isto é, não são um recurso comum e não podem discutir um tema novo. É necessário, então, que o tema a ser discutido nesses recursos tenham sido debatidos no acórdão recorrido. Caso haja omissão é cabível embargos de declaração para efeitos de prequestionamento.

O *Habeas Corpus* (HC) é a ação cabível para proteger o direito de ir e vir que se encontra violado ou em perigo de violação por uma ilegalidade ou abuso de poder pelo Estado ou por particular. O *Habeas Corpus* não é um recurso, mas uma ação autônoma de impugnação (LOPES JR., 2009). A previsão legal do *Habeas Corpus* se encontra no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal e também no Código de Processo Penal nos arts. 647 e seguintes. Apesar de comumente se pensar que o Habeas Corpus serve apenas para o relaxamento de prisões ilegais, a ilegalidade e o abuso de poder podem se dar por várias formas, inclusive por defeitos processuais que retirariam a legitimidade do processo. Nesse caso o *Habeas Corpus* não ordenaria a soltura da pessoa, mas que o procedimento jurídico defeituoso seja refeito.

Recurso Ordinário (RO) é aquele que cabível ao STJ ou ao STF para garantir o funcionamento do princípio do duplo grau de jurisdição. Em algumas hipóteses os Tribunais,

mesmo os superiores, podem funcionar como primeira instância, cabendo o Recurso Ordinário para garantir a possibilidade de recurso dessa decisão. Por se tratar de um recurso ordinário, não é necessário prequestionamento como no REsp e no REx. O RO está previsto nos arts. 102, II e 105, II da Constituição e reproduzido no art. 539, I e II do Código de Processo Civil. No caso encontrado o RO se deu para reanalisar a decisão de um Habeas Corpus julgado originariamente por um Tribunal.

Os *Embargos de Declaração* (ED) são uma espécie de recurso muito específica, cabível para sanar uma omissão, obscuridade ou contradição na decisão. Se a decisão não abordar um ponto que deveria abordar, se decidir de forma contrária àquela argumentada ou não for possível compreender o que foi decidido por causa da redação confusa ou em função da letra do juiz, caberia Embargos de Declaração. A jurisprudência estaria ainda aceitando os ED para corrigir erros manifestos (DIDIER JR.; CUNHA, 2009). A previsão legal dos ED se encontra nos arts. 535 a 538 do Código de Processo Civil.

Os *Agravos Regimentais* (AgRg) são recursos não previstos em Lei Processual, mas nos Regimentos Internos dos Tribunais. No caso do STJ está previsto nos arts. 258 e 259 de seu Regimento Interno. No caso do STF a previsão se encontra no art. 317 do respectivo Regimento Interno. O cabimento dos Agravos se dá quando uma decisão, e não um acórdão, causar prejuízo a Direito das partes. Dessa maneira os agravos sempre se darão *dentro* de outros recursos ou ações.

Para entender os agravos nos casos concretos é preciso primeiro compreender que em regra toda ação e recurso passam por dois tipos de julgamento: o de admissibilidade e o de mérito. O juízo de admissibilidade é uma primeira análise do recurso para averiguar se os pré-requisitos para que aquele recurso seja recebido e julgado se encontram preenchidos. Não se trata de discutir a questão de fato e de direito, mas verificar se aquele procedimento é o correto para reivindicar aquele direito e se os requisitos formais para aquele procedimento estão preenchidos, por exemplo, se o recurso foi proposto dentro do prazo correto. É o julgamento de mérito que analisará se o há ou não o direito. O juízo de admissibilidade é feito, em muitos casos, pelo relator do processo, podendo negar para evitar que esse seja discutido de forma exaustiva pela turma, seção ou corte. Isso se dá porque se o juízo de admissibilidade for negativo, fica impossibilitado de se julgar o mérito da questão.

Em grande parte dos casos encontrados o juízo de admissibilidade foi julgado pelo relator de forma negativa, impedindo que o recurso fosse julgado pela turma. O recorrente, então, agravou para que o julgamento de mérito fosse realizado.

A *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) está prevista no art. 102, inciso I, alínea

“a” e regulamentada pela Lei 9868/99. É cabível contra Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual que violar a constituição. É uma ação julgada exclusivamente pelo STF e serve para o Tribunal cumprir sua função de controle de constitucionalidade. Dada a importância da ADI, seu julgamento deve ser feito por, pelo menos, 8 Ministros/as. O controle realizado na ADI é abstrato, isto é, não diz respeito apenas a um caso concreto, o que é discutido é uma tese jurídica sobre a constitucionalidade ou não de uma Lei ou Ato Normativo. Por essa razão, os efeitos do julgamento não se limitam a apenas um caso, mas se estendem a todos os julgamentos (efeito *erga omnes*), podendo até mesmo retroagir no tempo (efeito *ex tunc*).

A declaração de inconstitucionalidade na ADI pode implicar numa supressão de parte do texto da Lei, no texto completo ou em nenhuma supressão de texto (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2006). Uma das hipóteses de declaração de inconstitucionalidade sem a redução do texto é a da interpretação conforme a Constituição, “*pela qual se adota um sentido para o texto que guarde harmonia com a Constituição, excluindo-se todas as demais possibilidades de interpretação*” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2006, p. 412). É esse o caso da ADI 4.277 coletada.

É preciso notar que a ADI possui limites, um dos mais marcantes é a impossibilidade de se examinar a constitucionalidade de Leis anteriores à Constituição de 1988. Para suprir algumas lacunas deixadas pela ADI, a nossa Constituição previu a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF). A ADPF é uma ação subsidiária, sendo cabível apenas quando não houver outro meio tão eficaz quanto a própria. A função da ADPF é garantir a supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais, sendo assim e levando em conta a sua natureza subsidiária é possível controlar, por meio da ADPF,

Qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo (incluindo os atos legislativos) ou não normativo, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição, federal, estadual ou municipal, e proveniente de qualquer órgão, ou entidade, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (CUNHA JUNIOR, 2006, p. 459).

A ADPF é também uma ação de competência exclusiva do STF e está prevista no art. 102, §1º da Constituição, tendo sido regulamentada pela Lei 9882/99. Tanto a ADI quanto a ADPF são consideradas pela doutrina jurídica como espécie de ação coletiva, ou seja, uma ação que visa tutelar os direitos de uma coletividade. Dessa maneira, há uma gama grande de legitimados para propor a ação, agindo em nome da coletividade. Podem propor a ADPF e a ADI o Presidente da República e Governador do Estado ou do Distrito Federal, as mesas do Senado, da Câmara de Deputados, de Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa do

Distrito Federal, o Ministério Público (Procurador-Geral da República), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como se pode observar na Tabela 02, no que tange à distribuição temporal desses acórdãos, pode-se afirmar a presença de um desequilíbrio. A primeira ação foi encontrada apenas em 1998, no período compreendido entre os anos de 2004 a 2009 há uma média de 2 ações por ano, com exceção de 2007, ano em que não foi encontrado nenhuma ação. A partir de 2010, todavia, podemos observar um aumento significativo de ações sendo julgadas, com o ápice desses julgamentos ocorrendo em 2011, ano em que 13 ações foram encontradas. É muito importante ressaltar que o ano de 2011 foi o mesmo em que foi julgada, pelo STF, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 conjuntamente, julgamento que ficou famoso como o julgamento da “união homoafetiva”.

Tabela 02 - Distribuição de Acórdãos no Tempo

Ano	Frequência	Porcentagem
1998	3	7,9
2004	1	2,6
2005	4	10,5
2006	3	7,9
2008	3	7,9
2010	6	15,8
2011	11	28,9
2012	7	18,4
Total	38	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

O período em que essas ações começam a aparecer de forma mais constante, é importante mencionar, coincide com a ascensão dos partidos de esquerda ao poder nacional no Brasil. Não acredito, nem consigo provar estatisticamente, a existência de uma correlação entre o governo Petista e o julgamento de ações que estejam ligadas, de alguma forma, às homossexualidades.

Todavia, não é possível ignorar que o governo federal (e seu projeto político) é uma das linhas de força que tem poder de atuar no contexto desta pesquisa. Pode-se afirmar que a forma

como o governo do Presidente Lula dialogou com os movimentos sociais LGBT é, reconhecidamente, diversa daquela realizada nos governos anteriores (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012; MELLO *et al.*, 2012). As poucas políticas públicas existentes para a população LGBT são, em grande parte, conquistadas nesse período: é de 2004 a primeira ação julgada nos anos 2000, mesmo ano em que ocorreu o lançamento do Programa Brasil Sem Homofobia. Também foi no governo Lula que se deu a realização da I Conferência Nacional GLBT, em 2008, que deu origem ao Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, lançado em 2009.

Outra forma de influência do governo federal se dá pelo fato de que muitas das ações têm o Estado como parte. O caso da ADI 4.277 é exemplar, pois foi proposta inicialmente pela Procuradora Geral da República em exercício, Deborah Duprat, diretamente ao STF. Esse cargo é de indicação direta do/a Presidente da República onde se tem a prerrogativa de chefiar o Ministério Público Federal, o Ministério Público da União. O MPF tem o dever de intervir no STF em questões de inconstitucionalidade e também de propor ações em nome da República. O Estado também é parte de outras formas, tais como naquelas ações em que se demandam pensão por morte e que são movidas contra órgãos da administração indireta. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é parte de uma das ações.

Por se tratar de ações que não são propostas diretamente aos tribunais superiores, mas majoritariamente de ações em que esses tribunais atuaram como instância recursal, não é possível medir o grau de acesso à justiça da população LGBT. Essa mensuração só seria possível caso a pesquisa fosse realizada em primeira instância. Todavia, a ampliação do número de casos na década de 2000 dá margem para se intuir que houve uma ampliação no acesso à justiça por homossexuais, à medida que os primeiros casos julgados se tornavam públicos, mais e mais pessoas buscaram a justiça para reconhecer suas uniões, realizar partilhas e efetivar outros direitos.

A distribuição dos acórdãos, por seu respectivo órgão julgador também é desigual. Uma vez que um recurso ou ação é remetida a um Tribunal, essa é distribuída para um(a) Ministro/a Relator(a), que cuidará de dar o seu prosseguimento processual. No STJ, a distribuição de uma ação para um(a) Relator(a) se dá por meio de critérios de competência temática, o corpo de Ministros/as se divide em Seções e essas se subdividem em Turmas. Segundo o artigo 9º, parágrafo segundo do regimento interno do STJ, cabe à Segunda Seção, que é composta pela Terceira e Quarta Turmas, julgar causas relativas aos direitos reais, contratos, constituição,

liquidação e dissolução de sociedades, direitos de família e outros assuntos de direito privado em geral. Sendo assim, as Terceiras e Quartas Turmas concentraram grande parte dos acórdãos aqui selecionados, sendo 14 acórdãos da Terceira Turma, 10 oriundos da Quarta e um da própria Seção.

A Terceira Seção do STJ, composta pelas Quinta e Sexta Turmas, é competente pelo julgamento de ações penais e previdenciárias, o que a coloca em segundo lugar no número de ações. A Primeira Seção do STJ, composta pela Primeira e Segunda Turma, é competente para julgar questões de Direito Público em geral, ações em relação a servidores públicos civis e militares, inclusive em relação à pensão por morte desses. Essa divisão dos acórdãos por turma se justifica, uma vez que as áreas que mais concentram ações que fundamentaram nossos casos foram: direito de família, direitos previdenciários e direitos societários/contratuais. Vejamos os dados:

Tabela 03 - Distribuição de Acórdãos por Órgão Julgador

Tribunal	Órgão Julgador	Quantidade
STJ	TERCEIRA TURMA	15
	QUARTA TURMA	9
	SEXTA TURMA	4
	PRIMEIRA TURMA	2
	SEGUNDA TURMA	2
	QUINTA TURMA	1
	SEGUNDA SEÇÃO	1
STF	SEGUNDA TURMA	2
	TRIBUNAL PLENO	2

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Uma vez distribuído o acórdão para uma Turma, esse será distribuído para um dos Ministros que as compõem. Foi perceptível uma concentração de casos nas mãos da Ministra Nancy Andrighi, a qual foi responsável por relatar 9 casos. Com exceção de Andrighi houve uma dispersão de acórdãos, cada Ministro recebendo em média um caso. Faz sentido a Ministra Andrighi receber um número maior de casos por fazer parte da Terceira Turma, todavia a discrepância é tamanha que não pode ser explicada meramente pela competência temática de sua turma. Por que os casos não foram divididos igualmente entre outros Ministros da Terceira Turma, tais como os Ministros Massami Uyeda e o Sidnei Beneti? O regimento interno do STJ prevê que a distribuição dos casos será realizada por meio de sorteio, respeitando a competência

das turmas. Essa concentração de 9 casos nas mãos de uma mesma Ministra aponta para algo além de uma mera coincidência. É possível se levantar a hipótese de que a distribuição não seja de fato tão aleatória assim e que casos relativos a direitos de pessoas homossexuais sejam, por fim deliberadamente distribuídos à Ministra.

Entretanto, para dar uma resposta adequada à pergunta por que essa concentração de ações na Ministra Nancy Andrichi, seria necessária outra pesquisa, que investigasse de forma aprofundada a distribuição dos casos e levasse em conta os fatores que afetam essa distribuição como o número de casos que o Ministro já possui, a prevenção e a suspeição e outros fatores. Os dados coletados por essa pesquisa, infelizmente, permitem apenas apontar essa distribuição desigual e levantar suspeitas sobre a real aleatoriedade na distribuição dos processos.

Tabela 04 - Distribuição de Acórdãos por Relator

		Relator	Quantidade
Tribunal	STJ	Nancy Andrichi	9
		Ari Pargendler	2
		Luis Felipe Salomão	2
		Mauro Campbell Marques	2
		Sidnei Beneti	2
		Vasco Della Giustina	2
		Antônio De Pádua Ribeiro	1
		Barros Monteiro	1
		Celso Limongi	1
		Cesar Asfor Rocha	1
		Fernando Gonçalves	1
		Hélio Quaglia Barbosa	1
		Humberto Gomes De Barros	1
		João Otávio De Noronha	1
		Jorge Mussi	1
		Luiz Vicente Cernicchiaro	1
	Maria Isabel Gallotti	1	
	Ruy Rosado De Aguiar	1	
	Vicente Leal	1	
	STF	Ayres Britto	2
Luiz Fux		2	
Celso De Mello		1	
Joaquim Barbosa		1	

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Em relação às razões que levaram a propositura da ação, o Reconhecimento da União Estável foi a mais preponderante, aparecendo em 18 dos casos aqui analisados. Os outros pedidos frequentes foram o de partilha de bens, em 8 casos, e pensão por morte, em 7 casos, e de indenização por danos morais, em 5 casos. Encontrei ainda diversos outros pedidos que apareceram de forma única, ou alguns por duas vezes. Vejamos

Tabela 05 - Direitos em Discussão

	Frequência	Porcentagem
Reconhecimento de União Estável	18	32,7
Partilha de Bens	8	14,5
Pensão <i>Post-Mortem</i>	7	12,7
Indenização por Danos Morais	5	9,1
Inclusão no Plano de Saúde	2	3,6
Julgamento em Vara de Família	2	3,6
Reconhecimento de Sociedade de Fato	2	3,6
Adoção Conjunta	1	1,8
Adoção Unilateral	1	1,8
Anulação de Decisão que Descarta Testemunho de Homossexual	1	1,8
Casamento entre pessoas de mesmo sexo	1	1,8
Configuração como Ato Ilícito	1	1,8
Declaração de Copropriedade de Bem Imóvel	1	1,8
Indenização por ter sido afastado por ser homossexual	1	1,8
Liberdade de Circulação	1	1,8
Não recebimento do REsp	1	1,8
Realização de Novo Interrogatório	1	1,8
Revogação de Prisão Preventiva	1	1,8
Total	55	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Frise-se que o número de pedidos e direitos em discussão extrapola o número de casos. Isso ocorre, pois em um mesmo caso é possível se discutir mais de uma questão. Na realidade, os pedidos de reconhecimento de união estável e sociedade de fato se mostraram como a “porta de entrada” para acessar outros direitos tais como a pensão por morte, a partilha de bens e a inclusão no plano de saúde. Assim, o reconhecimento vinha, geralmente, acompanhado desses

outros pedidos. No STF, o pedido de reconhecimento de união estável apareceu sem outro tipo de pedido em função da discussão da temática em tese e não em um caso concreto nas ações de controle de constitucionalidade. No STJ, foi possível encontrar poucas ações que o pedido de reconhecimento da união foi exclusivo, como é o caso do REsp 827.962 e do REsp 820.475. Ambas ações visavam apenas a declaração da existência da união estável, no segundo caso mencionado essa declaração judicial serviria posteriormente como prova em processo de aquisição de visto permanente para residir no Brasil.

Os acórdãos coletados foram devidamente classificados segundo o tipo de discurso ali identificado e segundo seu efetivo “resultado” ou “desfecho” no que tange a parte homossexual da disputa. Em relação ao resultado, os respectivos acórdãos foram classificados como: Favorável, Desfavorável e a categoria Favorável em Partes (que foi utilizada quando no caso em questão havia mais de um pedido sendo realizado à Corte, sendo que um deles foi julgado favoravelmente e o outro não). Essa classificação não leva em conta se a decisão estaria “correta juridicamente” ou não, apenas se a decisão final do acórdão (ou seja, a somatória dos votos dos/as Magistrados/as) concedeu ou não o pedido em favor da parte homossexual. Nos casos em que havia duas pessoas homossexuais litigando, casos por exemplo de separação e partilha de bens, optei por classificar como favorável ou não em relação à parte que fazia uso de um enquadramento mais benéfico aos direitos sexuais. Por exemplo, quando nos casos de separação uma das partes pedia o reconhecimento da união estável e a outra pedia que fosse reconhecido apenas a sociedade de fato, optei por classificar favorável ou não a parte reivindicando a união estável.

Tabela 06 - Distribuição em Relação ao Resultado

	Frequência	Porcentagem
Favorável	25	65,8
Desfavorável	7	18,4
Favorável em Partes	6	15,8
Total	38	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Do total de casos analisados, 25 obtiveram resultado “favorável”, 7 “desfavorável” e outros 6 “favorável em partes”. Apenas a identificação destes resultados já revela, por si só, que os Tribunais superiores brasileiros têm sido sim atores importantes para assegurar os direitos sexuais das pessoas homossexuais em nosso país. É possível perceber, ainda, a partir da Tabela

07, que as decisões desfavoráveis se concentram em período anterior a 2006. Apenas uma das 6 decisões desfavoráveis foi encontrada no período pós-2006, indicando uma tendência bastante recente de reconhecimento de demandas de direitos sexuais pelo STF e STJ. Independentemente da tendência recente, não é possível ignorar que, desde 1998, já se encontravam também decisões favoráveis nesses Tribunais.

Tabela 07 - Cruzamento Ano x Resultado

	Decisão Final			Total
	Desfavorável	Favorável	Favorável em Partes	
1998	1	1	1	3
2004	1	0	0	1
2005	2	2	0	4
2006	1	1	1	3
2008	0	2	1	3
2010	1	4	1	6
2011	1	9	1	11
2012	0	6	1	7
Total	7	25	6	38

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Em relação ao tipo de discurso, foi replicada a tipologia proposta por Rios e Oliveira (2012) que também se preocuparam em classificar os discursos judiciais sobre as homossexualidades. Os autores dividiram, então, os discursos em quatro tipos, são eles:

a) *Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito*: “trata-se de modalidade de raciocínio judicial informada por uma classificação hierárquica das diversas manifestações da sexualidade, que subordina à matriz heterossexual todas as demais expressões” (RIOS; OLIVEIRA, 2012, p. 262).

b) *Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito*: “é a modalidade de discurso judicial que se propõe a aplicar as regras jurídicas sem emitir juízo de valor, positivo ou negativo, diante da esfera de decisão individual protegida da intervenção estatal, no caso, o exercício da sexualidade e a realidade da diversidade sexual” (RIOS; OLIVEIRA, 2012, p. 262)

c) *Assimilacionismo familista e homoafetividade*: é a modalidade de discurso judicial que subordina o reconhecimento dos direitos sexuais a um enquadramento familiar e conjugal institucionalizados pela heterossexualidade.

d) *Diversidade sexual e afirmação dos direitos sexuais*: “destaca-se das demais por reconhecer dignidade e valor a orientações sexuais e identidades de gênero diversas da heterossexualidade compulsória” (RIOS; OLIVEIRA, 2012, p. 268).

Foi necessária a criação de uma quinta categoria, “Outros”, para catalogar os possíveis discursos que não se encaixassem de forma alguma na tipologia proposta pelos autores. Em função da pluralidade de discursos presentes dentro de um mesmo acórdão, optei também por realizar essa classificação exclusivamente a partir do “voto vencedor”. O “voto vencedor” no acórdão é aquele que rege os efeitos jurídicos que serão produzidos pelo documento, sendo assim, é possível dizer que ele pode ser considerado como o “discurso oficial” produzido a partir da discussão daquele caso. É possível, também, que dentro de um mesmo voto a/o Ministra/o faça uso de mais de um tipo destes discursos. É importante que fique claro que como em toda classificação de fenômenos sociais (inerentemente complexos), os tipos puros não existem, mas são meras abstrações do nosso pensamento e esforço de categorização empírica. Na realidade, quase todo acórdão possui características e elementos oriundos e pertinentes a diversos discursos. Nesses casos, busquei encontrar padrões de predominância de uma modalidade discursiva sobre a outra, seja na argumentação, seja na tomada de decisão.

Tabela 08 - Distribuição dos Acórdãos por Modalidade Discursiva

Modalidade Discursiva	Frequência	Porcentagem	Porcentagem Cumulativa
Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	16	42,1	42,1
Assimilacionismo familista e homoafetividade	7	18,4	60,5
Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	6	15,8	76,3
Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	6	15,8	92,1
Outro	3	7,9	100,0
Total	38	100,0	

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Se levarmos em conta os tipos de discurso de forma separada, o tipo de *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais* foi o que enquadrou o maior número de casos nesta pesquisa. Esse resultado corrobora os dados anteriormente mencionados sobre as decisões serem em sua maioria favoráveis ao reconhecimento das demandas e o aprofunda ainda mais, demonstrando que o resultado não apenas é favorável, mas que o enquadramento utilizado por diversos acórdãos, de fato, reconhece e valoriza a diversidade sexual.

Todavia, não é possível ignorar o fato de que, se agregadas as modalidades discursivas

que não valorizam a afirmação e o reconhecimento da diversidade sexual, o total de casos enquadrados nessas modalidades supera o número de casos enquadrados na única modalidade que valoriza positivamente a diversidade sexual. Estes somam-se 50% dos casos nas três primeiras modalidades discursivas, contra 42,1% dos casos na modalidade discursiva de *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. Isso implica em dizer que, apesar dessa última modalidade ser a mais recorrente dentre todas, que não seria totalmente verdadeiro se afirmar que esta tem sido a posição efetivamente majoritária de nossos Tribunais, ou seja, que a posição que defende e valoriza a diversidade sexual ainda que uma tendência (como veremos), não está completamente consolidada na argumentação dos nossos Tribunais superiores.

A análise deve ainda ser complementada pela respectiva distribuição no tempo dessas modalidades discursivas. Isso pode ser considerado quando levamos em conta quando cada acórdão foi proferido. Vejamos esse resultado:

Tabela 09 - Distribuição das Modalidades Discursivas no Tempo

	Modalidade Discursiva					Total
	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Assimilacionismo familista e homofetividade	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Outro	
1998	2	0	0	1	0	3
2004	1	0	0	0	0	1
2005	1	0	1	1	1	4
2006	0	2	1	0	0	3
2008	0	1	1	1	0	3
2010	2	1	1	2	0	6
2011	1	1	1	7	1	11
2012	0	1	1	4	1	7
Total	6	6	6	17	3	38

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

A partir da Tabela 09 é possível visualizar que o ano de 2011 pode ser considerado, um marco para os discursos da Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais. Isso se dá em função do julgamento em conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 pelo STF. Esse julgamento alterou, sobremaneira, a forma como os/as Ministros/as passaram a decidir, impulsionando o reconhecimento dos direitos sexuais de pessoas LGBT e também um enquadramento baseado em princípios da antidiscriminação e promoção da dignidade da pessoa humana. Além disso,

se no total dos acórdãos os discursos da diversidade sexual não são majoritários, a partir de 2010 eles passarão a ser. Entre 2010 e 2012 apenas 7 casos estão classificados nas modalidades discursivas que não valorizam a diversidade sexual, enquanto outros 13 casos de discursos judiciais valorizando a diversidade sexual foram mapeados para o mesmo período. Esses resultados tornam possível reforçar o argumento da presença de uma tendência democratizadora das relações sociais e afetivas por meio do uso do Poder Judiciário que deverá ser, provavelmente, mais acentuada nos próximos anos.

Deve-se lembrar apenas que essa análise leva em conta que os casos concretos não se encaixam total ou perfeitamente nesses tipos discursivos. Afirmar aqui essa tendência democratizadora (que de fato existe e foi mapeada nesta pesquisa), não significa dizer que as outras modalidades discursivas deixaram ou deixarão de existir e de produzir efeitos. Isso não seria correto, principalmente os discursos do assimilacionismo familista e homoafetividade estão, também cada vez mais presentes e fortes. Mesmo o *leading case* do STF é permeado por forte tendência assimilacionista e isso se refletirá em praticamente todos os casos que sofreram sua influência. O que me leva a afirmar que haveria, por um lado, uma democratização das relações sexuais e sociais, mas estaria se dando ainda uma tendência a normalização das vivências da sexualidade (elemento analítico este que também está presente no conteúdo dos acórdãos aqui analisados).

Não se trata aqui de se defender uma posição de recusa em relação às conquistas que vamos observar em relação aos direitos sexuais, ou ainda, de dizer que tais conquistas como o casamento e a união estável seriam “ruins” por si só, por serem institutos jurídicos previstos inicialmente segundo modelos heterossexuais de conjugalidade e de família. Dado que esses direitos existem para uma parcela da população e que outra parcela estava, até bem pouco tempo, completamente alijada da possibilidade jurídica desse acesso, é importante se continuar a lutar para que essa impossibilidade deixe de existir. Essa luta não deve, no entanto, excluir o que Halberstam (2012) chama de *o direito de recusar os direitos que nos foram recusados*¹⁵. Isso é, se deve levar em conta que uma série de sujeitos não perceberão ou não desejarão afirmar e

¹⁵ Uma corrente do movimento e da teoria *queer* é radicalmente contrária ao casamento entre pessoas de mesmo sexo. Butler (2003) se posiciona favorável ao casamento, mas concorda que sua defesa deva sempre ser feita de forma cuidadosa para se tentar evitar o assimilacionismo puro e simples à norma heterossexual. Halberstam (2012), por sua vez, defende o fim do casamento como pauta política para a emancipação feminista e *queer*. Sua argumentação se centra em 5 eixos: i) a demanda pelo casamento seria uma forma de política reativa derivada de uma polarização “nos” vs. “eles”, esse tipo de política segundo a autora seria fraca; ii) a inclusão, pelo casamento, mantém o *status quo*, sem estar ligada a uma pauta política revolucionária de outros projetos de justiça social; iii) direitos como o acesso ao compartilhamento de seguro de saúde não deveriam depender do casamento; iv) modelos alternativos de intimidade não são promovidos pelo modelo do casamento; v) argumenta ainda a partir de Mary Wollstonecraft, Beauvoir e outras que o casamento seria uma ideologia opressiva.

reconhecer o casamento e a união estável como aqueles modelos institucionais que abarcam, de fato, as suas formas de expressão e valorização do afeto, sexualidade, intimidade e conjugalidade. Aquelas vivências que optam por outras arquiteturas afetivas e sexuais, que se afastam radicalmente da heterossexualidade, também devem ser levadas em conta e consideradas e, também estas, venham num futuro próximo, buscar o reconhecimento jurídico, devem participar da luta para recebê-lo. Entende-se nesta pesquisa, então, que o reconhecimento amplo e justo dos direitos sexuais não pode inviabilizar tais outros projetos de vida. Talvez outras modalidades discursivas aparecessem mais, se os casos em discussão se afastassem dos modelos conjugais e familiares heterossexuais. É relativamente fácil valorizar a diversidade sexual, quando essa não é “tão diversa assim” e se assemelha, em muito, com os modelos que nós já temos e que estão fortemente pautados ainda nos padrões normativos da heterossexualidade.

É importante ainda perguntar quem está proferindo cada modalidade discursiva, dos 16 casos aqui classificados como *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*, 6 foram relatados pela Ministra Nancy Andrichi, 2 por Ari Pargendler e 2 por Ayres Britto. Nenhum outro, de nenhum dos Tribunais aqui analisados, Ministro relatou mais de um caso classificado na referida modalidade discursiva. Tal fato aponta, como iremos ver ao longo das descrições dos casos, para uma evidente posição militante em prol dos direitos sexuais de Nancy Andrichi, no STJ. Além disso, dos 9 casos em que foi relatora, apenas 3 foram classificados em modalidades discursivas que não a da *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. Parece-me correto afirmar então que, quando um caso não “cai nas mãos” de Andrichi, as chances de que se tenha a prevalência de uma outra modalidade discursiva se ampliam bastante. Principalmente no período de 2003 a 2010, aquele que é anterior à decisão da ADPF 132 e ADI 4.277, a Ministra atuou, certamente, como uma das principais forças proativas para o reconhecimento jurídico dos direitos sexuais de pessoas LGBT no STJ. Seu papel neste Tribunal foi fundamental para o estado atual dos direitos sexuais no Brasil e esta pesquisa apresenta dados empíricos que comprovam esse protagonismo.

Quantifiquei também a presença de divergências nos acórdãos. Mesmo se tratando de temáticas polêmicas, a divergência não foi muito comum nos acórdãos aqui analisados, apenas 8 casos apresentaram essa divergência de posicionamentos. É importante marcar aqui que *essas divergências contabilizadas são divergências em relação ao resultado e não em relação ao fundamento*. No julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, por exemplo, houve unanimidade no resultado, mas não houve no seu fundamento. A divergência em relação ao fundamento foi mapeada e será apresentada ao longo da descrição e análise dos votos, todavia é de difícil

quantificação.

A esmagadora unanimidade quanto aos resultados, por sua vez, não pode e nem deve ser interpretada como ausência de debates. Especificamente nos casos que analisei foi comum que os Ministros apresentassem suas razões de votar, até para concordar com o/a Relator(a). A exposição de motivos para a concordância se mostra mais presente naqueles casos em que os Ministros percebem ser paradigmáticos ou de relevância acentuada. É possível interpretar essa forma de agir dos/as Ministros/as como consciências destes/as em relação à sua própria forma de contribuir para a história jurídica do país. Os próprios Ministros chegam a anunciar, por diversas vezes, estarem “fazendo história” nesses *leading cases*.

Outro aspecto observado pela pesquisa foi a composição dos polos da ação em relação aos tipos de partes: Estado, Ministério Público, Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Administração Indireta. As pessoas físicas são aquelas que mais apareceram no polo ativo das respectivas demandas ao Judiciário, propondo o recurso ou a ação originária. Também apareceram, mais uma vez em primeiro lugar, no polo passivo das ações, sendo os recorridos ou réus mais frequentes das ações aqui analisadas. Esse dado, em específico, me permite concluir que são os próprios indivíduos que estão pressionando os Tribunais e ampliando as fronteiras dos direitos sexuais. As conquistas de direitos sexuais, por via do Poder Judiciário, têm tido pouca participação direta dos movimentos sociais. Todavia, estes não se encontram completamente ausentes e têm atuado mais de forma indireta, seja como *amicus curiae* ou provocando o MP para a propositura de uma ação ou outras formas de ação. A participação dos movimentos sociais será melhor abordada no item 3.1 desta pesquisa.

Tabela 10 - Tipos de Partes dos Casos

	Polo Passivo		Polo Ativo	
	Frequência	Porcentagem	Frequência	Porcentagem
Pessoa Física	26	68,4	18	47,4
Ministério Público	1	2,6	9	23,7
Estado	3	7,9	4	10,5
Pessoa Jurídica	4	10,5	5	13,2
N.S.A.	4	10,5	0	0
Administração Indireta	0	0	2	5,3
Total	38	100,0	38	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

O Ministério Público aparece como o principal proponente de um grande número de ações. Como ficará mais claro ao longo das descrições, o Ministério Público tem revelado, contudo, uma atuação ambivalente em relação aos direitos sexuais no país. Dependendo de qual Ministério Público estamos analisando, oriundo de qual estrutura estadual ou da federal, sua posição se revelou bastante diferente. No caso da propositura das ações, o Ministério Público atuou, principalmente, na contramão dos direitos sexuais, recorrendo das decisões dos Tribunais que reconheciam como união estável aquelas uniões entre pessoas de mesmo sexo. Todavia, é verdade que o Ministério Público também atuou propondo ações e recursos favoráveis aos direitos sexuais, como no caso do REsp 502.995. Por Estado abrangiu a União, os estados e os municípios, bem como os Tribunais desses. O Estado, como parte da ação, também participou como uma força importante em prol da manutenção do *status quo* e do não reconhecimento dos direitos sexuais. Apenas no julgamento da ADPF 132 o Estado foi uma parte que buscava reconhecer abertamente tais direitos.

Por Administração Indireta abrangiu outros órgãos públicos que não se encaixam propriamente na categoria de Estado, como o INSS e a Caixa Econômica Federal. Esses também litigaram contra pessoas físicas, buscando o não reconhecimento dos direitos sexuais, especificamente os direitos de pensão. Na categoria Pessoa Jurídica incluí empresas privadas como um Jornal, mas também associações de previdência complementar, como a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. N.S.A foi utilizada naquelas ações em que não havia um polo passivo, por exemplo as ações de controle de constitucionalidade.

Tabela 11- Distribuição de Casos por Estado de Origem

Estado	Frequência	Porcentagem
RS	11	28,9
RJ	7	18,4
SP	6	15,8
MG	5	13,2
DF	3	7,9
SC	2	5,3
MT	1	2,6
PE	1	2,6
PR	1	2,6
RN	1	2,6
Total	38	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

Em relação à distribuição dos casos por seu estado de origem é possível mapear que as regiões Sul e Sudeste do país são aquelas que mais enviaram casos para os Tribunais Superiores. O Rio Grande do Sul aparece em primeiro lugar com 11 casos, isso se deve ao posicionamento pioneiro daquele estado em conceder direitos sexuais para pessoas homossexuais. Esse posicionamento reconhecidamente pioneiro foi fortemente enfrentado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul e outras instituições. Dos 11 casos oriundos desse estado apenas 3 tiveram como polo ativo da ação no Tribunal Superior pessoas físicas, os outros 8 casos chegaram até o STJ por insatisfação do Ministério Público, do Estado ou outra instituição com a decisão favorável do Tribunal.

O estado do Rio de Janeiro, que vem em segundo lugar na pesquisa, aparece por razão diversa. Durante o período analisado, aquele Tribunal decidiu, por diversas vezes, que o reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo deveria se realizar por meio do instituto da sociedade de fato e não da união estável. Foi contra esse posicionamento, presente em 4 das 7 causas daquele estado, que os indivíduos recorreram ao STJ buscando alterar esta condição. Das outras três causas duas foram ações originárias, que não recorrem de uma decisão do Tribunal e outra foi um recurso contra uma decisão contramajoritária daquele tribunal.

É possível ainda imaginar que a forte presença dos movimentos sociais LGBT nos estados do RS, RJ, SP e MG sejam uma força que tenha ampliado sim o número de casos de acessos à justiça no que tange à essa temática de luta. O movimento social teria o papel estratégico de educar a população sobre a possibilidade de se ter o reconhecimento desses direitos, inclusive ou sobretudo, pela via do Poder Judiciário (já que outras vias se encontravam obstadas). Essa hipótese perde um pouco de sua força quando não encontramos nenhuma ação de estados como a Bahia, que apesar de se situar fora do eixo sul-sudeste possui um movimento LGBT historicamente forte. É interessante ainda notar que os 4 estados aqui identificados como sendo originários do maior volume de casos, coincide com os quatro estado em que Rosa Oliveira (2009) mapeou o maior volume de casos sobre conjugalidades homoeróticas na segunda instância. A ordem, no entanto, na pesquisa de Rosa é um pouco diferente da encontrada aqui: RJ, RS, SP e MG são, respectivamente, os estados com o maior número de casos em segunda instância (OLIVEIRA, 2009).

2.1 O período de 1989 a 2002

O primeiro recorte temporal a ser analisado abrange um período grande da história brasileira, 13 anos, em que diversas mudanças políticas e sociais ocorreram. Para esse período foram encontrados apenas três casos, todos concentrados no ano de 1998. Essa escassez de material se justifica, em parte, pela amplitude temporal do recorte. Os casos são respectivamente um de matéria civil e dois de matéria penal.

2.1.1 Contextualizando o Momento

O período em que o recorte desta pesquisa se inicia é aquele que coincide com um período de grandes mudanças no Brasil. O ano 1989 foi marcado pelo centenário da Proclamação da República Brasileira mas, principalmente, pela entrada em vigor da Constituição de 1988. Tal documento é celebrado como um grande avanço em termos de direitos humanos e sociais para o Brasil. A Constituição consolida em seu texto discussões de direitos humanos que estavam sendo tratadas no cenário internacional, como a igualdade jurídica entre homens e mulheres e a proteção das crianças e adolescentes. É, também, a partir da Constituição de 1988 que foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que será um dos tribunais analisados nesta pesquisa.

As primeiras eleições presidenciais diretas no Brasil também ocorrem em 1989, quando o Presidente Fernando Collor de Mello foi eleito, pelo Partido da Reconstrução Nacional (PRN), em uma eleição bastante concorrida que contou com outros 23 candidatos.

No cenário internacional pode-se lembrar do início da queda do Muro de Berlim, em 9 de Novembro de 1989, que aponta para o predomínio do capitalismo e do liberalismo no mundo como formas hegemônicas também de Estado. Outro marco internacional de relevância foi a realização da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, que foi responsável por definir uma nova agenda no contexto internacional da década. Como lembram Vianna e Lacerda (2004), essa Conferência, em seu artigo 13, admitiu as organizações não-governamentais “como atores relevantes na implementação dos direitos humanos” (VIANNA; LACERDA, 2004, p. 18), o que, como será visto mais à frente, foi importantíssimo no Brasil especialmente no que tange ao combate ao HIV/AIDS. Essas autoras ainda apontam que nessa Conferência se cristalizou a tendência internacional de produção de direitos humanos

para sujeitos específicos e não apenas para sujeitos universais e abstratos.

Ballestrin (2008) aponta para outros fatores internacionais influentes nesse mesmo período, são eles:

[...] o desempenho das Nações Unidas em fortalecer e reafirmar seu Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos; a atuação de uma sociedade civil transnacional, capaz de responsabilizar as ações dos governos nacionais, principalmente no que pese o cumprimento das normas estipuladas por esse mesmo Sistema; e a vinculação entre o discursos hegemônico democrático liberal, amplamente aderido pelo mundo ocidental, e a proteção dos Direitos Humanos (BALLESTRIN, 2008, p. 12)

Na continuidade democrática, o Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) foi diretamente eleito em 1994, pelo PSDB e exerceu dois mandatos consecutivos, entre os anos de 1995 a 1 de Janeiro de 2003. O governo FHC passou a incorporar o discurso dos direitos humanos como discurso oficial de Estado, repetindo em diversos discursos públicos do Presidente afirmações em prol dos Direitos Humanos (BALLESTRIN, 2008). Durante esse período uma série de ações e programas importantes foram implementados, tais como: a instalação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias na Câmara dos Deputados, em 1995; a Criação do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH) I, em 1996, e; no ano seguinte a criação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, no Ministério da Justiça que, posteriormente, adquiriu o *status* de Ministério. O governo FHC criou também o Sistema Nacional de Proteção aos Direitos Humanos, que abriu espaço para a atuação da sociedade civil e de vários atores nacionais e internacionais em uma forma de “pacto de desconfiança” com o Estado (BALLESTRIN, 2008), provocando uma lógica paradoxal de parceria e tensionamento. Ainda segundo a autora, a partir desse espaço teria emergido a crítica de que, em um primeiro momento, o sistema focava principalmente em direitos civis, deixando outros tipos de direitos humanos de lado.

Ballestrin (2008) lembra ainda que a adoção do discurso dos direitos humanos foi também uma medida estratégica diante da comunidade internacional, por se tratar de um dos critérios políticos (dentre outros) para admissão do nosso país em determinados blocos econômicos, na realização de certas alianças interestatais e na participação em instituições internacionais.

Apesar dos passos iniciais dados em direção a uma agenda de direitos humanos, esse governo pouco avançou em políticas públicas para as pessoas gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transgênero. A chave pela qual essas pessoas, principalmente, acessavam o Estado brasileiro era por via das políticas na área da saúde, mais especificamente por via da patologia

do HIV/AIDS, onde se visava o controle de uma epidemia.

Para o movimento LGBT, a década de 1990 é marcada pelo que Facchini (2003) chamou de reflorescimento do movimento, tendo esta sido caracterizada como a sua Terceira Onda. Nesse período há o aparecimento de um número enorme de novas organizações oriundas do movimento, em função de uma aproximação maior com o Estado que surgiu pela redemocratização e pela pressão do movimento por respostas estatais para a crise da AIDS. Muitas organizações foram financiadas pelo Estado para realizar a conscientização e prevenção do HIV/AIDS e, por se tratar de financiamento público, forçaram o movimento a se adaptar ao novo formato de ONG, mais adequado à proposição e gestão de projetos.

O movimento nessa década passou, então, a se profissionalizar, e surgiu uma competição grande por essas verbas públicas. É também na década de 1990 que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transgêneros, a ABGLT, é fundada. A tendência à onguização também é influenciada pela articulação do Movimento LGBT com outros movimentos sociais e organizações, nacionais e internacionais, que passavam por experiências similares, como o movimento feminista.

É marcante, nesse período, dois outros fatores que estão de alguma maneira relacionados: a ampliação da visibilidade dos movimentos LGBT e a aproximação do mercado com o movimento e a população LGBT (SIMÕES; FACCHINI, 2009). Ao longo da década de 1990 também proliferaram pelas cidades bares, boates, revistas, portais na internet e festivais culturais chamados de “GLS”¹⁶. Nesse período também surgiram as primeiras Paradas do Orgulho LGBT. Data de 1998 a primeira Parada realizada especificamente em Belo Horizonte, mas outras cidades, como São Paulo, já tinham realizado paradas anteriormente (MACHADO, 2007).

Segundo Simões e Facchini (2009), as primeiras paradas de São Paulo, realizadas em 1997 e 1998, tinham atraído alguns milhares de pessoas. A quinta parada, de 2001, reuniu o impressionante número de 250 mil pessoas, se tornando um marco para a cidade. Essas “festas políticas”, segundo Jesus (2010), teriam a ambivalência funcionar como passeata e carnaval. “*Enquanto passeatas, as Paradas têm um caráter político reivindicatório, e enquanto desfiles — carnavalescos, dramatizam e exacerbam as diferenças internas entre LGBT, e em relação à população em geral*” (JESUS, 2010, p. 63).

¹⁶ O termo GLS significa Gays, Lésbicas e Simpatizantes. Segundo Simões e Facchini (2009) o termo teria sido criado no início da década de 1990 pelo jornalista Andre Fischer, responsável pelo primeiro portal GLS da internet, o Mix Brasil. O termo seria uma “tradução às avessas” do termo inglês *gay friendly*. Ao passo que o termo estrangeiro marca que um local *também* aceita pessoas homossexuais, isto é, seria *friendly*, o termo brasileiro abre os guetos homossexuais para outras pessoas, as simpatizantes. Essa sigla, no entanto, não é um termo criado ou adotado pelo Movimento LGBT no Brasil. Algumas organizações podem até ter utilizado o termo por alguns momentos, mas esse sempre foi mais ligado ao mercado e assim permanece até hoje.

Data de 1995 os primeiros Projetos de Lei Federal que visavam garantir direitos sexuais para pessoas LGBT. É desse ano o PL 1.151/95, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy (PT/SP), que visava regulamentar o que chamava de “uniões civis entre pessoas de mesmo sexo”. O mapeamento realizado por Rosa Oliveira (2013) encontrou, para o período de 1995 a 2002, o número de 18 propostas legislativas que regulariam os direitos sexuais para pessoas LGBT. Todas essas propostas tiveram origem na Câmara dos Deputados.

Como Oliveira (2013) aponta, data de 1998 a primeira Lei Federal a vedar a discriminação por orientação sexual. Trata-se da Lei 9.612/98 sobre radiodifusão comunitária que diz em seu art. 4º, inciso IV, ser proibida a discriminação por “preferência sexual” na programação das emissoras de radiodifusão comunitária. Outra conquista que marcou os direitos sexuais de pessoas LGBT nesse período, foi a emissão da Resolução 001 de 22 de março de 1999 do Conselho Federal de Psicologia, a qual estabeleceu em seu art. 3º que “*os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados*”. No ano 2000, houve ainda a emissão da Instrução Normativa nº 25, do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) que disciplinou os procedimentos para concessão de pensão por morte e auxílio reclusão pagos a companheiros/as homossexuais. A própria Instrução Normativa trouxe como fundamentação legal uma Ação Civil Pública (2000.71.00.009347-0) contra o INSS, que o obrigou a conceder tais pensões. A referida Ação Civil Pública não foi julgada por um Tribunal Superior, dessa forma não foi mapeada na presente pesquisa.

2.1.2 Descrição dos Casos, Classificação e Análise

2.1.2.1 REsp 148.847

O primeiro caso encontrado para este período de referência foi o Recurso Especial 148.847, julgado no dia 10 de fevereiro de 1998 pela quarta turma do STJ. O recurso foi interposto por Marco¹⁷, que viveu um relacionamento com Júnior, durante o período de 1982 a

¹⁷ Mesmo os documentos analisados sendo públicos, por razões éticas não parto do pressuposto de que haja consentimento na publicação dos nomes reais das partes diretamente envolvidas nos casos que constituem o material empírico desta pesquisa. Uma vez que não é possível entrar em contato com cada uma dessas pessoas solicitando tal autorização, para respeitar sua privacidade (já que muitos podem não desejar ter seus nomes

1989, momento em que esse faleceu por complicações decorrentes do HIV/AIDS. Ao longo do relacionamento, ambos construíram um patrimônio conjunto, o qual incluía um apartamento em Belo Horizonte em que ambos habitavam. O apartamento em questão foi comprado em nome de Júnior, pois na época este era funcionário do Banco do Brasil, o que permitia financiar o imóvel, mas ambos contribuíram igualmente para a sua compra. A família de Júnior nunca auxiliou nos cuidados com sua doença, todas as despesas e o cuidado necessário ficaram a cargo do próprio e Marco que, a partir de 1985, assumiu inteiramente as responsabilidades financeiras do casal, das empresas que possuíam e também para com a doença de seu parceiro. Marco buscava na justiça, então, que: (i) se reconhecesse juridicamente o seu relacionamento com Júnior como uma Sociedade de Fato, para se efetivar também o reconhecimento que ele seria coproprietário do apartamento que habitavam, (ii) indenização por danos morais decorrentes da exposição que teve ao ser obrigado a arcar sozinho com os cuidados de Júnior, o que segundo, o autor da ação teria criado nele um estigma que terminou por excluí-lo da sociedade.

O pai de Júnior, representando o espólio do falecido no outro polo da ação, desejava a reintegração de posse do apartamento, buscando que Marco fosse retirado do apartamento ou fosse obrigado a pagar aluguel pelo mesmo. Em primeira instância Marco obteve sucesso em todos seus pedidos, na segunda instância, o TJMG inverteu o resultado da ação, sendo completamente favorável ao pai de Júnior, o que resultou no recurso interposto por Marco.

Participaram do julgamento o Ministro Ruy Rosado de Aguir, como Relator, e os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. A discussão dos Ministros centrou-se, principalmente, em dois pontos: se Marco tem ou não direito a metade do apartamento e se Marco tem ou não direito a indenização por danos morais. A homossexualidade de Marco era central, portanto, para as duas discussões.

No primeiro ponto, o Ministro Relator discorre sobre natureza da relação existente entre Marco e Júnior. Argumenta que, no caso, não se trataria de uma relação familiar, mas de uma relação contratual, já que se fala em direitos patrimoniais. Os outros Ministros também discorrem sobre a natureza da relação havida, mas passam a afirmar, sem muitos questionamentos, que se trataria de uma relação contratual, de uma sociedade de fato, sem vínculo familiar. O Ministro César Asfor Rocha, último a votar, produz um texto peculiar. É ele que se preocupa mais com quais efeitos jurídicos seriam possíveis de se atribuir a essa relação. Para isso faz um breve resgate histórico, informando que a jurisprudência do Superior Tribunal

divulgados no presente trabalho), optei por substituir os nomes ou abreviações dos nomes de todas pessoas físicas por nomes fictícios. Mantive, todavia, sem modificações apenas os nomes de pessoas jurídicas e das/os Ministras/os julgadores.

Federal passou a utilizar a sociedade de fato para reconhecer efeitos patrimoniais a relações que existiam fora do casamento. Argumenta que os Tribunais deveriam ficar mais atentos a fatos cotidianos da vida, não podendo negar a esses seus efeitos jurídicos, mas que não se poderia perder de vista a razão pela qual foi criada a sociedade de fato, ou seja, para o reconhecimento de relações patrimoniais. O Ministro faz, assim, uma defesa forte para que as relações homossexuais sejam sim reconhecidas pelos Tribunais, mas que não sejam reconhecidas como relações familiares. O vínculo familiar seria exclusivo de relações heterossexuais.

Por se tratar de uma relação de direitos patrimoniais e da existência de esforço comum na constituição do patrimônio, os Ministros acreditam que o sexo dos envolvidos seria então irrelevante. Sendo assim, julgam como legítima a partilha dos bens. Uma vez reconhecida a copropriedade do imóvel, afirmam que não faz sentido o pedido do pai de Júnior, de reintegração de posse do imóvel.

O segundo ponto central é a discussão sobre a existência de danos morais ou não. O Relator argumenta que o pai de Júnior não contribuiu para os desgastes e constrangimentos que o Marco sofreu, mas que esses decorreram exclusivamente da sua “opção de vida”. Sendo assim, não existiria direito a dano moral. Os outros Ministros, por sua vez, fazem coro com a visão do Relator e concordam com ele. Decidem unanimemente por reconhecer a sociedade de fato, conseqüentemente por deferir a partilha do imóvel e indeferir a reintegração de posse, por último, indeferem também o pedido de danos morais.

Classifiquei o acórdão segundo o tipo de discurso de *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Implícito* pela recusa dos Ministros a reconhecerem a união em debate com um aspecto familiar. De forma explícita subordinam as uniões entre pessoas de mesmo sexo como sendo uma simples relação contratual.

2.1.2.2 REsp 154.857

O segundo caso existente neste período foi o do Recurso Especial 154.857 interposto pelo MP do Distrito Federal contra Carlos e Petrônio e julgado no dia 26 de maio de 1998 pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ambos os recorridos seriam autores de um crime e a única testemunha seria um homossexual, que é mencionado em alguns momentos do acórdão como sendo parceiro da vítima. Em função de recurso em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou unanimemente que o testemunho de pessoa “declaradamente suspeita” não poderia ser utilizado como única base da decisão de condenação. Em síntese, a discussão do caso em questão gravita sobre se uma pessoa homossexual deveria

(ou não) ser legítima para dar um testemunho, assim como uma pessoa heterossexual. O próprio Relator aponta que a razão pela qual foi decidido por se desconsiderar o testemunho não foi pelo fato da testemunha ter interesse no caso, mas simplesmente por ele ser homossexual.

Na sequência o Relator destaca, tomando como ponto de partida os Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica, que não haveria fundamentos jurídicos que implicassem na distinção de pessoas para testemunharem. Refere-se ao Direito Italiano e Português, que colocam como único impedimento para alguém ser testemunha o interesse de favorecer ou prejudicar uma das partes e defende que tal entendimento deva também ser adotado no Brasil. Por último, afirma que, no caso concreto, a desconsideração do testemunho se deu unicamente pela homossexualidade da testemunha e que, por isso, não poderia se sustentar. Sendo assim, o Relator deferiu o pedido do Ministério Público.

O Ministro Vicente Leal, por sua vez, diverge do Relator por não concordar que o pedido deva ser deferido, acredita que o Relator tenha situado mal a discussão. Afirma em seu voto que concorda com a argumentação do Relator, segundo ele “*é certo que o depoimento de uma pessoa de pouca qualificação moral não retira a sua validade*” (BRASIL, 1998b, p. 7). Todavia, para Vicente Leal, o ponto central na discussão seria o de que a testemunha em questão possuiria uma relação íntima com a vítima, nas palavras do próprio Ministro: “*tratava-se de um amigo íntimo da vítima, com quem mantinha convivência íntima, uma vida a dois*” (BRASIL, 1998b, p. 7), o que geraria por imediato algum interesse no resultado do julgamento e apenas por isso este deveria ser impedido de dar testemunho. Mesmo não se tratando de discussão sobre a natureza da relação levada pela vítima e testemunha, o Ministro dá seu parecer, reconhece a construção da vida a dois por essas pessoas, mas recusa-se a nomeá-los como um casal, recusa também de atribuir à relação a natureza de família ou de conjugalidade, considerando-os como “amigos íntimos” e nada mais. Vicente Leal levanta mais um ponto em sua argumentação contra o uso do testemunho: segundo ele haveria uma única testemunha do crime, fator que aumentaria a cautela no momento de levar em conta tal relato.

Depois do voto divergente começa uma intensa discussão oral sobre o tipo de relação que poderia haver entre a vítima e a testemunha. O Ministro Fernando Gonçalves pergunta ao Ministro Relator e Presidente da sessão: “*Sr. Presidente, se entendi bem, o réu e a vítima, não obstante homens, eram amantes. A testemunha era o que?*” Ao que o Presidente responde: “*A testemunha era o companheiro, amante da vítima*”, Em seguida leu o seguinte trecho do acórdão do Tribunal de Justiça “*Não posso considerar como indício o testemunho de uma pessoa declaradamente amoral, amiga íntima da vítima, com a qual vivia sob o mesmo teto*” (BRASIL, 1998b, p.8). A partir desse momento os Ministros se perguntaram se havia ou não

interesse da testemunha em incriminar o réu, ao que o Relator responde não haver nenhuma menção nos autos a respeito desse interesse. O Ministro que emitiu o voto divergente, para tentar defender seu ponto, insistiu: “*o Juiz considerou, o Tribunal é que afastou [o testemunho]*” (BRASIL, 1998b, p.8). O Relator também insiste afirmando, mais uma vez, que a desconsideração do testemunho pelo Tribunal se deu pelo fato da testemunha ser homossexual. O Tribunal teria recusado não apenas o testemunho, ou seja a fala e o conteúdo da fala, mas que seja prestado o compromisso de testemunha. Isto é, segundo o relato, o Tribunal argumentava que aquele sujeito não poderia ser qualificado como uma testemunha. O problema, para o Tribunal de origem, não estava no que havia sido dito, nem na relação que havia entre a testemunha e a vítima, mas na pessoa da vítima e sua desqualificação moral.

O último voto no acórdão foi do Ministro Fernando Gonçalves, que de forma muito sucinta votou de acordo com o Relator, afirmando que se deveria deixar ao Júri a decisão de ser a testemunha idônea ou não e sobre qual valor deveria ser dado a esse depoimento. Sendo assim, ficou vencido o voto do Ministro Vicente Leal que impedia o testemunho.

Classifiquei o acórdão como *Diversidade Sexual e afirmação dos Direitos Sexuais* pela insistência do relator no enquadramento dos Direitos Humanos para dizer que não há bases jurídicas para se realizar a distinção das pessoas pela sexualidade pra impedir um testemunho.

2.1.2.3 HC 7.475

O último caso da década de noventa, e desse período aqui recortado, é o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus 7.475*, que foi julgado pela Sexta Turma do STJ em 01 de Julho de 1998. O acórdão é sucinto e poucas informações foram possíveis de se retirar do mesmo. Informa no relatório que alguns homens gays caminhavam em uma rua não informada de cidade também não informada no estado de São Paulo, tais homens foram em determinado momento interceptados pela polícia. O acórdão dá a entender que esses homens estariam se prostituindo, pois o Relator fala que os homens circulariam “na busca de clientela” ou ainda realizando o “*trottoir*”. É importante notar que o Relator desse acórdão é o mesmo Ministro que, no acórdão analisado anteriormente, votou contra a valorização do testemunho de uma pessoa homossexual.

O curioso desse caso está na forma como a questão do controle policial da circulação dessas pessoas é deixada de lado nos votos dos Ministros que tive acesso¹⁸. A discussão central

¹⁸ Não se encontra disponível a íntegra do voto do Ministro Anselmo Santiago, o acórdão informa apenas que não houve divergência e que ele acompanhou o voto do Ministro Relator.

é processual: se o recurso deveria ou não ser julgado pelo STJ. O voto-vista do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro nem se pronuncia sobre a questão de mérito, a discussão é feita unicamente pelo Relator que gasta exatamente 10 linhas para afirmar que “*o controle policial da circulação dos gays e travestis situa-se no plano do exercício do poder de polícia. [...] Uma mera advertência efetuada pelos agentes da polícia preventiva não chega a ser coação ao direito de ir e vir*” (BRASIL, 1998c, p.1-2).

Pelo fato da pesquisa ser realizada apenas a partir do acórdão não é possível saber, com maiores detalhes, o que os homens que demandaram a impetração do Habeas Corpus faziam no momento em que foram interpelados pela polícia, nem é possível se saber, ao certo, qual teria sido a atuação da polícia. Entretanto, é de se estranhar que em um recurso que seja impetrado justamente para se discutir a legitimidade da ação policial - e não uma questão processual -, tenha esse ponto nodal deixado de lado, ao ser discutido de forma extremamente breve. Talvez a brevidade se justificasse por já ser tema pacífico no Tribunal, mas não há sequer uma jurisprudência mencionada nesse sentido ao longo do voto, nem mesmo uma norma ou princípio jurídico, apenas a afirmação do Relator de que as advertências “*atendem a ditames da ordem e da segurança públicas*” (BRASIL, 1998c, p.1-2). Parece óbvio e pacífico para os Ministros que a circulação de gays e travestis é algo que pode ameaçar a ordem (heterossexual) e que por isso deveria ser controlada. O controle do espaço público é realizado por meio da noção de “risco”, e como é sabido, o sexo em nossa sociedade frequentemente é identificado como algo “perigoso”, algo que precisaria ser controlado e isso vem justificando o controle de populações de homossexuais e trabalhadoras(es) do sexo. Isso é válido especialmente para aquelas pessoas que não recobrem o sexo com signos de respeitabilidade e reprodução (RUBIN, 2011). A noção de risco, aliada ao sexo, na década de 1990 tem um peso ainda maior, por influência da epidemia do HIV/AIDS.

Classifiquei o acórdão segundo o tipo de discurso *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Explícito* pela forma como o Ministro relator hierarquiza as experiências e sujeitos homossexuais como marginais que merecem “em nome da ordem e da segurança pública” ter sua circulação controlada.

Quadro 01 – Síntese do Período 1989 a 2002

Recurso ou Ação	Tribunal	Relator(a)	Tipo de Discurso	Direitos
REsp 148.847	STJ	Ruy Rosado De Aguiar	Conservadorismo judicial e	Reconhecimento de Sociedade de Fato + Declaração de

			heterossexismo explícito	Copropriedade de Bem Imóvel + Indenização por Danos Morais
REsp 154.857	STJ	Luiz Vicente Cernicchiaro	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Anulação de Decisão que Descarta Testemunho de Homossexual
RO em HC 7.475	STJ	Vicente Leal	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Liberdade de Circulação

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

2.2 O Período de 2003 a 2010

O período de 2003 a 2010 concentrou uma grande quantidade de acórdãos. Foi um período marcado politicamente por algumas mudanças no país como a emergência da esquerda ao poder, é também o período em que surgem as primeiras políticas públicas voltadas para população LGBT.

2.2.1 Contextualizando o Momento

A ascensão dos partidos de esquerda ao Governo Federal, com a eleição direta do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, pelo Partido dos Trabalhadores, marca o período analisado. O Presidente governou por dois mandatos consecutivos, de janeiro de 2003 a 1 de janeiro de 2010.

O governo FHC sem dúvidas trouxe avanços significativos para a arena dos direitos humanos no Brasil. A eleição do Presidente Lula gerou expectativas em uma grande parte das organizações da sociedade civil de que haveria, em seu mandato, uma ampliação e aprofundamento ainda maior desses direitos (ALMEIDA, 2011).

O diálogo com os movimentos sociais e com a sociedade civil por meio das Conferências foi uma das grandes apostas do governo petista. Ao longo dos anos de Lula no poder, teriam sido realizadas cerca de 60 Conferências Nacionais, em que aproximadamente 4 milhões de pessoas teriam participado (CICONELLO, 2011). Dessas conferências uma série de deliberações públicas teriam sido produzidas, pela avaliação que Ciconello (2011) faz de relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada sobre o acompanhamento dos objetivos

do milênio, grande parte das deliberações produzidas nas conferências teriam sido implementadas.

Um dos principais resultados das Conferências, mais especificamente da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, de 2008, foi o III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH III), publicado em 2009 por meio de Decreto presidencial. Para Ciconello (2011), o programa pode ser considerado um avanço em relação aos Programas desenvolvidos no governo FHC. O plano teria enfrentado três desafios: a) a universalização dos direitos em um texto de desigualdades; b) o impacto de um modelo de desenvolvimento insustentável e concentrador de renda na promoção dos direitos humanos; e c) a questão da violência e da segurança pública (CICONELLO, 2011). O plano também teria tocado em questões sensíveis como a legalização do Direito ao Aborto e outras.

O governo Lula foi responsável pela criação de mecanismos institucionais e órgãos de gerenciamento e promoção de políticas públicas de direitos humanos no Brasil. No primeiro dia de seu governo, o Presidente Lula criou a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres - SPM (atual Secretaria de Direitos para Mulheres) e em março do mesmo ano a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR (atual Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial), ambas com *status* de ministério e vinculadas à presidência da república. A análise realizada de Ciconello (2011) da execução financeira dessas Secretarias e da Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH demonstra que, a partir de 2003 até 2010, há um crescimento percentual na execução orçamentária de 312,2% para a SEDH, 1.342,3%, para a SPM, e de 19,4% para a SEPPIR. Esse investimento indicaria uma preocupação do governo em implementar políticas nesses setores. No entanto, Ciconello (2011) ainda alerta que esses valores, quando comparados com outras áreas do governo, é bastante baixo. O governo Lula teria concentrado os recursos em programas de transferência de renda, como o Bolsa Família. Enquanto, no período de 2008 a 2011, para as áreas de Direitos da Cidadania teriam sido destinados R\$ 6,69 bilhões, o valor de R\$134,01 bilhões teria sido destinado para a área de Assistência Social (CICONELLO, 2011).

Uma alteração legal será marcante nesse período, trata-se da aprovação do novo Código Civil, que foi aprovado em 2002, mas entrou em vigor apenas no dia 11 de janeiro de 2003. Apesar de novo em sua aprovação, o projeto inicial deste Código foi proposto em 1975, antes mesmo da Lei do Divórcio. Como conta Maria Berenice Dias (2009) o projeto precisou passar por uma série de reformas para se adaptar a Constituição de 1988 e a algumas evoluções legais e jurisprudenciais que aconteceram antes de sua aprovação. Tanto Berenice Dias (2009) quanto César Fiuza (2007) concordam que o Código já nasceu velho, de costas para algumas mudanças

recentes como em relação a guarda compartilhada e as uniões entre pessoas de mesmo sexo. Mesmo assim, o Código Civil de 2002 teve inegáveis avanços, como a exclusão de diversas distinções preconceituosas que existiam entre homens e mulheres, as diferenças entre filhos (adotivos, biológicos, fora do casamento) e outras (DIAS, 2009). Muitas das discussões travadas nos acórdãos analisados a seguir serão de interpretação de dispositivos desse Código, principalmente em sua regulamentação da União Estável.

Especificamente em relação aos direitos humanos e direitos sexuais de pessoas LGBT é possível identificar avanços também. É no governo Lula que começam a surgir as primeiras políticas públicas de combate a homofobia e de promoção dos direitos humanos e de cidadania LGBT no Brasil (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012; MELLO *et al.*, 2012). Em 2004 foi lançado o Programa Brasil Sem Homofobia e, em 2008, foi convocada e realizada a I Conferência Nacional GLBT, que possuiu também suas etapas Estaduais. A Conferência foi um espaço marcante, pois possibilitou um momento de encontro e troca de experiências entre organizações de todo país, entre si e com representantes do poder público. O próprio Presidente Lula esteve presente na abertura da Conferência e teria sido ovacionado pelos participantes (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012). Além disso, é da Conferência de 2008 a decisão do movimento de alterar a sigla de GLBT para LGBT.

Em 2009, o Presidente Lula lançou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e de Direitos Humanos LGBT, que derivou de uma análise das deliberações tomadas na I Conferência Nacional GLBT realizada por Comissão Técnica Interministerial. Tal plano, caso implementado responderia a uma grande variedade de demandas do movimento LGBT* brasileiro. Este prevê ações no campo da saúde, segurança pública, educação, cultura e outras para a promoção do respeito a diversidade sexual e combate a homo/lesbo/transfobia, no entanto poucas ações foram de fato implementadas (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012). Apesar das grandes expectativas geradas na Conferência em relação ao Plano, segundo Mello, Avelar e Maroja (2012) esse sequer teria sido lançado num formato institucional e legal, isto é, como uma Portaria ou Decreto presidencial. Assim como o Brasil Sem Homofobia, o Plano foi importante e teve algumas ações executadas, no entanto, tratou-se de um documento informal do governo.

As criações de novas institucionalidades pelo governo Lula também afetou as questões LGBT. Por influência do Programa Brasil Sem Homofobia, em 2005 e 2006, foram criados mais de 40 centros de referência LGBT, por quase todas as capitais e algumas grandes cidades do país. Contudo, esses centros de referência não tiveram vida longa, atualmente vários já se encontram fechados ou estão em processo de fechar as portas (MELLO; AVELAR; MAROJA,

2012). Esse mesmo Programa incentivou as parcerias entre o Estado e as universidades, e segundo os mesmos autores teria implementado, em oito instituições públicas de ensino superior, Núcleos de Referência em Direitos Humanos e Cidadania Homossexual. Criou-se, em 2009, a Coordenação Geral de Promoção dos Direitos de LGBT, dentro da Secretaria de Direitos Humanos. Em 2010 foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT (Conselho Nacional LGBT).

Apesar do surgimento de algumas poucas políticas públicas de combate à homofobia e promoção dos direitos humanos de pessoas LGBT, essas ainda são marcadas por fragilidades institucionais e por deficiências estruturais. Mello e outros (2012) identificam quatro razões para isso, são elas:

a) a ausência de respaldo jurídico que assegure sua existência como políticas de Estado, livres das incertezas decorrentes das mudanças na conjuntura política, da homofobia institucional e das pressões homofóbicas de grupos religiosos fundamentalistas; b) as dificuldades de implantação de modelo de gestão que viabilize a atuação conjunta, transversal e intersetorial, de órgãos dos governos federal, estaduais e municipais, contando com a parceria de grupos organizados da sociedade civil; c) a carência de previsão orçamentária específica, materializada no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA); e d) o reduzido número de servidores públicos especializados, integrantes do quadro permanente de técnicos dos governos, responsáveis por sua formulação, implementação, monitoramento e avaliação (MELLO *et al.*, 2012, p. 155).

Nesse período, se vê também a expansão e a ampliação das Paradas, que surgiram no período anterior, e uma articulação cada vez mais forte entre essas e o mercado (SIMÕES; FACCHINI, 2009). É possível se estimar que, apenas no ano de 2008, aconteceram mais de 195 Paradas do Orgulho GLBT no Brasil, distribuída por todos os estados do país (JESUS, 2010). A Parada de São Paulo se tornou a maior do mundo, em 2006 a estimativa da Polícia Militar foi de 2,5 milhões de participantes, os organizadores do evento, por sua vez, afirmaram a presença de 3 milhões de pessoas¹⁹.

O período histórico do governo Lula ainda seria marcado pelo ressurgimento, na esfera pública, de organizações e forças conservadoras, bem como pela exposição na mídia dos discursos dessas organizações e seus integrantes. Na visão de Ciconello (2011), esse ressurgimento seria parcialmente explicado como uma força contrária ao PNDH III, que visaria atingir diversos pontos cruciais para esses setores conservadores da sociedade, como o

¹⁹ Ver: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u61505.shtml>

monopólio por poucas empresas da mídia, os direitos sexuais e direitos reprodutivos, dentre outros. A pressão exercida pelos grupos conservadores, como a Igreja Católica, a Bancada Evangélica, os latifundiários, os militares e as poucas empresas que controlam a mídia nacional, teria ainda praticamente “obrigado” o Presidente Lula a unilateralmente, por meio do Decreto 7.177 de 21 de maio de 2010, alterar pontos cruciais do PNDH III (CICONELLO, 2011). Alguns dos pontos alterados foram: a descriminalização do aborto, a proibição de símbolos religiosos em lugares públicos, a punição para autores de crimes hediondos na Ditadura, dentre outros. Almeida (2011), analisando apenas o primeiro mandato do Governo Lula, também aponta para um recuo do governo em temas de direitos sexuais e direitos reprodutivos, frente a pressão dos grupos conservadores.

Especificamente em relação aos direitos sexuais de pessoas LGBT esse ressurgimento de forças conservadoras é extremamente presente no período. Figuras como o Deputado Federal Jair Bolsonaro ganharam ampla divulgação na mídia. Dentre os vários pronunciamentos e ações do Deputado, é marcante a distribuição de panfleto contrário ao Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT. Bolsonaro, nesse panfleto, chamava o plano de “Plano Nacional da Vergonha” e realizava afirmações de que o Plano seria uma estratégia do Movimento LGBT, em conluio com o Ministério da Educação, para converter as crianças em homossexuais. A frase que estampa o panfleto divulgado é: “*Querem, na escola, transformar seu filho de 6 a 8 anos em homossexual*” (BOLSONARO, 2009 apud VITAL; LOPES, 2013, p. 204).

No período de 2003 a 2010, surgiram 45 propostas legislativas que de alguma maneira visavam regular os direitos sexuais de pessoas LGBT (OLIVEIRA, 2013). Apesar do volume grande de propostas, Oliveira (2013) identifica que nada na legislação aprovada nesse período tratava da garantia de direitos à população homossexual. Isso significa que o vazio legislativo, que empurrava as pessoas LGBT para o Poder Judiciário para ver seus direitos garantidos (como veremos adiante) permaneceu existindo nesse período. No plano estadual e municipal, no entanto, começaram a surgir algumas normas, principalmente proibindo a discriminação por orientação sexual em estabelecimentos comerciais e serviços públicos. O Executivo federal também emitiu algumas Portarias que começaram a garantir alguma institucionalidade e formalidade aos direitos sexuais de pessoas LGBT. Muitas dessas portarias foram, na realidade, derivadas de sucessivas ações judiciais que obrigavam o Poder Executivo a conceder algum direito (DIAS, 2011; NARDI; RIOS; MACHADO, 2012; OLIVEIRA, 2013), como foi o caso dos direitos previdenciários, regulados pela Portaria 513/2010, do Ministério da Previdência Social.

No cenário internacional houve a elaboração dos Princípios de Yogyakarta, em 2006. Segundo Sonia Corrêa (2009, p.29)

[...] os Princípios de Yogyakarta não são uma declaração de aspirações ou carta de reivindicação de direitos. O documento compila e reinterpreta definições de direitos humanos fundamentais consagradas em tratados, convenções, resoluções e outros textos internacionais sobre os direitos humanos, no sentido de aplicá-los a situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. A ideia central é que não precisamos produzir definições específicas para coibir violações e proteger os direitos humanos dessas pessoas ou grupos.

Esses princípios produzidos, apesar de não funcionarem como um Tratado Internacional, em que o Brasil e outros países são signatários, influenciou e orientou a atuação dos movimentos LGBT no Brasil e no mundo nesse período (CORRÊA, 2009).

Por último, vale mencionar que, nesse período, as teses do Direito Homoafetivo, cunhada inicialmente pela então Desembargadora Maria Berenice Dias, começaram a se difundir dentro do Direito e dos Tribunais. É de 2000 a publicação do livro *União Homossexual: o Preconceito & a Justiça*. Esse mesmo livro teve uma segunda edição em 2001, a terceira em 2006 e a quarta em 2009. A partir da quarta edição o livro foi renomeado para *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. No prefácio a essa edição, a então Desembargadora dá ao mundo a notícia de que decidiu se aposentar para dedicar a advocacia, com as seguintes palavras:

Não foi uma decisão fácil. Mas uma constatação deixou-me desassossegada: o excessivamente acanhado número de demandas buscando o reconhecimento de direitos dos homossexuais. Acabei por me convencer que somente um derrame de ações vai permitir a construção da jurisprudência que, consolidada, irá forçar o legislador a editar leis (DIAS, 2011, p. 11).

Ainda nesse prefácio, Maria Berenice Dias dá outra notícia, informa que no dia que pegou sua carteira da Ordem dos Advogados do Brasil (em 2009), ingressou com pedido para que a OAB do estado do Rio Grande do Sul criasse uma Comissão Especial da Diversidade Sexual. Seu pedido foi acatado e, ainda em março de 2009, foi instalada a referida Comissão. Nesse mesmo ano, Maria Berenice Dias realizou o mesmo pedido perante a OAB Federal e começou uma campanha nacional, inclusive viajando pelo Brasil, para que os outros estados também criassem Comissões similares.

2.2.2 Descrição dos Casos, Classificação e Análise

2.2.2.1 REsp 323.370

Após um lapso de quatro anos sem nenhum acórdão encontrado, o primeiro caso nesse período entre 2003 e 2010 foi o julgamento, pela quarta turma STJ, do REsp 323.370, no dia 14 de dezembro de 2004. Trata-se da separação de duas mulheres que viviam juntas e buscavam dividir seu patrimônio, mas a ação foi proposta, em primeira instância, em uma Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, buscando-se a dissolução de uma Sociedade de Fato havida entre elas. O Juiz que recebeu a ação declinou da competência, afirmando que a causa não poderia ser decidida em uma Vara de Família. Segundo ele, a competência seria de uma das Varas Cíveis comuns. Uma das partes recorreu da decisão do Juiz, reafirmando o seu desejo, e a competência, de que a causa fosse sim julgada em uma Vara de Família.

Em recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu de forma favorável, encaminhando a ação para ser julgada na Vara de Família. Não satisfeito com a decisão, o Ministério Público interveio, encaminhando recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, insistindo no argumento de que a ação deveria ser julgada em uma Vara cível.

Por previsão do art. 542, §3º do Código de Processo Civil, um recurso especial como o desse caso, contra uma decisão interlocutória, não seria imediatamente julgado pelo STJ. O procedimento padrão seria aguardar que o julgamento em primeira instância terminasse, ou seja, que a causa fosse normalmente julgada na Vara de Família e após a decisão final do Juiz de família, caso o Ministério Público acreditasse que o recurso fosse necessário, se manifestaria requerendo novo julgamento. Todavia, o Relator no STJ, o Ministro Barros Monteiro, optou por proceder de forma diferente no julgamento desse recurso específico. Segundo o Ministro, o STJ poderia relaxar o rigor da Lei Processual em casos que exigem pronunciamento imediato.

A excepcionalidade conferida ao caso, marca a sua importância. A discussão se apresenta como meramente processual, uma disputa de competência entre uma Vara de Família e uma Vara Cível, mas encoberta por essa discussão processual entendo que está *uma discussão sobre o valor e a natureza das uniões entre as pessoas de mesmo sexo*. Atribuir a competência de um caso como este à Vara de Família é reconhecer, de fato, a existência de algo a mais do que uma mera relação patrimonial entre as duas mulheres. Mesmo se tratando da dissolução de uma sociedade de fato, um instituto jurídico sem valor familiar, atribuir a competência para a

Vara de Família implicaria em um reconhecimento simbólico desse *status*. Atribuir à Vara Cível a competência para julgar este caso implicaria, certamente, em negar esse reconhecimento jurídico e simbólico da presença de algum *status* familiar.

O voto do Ministro Relator afirma, inicialmente, que o enquadramento do pedido formulado pelas partes é estritamente obrigacional, uma vez que “*a autora postula a dissolução da sociedade de fato havida entre ela e a ré, com a divisão igualitária do patrimônio amealhado por ambas durante o relacionamento afetivo*” (BRASIL, 2004, p.4). O Relator não se dá por satisfeito em apontar esse enquadramento do caso em particular, que obrigaria a remeter o caso para uma Vara Cível e prossegue, minando qualquer possibilidade de que o caso, ou outro parecido, seja encaminhado para uma Vara de Família a partir de uma discussão sobre a abrangência da Lei.

Segundo Barros Monteiro, o afeto existente em uma relação entre pessoas de mesmo sexo é fator irrelevante para a discussão jurídica, pois a lei seria precisa ao restringir a união estável “*como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher*” (BRASIL, 2004, p. 5 grifos meus). Essa citação do texto da Lei é utilizada para justificar que não se poderia nem sequer argumentar sobre uma possível lacuna legal em relação às pessoas homossexuais. Para o Ministro não haveria lacuna, haveria restrição. Sendo assim, ele decidiu em favor do Ministério Público, encaminhando a ação para ser julgada em uma Vara Cível.

Participaram também do julgamento os Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Jorge Scartezini e Aldir Passarinho Junior e todos votaram de acordo com o Relator. Dos Ministros que participaram, apenas Aldir Passarinho proferiu um voto manifestando suas razões de concordância com o Relator. O voto é sintético, em sua totalidade possui 10 linhas, e se resume a reafirmar que no caso dos autos “*o pedido é estritamente de natureza obrigacional pela participação de ambas na formação do patrimônio*” (BRASIL, 2004, p.6).

Classifiquei o acórdão segundo o tipo *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Explícito* pela compreensão do Ministro Relator da existência de uma restrição jurídica às uniões entre pessoas de mesmo sexo poderem se classificar como uniões estáveis. Assim, o Ministro termina por hierarquizar as uniões entre pessoas de mesmo sexo, de forma explícita, como inferiores às uniões heterossexuais.

2.2.2.2 HC 853.595

O primeiro caso de 2005 marca a entrada do Supremo Tribunal Federal na discussão

sobre sexualidade. Trata-se do *Habeas Corpus* 853.595, julgado no dia 14 de abril pela Segunda Turma.

O *Habeas Corpus* foi impetrado por Fidelis, que estava sendo julgado por roubo seguido de morte de um Juiz do Trabalho, e outros crimes. Fidelis impetrou o *Habeas Corpus* para que se realizasse novamente o interrogatório. Segundo o relatório do Ministro Joaquim Barbosa, Fidelis acreditava que teve seu direito de ampla defesa cerceado, pois o Juiz indeferiu a pergunta da defesa sobre a sexualidade de Fidelis. O impetrante acreditava que responder a essa pergunta seria importante.

Segundo consta no relatório, o falecido Juiz e Fidelis teriam se conhecido em Curitiba e iniciado uma espécie de relação. Todavia, Fidelis alegaria que o relacionamento se degradou a uma forma de paixão doentia do falecido pelo impetrante; não configurando a mera amizade que constaria na denúncia do Ministério Público. O voto de Joaquim Barbosa é sintético, o Ministro argumenta que o interrogatório teria sido realizado segundo os procedimentos legais e que caberia à discricionariedade do Juiz aceitar ou não as perguntas das partes, caso as julgasse relevantes.

O Ministro cita a afirmação do advogado de Fidelis em que este diz “*é imprescindível perquirir-se acerca da opção sexual do Togado, eis que somente com a elucidação da sua conduta neste específico aspecto é que se proporcionarão ao paciente os amplos meios de defesa*” (BRASIL, 2005a, p.5). Aqui, como Foucault (2009) já havia apontado, parece que o sexo é instrumento pelo qual se acessará a “verdade oculta”. Todavia, Barbosa não acreditava que fosse necessário que a pergunta indeferida aparecesse e fosse respondida. Segundo o Ministro, o fato do Magistrado morto ser homossexual já teria sido evidenciado tanto pelo depoimento do irmão do próprio Magistrado, quanto pelas palavras do próprio Fidelis. Sendo assim, seria desnecessário responder à pergunta e também não seria possível se falar em cerceamento de defesa.

Por essas razões, o Ministro Joaquim Barbosa decide negar o pedido do *Habeas Corpus*. O Relator foi seguido de forma unânime por Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Classifiquei em outras formas de discurso por não acreditar que haja alguma forma de valorização positiva ou negativa, explícita ou implícita da sexualidade neste caso. O uso do termo “opção sexual”, por si só, não configura uma desvalorização da homossexualidade. A “vontade de saber” que busca perquirir a sexualidade da vítima é questionável e a decisão do Ministro não se deu para proteger a privacidade das partes, mas pela simples razão de que tal “vontade de saber” já teria sido satisfeita.

Mesmo assim, não acredito que seja aplicável o rótulo de um *discurso Heterossexista*,

nem mesmo a de um discurso *Liberal Abstencionista*, pois não se trataria aqui de uma falsa neutralidade que talvez tivesse ocultado outros julgamentos morais.

2.2.2.3 REsp 502.995

O segundo caso encontrado foi o julgamento do REsp 502.995, também pela Quarta Turma do STJ, no dia 26 de abril de 2005. O caso foi relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves e teve a participação dos mesmos Ministros que julgaram o caso anterior. Assim como o caso anterior, a ação também trata da separação de duas mulheres, Cláudia e Sônia. O casal desejava a separação, o que foi feito sob o pedido de “dissolução de sociedade estável e afetiva”, desejavam ainda dividir os bens e acordar sobre a guarda e direitos de visita do filho menor. O filho foi adotado legalmente apenas por Sônia, mas era criado por ambas. O Relator dá a entender em seu relatório que a separação era “amigável”.

A Juíza da Vara de Família que recebeu a ação declarou-se incompetente para julgar o caso pelo argumento de que a união entre pessoas de mesmo sexo era regulada pelo instituto da sociedade de fato, instituto de direitos obrigacional e não de família. Argumentou ainda que, por se tratar de uma sociedade de fato, era vedada a cumulação da dissolução dessa união com o pedido de guarda, alimentos e visitas ao menor, negando a possibilidade de Cláudia ter qualquer direito ou obrigação em relação à criança. A Juíza da Vara de Família encaminhou, assim, a ação para uma Vara Cível comum. Ao chegar às mãos da Juíza da Vara Cível, essa não concordou com a decisão da Juíza da Vara de Família e suscitou o que se chama de conflito de competência negativa, pois entendia que a união entre pessoas de mesmo sexo se equiparava a uma entidade familiar. Coube ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte decidir qual seria a Vara competente para realizar o julgamento que, por fim, decidiu ser mesmo a Vara Cível. Inconformado com a decisão o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte interveio, recorrendo ao STJ, para que a ação fosse julgada numa Vara de Família.

Este caso reveste-se de um caráter especial, pois foi nele que, pela primeira vez o termo “união homoafetiva” foi encontrado nessa pesquisa, e, curiosamente, o próprio Relator dá um destaque a esse termo, sublinhando a palavra “homoafetiva”. É por influência do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, autor do recurso, que o termo compareceu no referido Relatório. O Ministério Público, nesse caso, defendeu que a causa transbordava “*do mero objetivo de partilha de bens*” e que, efetivamente, possuía “contornos” familiares (BRASIL, 2005b p.3). Um dos argumentos que o MP utilizou para propor o recurso foi,

justamente, a existência de divergência jurisprudencial com outro Tribunal de Justiça, o do Rio Grande do Sul.

Aqui percebo que esse caso, e o acórdão analisado anteriormente (REsp 323.370), se entrelaçam de uma forma não explícita. Tanto nesse caso quanto no anterior, é o Ministério Público dos respectivos Estados (Rio Grande do Sul e do Norte) que propõe o recurso ao STJ. Entretanto, naquele caso o MP do RS desejava que a ação fosse julgada em uma Vara Cível, enquanto o MP do RN desejava que o julgamento se realizasse numa Vara de Família. Os Ministérios Públicos de diferentes Estados compreendiam e se posicionavam, então, sobre um mesmo tema, de formas diametralmente opostas. O mesmo tipo de decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul que o Ministério Público desse Estado desejava atacar era utilizado pelo MP do RN para, justamente, sustentar seu posicionamento.

A Subprocuradoria-Geral da República também deu seu Parecer sobre o caso das duas mulheres do RN, afirmando que o recurso não deveria ser sequer julgado, pois não cumpriria um pré-requisito formal para ser aceito. Para o Subprocurador-Geral Henrique Fagundes não haveria no caso em questão a presença de dissídio jurisprudencial.

O Ministro Fernando Gonçalves, Relator do acórdão, inicia seu voto discorrendo sobre a União Estável. Sustenta o argumento de que esse instituto jurídico exigiria a dualidade de sexos entre as partes. O argumento do Ministro, porém, extrapola o universo jurídico e passa a analisar a capacidade própria das pessoas homossexuais servirem como pais ou cônjuges. Para isso, cita a doutrina jurídica defendendo que a exigência da dualidade dos sexos se daria porque “*duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face eventuais filhos*”. E continua a citação para tentar dar uma carga de neutralidade a sua afirmação: “*Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral*” (CZAJXOWSKI, 1997 p. 54 apud BRASIL, 2005b, p.5).

O Relator ainda traz outra posição doutrinária para seu acórdão, que concorda que não há efeitos *jurídicos* de família nas relações entre pessoas de mesmo sexo, mas que reconhece que há *no plano fático* a presença de uma entidade familiar. A distinção é feita na doutrina citada a partir do caso de Chicão, filho da cantora Cássia Eller e sua esposa Maria Eugênia. O autor citado afirma que o caso mostra que a estrutura familiar brasileira está sofrendo mudanças e que, até a opinião pública, a Igreja e os conservadores se posicionaram favoráveis a que a criança ficasse com Maria Eugênia. Afirma, assim, que *as uniões homossexuais seriam entidades familiares de fato*.

O Ministro Relator, no entanto, não dá tanta atenção à argumentação que ele próprio

cita pois, dois parágrafos abaixo, afirma “*a questão familiar verdadeiramente não existe*” (BRASIL, 2005b, p.7), e nem se dá ao trabalho de contra argumentar na direção mais convencional. A citação serve apenas para sustentar sua decisão de que, no caso da morte de Sônia, a mãe legal da criança, caberia à Cláudia o cuidado do filho, como consta no Termo de Acordo da separação, realizado entre ambas. Aliás, o Termo de Acordo serviu, para o Relator, de elemento de prova da inexistência de qualquer questão familiar, tratando-se, então, apenas de uma questão econômica, ou seja, da partilha do patrimônio comum.

Antes de encerrar o voto, o Ministro faz algumas ressalvas que não devem passar despercebidas, são elas: ele toma o cuidado de situar a discussão no tempo e espaço determinado. Vejamos: “*Não há, portanto, nada que envolva a adoção ou coloque em debate, pelo menos no momento, a situação do menor. Surgindo algo no futuro, o tema será outro e a solução também*” (BRASIL, 2005b, p.8 grifos meus). Essa ressalva, dada pelo Relator, pode ser interpretada como o vislumbre de que, num futuro próximo, outras causas, mais específicas sobre adoção compartilhada e/ou outras formas jurídicas de se reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo, pudessem ser propostas e julgadas, inclusive de outra forma. Outra interpretação possível é a de que esta decisão seria uma espécie de *mea-culpa*, de que não caberia a ele garantir, para aquele caso específico, o aspecto familiar, pois isso não estaria no escopo do pedido em questão, nem na realidade daquela situação. Decidiu, por fim, pela competência da Vara Cível. Os outros Ministros que participaram do julgamento apenas concordaram com o Relator, sem proferir um voto exprimindo as suas próprias razões. Não houve divergências ou qualquer forma de diálogo relatado no referido acórdão.

Classifiquei o acórdão segundo o tipo de discurso *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Explícito* porque apesar de reconhecer uma situação fática de família, se recusa por apego ao legalismo, a atribuir caráter familiar às relações entre pessoas de mesmo sexo. Hierarquiza, assim, as relações heterossexuais como superiores às homossexuais.

2.2.2.4 REsp 613.374

Ainda em 2005, encontrei outro acórdão, o julgamento do REsp 613.374, julgado em 17 de maio de 2005, pela Terceira Turma do STJ. Esse é o primeiro acórdão encontrado com a participação de uma mulher, que inclusive foi sua Relatora, a Ministra Nancy Andrighi.

O caso é referente a uma ação de danos morais. Henrique foi preso por suspeita de envolvimento em tráfico de drogas, o jornal *Folha da Manhã* para noticiar o fato se utilizou da seguinte manchete: “*Henrique Bicha é preso a 550 km de Passos*”. Henrique também foi

chamado de “bicha” em outros momentos da mesma reportagem. Ainda dois anos mais tarde, outra reportagem, do mesmo jornal, voltou a chamá-lo de “bicha”. Inconformado com esses insultos, Henrique ingressou na Justiça, buscando reparação por danos morais e danos materiais, reflexos a essa humilhação. Em sua defesa, o jornal *Folha da Manhã* argumentou que “bicha” era o apelido do autor, que inclusive esse apelido estava registrado nos documentos da prisão de Henrique. Além disso, questionou o fato de Henrique se sentir ofendido pela divulgação do apelido que, segundo o jornal, era sabido por todos, mas não da divulgação da prisão, o que revelaria oportunismo da vítima. Alegou, ainda, que estava em pleno exercício de direito de liberdade de imprensa em divulgar o fato, como este constava nos Boletins de Ocorrência.

O caso foi julgado em primeira instância como parcialmente procedente, condenando o jornal ao pagamento de indenização por danos morais. O jornal recorreu e conseguiu, em segunda instância, reverter essa situação. O Tribunal decidiu que não havia abuso de liberdade de imprensa, pois o apelido considerado pejorativo pelo autor constava no inquérito policial e na denúncia do MP, sendo que o jornal haveria meramente reproduzido esse dado. O Recurso Especial, interposto por Henrique, questionava justamente o limite da liberdade de expressão e informação, argumentando que esse “*não poderia ultrapassar os limites da liberdade individual, da honra e da intimidade alheia*” (BRASIL, 2005c, p. 3).

A Ministra Relatora deste caso afirmou, logo no início do seu voto, que a questão “*insere-se na apreciação conjunta da liberdade de imprensa e do direito ao segredo da vida privada*” (BRASIL, 2005c, p.4). Essa estratégia empregada pela Ministra implica que não estava em julgamento apenas os limites de um direito do jornal, mas também os limites de um direito das pessoas, especialmente as pessoas homossexuais, de terem sua vida privada tornada pública. A Ministra argumenta que ambos direitos poderiam vir a ser flexibilizados e que eles seriam limitados pelo próprio sistema constitucional, mencionando outra decisão da própria Turma sobre controvérsia similar. Para Nancy Andrichi, a peculiaridade do caso que estava sendo julgado se daria pela forma como o jornal fez uso do termo “bicha”: o jornal, segundo a Relatora, não se contentou em divulgar uma informação que constava nos documentos oficiais, mas fez isso, na sua chamada de manchete, como estratégia de *marketing*, para causar impacto e aumentar a sua circulação e, conseqüentemente, as suas vendas.

A Relatora diferencia, então, o simples fato de divulgar uma informação, daquele de divulgar uma informação (mesmo que pública) com o objetivo específico de causar impacto e de se aumentar a circulação. Há nessa segunda uma intenção diferenciada, e que, em seu entender, configuraria a ilicitude da ação. Nesse momento, algumas perguntas surgem: por que constaria o insulto “bicha” nos documentos oficiais? Qual a utilidade e legitimidade dessas

informações para as polícias, o Ministério Público e para o jornal? Quais informações são capazes de ser utilizadas para causar impacto e para se aumentar a circulação? Por que a possível homossexualidade de uma pessoa seria um fator que chamaria a atenção o suficiente para merecer destaque em uma manchete? Por que um jornalista se julgaria no direito de chamar uma pessoa de “bicha” em uma reportagem ou manchete de jornal? Por que a publicitação da homossexualidade de alguém seria algo capaz de ferir a esse alguém? Nenhuma dessas perguntas é feita pela Relatora, nem por qualquer um dos Ministros que participaram no julgamento. Parece natural e dado de antemão, ou ao menos fora do escopo da discussão, que o termo “bicha” pode aparecer registrado nos documentos públicos. Parece ser legítimo para o Ministério Público chamar alguém de “Henrique Bicha” numa peça jurídica como uma denúncia de crime, mesmo quando o próprio Henrique se mostra insultado pelo apelido. Parece, também, intocada, não debatida, não discutida em nenhum momento a ideia de que a homossexualidade seria um “segredo” pertencente a alguém, algo “íntimo” e que as pessoas possuíam vergonha em tornar público.

A Relatora continua a sua argumentação dizendo que o Juiz de primeiro grau, por maior proximidade com o caso, conseguiu perceber melhor que o Tribunal que se tratava, no caso em concreto, da modalidade de uso do insulto para lucro, para ampliar as vendas do referido jornal, ferindo assim “*o direito do recorrente ao segredo de sua vida privada*” (BRASIL, 2005c, p.5). Por essa razão, seria justo o pagamento de indenização por danos morais a Henrique.

O julgamento em questão foi polêmico e gerou um debate entre os Ministros. O primeiro deles a se pronunciar no acórdão, após o voto da Relatora foi o Ministro Castro Filho. O Ministro profere um voto curto, mas com um conteúdo bem interessante. Castro Filho faz algumas considerações sobre a natureza da homossexualidade, segundo ele “*para alguns o homossexualismo [SIC] é uma opção; para outros é uma imposição e para terceiros não passaria de grave desvio de conduta*” (BRASIL, 2005c, p.7). Todavia, assume que mesmo no caso de se considerar a homossexualidade como um desvio, isso não permitiria a ninguém expor um homossexual à execração pública, pois como afirma o Ministro “*quem sabe, que ele não pediu para trilhar [o desvio]*” (BRASIL, 2005c, p. 7). Castro Filho concorda com a proteção dada a Henrique pela Relatora, mas parece reconstruir a condição de homossexualidade como uma espécie de “desvio indesejado”, como um tipo de “fardo” a ser carregado que não deveria ser majorado. Acompanha, então, a Relatora em todo o seu voto.

O próximo a participar dos debates é o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Antes de realizar propriamente seu voto, pede um esclarecimento a Ministra Relatora, deseja saber se a expressão “bicha” consta realmente no Boletim de Ocorrência e se a notícia reproduziu essa

ocorrência. Tendo esclarecido que o Boletim de Ocorrência, de fato, trazia a expressão que foi reproduzida pelo jornal, o Ministro Carlos Alberto pede licença para divergir da Relatora Nancy Andrichi. Segundo o Ministro: “*Se o jornal reflete exatamente o que consta do boletim de ocorrência, não existe infração à liberdade, pois se trata da reprodução de fato que se tornou público pelo ato prisional*” (BRASIL, 2005c, p. 9). Lembra, também, que há jurisprudência do próprio STF nesse sentido, não menciona o número do acórdão, mas afirma ser um caso de uma funcionária pública que havia sido presa em um ônibus. O acórdão não reproduz outras discussões entre esse Ministro, a Relatora e os outros Ministros, mas dá a entender que essas ocorreram numa tentativa de persuasão para que Menezes Direito mudasse a sua opinião. Logo após o voto de Menezes Direito, há um segundo pronunciamento seu, em que ele pede “*vênia a Vossa Excelência para ficar vencido*” (BRASIL, 2005c, p. 10), indicando essa discussão e sua discordância.

Na prática, por ser o único divergente, o voto de Menezes Direito não produz efeitos jurídicos, mas produz, com certeza, alguns possíveis efeitos simbólicos: é uma forma do Ministro marcar sua posição, o seu entendimento, em relação àquela discussão. Por maioria, ficou decidido que Henrique teria sim direito a indenização por danos morais.

Classifiquei o acórdão segundo o tipo de discurso *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais* pela proteção que Nancy Andrichi confere à privacidade e à dignidade de Henrique, deferindo a indenização pelos danos morais causados pelo Jornal.

2.2.2.5 REsp 395.904

O quarto e último caso encontrado no ano de 2005 foi o REsp 395.904, julgado pela Sexta Turma do STJ. O julgamento teve início no dia 06 de dezembro, mas foi interrompido e terminou apenas no dia 13 do mesmo mês. O acórdão teve por Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa e contou com a participação dos Ministros Paulo Medina e Paulo Gallotti. O caso é o de uma discussão sobre Direitos Previdenciários: Cássio faleceu, deixando seu companheiro Vinícius, com o qual viveu 18 anos. Vinícius desejava receber o benefício previdenciário da pensão por morte e ingressou com ação contra o Instituto Nacional da Previdência Social – INSS para tal finalidade. Em primeiro grau, não obteve sucesso com sua causa e, tanto Vinícius quanto o Ministério Público, apelaram da decisão argumentando que a Constituição não excluía a união estável entre pessoas do mesmo sexo da possibilidade de recebimento deste benefício. O autor ressaltou que a matéria em discussão era previdenciária, não de família, e que ele se

encaixava como dependente previdenciário do falecido.

Sob esses argumentos, o Tribunal de Justiça deu provimento aos recursos, reconhecendo que não haveria vedação a concessão dos benefícios previdenciários às pessoas que vivem em relações homossexuais. O INSS recorreu ao Tribunal com um Embargo de Declaração, que foi rejeitado, pois o Tribunal entendeu que não havia omissão ou obscuridade no acórdão. Ainda insatisfeito, o INSS insistiu e ingressou, no STJ, com o REsp que gerou a decisão analisada. O INSS argumentou, processualmente, que o Ministério Público não poderia atuar na ação como parte, além disso, em relação ao conteúdo da decisão argumentou que havia uma violação ao art. 16, §3º da Lei n. 8.213/91²⁰. O parágrafo terceiro é aquele que define quem pode ser considerado companheiro(a) para os efeitos dos benefícios previdenciários, para o INSS, esse parágrafo, ao se referir ao artigo da Constituição que define a união estável, limitaria o benefício apenas a casais heterossexuais.

O Subprocurador-Geral da República interveio no caso, por meio de um Parecer que afirmava que a discussão processual sobre o interesse do Ministério Público na ação era descabida, pois o autor também apelou da decisão de primeira instância, dessa forma a decisão seria reanalisada de toda forma. Opinou de forma favorável ao direito à pensão por morte de Vinícius, lembrando que o próprio INSS editou a Instrução Normativa 25/2000 que reconhecia, administrativamente, a possibilidade de tal concessão.

O Relator Hélio Quaglia Barbosa cita em seu relatório mais de uma página do parecer do Subprocurador-Geral da República e, de fato, sua decisão parece ter sido muito influenciada por esse Parecer. O Ministro inicia seu voto discutindo a legitimidade do Ministério Público ter recorrido da decisão de primeiro grau. O Ministro, citando longas passagens de obras jurídicas, faz uma defesa da legitimidade do MP por entender que essa instituição funciona como *“garantidor da observância do tratamento igualitário a indivíduos que buscam a plena efetivação de seus direitos, uma vez sujeitos a discriminação”* (BRASIL, 2005d, p. 11). De fato, o MP (Federal ou Estadual, ou ainda por meio do Procurador-Geral da República e Subprocurador-Geral da República) foi um ator importante, em diversas das ações analisadas, para a defesa dos direitos de pessoas homossexuais. Todavia, o Ministério Público é uma instituição plural, e também se posicionou de forma contrária ao reconhecimento de direitos sexuais como no caso do REsp 323.370, caso aqui já analisado.

²⁰ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Para a discussão sobre a possibilidade de concessão de benefício de pensão por morte em uma relação entre pessoas de mesmo sexo, o Ministro Relator dedica 19 páginas em que faz um longo apanhado de jurisprudências, doutrinas e legislação existente. Primeiramente lista as provas da existência da união entre Vinícius e Cássio, a compra de bens, a disposição testamentária para que os bens fossem deixados para o autor, os gastos com o funeral que foram realizados por Vinícius, o seguro de vida que também foi deixado para esse, tudo isso para comprovar a convivência *more uxório*, isto é, que por mais de dezoito anos viveram como se casados fossem, que é reconhecida pelo Ministro. O Ministro faz, logo em seguida, um alerta: não caberia ao STJ analisar a violação a artigo da Constituição, caberia ao STF essa discussão. Entretanto, “*somente por amor ao debate*” (BRASIL, 2005d, p. 13), o Ministro opina que não há violação ao artigo 226 da Constituição²¹. A discussão, para o Relator, é exclusivamente de matéria previdenciária e não de família. E passa a dissertar sobre sua forma de se compreender o Direito Previdenciário sob um enquadramento dos Direitos Humanos. Para Hélio Quaglia Barbosa “*o Direito Previdenciário tem por missão precípua a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência ou a de seus dependentes*” (BRASIL, 2005d, p. 13). Analisando o caso afirma que não há igualdade jurídica no não direito e continua

Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais, entre eles o de sobrevivência, mediante recebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, logriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2005d, p. 14)

Sua argumentação é muito influenciada pelas obras de José Canotilho, o qual cita um trecho de mais de uma página sobre o princípio da igualdade jurídica, para justificar que seria justo aplicar um tratamento desigual que prejudique Vinícius, os tratamentos diferenciadores pelo direito devem ser acompanhados de “*existência de fundamentos materiais justificativos*”

²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

(CANOTILHO, 2003 p. 426 apud BRASIL, 2005d, p. 15). Especificamente sobre o parágrafo terceiro, do art. 16 da Lei 8.213/91, que regula a Previdência Social, o Relator afirma que não há nada que restrinja ou permita, de forma explícita, a aplicação dos benefícios a casais do mesmo sexo. Afirma que o tema é uma lacuna na lei e passa a dissertar sobre as formas de preenchimento dessas no Direito, mantendo sempre em seu horizonte teórico, uma interpretação Constitucional que respeita o princípio da igualdade, para afirmar que não seria justo restringir a sua efetiva aplicação.

Para suprir a lacuna da Lei, o Relator busca, então, demonstrar, por outras fontes do Direito, que há a possibilidade jurídica de Vinicius receber essa pensão. De início menciona a Instrução Normativa 25 de 07/06/2000, do próprio INSS, que concede o benefício ao companheiro(a) homossexual e lembra que tal Instrução Normativa derivou de uma medida liminar na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0. Tal liminar foi emitida com eficácia *erga omnes*, isto é, seria aplicável a todas as pessoas no território brasileiro, inclusive ao caso. Cita a Instrução Normativa 50/2001, também do INSS, que substituiu a IN 25/2000, sem interromper o direito de pensão por morte a companheiros/as homossexuais. Para reforçar seu argumento, o Relator afirma que o próprio STF teve a oportunidade de reanalisar a liminar emitida na Ação Civil Pública mencionada e confirmou a decisão que obriga o INSS a conceder o benefício às/aos companheiras/os homossexuais em todo país²². Cita também julgados de Tribunais de segundo grau que reconheceram o direito de pensão por morte em uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Apesar de já ter deixado claro que o julgamento é de questão previdenciária e não de família, o Relator não deixa de mencionar que os Tribunais de segundo grau estão reconhecendo juridicamente as uniões homoafetivas e suas dissoluções. Não satisfeito, o próprio Relator se mostra favorável ao reconhecimento jurídico dessas uniões ao afirmar que: “*a união homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente*” (BRASIL, 2005d, p. 31).

Fica claro, a partir desse trecho, a influência em seu voto das teses do Direito Homoafetivo que surgiram no Rio Grande do Sul, com a Desembargadora Maria Berenice Dias e que começavam, já neste momento, a se espalhar pelo Brasil. Mesmo rejeitando enquadrar o caso como sendo uma discussão de Direito de Família, os contornos desse são utilizados a partir do momento que o Relator ressalta, por diversas vezes, a *afetividade* e *duração* da relação.

²² Tal decisão não foi mapeada em minha pesquisa por se tratar de uma decisão da Presidência do Tribunal e não um acórdão propriamente dito.

Crítérios esses utilizados para o reconhecimento de uma união estável *homoafetiva*. Fica implícito que o reconhecimento do direito previdenciário se dá, pois essa união preencheria os requisitos de uma união estável *homoafetiva*. Aqui, Direito Previdenciário e Direito de Família, que tão enfaticamente foram separados pelo Ministro, possuem suas fronteiras borradas. É a influência de determinada corrente do Direito de Família, a do Direito Homoafetivo, que permite ao Ministro decidir da forma como decide no Direito Previdenciário. Sendo assim, decide por negar provimento ao recurso do INSS, ficando a decisão que era favorável a Vinicius intacta.

Participou do debate o Ministro Paulo Medina, esse solicitou vista do processo após o voto do Relator. Isso significa que o Ministro não se julga apto a decidir sobre aquele caso naquele momento e que deseja um tempo a mais para tomar a sua decisão. O Regimento Interno do STJ prevê, no art. 162, que o Ministro que solicitou a vista tem dez dias para analisar os autos, devendo apresentar seu voto na primeira sessão seguinte a esse prazo. O pedido não impede que os outros Ministros votem, caso se sintam aptos. Contudo, os Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti decidiram aguardar. O caso voltou a ser julgado no dia 13 de dezembro.

O voto-vista de Paulo Medina basicamente relata, mais uma vez, o processo e repete, de forma sintética, os argumentos trazidos pelo Relator sobre como suprir uma lacuna no Direito. Interessante perceber que Paulo Medina cita uma passagem do voto do Relator, justamente aquela que demonstra que a união vivida por Vinicius e Cássio preenche os critérios de uma união estável e ainda se assemelha a união heterossexual: “*que se relacionou e conviveu com o ‘de cujus’ por dezoito anos, mantendo relacionamento, à semelhança das relações heterossexuais concubinárias, dividindo despesas, compactuando alegrias e tristezas*” (BRASIL, 2005d, p. 34). Segundo o Ministro Paulo Medina, essas informações que o Relator extraiu do pedido do autor são fundamentais para a solução do caso, o Ministro, assim como o Relator, concedem o direito, pois a relação havida entre Cássio e Vinicius é inteligível dentro da heteronormatividade (WARNER, 1993): *apesar* da homossexualidade, essa se assemelha às relações heterossexuais. É importante destacar que a condição desse reconhecimento do direito está diretamente associada à sua proximidade com a condição da própria heterossexualidade, ou seja, é um reconhecimento que poderia ser considerado como de caráter assimilacionista.

Até essa data, a tendência do STJ era a de reconhecer as relações entre pessoas de mesmo sexo como não sendo, de fato, entidades familiares. Mesmo não se tratando de uma ação de Direito de Família, ou talvez justamente por não se tratar, o Ministro Paulo Medina se opõe a essa corrente, como pode ser percebido a partir da seguinte passagem: “*de outro lado,*

há uma realidade em que o segurado contribuiu uma vida toda para a Previdência Social e tinha como seu dependente um companheiro do mesmo sexo, constituindo assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, uma verdadeira entidade familiar” (BRASIL, 2005d, p. 35). Por essas razões, o Ministro acompanhou o voto do Relator. O Ministro Paulo Galloti votou com o Relator, sem fundamentar seu voto. O Ministro Hamilton Carvalhido, que esteve presente no primeiro dia do julgamento, se ausentou justificadamente no segundo dia e não votou.

Cássio faleceu em 1997 e apenas em 2005, quase dez anos depois, Vinícius conquistou o direito de receber a pensão pela morte de seu companheiro. Mesmo recebendo os benefícios atrasados e corrigidos, entendo que a própria demora na prestação judicial, é em si, uma violação de direito, revelando com clareza que as pessoas homossexuais estão sim mais vulneráveis em seus direitos do que as heterossexuais, pois estas são vistas como “temas polêmicos” dentro da arena jurídica e dependem de longas e árduas batalhas judiciais para serem reparados, como é a história descrita do presente caso.

Classifiquei a decisão conforme o discurso *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade*, pois o que permite ao Ministro Relator o reconhecimento dos Direitos Previdenciários é, justamente, perceber que a união em discussão é inteligível segundo o enquadramento familiar e conjugal das uniões heterossexuais, a homossexualidade parece ser um mero detalhe.

2.2.2.6 REsp 238.715

Foram encontrados três casos para o ano de 2006. O REsp 238.715 tem seu julgamento iniciado ainda em 19 de abril de 2005, mas o julgamento só será concluído quase um ano depois, em 07 de março de 2006. O caso foi julgado pela Terceira Turma do STJ, participaram do julgamento o Ministro Humberto Gomes de Barros como Relator e os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho, Nancy Andrichi e Antônio de Pádua Ribeiro.

Roni desejava incluir seu companheiro, Ivan, em seu plano de saúde da Caixa Econômica Federal (CEF) e para isso recorreu à justiça. A ação buscava que: (a) fosse reconhecida a existência de uma união estável entre estes, e; (b) que Ivan fosse incluído como dependente de Roni. O Relator do acórdão declara em seu Relatório que além de homossexuais, os autores revelaram ser “*portadores do vírus HIV*” (BRASIL, 2006a p. 2). Em primeira instância, o Juiz deferiu a inclusão de Ivan, todavia não reconheceu a existência da união estável. A Caixa Econômica Federal e a Fundação dos Economiários Federais (FUNCEF) apelaram da

decisão sem sucesso. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu por manter a sentença original, argumentando que segundo o art. 226 §3º da CRFB, o reconhecimento de união estável estava restrito a pessoas do sexo oposto, mas que disso não decorria a impossibilidade da inclusão de Ivan como dependente. A recusa da inclusão seria uma discriminação não justificada, pois os requisitos exigidos pela lei seriam apenas vida comum, laços afetivos e divisão de despesas. O Tribunal afasta também o argumento da lacuna da Lei, dizendo que essa não é suficiente para recusar o pedido.

Da decisão, tanto a CEF quanto a FUNCEF recorreram ao STJ. O recurso dessa foi inadmitido por estar fora do prazo e o daquela foi sim recebido para julgamento. Em síntese, a CEF argumentava que a decisão violou diversos artigos de Leis Federais como o Art. 16, I²³ e § 3º, da Lei 8.213/91. Para a CEF, a violação existiria, pois o conceito de “companheiro” - que garantiria o direito a Ivan - estaria diretamente ligado ao de união estável. Por essa se configurar apenas entre casais heterossexuais, o benefício não poderia ser estendido a Ivan. Levanta também algumas outras questões processuais que não interessam diretamente a essa pesquisa, tal como o fato de ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor para o caso.

O Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, de início, descarta a discussão sobre o Código de Defesa do Consumidor e afirma que “*a questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável têm direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros*” (BRASIL, 2006a p. 4). O voto do Ministro será mais uma decisão que parece estar influenciada pelo Direito Homoafetivo. Ele, inclusive, vai se utilizar do termo homoafetivo e declara que este seria um “*neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS*” (BRASIL, 2006a p. 4). Após elogiar a Desembargadora, fala sobre a omissão do legislador em regulamentar as uniões homoafetivas, sob um tom crítico, segundo ele, os projetos de lei que regulamentariam tais direitos existem, mas estão “*emperrados em arraigadas tradições culturais*” (BRASIL, 2006a p. 4). Entretanto, o Ministro afirma que é o judiciário que vem suprindo as lacunas deixadas na Lei, provocando um avanço, “*apesar de tímido*” (BRASIL, 2006a p. 4).

É importante enfatizar aqui o reconhecimento explícito do Ministro da omissão do Congresso Nacional em regulamentar as uniões entre pessoas de mesmo sexo e o reconhecimento e atribuir uma razão a essa omissão: as tradições culturais conservadoras que

²³ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente

dominariam o Legislativo Federal. Da mesma forma, o Ministro percebe que o Poder Judiciário não seria tão conservador assim e estaria realizando um ativismo para corrigir a omissão do Poder Legislativo, o que é visto de forma positiva.

O voto documenta esses referidos avanços, primeiro traz a Instrução Normativa 25/2000 do INSS que foi editada em função de uma Ação Civil Pública. Após, menciona um julgado do Tribunal Superior Eleitoral, que reconheceu que uma união homossexual, assim como uma união heterossexual, geraria a inelegibilidade por parentesco prevista no art. 14, § 7º da CRFB. Para o Relator, que também participou da decisão do TSE, a razão dessa inelegibilidade se aplicar as uniões homoafetivas, seria porque “*à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos*” (BRASIL, 2006a p. 5). Tal decisão seria, nas palavras do Relator, “*verdadeira monografia sobre o fato social da homossexualidade*” (BRASIL, 2006a p. 5).

Apesar dessa argumentação levar a entender que Humberto Gomes de Barros reconhecerá a união entre pessoas de mesmo sexo como união estável, esse, todavia, faz um desvio e termina por negar a aplicação desse instituto para o caso. Para ele haveria uma situação de fato que necessitaria do tratamento jurídico, mas haveria silêncio legal, restando, portanto, se utilizar de analogia para solucionar o caso. A argumentação do Ministro não expande o conceito de união estável, e termina por criar, por sua vez e de forma inédita, um novo instituto jurídico: “o relacionamento regular homoafetivo”, que seriam institutos diversos, mas análogos. Aliás, segundo o Ministro, estes seriam extremamente semelhantes e aquele instituto teria sido inspirado e receberia os moldes desse.

É com esse enquadramento e por acreditar que “*a opção ou condição sexual não diminui direitos*” (BRASIL, 2006a p. 5-6) que o Ministro decide por negar provimento ao recurso, mantendo a decisão do TRF que autorizava a inclusão de Ivan como dependente de Roni em seu plano de saúde.

O segundo a votar é o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. O Ministro acompanha o Relator em sua decisão, mas em seu voto sintético é cuidadoso e faz questão de tentar limitar alguns possíveis efeitos do voto do Relator. Menezes Direito começa seu voto se dirigindo diretamente a Ministra Nancy Andrighi que presidiu a sessão, dizendo que quer deixar uma coisa clara: “*que estamos votando, exclusivamente, a relação de dependência para efeito do plano de saúde, ou seja, não há nenhuma consideração com relação aos aspectos relativos à união estável*” (BRASIL, 2006a p. 7). Fica implícito, por essa fala, que o Ministro considerava que o Relator teria extrapolado da discussão do caso, Menezes Direito pareceu temer que o voto de Humberto Gomes de Barros viesse a ser interpretado como um reconhecimento jurídico,

pelo STJ, de que as uniões entre pessoas de mesmo sexo seriam sim, de fato e de direito, uma forma de união estável ou uma forma análoga a essa. É uma evidência de preocupação do Ministro com o ativismo judicial.

Uma vez limitada a abrangência do voto, o Ministro afirma que “*com relação a isso [inclusão do companheiro de mesmo sexo] não há qualquer óbice porque se pode fazer um plano de saúde privado e indicar quem quer que se queira para ser beneficiário, desde que, para isso, tenha recursos disponíveis*” (BRASIL, 2006a p. 7). Por isso, acompanha o Relator.

O Ministro Menezes Direito é o mesmo que no julgamento do REsp 613.374, pediu licença para ficar vencido e considerar a reprodução de um insulto que constava num Boletim de Ocorrência como liberdade de expressão de um jornal. O Ministro demonstra seguir um padrão de votos que se encaixariam no discurso Liberal-abstencionista que em nome da aplicação da lei em sua literalidade, reproduziria o heterossexismo de uma forma não explícita.

Votou ainda a Ministra Nancy Andrighi, que acompanhou o Relator sem trazer a fundamentação do seu voto. Logo após, o Ministro Castro Filho requisitou vista do processo, suspendendo o julgamento. O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro optou por aguardar o voto-vista de Castro Filho para votar.

Quase um ano se passou do início do julgamento do REsp 238.715 até o dia que o Ministro Castro Filho proferiu seu voto, em 07 de março de 2006. O Ministro concordou com o Relator que a questão principal a ser discutida seria a possibilidade de se reconhecer o direito de incluir um companheiro homossexual no plano de saúde, mesmo sem reconhecer a existência da união estável. O Ministro reproduziu grande parte da argumentação do Relator em relação a tal questão, todavia o fez para discordar deste. Segundo Castro Filho “*na espécie sob julgamento, existe um obstáculo intransponível ao conhecimento do presente recurso*” (BRASIL, 2006a p. 14), qual seja, a questão em discussão seria de matéria constitucional, por essa razão deveria ser discutida pelo STF, e não pelo STJ.

O Ministro demonstra, a partir de excertos do acórdão de segunda instância, que a discussão remeteria a natureza constitucional até porque como o próprio Relator afirmou a inexistência de legislação que regulasse tal relação. Os próprios artigos que os recorrentes afirmam ter sido violados remeteriam, explicitamente, ao parágrafo 3º do art. 226 da CRFB.

Dessa maneira, para solucionar a questão seria necessário: primeiro, a análise da relação homoafetiva como configurando ou não uma união estável, segundo o art. 226 da Constituição; e essa discussão só poderia ser feita pelo Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, o Ministro Castro Filho também decide por não conhecer o recurso, mas por razões diferentes daquelas trazidas pelo Relator. O Relator faz um julgamento de mérito, ou seja, dos fundamentos

jurídicos do caso e percebe que, no mérito, o recurso não merecia procedência. O Ministro Castro Filho, por sua vez, deixou claro que não chegou a fazer qualquer manifestação sobre o mérito do caso, pois, no seu entendimento, o STJ não seria competente para esse julgamento. Os efeitos práticos desse voto, para o casal homossexual, são os mesmos do voto do Relator, pois acabaram por manter a decisão do TRF 4ª região que era favorável a eles. Todavia, há outros efeitos práticos, se o voto de Castro Filho fosse majoritário em seu posicionamento, o que não foi, essa construção jurisprudencial retiraria do STJ a competência para se julgar outros casos similares, devendo-se aguardar um posicionamento do STF sobre a união estável, o que só foi ocorrer, como sabemos, em 2011. Os limites do voto do Relator afirma claramente a competência do STJ para tal julgamento, pois para ele não se trataria de discutir a Constituição, mas as leis e as suas lacunas. Por unanimidade, o recurso especial não foi conhecido.

Classifiquei a decisão como *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade* por perceber que a criação do “relacionamento regular homoafetivo” se dá para separar a união estável (heterossexual) das uniões entre pessoas de mesmo sexo. Apesar de se dispor a aplicar efeitos jurídicos análogos, no caso, especificamente em relação ao Direito de Pensão *Post-Mortem*, o faz exclusivamente segundo o enquadramento familiar e conjugal heterossexual. Outra razão para essa classificação está na forma como o enquadramento e argumentos do Direito de Família se mostraram cruciais para a decisão, mesmo não se tratando de uma discussão estritamente sobre Direito de Família. O Ministro poderia ter optado por outros caminhos para chegar à mesma conclusão. Mas optou por realizar a discussão dentro do enquadramento familista. É preciso reconhecer que a escolha do enquadramento a ser discutida não é de completa autonomia do Ministro Relator, ela é dada também pelas partes ao peticionar a ação, no entanto, em relação aos fundamentos da decisão, o Ministro possui completa autonomia.

2.2.2.7 REsp 773.136

O segundo julgado de 2006 foi o REsp 773.136, julgado pela Terceira Turma do STJ, em 10 de outubro. Bia e Marcela viveram juntas em um relacionamento de 1980 até 1993. Bia faleceu e Marcela desejava parte dos bens que se encontravam apenas em nome de Bia. A mãe de Bia, ao ingressar com o pedido do inventário de bens, ignorou completamente a companheira de sua filha. Insatisfeita, Marcela ingressou na Justiça com o pedido de Dissolução de Sociedade de Fato e de Partilha de Bens. Desejava ainda, em sede de cautelar, que a Justiça impedisse que

os bens da falecida fossem vendidos ou doados.

Em primeira instância, os pedidos foram julgados improcedentes. Segundo os argumentos da sentença, não ficou provado que Marcela havia contribuído na aquisição dos bens que compunham o Espólio de Bia; dessa maneira, não haveria o que receber. Marcela não concordou com essa decisão e recorreu ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro onde conseguiu inverter o resultado da decisão. É curioso nesse caso, pois segundo o relatório da Ministra Nancy Andrighi, o pedido inicial foi de dissolução de sociedade de fato, mas o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a existência de outro instituto, o da união estável e declarou sua a dissolução realizando, na sequência, a partilha, em iguais proporções, dos bens adquiridos no período de 1982 a 1993.

A mãe recorreu, diversas vezes, ainda em segunda instância, os embargos de declaração foram rejeitados, os embargos infringentes inadmitidos. Ela agravou da decisão no último embargo e esse recurso também teve seu provimento negado. Por último, ingressou com um Recurso Especial no STJ alegando ofensa ao art. 226, parágrafo terceiro da CRFB e à Lei 9278/96 que regula as uniões estáveis. Alegou a existência de dissídio jurisprudencial com outros Tribunais que acreditam ser impossível o reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo sexo. Alegou que houve alteração do pedido, de dissolução de sociedade de fato para de união estável e que nisso o TJRS ultrapassou os limites impostos na petição inicial. O Subprocurador-Geral da República, representando o Ministério Público Federal, deu parecer no sentido de não conhecer o recurso.

Os votos e Relatórios da Ministra Relatora Nancy Andrighi se diferenciam dos outros Ministros pelo cuidado na organização das informações. Em geral existem alguns elementos textuais que fazem a transição de um tópico para outro, mas a Ministra separa cada tópico e subtópico por um título destacado em negrito, o que facilita enormemente o trabalho de se encontrar cada uma das discussões envolvidas no processo, facilita bastante também a compreensão desse voto, principalmente, para pessoas leigas que não estão acostumadas com a árida linguagem jurídica. A partir de uma rápida busca, não sistemática, no repositório de jurisprudência do STJ por outros julgados que a Ministra Nancy Andrighi teria sido a relatora, percebi que esse cuidado não parece ser uma exclusividade dos casos aqui encontrados, mas um costume da Ministra. De toda maneira, é de se perguntar: por que a Ministra tem esse cuidado diferenciado? Será que Nancy Andrighi teria uma consciência crítica de que seus votos poderiam ser posteriormente lidos e analisados, assim como faço nessa pesquisa?

O primeiro tópico a ser abordado pela Relatora é a violação a Constituição que, segundo a mesma, não é possível de ser analisado pelo STJ, cabendo ao STF tal discussão. Aponta que

não é possível realizar o debate das questões processuais levantadas, pois estas não foram discutidas no Tribunal de Justiça. Por fim, a Relatora passa à parte mais relevante, na qual discutirá com mais calma a violação ao art. 1º da Lei 9278/96²⁴ e do dissídio jurisprudencial.

Nancy Andrighi, de início, lembra que o TJRJ aplicou, por analogia, a união estável ao caso. A união estável e a sociedade de fato possuem formas diferentes de lidar com a partilha dos bens. Nessa última, por se tratar de uma relação de direito das obrigações, é preciso provar que houve esforço comum na construção do patrimônio, naquele instituto essa prova é desnecessária, já é presumida, pois reconhece-se, inclusive, outras formas de contribuição para além da financeira, como a contribuição afetiva e a dedicação no trabalho doméstico. A Ministra diz que o STJ, em 1998, por meio do acórdão já analisado do REsp 148.847, firmou entendimento

[...] no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato havida entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes de dita sociedade (BRASIL, 2006b p. 6).

A Ministra argumenta que a autora solicitou expressamente a dissolução da sociedade de fato, todavia não comprovou a contribuição patrimonial e traz para seu voto um trecho da fundamentação da sentença que justifica a razão pela qual a Ministra não acredita que a dissolução deva ser realizada. O trecho citado traz ao caso novas informações que não estavam presentes no Relatório e em nenhuma outra parte do voto da Relatora. É nesta parte que há a afirmação de que a autora admitiu que o relacionamento afetivo com Bia “terminou” dois anos antes da morte. A sentença afirma, ainda, que o término foi conflituoso e que gerou uma ação na Justiça que se encerrou em acordo. O acordo entre as partes dividiu o patrimônio comum, uma casa e lotes de terrenos. Para a sentença, a partilha dos bens já teria ocorrido com o acordo realizado após o término da relação, não restando nada mais a ser partilhado. Sendo assim, para receber qualquer outro bem, Marcela deveria comprovar que ajudou a adquiri-lo.

Concordando com esse posicionamento da sentença de primeira instância, aliado ao entendimento firmado pelo Tribunal de que o reconhecimento das relações entre as pessoas de mesmo sexo é realizado pelo instituto da sociedade de fato que, por sua vez, requer a prova da contribuição para a constituição do patrimônio, a Ministra Relatora Nancy Andrighi decide dar provimento ao recurso para cassar o acórdão e reestabelecer a sentença de primeiro grau,

²⁴ Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

negando a partilha dos bens a Marcela.

Além da Relatora, os Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram, todos em acordo com a Relatora e sem apresentar seus fundamentos. É de se estranhar que Humberto Gomes de Barros não tenha feito um voto divergente, pois ele já havia se pronunciado, no caso analisado anteriormente, como favorável a aplicação dos efeitos da união estável, por analogia, às relações entre pessoas de mesmo sexo. Acredito que seu silêncio seja devido aos fatos trazidos pela Ministra ao citar a sentença de primeiro grau. Nessa hipótese de interpretação, o Ministro não concordaria com a aplicação da sociedade de fato, mas concordaria que a dissolução da união estável já haveria sido realizada, não restando bens a serem partilhados. Todavia, ao não se pronunciar fundamentando seu voto, fica estabelecido a concordância completa aos argumentos de Nancy Andrichi e indico aqui uma contradição que transparece a partir de seu próprio voto, em processo anterior.

Classifiquei o discurso da decisão de Andrichi como sendo parte do tipo *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*. Comparado com os outros votos da Relatora, especialmente aqueles que proferirá em 2011 e 2012, esse é curto e seco. A Relatora não tece considerações sobre a homossexualidade e se resume a aplicar a Lei, reconhecendo a união como uma sociedade de fato. Talvez a especificidade do caso, isto é, o fato da união já ter passado por uma separação anterior, justificaria esse enquadramento na sociedade de fato e não na categoria de união estável, sem isso implicar em uma hierarquização das uniões homo e hétero. Entretanto, a Relatora não tece grandes considerações sobre isso, não deixando, nesse momento, sua posição clara e justificando o enquadramento do discurso como *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*.

2.2.2.8 REsp 648.763

O último caso do ano de 2006, julgado em 07 de dezembro desse ano, foi o Recurso Especial 648.763. O recurso foi julgado pela Quarta Turma do STJ e teve o Ministro Cesar Asfor Rocha como Relator.

O Relatório do acórdão é breve e foca mais no andamento processual do caso, a partir da segunda instância. Trata-se da dissolução do relacionamento havido entre duas mulheres: Ester e Elisa. Sabe-se que a sentença de primeiro grau reconheceu a existência de uma sociedade de fato entre as mulheres e que, em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Sul reformou a sentença para reconhecer a existência de uma união estável entre elas. A decisão do TJRS permitiu que a partilha fosse realizada independente da comprovação do esforço para adquirir os bens. Dessa decisão, Ester recorreu ao STJ sob o fundamento que o Tribunal havia violado o art. 1 da Lei 9278/96 e o art. 1723²⁵ do Código Civil ao reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. Ester recorre ainda pelo fundamento da dissidência jurisprudencial entre Tribunais sobre a causa. Sendo assim, deveria exigir de Elisa a comprovação da contribuição para construção do patrimônio a partilhar, o que não foi feito. O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do recurso, segundo esse, a recorrente não demonstrou que a violação à lei, de fato, ocorreu.

O voto do Relator Cesar Asfor Rocha inicia lembrando que, em segunda instância, o Desembargador Rui Portanova atribuiu os efeitos da união estável ao caso, por meio de analogia. Todavia, o Relator lembra que o STJ já decidiu sobre essa matéria no sentido de que a união entre pessoas de mesmo sexo não pode ser reconhecida pelo casamento, nem pela união estável e sim pela sociedade de fato, com contornos econômicos e regulada pelo direito das obrigações. Nesse sentido, cita o REsp 502.995, o REsp 148.847, o REsp 323.370 e o recente REsp 773.136. O Relator afirma, então, que nesse ponto o recurso é correto e o instituto a ser aplicado ao caso seria sim o da sociedade de fato.

No tocante à partilha de bens, o Relator não concorda com o recurso. O Relator reconhece que a sociedade de fato exige prova do esforço comum, mas percebe que ficou provado a existência deste no caso em questão. Para sustentar seu entendimento, o autor cita um pedaço do acórdão de segunda instância que, por sua vez, cita a sentença de primeiro grau, reconhecendo que de 1994 a agosto de 1998, as litigantes adquiriram vários bens que mereciam ser partilhados. Cita também a manifestação do MP que também afirma que os documentos juntados comprovariam o esforço. O Relator ainda argumenta que não cabe ao STJ realizar reexame de provas, sendo assim não caberia a ele questionar a forma como a primeira e a segunda instância analisaram o conjunto probatório para afirmar que havia esforço comum comprovado, apenas reconhecer tal fato.

Em relação ao dissídio jurisprudencial, o Relator afirma que a recorrente não trouxe qualquer julgado para comprovar sua alegação, por isso não mereceria prosperar. Ao final, dá provimento apenas a parte do recurso, reformando o acórdão de segunda instância para que se aplique o instituto da sociedade de fato. A partilha permanece inalterada.

Participaram do julgamento os Ministros Aldir Passarinho Junior, Hélio Quaglia

²⁵ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Barbosa e Massami Uyeda, que votaram com o Relator, sem fundamentar seus votos.

Esse caso difere dos anteriores por ser uma das partes homossexuais que argumenta pela não aplicação da união estável. Até o presente momento, as partes que se demonstravam contrárias à aplicação da união estável foram o espólio, representado pela família do/a falecido/a, o Ministério Público ou outra instituição. A existência de mais de uma forma de se enquadrar as uniões entre pessoas de mesmo sexo abriria, em meu entender, espaço para uma agência do próprio sujeito, que revelaria, a partir de tal procedimento buscar aquele enquadramento que lhe fosse mais “favorável”. No caso, Ester, para manter consigo uma parte maior do patrimônio, se recusa a dar efeitos familiares à sua união, sendo esta, claramente, uma estratégia jurídica para tentar se evitar a partilha dos bens.

Não se trata aqui de argumentar por um *assimilacionismo inocente*, em que Ester internaliza o discurso de que sua união, de fato, não seria familiar. Pelo discurso trazido no acórdão essa análise nem é possível. O que é possível perceber é que, independente de como Ester percebe a sua união, o fato de ter recorrido ao STJ é estratégico, se trata de uma busca para manter a maior parte do patrimônio para si. E o meio disponível para tal foi a recusa do enquadramento da união estável à sua relação. Há que se reconhecer, todavia que, de fato, essa estratégia tem seus efeitos perversos, qual seja, o de reforçar o discurso judicial que insiste no fato de que as uniões entre pessoas de mesmo sexo não seriam entidades familiares. Outro ponto que não deve passar em branco, é o descaso dos Ministros com a proteção à intimidade das partes. No cabeçalho, o nome das partes está abreviado para realizar tal proteção, mas é possível encontrar os nomes das partes ao longo do acórdão, ou seja, não há um efetivo “segredo de justiça” sendo preservado em muitos dos casos.

O caso foi classificado no tipo *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*, porque o Ministro se esquivava, por meio da menção à jurisprudência do Tribunal, de qualquer discussão aprofundada sobre a forma como as uniões entre pessoas de mesmo sexo deveriam ser tratadas juridicamente. Sob a pretensão de aplicar corretamente a Lei e seguir a jurisprudência do STJ, o Ministro simplesmente corrobora com a hierarquização entre as formas de união hétero e homossexuais.

2.2.2.9 REsp 1.063.304

O caso em sequência foi julgado em agosto de 2008, pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Terceira Turma. Trata-se do REsp 1.063.304, relatado pelo Ministro Ari Pargendler, o

mesmo que participou do julgamento do REsp 773.136. O caso guarda uma coincidência perigosa com outro que o Ministro participou. A empresa processada no caso em análise chama-se *Folha da Manhã LTDA*, responsável pela emissão do *Jornal Folha de São Paulo*. O recurso, já analisado, processava o *Jornal Folha da Manhã*, que apesar da coincidência de nome não é emitido pela Folha da Manhã LTDA.

O Relatório do acórdão conta que o *Jornal Folha de São Paulo* publicou em 2001 uma reportagem com o título *Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual*. A reportagem foi ilustrada por uma foto onde Bernardo aparece cumprimentando um amigo, mas a forma como a foto foi tirada e está exibida dá a insinuar um beijo entre eles. Além disso, o jornal nunca informou ou solicitou a autorização a Bernardo para publicar sua foto. Insatisfeito com o uso de sua imagem, Bernardo ingressou na Justiça com uma ação contra o *Jornal Folha de São Paulo*. Alegou que a exibição da foto

[...] causou-lhe um profundo abalo de ordem emocional porque a sua imagem ficou vinculada ao público homossexual; além de constrangimentos diante de amigos e familiares, a matéria trouxe-lhe inúmeros aborrecimentos na vida profissional, pois no exercício da advocacia passou a ser motivo de chacota por parte de advogados e servidores públicos do Poder Judiciário; além disso, o Autor passou a conviver com a desconfiança dos amigos, familiares e clientes do escritório de advocacia acerca de uma possível homossexualidade (BRASIL, 2008a p. 2).

Buscou, então, uma indenização pelo uso maldoso de sua imagem. Em primeira instância, a juíza condenou o jornal a pagar danos morais no valor de noventa mil reais, tanto o autor quanto a ré apelaram mas, em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão apenas no valor, reduzindo para sessenta mil reais. Insatisfeito, o autor opôs embargos de declaração, que foram acolhidos, todavia sem modificar a decisão. O recurso ao STJ foi interposto pelo próprio Bernardo, desejando que o valor da indenização fosse acrescido, argumentava pela violação do art. 186²⁶ do CC e existência de divergência jurisprudencial.

O Relator em seu voto contextualiza o caso, afirma que a matéria tinha como tema a frequência do “*chamado público GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes) em determinada região da cidade de São Paulo*” (BRASIL, 2008a p. 3). O Relator argumenta que a foto foi publicada sem autorização do recorrente e traz trechos da matéria para comprovar que a matéria desrespeitou “*os valores do Autor, sua vida íntima, familiar e profissional, prejudicando sua imagem no meio social em que vive, trabalha e se relaciona*” (BRASIL, 2008a p. 3). O primeiro trecho apresentado é a própria descrição da foto, que utiliza nomes fictícios para se referir ao

²⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

autor e o amigo e diz que o local é destinado ao público GLS da cidade. Depois, retira um trecho da matéria que informa que aquele local é utilizado para encontros marcados pela internet, dando a entender que o autor e seu amigo poderiam estar em um desses encontros.

O Relator passa a discutir, então, o valor da indenização. Sustenta que essa discussão deve ser feita apenas de forma excepcional pelo STJ, quando o valor decidido nas instâncias inferiores for irrisório ou abusivo. O Ministro Ari Pargendler acredita que esse seja o caso, os prejuízos morais sofridos pelo Recorrente, por ter sua imagem maculada ao ser vinculada à homossexualidade e divulgada publicamente, foram tamanhos que justificaria a intervenção do STJ. Por esse fundamento, reforma a decisão de segundo grau, apenas em parte, para que a indenização passe a ser de R\$250.000,00. O Ministro não se pronuncia explicitamente sobre a violação ao art. 186 do Código Civil, mas pela sua omissão e pela procedência apenas em parte dos pedidos, presume-se que não concorda, nem deferiu a configuração do ato como ilícito.

Sem fundamentar seu voto, a Ministra Nancy Andrighi acompanha o voto do Relator. O Ministro Massami Uyeda, por sua vez, emite um voto que discorda em partes do Relator. Massami Uyeda critica a atuação do jornalista que publica a foto sem autorização e sem pensar nas possíveis consequências. Para Uyeda essa exposição agrediria o patrimônio moral de Bernardo, que seria tão valioso quanto sua própria vida, utilizando-se de uma citação de Dante, o Ministro afirma que se criou o inferno em vida. Por essa razão, o Ministro concorda com o Relator que o valor da indenização deve ser majorado e vai além: acredita que deva aplicar o art. 186 do CC para configurar como um ato ilícito, devendo as partes depois discutir como seria compensado. Segundo o Ministro essa é “*uma forma de poder fazer com que todos nós sejamos realmente responsáveis pelos nossos atos*” (BRASIL, 2008a p. 6), a responsabilização seria uma exigência para o respeito o princípio da dignidade humana. O Ministro dá, então, provimento integral ao recurso e não apenas em partes. O Ministro Sidnei Beneti, também sem fundamentar, acompanhou o voto do Relator, ficando o voto do Ministro Massami Uyeda parcialmente vencido.

O caso possui uma peculiaridade: o nome da parte aparece abreviado, uma proteção garantida a processos que correm em segredo de justiça. Entretanto, o nome do advogado consta logo abaixo da abreviação. Ao longo do voto do Relator, esse informa que o autor é advogado, essa informação para uma pessoa mais atenta que percebeu que as iniciais do autor coincidem com as do advogado já permite, no mínimo, se criar suspeitas. A confirmação vem no próprio acórdão, o voto vencido traz a informação de que o autor advoga em causa própria, violando-se, assim, explicitamente e mais uma vez, qualquer proteção a intimidade da parte. Se esse não desejava dar maior publicidade ao caso, agora possui permanentemente seu nome e sua história

gravados em uma decisão pública do Superior Tribunal de Justiça, facilmente encontrada na internet. O descuido com a publicização dos nomes de partes em processos que correm em segredo de justiça é recorrente nas causas encontradas nessa pesquisa, também encontrei o mesmo descuido no TJMG nas ações de mudança de nome de pessoas transexuais (COACCI, 2013) que, justamente, demandariam uma cautela ainda maior.

Tive dúvidas para classificar o discurso do acórdão. Em um primeiro momento tendi a classificar como *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Explícito* pelo fato do Ministro perceber a vinculação da imagem de alguém à homossexualidade seria uma grave ofensa. No entanto, essas alegações são da própria pessoa que requer a indenização e não do próprio Ministro. No caso concreto a pessoa alegou ter um direito subjetivo seu ofendido, sua imagem. Ao julgamento não caberia revisão de provas, a prova da ofensa já haveria sido realizada e analisada nas instâncias inferiores. O trabalho do Relator era apenas analisar as questões de direitos e se a indenização era justa. O relator fez isso sem se expressar de forma a valorizar ou não a homossexualidade de forma explícita, de forma implícita, no entanto, resta um heterossexismo ao corroborar com a ideia de que a homossexualidade é algo negativo, algo que é capaz de macular a imagem da pessoa de tal forma que autoriza a ação do STJ de forma excepcional para rever uma indenização e ampliá-la para o valor de R\$250.000,00, valor esse muito superior ao conseguido nas instâncias inferiores. Dessa maneira, classifiquei o discurso como *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*.

2.2.2.10 AgRg no AgI 971.466

O segundo caso que encontrei em 2008 foi julgado em 02 de setembro, pela Terceira Turma. Trata-se do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 971.466 e foi relatado pelo Ministro Ari Pargendler, mesmo Relator do último caso analisado.

O Relatório do acórdão é muito parcimonioso em relação ao andamento do processo e reconta a história a partir da decisão monocrática que está sendo agravada. Até o momento, o presente acórdão é talvez o de mais difícil compreensão. Isso em partes se deve pelo Agravo de Instrumento constituir um processo à parte do original dificultando, para quem não acompanhou o andamento processual por completo, se de ter uma noção mais global da situação. Em partes, se deve também pela forma sintética do voto e pela escrita um pouco confusa do mesmo.

É possível extrair, a partir de uma leitura ampliada do acórdão que, no caso, o companheiro de Orlando, com o qual viveu por 25 anos, faleceu. Seu companheiro trabalhava

no Banco do Estado de São Paulo e era beneficiário do seu plano de saúde. Em vida, nunca inseriu Orlando como seu dependente no plano de saúde, mas inseriu no INSS e ao BANESPREV (Fundo Banespa de Seguridade Social). Com o falecimento, Orlando ingressou na Justiça para ser inserido como dependente, também, no plano de saúde. Em primeira instância obteve êxito em sua demanda, a Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo (CABESP) apelou e o TJSP decidiu por manter, na íntegra, a sentença de primeiro grau. A partir desse momento, não há relato, mas pelo instrumento processual que chegou inicialmente no STJ, um Agravo de Instrumento, é possível presumir que a CABESP tentou ingressar com um Recurso Especial, e que este foi negado ainda no STJ.

Dessa decisão que negou a interposição do REsp, uma decisão meramente processual e não de conteúdo, o CABESP deve ter recorrido, ingressando com um Agravo de Instrumento no STJ, para destravar seu REsp. Nesse Agravo de Instrumento, o Ministro Ari Pargendler emitiu a seguinte decisão monocrática: “*Nego provimento ao agravo na linha que foi decidido no REsp nº 238.715, RS, Relator Ministro Gomes de Barros (DJ 02.10.06)*” (BRASIL, 2008b p.2). É dessa decisão sintética e monocrática que o CABESP, ainda insatisfeito, recorreu com um Agravo Regimental e que gerou o acórdão que ora analiso.

No Relatório do acórdão, o Ministro Ari Pargendler dá indícios de perceber que sua decisão foi por demais sintética e completa com uma transcrição literal do acórdão que cita que, inclusive, foi analisado anteriormente nesse trabalho. Das duas páginas de seu Relatório, apenas duas linhas não são citações da decisão recorrida e do teor do acórdão citado.

O voto do Relator segue o mesmo padrão do Relatório de longas citações. Segundo o Relator, a Agravante pretende limitar a discussão a seu estatuto, em que define que apenas o titular do plano de saúde pode requerer a inclusão de dependentes. Sob esse argumento, a Agravante acredita que se o companheiro não inseriu Orlando em vida, esse não teria o direito de requerer que seja inserido, nem poderia continuar a receber um benefício que nunca recebeu. O Relator, todavia, diz não poder analisar essa questão por falta de um pré-requisito formal, o prequestionamento na instância anterior. Isto é, o tema não foi discutido no acórdão da segunda instância e seria a primeira vez que seria debatido, isso não é cabível no STJ.

A seguir, o Relator passa a analisar o ponto arguido de uma relação homoafetiva, termo empregado pelo próprio Ministro, não gerar direito de inclusão no plano de saúde. O Relator afirma que a questão já foi definida no REsp 238.715 e transcreve uma página e meia dessa decisão, sem fazer qualquer consideração para além da citação que reconhece o direito a inclusão de companheiro homossexual como dependente em plano de saúde. O Ministro adere, assim, integralmente as considerações já analisadas anteriormente do voto do Ministro

Humberto Gomes de Barros.

Além do Relator, votaram a Ministra Nancy Andrichi e os ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti, todos de acordo com o Relator e sem fazer considerações ou fundamentação adicionais.

Tendi, inicialmente, a aplicar a tipologia de *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito* pela completa ausência posicionamento explícito no acórdão. No entanto, pelo fato do Ministro citar de forma extensa o REsp 238.715 de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, aplicando a seu voto as fundamentações realizadas naquele caso, optei por classificar a presente caso segundo a mesma tipologia daquele citado, a do *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade*. Fiz isso para manter a coerência entre esses dois casos que, mesmo que indiretamente, possuem a mesma fundamentação, sendo assim, seria incorreto classificar de forma diferente.

2.2.2.11 REsp 820.475

O REsp 820.475 teve seu julgamento iniciado pela Quarta Turma do STJ, no dia 21 de agosto de 2007. Devido à sua importância e à polêmica que o voto do Relator gerou, o caso foi a julgamento quatro vezes e recebeu três pedidos de vista. Dessa maneira, o fim do julgamento se deu apenas dia 02 de setembro de 2008. O caso é um pedido de reconhecimento de união homoafetiva, Apolo, brasileiro, e Boris, canadense, viviam, desde 1988, um relacionamento e eram, inclusive, casados naquele país, como é permitido pela Lei Canadense.

Em função dos vínculos com o Brasil, o casal desejava que a união fosse reconhecida no país, pois isso permitiria a Boris conseguir um visto permanente. O casal ingressou com uma ação no Rio de Janeiro, desejando o reconhecimento da união estável entre os dois e uma ação cautelar, para colher antecipadamente as provas, o Relatório não traz a informação de porque era necessário colher provas antecipadamente, acredito que deva ser uma forma de aproveitar a visita do casal, familiares ou amigos ao Brasil e evitar uma nova visita, em período futuro, que poderia ser comprometida por razões financeiras ou outros compromissos havidos no Canadá. Em função das férias, o Juiz que colheu as provas na ação cautelar não foi o mesmo que instruiu e julgou a ação principal.

O Juiz de primeiro grau, sem nem julgar o mérito da causa, extinguiu a ação sob o fundamento de que o pedido seria juridicamente impossível por não haver previsão legal, na Lei Brasileira, da união entre pessoas de mesmo sexo. O casal apelou ao TJRJ, entretanto, o

Tribunal manteve a sentença. Insatisfeitos, recorreram ao STJ alegando que o Juiz que julgou o caso deveria ser o mesmo que colheu as provas, por isso a sentença deveria ser anulada. No mérito, a argumentação centrou-se em dois núcleos: o dever do Juiz decidir, mesmo frente à lacuna na lei, sustentando a violação dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4657/42) e 126 do Código de Processo Civil; e na possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo, violando-se, assim, os artigos 1723 e 1724²⁷ do Código Civil e art. 1º da Lei 9278/96. Sustentavam, ainda, que outros Tribunais como o TRF da 2ª Região e o TJRS vinham reconhecendo a união homoafetiva, o que configurava dissídio jurisprudencial. Representando o Ministério Público Federal, a Procuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

O voto do Ministro Relator, Antônio de Pádua Ribeiro, iniciou seu voto descartando a nulidade formal da sentença, o afastamento pelas férias seria uma exceção ao princípio que exige que o mesmo Juiz que participa da produção das provas seja o que julgará. Em relação à possibilidade jurídica do pedido, o Ministro afirma que é pacífico na jurisprudência e na doutrina que a impossibilidade só se configura quando há vedação explícita e cita a doutrina de Nelson Nery Júnior, a de Alexandre Câmara e um julgado do próprio STJ para sustentar sua posição. O Ministro vai além e transcreve o art. 226 §3º da CRFB, o art. 1º da Lei 9278/96 e os arts. 1723 e 1724 do CC para demonstrar que nenhum deles veda, de forma explícita, o reconhecimento de uniões entre pessoas de mesmo sexo. Nas palavras do Relator:

Da análise dos dispositivos transcritos não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente, o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Todavia, nem por isso o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cabe ao Juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar os limites do seu deferimento. (BRASIL, 2008c p. 8-9)

Por esse entendimento, o Relator concorda com os autores de que teria havido violação dos artigos 4 e 5 da Lei de Introdução ao Código Civil²⁸ e do art. 126 de CPC²⁹. A impossibilidade jurídica do pedido é um argumento processual comum para se negar causas que

²⁷ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

²⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁹ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito

desafiam os valores dos juízes, sem que esses tenham que exprimir juízos morais. Sob um véu de neutralidade e aplicação da Lei Processual, cria-se um obstáculo para o reconhecimento do direito em questão, essa mesma estratégia já foi identificada igualmente nos casos de ações de mudança de nome e sexo jurídico de pessoas transexuais (COACCI, 2013), por exemplo. Já para demonstrar a possibilidade jurídica do reconhecimento de tais ações, o Ministro transcreve o longo trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no REsp 238.715, que atribuiu direitos as relações homoafetivas de forma análoga a união estável para conceder a inclusão do companheiro como dependente no seu plano de saúde. Menciona ainda o REsp 502.995 e o 648.763, todos já analisados anteriormente. Desses últimos transcreve apenas a Ementa e não sua fundamentação como fez com aquele, o que leva a entender que o Relator concorda e adere a fundamentação apresentada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, que tem inspiração, como vimos, na doutrina do Direito Homoafetivo.

O Relator, ao dar sua decisão, ainda demonstrou a influência do parecer do Ministério Público e agregou esse às fundamentações do seu voto. Dessa forma, decidiu por dar provimento ao recurso para que o julgamento fosse realizado em primeira instância. Cabe ressaltar aqui que, processualmente, não está dentro da competência do STJ realizar de imediato o julgamento do reconhecimento da união estável. O STJ não pode decidir sobre matéria que ainda não foi analisada em primeira instância, a discussão é apenas se esse julgamento seria ou não possível. De toda forma, o próprio Ministro Relator, por meio de sua fundamentação, não apenas demonstrou a possibilidade jurídica do pedido ser julgado, mas também deste vir a ser concedido.

O voto do Relator parece ter causado impacto em seus colegas e provocado um debate que, infelizmente, não foi transcrito no inteiro teor do acórdão. Está transcrito apenas do esclarecimento que o Relator presta após essa discussão. O Relator diz que a matéria em discussão está sendo objeto de evolução: *“Há alguns anos, não se admitiria nenhuma consequência jurídica de uma situação desse tipo. Mas, a sociedade tem mudado. Isso ocorre no mundo todo. Portanto, nossa própria jurisprudência tem se encaminhado no sentido mais ampliativo”* (BRASIL, 2008c p. 13). O Relator reconhece que o pedido das partes, de reconhecimento de união estável, é mais amplo do que aquele que foi concedido pelo STJ, de reconhecimento de sociedade de fato. Todavia, não concorda com a afirmação do Ministro Aldir Passarinho Junior de que esteja destoando dos precedentes do Tribunal, para Antônio de Pádua Ribeiro o que seu voto faz é, simplesmente, deixar o caminho aberto *“para que a Primeira Instância delimite a extensão em que vai examinar o pedido”* (BRASIL, 2008c p. 13).

É importante perceber que o Relator toma cuidado para não impor ao Juiz de primeira

instância os limites impostos pela jurisprudência do STJ e afirma claramente que “*o Juiz poderá aplicar as regras relativas à união estável, mas cabe-lhe examinar em concreto o caso*” (BRASIL, 2008c p. 13-14). Logo após, menciona, mais uma vez, que estaríamos caminhando e evoluindo nos precedentes, o que dá a entender que essa abertura deixada venha a ser, de forma implícita, a sua concordância com a aplicação do estatuto da união estável. Estrategicamente, o Relator encerra seu esclarecimento voltando ao tema da impossibilidade jurídica do pedido e afirma “*o que não pode é deixar de decidir, concluindo pela extinção do processo*” (BRASIL, 2008c p. 14).

Após o esclarecimento do Relator, o julgamento é interrompido pelo pedido de vistas ao processo pelo Ministro Fernando Gonçalves, os outros Ministros optaram por esperar para emitir seus votos. O processo voltou a julgamento na sessão do dia 25 de setembro de 2007, quando o Ministro Fernando Gonçalves proferiu seu voto-vista. Logo no primeiro parágrafo é perceptível a diferença de cuidado no voto desse e do Relator, esse Ministro menciona em letras garrafais os nomes completos dos autores, enquanto o Relator optou por preservar o sigilo desses e mencionar apenas as iniciais. Reconta o julgamento em primeira e segunda instâncias, as alegações que levaram a recorrer ao STJ e resume o voto do Relator.

O Ministro opta por discutir a questão da impossibilidade jurídica do pedido. Segundo o Ministro a lei não veda explicitamente as uniões entre pessoas de mesmo sexo, mas limita os efeitos das uniões *estáveis* a casais de sexo oposto. Fernando Gonçalves cita o julgamento do REsp 502.995, que ele próprio foi o Relator, em que definiu que não compete à Vara de Família o julgamento de ações de uniões de pessoas de mesmo sexo. Com essa citação, o Ministro deseja afastar qualquer possibilidade de enquadramento do caso no Direito de Família. O Ministro vai além do Direito e afirma que na própria sociedade não há aceitação social majoritária das uniões homoafetivas, por mais que a declaração possa ter um fundo de verdade, essa é feita com base na doutrina jurídica de Sílvio de Salvo Venosa, sem ao menos mencionar uma pesquisa de opinião ou qualquer dado derivado de uma pesquisa social capaz de dimensionar tal fato.

O Ministro segue, afirmando que “na real verdade” não há a possibilidade jurídica de reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo sexo, pois o desejo “*dos textos relativos à convivência entre um homem e uma mulher é a constituição de uma família*” (BRASIL, 2008c p. 19). Há uma confusão entre família e casamento no voto do Ministro, como se sinônimo fossem, pois para justificar esse desejo da lei da constituição de família e a impossibilidade dessa ser constituída por homossexuais cita um trecho de autoria de José Bigi em que afirma que a união entre pessoas de mesmo sexo não poderia ser considerada uma união

estável, uma vez que essa pode ser convertida em casamento. Para esse autor, no caso das pessoas homossexuais, a conversão em casamento seria vedada, pois seria inerente ao casamento a dualidade de sexos. Em outras palavras, para que não se estenda aos homossexuais o “sacro direito ao casamento”, vedamos também a aplicação da união estável. As uniões homossexuais são, então, abertamente consideradas inferiores às heterossexuais pelo autor e pelo Ministro.

Pela segunda vez, em uma tentativa de parecer condescendente, o Ministro lembra que não existe vedação jurídica às uniões em si, que a vedação seria apenas a aplicação da união estável. Tenta demonstrar, assim, que não deseja, com seu voto negar, efeitos jurídicos às uniões entre pessoas de mesmo sexo. O que Fernando Gonçalves não consegue admitir é que essas uniões sejam família e se exime de culpa em relação a essa classificação, afirmando que a mudança deve ser feita na Constituição para depois ser aplicada pela lei civil do país. Nas palavras do próprio Ministro “*vale refrisar: para os demais efeitos – patrimoniais, previdenciários, eleitorais, etc. - não é vedada o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo*” (BRASIL, 2008c p. 20).

Na sequência, votou o Ministro Aldir Passarinho Junior. O Ministro elogia o trabalho dos advogados dos recorrentes na abertura de seu voto, mas afirma, logo em seguida, que sua conclusão é no mesmo sentido do voto do Ministro Fernando Gonçalves, porque essa é a orientação que se firmou na Turma no REsp 502.995 relatado pelo Fernando Gonçalves e do qual Aldir Passarinho foi vogal.

O Ministro reforça o conteúdo daquela decisão citada, argumentando que a dualidade de sexos seria uma exigência não apenas legal, mas constitucional. E repete vários artigos de Lei que mencionam explicitamente os termos “homem e mulher”. Por ser assim, o Ministro pede licença ao Relator para divergir e votar junto do Ministro Fernando Gonçalves para não conhecer o recurso especial.

O Ministro Massami Uyeda, por não se sentir preparado para decidir, também pediu vista dos autos. O julgamento foi interrompido mais uma vez e retornou apenas no dia 03 de abril de 2008. O Ministro reconhece em seu voto que a questão central a ser debatida é a “*caracterização de impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável a duas pessoas de mesmo sexo*” (BRASIL, 2008c p. 24). O Ministro reconhece a existência da situação fática e da existência de uma lacuna legal em torno do assunto e segue a fazer perguntas importantes:

Contudo, esta lacuna legal é suficiente para impedir sua apreciação, em termos de

resposta jurisdicional a uma ação ajuizada pelos interessados em obter provimento do Poder Judiciário quanto à legitimidade jurídica da situação por eles vivenciada? O direito de ação, segundo o qual, toda lesão de direito será apreciada pelo Poder Judiciário, como inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, possibilitaria ao Estado-Julgador reconhecer que a ausência de lei formal, específica, que regule situação fática existente, possa constituir óbice para se negar a pretendida resposta? (BRASIL, 2008c p. 24-25)

Essas perguntas, para o Ministro, servem para apontar que se está de frente de um dilema processual que só pode ser dirimido a partir da garantia do acesso ao Poder Judiciário. Dessa maneira, o Ministro diverge dos Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, concordando com o Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro que o processo deve ser anulado desde a primeira instância, para que seja julgado o mérito. O enquadramento dado por Massami Uyeda compreenderia os votos dos outros Ministros como uma violação ao acesso à Justiça. O Ministro não se posiciona nem a favor, nem contra o reconhecimento das uniões estáveis; para ele essa discussão não caberia àquela instância recursal. Por fim, vota acompanhando o Relator.

Com o voto de Massami Uyeda configura-se um empate, para realizar o desempate deveria votar o outro integrante da Turma o Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Esse Ministro esteve ausente na primeira sessão em que se proferiu o Relatório do caso, dessa forma o Ministro não votaria nas outras sessões como manda o art. 162, 2º do Regimento Interno do STJ, a menos que se declare habilitado para tal. Por essa razão, Hélio Quaglia Barbosa não votou no julgamento do dia 25 de Setembro. Todavia, esse Ministro faleceu no dia 01 de Fevereiro de 2008, o que impediu de votar nessa sessão. No julgamento de 03 de abril sua vaga ainda não havia sido preenchida, não havendo quem realizar o voto de desempate. Os ministros decidiram de forma unânime esperar que a vaga fosse preenchida para retomar o julgamento.

No dia 02 de Setembro de 2008, o REsp 820.475 voltou a julgamento. O Ministro Luís Felipe Salomão assumiu a vaga de Quaglia Barbosa e ficou responsável por emitir o voto de desempate que decidiria se o pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo sexo é juridicamente impossível ou não, abrindo portas para que essa seja julgada em uma vara de família. O Ministro faz um relatório cauteloso do andamento da ação até o momento em que chegou a suas mãos. Decide primeiro concordando com o Relator de que não haveria violação ao princípio da identidade física do Juiz.

Sobre a possibilidade jurídica do pedido, o Ministro admite que esta seria uma questão delicada, *“merecendo análise aprofundada de todos os institutos jurídicos tratados, respeitando-se os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito”* (BRASIL, 2008c p. 31) e passa a dissertar sobre a opinião da doutrina jurídica em relação à possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação. Segundo o Ministro haveria duas correntes de

pensamento na doutrina: aquela que percebe a análise da possibilidade jurídica apenas no âmbito processual, pois de forma contrária ingressaria no âmbito da análise de mérito. Para os autores mencionados pelo Ministro, a possibilidade jurídica do pedido se configuraria quando não há proibição expressa na legislação.

A outra corrente, que segundo o Ministro é encabeçada por Enrico Túlio Liebman, não coloca a possibilidade jurídica como uma condição da ação. Isto é, mesmo sendo o pedido impossível, a ação seria possível e o Juiz deveria julgar o mérito da ação. Sendo assim, para o caso em análise não importaria qual corrente fosse adotada, pois não existiria vedação expressa. O Ministro argumenta que os artigos “*limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei*” (BRASIL, 2008c p.33). Ainda segundo o Ministro “*poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu*” (BRASIL, 2008c, p. 33-34).

Prossegue afirmando que se há lacuna na Lei, não há no ordenamento jurídico. E traz para seu voto algumas doutrinas jurídicas que mencionam sobre a possibilidade jurídica do reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo, dentre elas, cita o livro *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, de autoria de Maria Berenice Dias. Argumenta ainda que o STJ considerou a união entre pessoas de mesmo sexo como análoga a união estável no REsp 238.715, nesse sentido não haveria contradição entre o voto do Relator e o entendimento do Tribunal, como outros Ministros haviam apontado. Para encerrar a discussão, o Ministro ainda afirma que seus argumentos estão sustentados na decisão monocrática do Ministro Celso Mello, do STF, na ADI 3300 e transcreve a Ementa dessa decisão. A citada decisão afirma haver óbice formal para o reconhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas que a matéria deverá ser discutida em sede ADPF. Sobre o mérito, o trecho citado elogia o esforço da doutrina afirmando que “*tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar*” (ADI 33000 DJ 09/02/2006 apud BRASIL, 2008c p. 36). Curiosamente, apesar do uso do termo homoafetividade, o Ministro não menciona em sua lista de autores Maria Berenice Dias.

Com essa argumentação, o Ministro Luís Felipe Salomão acompanhou o Relator. Vencendo o entendimento que defende haver possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo sexo, anulando, então, o processo até a primeira instância para que tenha o mérito julgado.

O presente caso guarda uma particularidade que o diferencia dos demais e o torna de

extrema relevância política e jurídica. Aqui, a decisão pelo enquadramento na sociedade de fato ou na união estável tem efeitos muito específicos e que não foram abordados diretamente pelos Ministros. O propósito original da ação não é apenas o reconhecimento da união estável, essa declaração seria apenas o primeiro passo para algo além, para conseguir para Boris um visto permanente para residir no Brasil. A regra em exercício à época em que o casal ingressou com a ação permitia que o visto permanente fosse concedido ao companheiro ou companheira, sem distinção de sexo. Todavia, constava no art. 1º, II a exigência da “*comprovação de união estável emitida por Juiz de Vara de Família ou autoridade correspondente no País ou no exterior, traduzida e legalizada pela Repartição consular brasileira competente, quando for o caso*” (CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO, 2003). Frente a um Judiciário que não reconhece as uniões entre pessoas de mesmo sexo como uniões estáveis, essa exigência se torna perversa. Dessa maneira, o que está como pano de fundo desse acórdão é uma discussão político-jurídica sobre controle de fronteiras, sobre quem seria legítimo para permanecer no território brasileiro. Julgar impossível o pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo sexo significaria impossibilitar que essas pessoas provem que vivem em união estável, significaria também impossibilitar que estrangeiros que vivem em união estável ou casados com pessoas de mesmo sexo consigam um visto permanente para o Brasil.

Classifiquei a decisão desse acórdão com a tipologia *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. Na realidade o Ministro Relator se esforça ao máximo para não emitir nenhuma forma de juízo de valor positivo ou negativo em relação à homossexualidade, no entanto toma muito cuidado para também não reproduzir nenhum tipo de heterossexismo ou operar uma discriminação. Isso fica, inclusive, visível no momento que o Ministro, de forma explícita, cuida para não vincular o juiz de primeiro grau e a jurisprudência do STJ que tende a reconhecer as uniões das pessoas de mesmo sexo como sociedades de fato. Essa poderia ser a posição majoritária do STJ até o presente momento, mas isso não excluiria a possibilidade jurídica de se decidir de outra maneira.

2.2.2.12 REsp 1.026.981 e ED no REsp 102981

Após o importante julgamento de 2008 acima, que reconheceu aplicação da união estável entre pessoas de mesmo sexo no STJ, houve um breve hiato. O próximo caso a ser analisado foi julgado apenas em fevereiro de 2010. Trata-se do REsp 1.026.981, julgado pela Terceira Turma do STJ e cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrighi.

O caso trata do pagamento de pensão por morte ao companheiro sobrevivente de Leandro. Esse e Samuel viveram durante 15 anos juntos, Leandro possuía um plano de assistência e benefícios de previdência privada complementar da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (PREVI), no qual Samuel constava como beneficiário. Após a morte de Leandro, Samuel buscou receber da PREVI a pensão por morte de seu companheiro, todavia o pedido foi negado por “falta de amparo legal”.

Samuel buscou a Justiça para receber seu benefício. Argumentou que vivia em comunhão estável com Leandro, que essa era pública, principalmente entre amigos e familiares. Além disso, que constava como beneficiário do plano e que teria sido indicado como herdeiro testamentário do falecido companheiro, o que provaria ainda mais a existência e publicidade da união. A PREVI argumentou que não haveria previsão em seu regulamento que beneficiaria, com a pensão por morte, companheiro de mesmo sexo. Esse benefício só seria possível “*a partir do momento em que a lei reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo, do contrário, não há qualquer direito ao autor*” (BRASIL, 2010a, p. 6). O Juiz de primeira instância reconheceu o direito de Samuel a receber a pensão e condenou a empresa ré ao pagamento de todos os valores relativos ao pensionamento, desde a data do falecimento de Leandro.

A PREVI insatisfeita ingressou com embargos de declaração que foram rejeitados e, posteriormente, com apelação. A segunda instância reformou a decisão, dando provimento ao recurso da PREVI. Argumentaram que em função do art. 226 da CRFB a proteção jurídica e os benefícios decorrentes da união estável eram aplicáveis apenas a uniões entre pessoas de sexos distintos. Segundo, sustentaram que Samuel estava inscrito apenas como beneficiário de pecúlio e não para pensão por morte.

Desse acórdão, Samuel interpôs os embargos de declaração que foram rejeitados e, posteriormente, o recurso especial que gerou o acórdão ora analisado. Nancy Andrighi inicia seu voto afirmando o cabimento do recurso, segundo ela o recorrente teria sido capaz de demonstrar a existência de divergência jurisprudencial a partir de dois outros acórdãos que reconhecem a união estável entre pessoas de mesmo sexo para fins de concessão do benefício previdenciário pleiteado. Andrighi divide sua argumentação em dois tópicos, ao primeiro dá o nome “*dos princípios fundamentais e do emprego da analogia como método integrativo para que se produzam os idênticos efeitos do reconhecimento de união estável a relação de afeto entre pessoas de mesmo sexo*”.

O primeiro tópico é iniciado apontando a ausência de lei que regularia as uniões afetivas constituídas entre pessoas de mesmo sexo e que essa circunstância não poderia ser ignorada pelo Judiciário, nem pelo legislador. Andrighi situa sua argumentação em um discurso

antidiscriminação, afirmando que o Estado deveria fixar os olhos na vedação a condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes. Para a Relatora haveria uma superação de paradigmas sendo operado no Direito de Família, deixando de lado os enfoques de caráter o procriacional e patrimonialista, para dar lugar à “*comunhão de vida e de interesses pautada na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes*” (BRASIL, 2010a, p. 9), uma concepção influenciada pelas teses do Direito Homoafetivo. É nesse contexto que Andrichi afirma que “*a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana*” (BRASIL, 2010a, p. 10).

Para a Relatora, o contexto sociocultural mundial demonstraria uma “evolução”, um maior acolhimento de demandas de minorias. Para isso, traz o exemplo de diversos países, como o Canadá, que possuem leis que autorizam a união estável ou o casamento entre pessoas de mesmo sexo. Para o Brasil, Nancy Andrichi lembra que a Lei Maria da Penha, mesmo que no âmbito penal, já reconheceu a entidade familiar existente entre duas mulheres. Lembra também que o STF apesar de não haver decidido sobre o mérito, já apontou para a relevância de se reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo como entidades familiares no julgamento da ADI 3300. Por fim, a Relatora afirma que o próprio STJ já tem feito uso da analogia para reconhecer efeitos jurídicos oriundos dessas uniões de forma idêntica à união estável. A Relatora, entende, então, que deveria se aplicar as mesmas consequências jurídicas do instituto jurídico da união estável, por meio da analogia, para reconhecer os relacionamentos afetivos entre pessoas de mesmo sexo, “*evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas*” (BRASIL, 2010a, p.14).

A Ministra chega a ser repetitiva em suas argumentações, afirmando que o afeto entre pessoas do mesmo sexo deveria ser reconhecido como entidade familiar, protegido juridicamente e que os juízes deveriam estar atentos a manifestações de intolerância ou repulsa à minorias. Para encerrar o tópico, a Relatora diz que é incontroversa a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família entre Samuel e o falecido. Estando os requisitos preenchidos, os mesmo utilizados para o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo, prossegue para o segundo ponto: a possibilidade de concessão de pensão *post-mortem* a Samuel.

A Relatora de entrada afirma que STJ estaria reconhecendo direitos previdenciários em casos de união entre pessoas de mesmo sexo e cita longo trecho do REsp 395.904 para demonstrar. Argumenta que o direito à pensão por morte deriva dependência econômica, que seria sempre presumida entre os companheiros em união estável. Por efeitos da analogia

empregada, nas uniões entre pessoas de mesmo sexo também ocorreria tal presunção. A Previdência privada complementar se submeteria ao Regime Geral de Previdência Social, seria uma mera complementação dessa, não podendo, então, restringir o rol de beneficiários, mas apenas ampliar. Dessa maneira, ficando comprovada a união estável entre pessoas de mesmo sexo, os companheiros seriam incluídos como dependentes preferenciais dos segurados de forma imediata. Para Nancy Andrighi *“tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício pretendido ensejaria, em última análise, o enriquecimento sem causa da entidade”* (BRASIL, 2010a, p. 20).

A Relatora enfrenta, ainda, a questão de Samuel não estar inscrito como dependente do falecido para receber esse benefício. Todavia, Andrighi afirma que o STJ já possuiria jurisprudência no sentido de que a inscrição apenas facilitaria a comprovação da vontade do falecido em indicar o companheiro como beneficiário, mas não se configuraria como um requisito para o recebimento. Para além, a Ministra ainda questiona a própria seguradora: *“como poderia estar inscrito na qualidade de dependente o companheiro do mesmo sexo se o próprio estatuto da entidade de previdência privada não contempla tal situação, isto é, não reconhece como companheiro aquele que mantém união afetiva com pessoa de idêntico sexo?”* (BRASIL, 2010a, p. 21).

A Ministra, antes de encerrar seu voto, tem o cuidado de limitar os efeitos de seu voto apenas para os planos de previdência privada complementar, cuja competência pertence à Segunda Seção do STJ, não atingindo, assim, outros planos de previdência privada.

Por essas razões, a relatora Nancy Andrighi condena a PREVI ao pagamento da pensão *post mortem*. O Ministro Paulo Furtado, que na realidade é um desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia convocado³⁰, vota em seguida. Paulo Furtado faz um voto pequeno, mas que demonstra estar emocionalmente ligado ao caso. Começa com a afirmação de que confessa ter dificuldades em opor obstáculos a se reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

O Ministro usa o caso do artista plástico Carlos Bastos para ilustrar seu voto. O relacionamento que Carlos teve com seu companheiro teria durado quarenta anos. Para ele, negar a estabilidade dessa relação, seria negar a realidade e uma realidade que o Ministro diz ter acompanhado de perto, por ser amigo pessoal do casal. O Ministro, que diz ter sido advogado da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, chega a afirmar que essa estaria,

³⁰ O Art. 56 do Regimento Interno do STJ afirma que: *“Em caso de vaga ou afastamento de Ministro, por prazo superior a trinta dias, poderá fazer-se a substituição pelo Coordenador-Geral ou ser convocado Juiz de Tribunal Regional Federal ou Desembargador, sempre pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte Especial”*. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 47)

no caso em julgamento, “litigando de má fé!” Por fim, o Ministro diz acompanhar inteiramente o voto da Relatora.

Participaram do julgamento, ainda, Massami Uyeda, Sidney Beneti e Vasco Della Giustina. Todos acompanharam a Relatora em seu voto.

Insatisfeito com o resultado do julgamento, a PREVI ainda recorreu da decisão por meio dos Embargos de Declaração, no Recurso Especial 1.026.981. Tal recurso foi julgado em 22 de junho de 2010³¹, pela Terceira Turma do STJ, ainda com Nancy Andrichi como Relatora.

A PREVI buscou em seu recurso atacar a decisão de Andrichi em três pontos. Primeiro, argumentava haver uma omissão decorrente de erro de fato. Segundo, a embargante à decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da qual originou o recurso ao STJ tinha como fundamento a Constituição e a Legislação Infraconstitucional. Pela Súmula 126 do STJ, caso o fundamento constitucional não fosse atacado por Recurso Extraordinário e o fundamento constitucional fosse suficiente para sustentar a decisão, seria incabível o Recurso Especial. Segundo ponto, a Ministra haveria se omitido em relação à infração da Constituição. Terceiro e último ponto atacado, haveria omissão e obscuridade no acórdão, pois segundo as súmulas 5 e 7 do STJ não caberia o Recurso Especial para realizar o simples reexame de provas ou de cláusulas contratuais. Por esses motivos, a PREVI desejava que seus Embargos de Declaração fossem conhecidos com efeitos infringentes, para destituir a decisão da Terceira Turma e fosse reestabelecido o acórdão do TJRJ.

Nancy Andrichi discute inicialmente o terceiro ponto. Segundo ela não haveria omissão ou obscuridade, apenas inconformismo com os fundamentos e conclusões da decisão. De forma a reafirmar os termos da sua decisão, a Ministra transcreve sua decisão completa. Todavia, a decisão transcrita não teria realizado interpretação de cláusula contratual, nem a revisão de provas. A Relatora apenas teria realizado o procedimento de integração de uma lacuna do direito, a partir do uso da analogia com a união estável.

Por essa mesma razão, Nancy Andrichi afirma ser impossível aplicar a Súmula 126 ao caso, o segundo ponto atacado pelos Embargos. A norma constitucional não seria um obstáculo à decisão embargada, pois como afirma Andrichi, mesmo que o STF viesse a entender que o conceito de uniões estáveis não contempla as uniões entre pessoas de mesmo sexo, o movimento realizado pelo voto não foi de aplicação direto do instituto, mas de atribuição dos mesmos efeitos jurídicos por meio da analogia. Antes de passar à análise do segundo ponto, a

³¹ Encontrei outros acórdãos, em 2010, que foram julgados antes desses Embargos de Declaração, todavia por se tratar de uma continuação da discussão do REsp 1.026.981, optei por realizar uma quebra na sequência cronológica dos casos.

Relatora critica a forma como a PREVI atuou ao recorrer. A Relatora lembra que os Embargos de Declaração têm por finalidade a solução de uma obscuridade ou omissão, mas que a PREVI desejava apenas uma nova decisão. Aponta ainda que essa insistência na busca para impedir o reconhecimento de direitos, deveria ser percebida sob a luz da relevância “social e humanitária” da matéria em discussão, isto é, dos direitos sexuais de pessoas LGBT.

Por fim, a Relatora afirma que não seria possível se falar em omissão sobre violação constitucional. A competência para análise de violação à Constituição seria do STF, por meio de Recurso Extraordinário, sendo que o STJ não poderia invadir essa competência, nem mesmo para finalidade de prequestionamento para um Recurso Especial derivado da decisão do STJ. Com essas considerações, Nancy Andrichi decide que o recurso de Embargos de Declaração deve ser rejeitado. O julgamento foi unânime e contou com a participação de Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado.

Classifiquei ambos os acórdãos como discursos promotores da *Diversidade Sexual e dos Direitos Sexuais* de pessoas LGBT. Os acórdãos não operam numa lógica de assimilacionismo, apesar do elogio à estabilidade das relações homossexuais trazido pelo voto do vogal. O voto de Andrichi, como foi demonstrado, se preocupa muito mais em não reproduzir uma discriminação e não se preocupa em questionar em que medida a união em discussão se assemelha à relação heterossexual.

2.2.2.13 REsp 889.852

O segundo caso encontrado em 2010 foi o REsp 889.852, julgado pela Quarta Turma do STJ, em 27 de abril, cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão. O caso é uma ação de adoção em que Lízia deseja adotar os filhos adotivos de sua companheira Lizandra. Lízia e Lizandra viveriam um relacionamento desde 1998, mas Lizandra haveria adotado duas crianças, uma em 2002 e outra em 2003. A adoção judicial teria sido realizada logo quando as crianças nasceram, além disso, as crianças seriam irmãos biológicos.

Segundo consta no Relatório, em primeira instância, a ação obteve êxito. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul apelou, mostrando mais uma vez sua tendência a ir contra o reconhecimento dos direitos de pessoas homossexuais. Todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não deu provimento à apelação, o que fez com que o Ministério Público ingressasse com o Recurso Especial que deu origem ao acórdão analisado. Em síntese, o MP argumentou que a decisão do TJRS violaria o artigo 1723 do Código Civil e o art. 1ª da Lei

9278/96, que definem as uniões estáveis como sendo entre pessoas de sexos distintos; o artigo 1622 do Código Civil que diz que ninguém pode ser adotado por suas pessoas, salvo se essas vivem em união estável ou forem, “marido e mulher”; argumentaram ainda infração ao art. 4 da Lei Introdução ao Código Civil (atualmente Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) e a existência de dissidência jurisprudencial.

Por se tratar de ação que envolve menores de idade, o Ministério Público Federal foi ouvido. O parecer do Subprocurador Geral da República Pedro Henrique Távora Niess opinou pelo não provimento do recurso. Segundo ele o pedido de Lízia era justo e deveria ser mantida a decisão do TJRS.

Antes de começar a decidir, o Relator aponta uma questão que para ele seria fundamental: “*a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente*” (BRASIL, 2010b, p. 8). Para o Relator viveríamos em um mundo pós-moderno de grandes velocidades e de dissolução de fronteiras e barreiras, sobretudo daquelas barreiras relativas aos costumes. Interpretar o Direito sem levar em conta essas rápidas mudanças seria incorreto, a interpretação deveria ainda levar em conta alguns princípios de “Direito Universal”. É nesse movimento que o Ministro traz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, para argumentar que sustentar a ideia de uma superioridade seja ela racial, de classe, cultura ou religião poria em risco a própria sobrevivência da humanidade. Dado esse enquadramento inicial a seu voto, passa, então, a analisar o caso em si.

O primeiro passo dado por Luis Felipe Salomão para analisar o caso é transcrever literalmente um longo trecho do Relatório Social realizado pela assistente social que acompanhou a adoção. O Relatório descreve extensamente o relacionamento de Lízia e Lizandra, bem como a relação delas com as crianças. Em síntese, a assistente social descreve toda a dinâmica familiar e o cotidiano da família. O Relatório enfatiza que Lízia e Lizandra “*procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças*” (BRASIL, 2010b, p.9) e descreve exatamente como o relacionamento das duas se dá dentro dos padrões considerados saudáveis para um relacionamento heterossexual. O Relatório Social conclui, então, que as crianças estariam se desenvolvendo bem, que as mães estariam exercendo a parentalidade adequadamente e que tudo indica que a adoção teria efeitos subjetivos positivos derivados dos fortes vínculos afetivos desenvolvidos.

Esse Relatório será importante para o Relator em diversos pontos. Primeiro, ele servirá para comprovar a existência do fato da convivência de Lízia com as crianças. Segundo, servirá de base para discutir os interesses das crianças. Para Luis Felipe Salomão, a discussão jurídica a ser travada seria se é possível haver a adoção por companheira homossexual, na inexistência

de previsão expressa em Lei. Todavia, o Relator lembra que, no caso em específico, essa discussão não pode ser feita sem levar em conta a proteção dos direitos das crianças.

No Brasil, o direito das crianças possui uma proteção especial garantida constitucionalmente e materializada no Estatuto dos Direitos da Criança (ECA), entretanto, não é possível esquecer que as discussões sobre uniões entre pessoas de mesmo sexo, frequentemente, provocam pânicos morais³² na sociedade, principalmente quando se vislumbra a possibilidade de que esses seres “sujos”, “imorais” e “pedófilos em potencial” adotem crianças (MISKOLCI, 2007). A preocupação com as crianças e seu bem estar, quando em uma discussão sobre direitos sexuais das pessoas LGBT, nunca deve ser lida como derivada simplesmente da proteção constitucional e do ECA.

Enquanto em um julgamento de adoção por casal heterossexual, o Relatório Social seria suficiente para averiguar a condição da família em questão. No julgamento em análise, o fantasma dos pânicos morais força o Relator a se questionar se uma criança se desenvolveria adequadamente em uma família homossexual. Para responder a essas questões, faz uso de pesquisas das universidades de Virgínia, Valência e da Academia Americana de Pediatria³³ que concluem que *“ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir”*; *“o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino”*; *“os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”* (BRASIL, 2010b, p. 11). As pesquisas dizem para o Relator que as famílias homossexuais podem criar filhos da mesma forma como as famílias heterossexuais, e o Relatório Social diz que essa família em questão se aproxima do modelo heterossexual de conjugalidade, estável e monogâmica. Isto é, uma família assimilável. É possível, assim, se afastar os pânicos morais.

Apenas depois de afastar os pânicos morais, que o Relator volta ao laudo da Assistente Social e ao parecer do Ministério Público que se mostram favoráveis a adoção. Afirma que, na “realidade”, as duas mulheres já seriam responsáveis pela criação e educação das crianças. O deferimento da adoção judicial viria para se garantir direitos a todas as pessoas. À Lízia seria

³² Rubin explica que Pânicos Morais são: *“o “momento político” do sexo, em que atitudes difusas são canalizadas em ação política e a partir disso em mudança social. [...] Durante um pânico moral tais medos se ligam a uma infeliz população ou atividade sexual. A mídia se torna inflamada com indignação, o público se comporta como uma massa fanática, a polícia é ativada, e o estado põe em ação novas leis e regulações. Quando o furor passa, alguns grupos eróticos inocentes foram dizimados, e o estado estendeu seu poderem novas áreas do comportamento erótico”* (RUBIN, 2011, p. 167 tradução de Felipe Bruno Martins Fernandes). Uma abordagem mais completa das raízes sociológicas dos pânicos morais e como eles se relacionam à questão das uniões entre pessoas de mesmo sexo pode ser encontrada em Miskolci (2007)

³³ O Relator menciona que os estudos são provenientes dessas universidades, mas não cita a fonte dos Estudos, nem os autores.

garantido o direito à divisão da guarda das crianças na hipótese de uma separação e da guarda completa na hipótese de falecimento da companheira. Sem a adoção Lízia poderia ser afastada completamente das crianças nessas hipóteses. Para as crianças, seria garantido o direito a paternidade, juntamente com todos direitos atrelados a essa, como se beneficiar do plano de saúde de Lízia, direitos de herança no caso de morte e até mesmo de pensão no caso da separação do casal. Para Lizandra, também haveria a vantagem da guarda compartilhada e de pensão na hipótese de separação, não tendo que arcar com toda a criação das crianças sozinha.

Dois fatores que se mostraram relevantes para a decisão do Relator foram: a) as condições financeiras e de saúde precárias de Lizandra; e b) a estabilidade financeira de Lízia por ocupar um emprego público de professora universitária. O Relator demonstra se preocupar com a morte de Lizandra, que poderia deixar as crianças sem amparo. Se a teoria do Direito Homoafetivo fala tanto em afeto, a prática dessa decisão mostra que, talvez, o afeto não seja o único fator relevante, o Ministro se mostra muito preocupado com as vantagens financeiras e patrimoniais que a adoção traz. O “interesse da criança” no voto se revela em grande medida como sendo benefícios patrimoniais e financeiros que poderiam ser perdidos.

Luis Felipe Salomão critica o Ministério Público do Rio Grande do Sul afirmando que a *“fundamentação do recurso especial passa distante do ponto central da questão, qual seja, os interesses das crianças”* (BRASIL, 2010b, p. 14), justamente quando o Ministério Público deveria atuar de forma contrária, ou seja, na defesa dos direitos e interesses das crianças. No entanto, o Relator não critica o MPRS por ir contra o direito do casal de lésbicas, o direito desse casal parece ser uma questão menor.

O Relator argumenta que a literatura jurídica já apontaria para o direito de adoção por homossexuais e que diversos países possuiriam legislações expressas permitindo tal adoção. Para reforçar sua argumentação, o Ministro enfrenta diretamente a tese jurídica do recurso em relação às violações legais. Para o Ministro, não haveria proibição para o reconhecimento de qualquer união, o que existiria é a omissão da Lei. *“Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu”* (BRASIL, 2010b, p. 16). O Ministro passa, então, a realizar a analogia para suprir a lacuna existente na Lei. Menciona também que a analogia foi utilizada pelo STJ no REsp 1.026.981, analisado anteriormente, para atribuir efeitos jurídicos da união estável as uniões entre pessoas de mesmo. Cita a ADI 3300 julgada pelo STF, que embora não julgue a questão de mérito aponte para a necessidade se reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo como entidades familiares. E a Lei Maria da Penha, que seria pioneira ao reconhecer as famílias lésbicas. Com base nessas argumentações

e outras trazidas ao voto, o Ministro empresta os efeitos jurídicos da união estável para a união dessas mulheres.

Com os efeitos jurídicos da união estável aplicados ao caso, não seria possível ainda se argumentar violação ao art. 1.622, que por sinal tinha sido revogado pela Lei de Adoção promulgada em 3 de agosto de 2009. A nova Lei, no entanto, não altera muito os resultados, vez que estaria comprovada a estabilidade da família. Por todos esses motivos, Luis Felipe Salomão nega provimento ao recurso especial.

Por se tratar de um caso emblemático, a primeira vez que o STJ julgava um caso de adoção entre pessoas de mesmo sexo, todos os Ministros optaram por emitir suas razões de votar, mesmo que brevemente.

Após o voto do Relator, votou o Ministro Aldir Passarinho Junior. O Ministro afirma que a jurisprudência do STJ estaria garantindo os direitos sexuais de pessoas LGBT, para isso diz que já teriam admitido a mudança de sexo no registro de nascimento, a posse e guarda de criança por companheira viúva de uma relação lésbica, divisão patrimonial entre casal de mesmo sexo e a atribuição de efeitos da união estável as uniões entre pessoas de mesmo sexo. É nessa caminhada de mudanças que o Ministro situa mais essa jurisprudência do STJ. O Ministro afirma concordar inteiramente com todo o voto, mas que deseja destacar a primeira parte da fundamentação em que diz respeito à necessidade de proteção maior ao direito à vida e à dignidade dos menores, que no julgar do Ministro estariam muito bem assistidos pelo casal. Encerra seu voto elogiando a qualidade *“dos judiciosos argumentos apresentados por S. Exa.”* (BRASIL, 2010b, p. 24).

Honildo Amaral de Mello Castro, que à época era um desembargador do Tribunal de Justiça do Amapá convocado pelo STJ, foi o terceiro a votar. O Ministro afirma que o caso seria uma *“inovação que se estabelece na relação entre pessoas”* (BRASIL, 2010b, p. 25) e elogia a clareza do voto do Relator. O Ministro concorda integralmente com o Relator, mas acrescenta uma nova fundamentação, o Pacto de São José da Costa Rica que imporia a dignidade da pessoa humana como princípio. Frente a esse princípio, o Ministro não acha justo deixar crianças em albergues ou patronatos, vendo a adoção como uma forma de proteção a esse direito, especialmente quando a adoção for levada nos termos do Relatório Social.

O último Ministro a proferir seu voto foi João Otávio de Noronha. De todos os votos esse é o que se apresenta mais influenciado pelos pânicos morais. De início parabeniza o primor da decisão do TJRS e também a qualidade do estudo realizado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos para compor tal voto. O Ministro diz que o voto traz algumas informações importantes: *“primeiro, que as duas vivem uma relação séria e estável. A assistente social chega*

a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade” (BRASIL, 2010b, p. 27 grifos meus). Essa informação satisfaz sua moral cristã que percebe uma relação saudável como uma relação heterossexual monogâmica.

Enfatiza que a “opção sexual” das mães adotivas não influenciaria a “opção sexual” das crianças, para o Ministro “*a experiência nos mostra que isso não tem nada a ver*” (BRASIL, 2010b, p. 27). Demonstrando, assim, a preocupação do Ministro que as crianças se tornem também homossexuais, a adoção só é permitida porque “isso não tem nada a ver”. Afastado os pânicos morais e provado que a família pode ser assimilada, a heterossexualidade das crianças não estaria ameaçada, o Ministro aborda o segundo ponto: o interesse das crianças. Assim como o Relator, o Ministro constrói o interesse da criança como sendo fundamentalmente material: “*não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos?*” (BRASIL, 2010b, p. 27). O terceiro ponto, apontado seria a falsa convicção de que o casal de lésbicas poderia fazer mal aos meninos. Para o Ministro, famílias de pais heterossexuais têm causado muitos danos também, dano seria causado caso a adoção fosse negada. E lembra, de novo, que a adoção melhora as condições de assistência médica e social.

O posicionamento do Ministério Público do RS também é criticado por João Otávio de Noronha, por se focar apenas nas leis e esquecer o interesse dos menores. O Ministro termina lembrando a todos que é o primeiro caso da Turma no sentido de deferir a adoção por um casal de lésbicas e que estariam fixando uma orientação jurisprudencial.

Findo o voto, o Ministro João Otávio de Noronha faz um esclarecimento, uma resposta antecipada a crítica de que o STJ estaria legislando em matéria de Direito de Família. O Ministro argumenta que no caso do Direito de Família brasileiro, as evoluções são realizadas pelos Tribunais, a lei seria quase sempre posterior, consolidando a posição da jurisprudência. Teria sido assim com o concubinato e a união estável. Ciente desse fato, o Ministro chama atenção para o fato que não estaria legislando, pois não há vedação legal. Estariam apenas preenchendo um vácuo deixado pela ausência da norma.

O discurso do acórdão foi classificado como *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade*. Isso porque não apenas o Relator faz uso da literatura do Direito Homoafetivo, mas também tem o modelo de família e conjugal heterossexual como seu norte valorativo. O Relator se preocupa ainda, em seu voto, em demonstrar como as uniões homoafetivas são similares às heterossexuais, e como aquelas, por se parecerem com estas, não causariam mais danos às crianças.

2.2.2.14 AgRg no REsp 1.120.226

No dia 04 de maio de 2010 foi julgado o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.120.226, pela Segunda Turma do STJ. O Relator foi o Ministro Mauro Campbell Marques.

O caso trata de uma ação curiosa: Ângelo era militar e em novembro de 2003, após se declarar homossexual, foi dispensado. Ângelo se sentiu lesado e buscou a Justiça para receber uma indenização. O Relatório do Ministro Mauro Campbell Marques é muito sucinto e não possui informações sobre a primeira instância. É possível saber apenas que em segunda instância Ângelo obteve sucesso em seu pedido de indenização, mas a União recorreu ao STJ. De forma monocrática, o Recurso Especial foi negado seguimento, dessa decisão monocrática houve o Agravo Regimental.

O Relator inicia seu voto afirmando que assiste razão à parte agravante. E para explicar seu entendimento, transcreve a decisão agravada. Em síntese, a decisão argumenta que não se poderia falar em prescrição do direito após o prazo de 5 anos no caso de violações a direitos humanos fundamentais. Nesses casos não haveria prescrição e transcreve as Ementas de diversos acórdãos de indenização por dano moral e material a militar que sofreu represálias durante o regime militar.

O Relator discorda da fundamentação da decisão monocrática. A indenização seria por danos morais e não por violações de direitos fundamentais realizadas durante o regime militar, dessa maneira os precedentes invocados na decisão monocrática não seriam aplicáveis. Esse movimento afasta o enquadramento de direitos fundamentais para o caso, afastar alguém em função de sua sexualidade seria apenas uma ofensa comum e se aplicaria o prazo de prescrição de 5 anos convencional.

Por outro lado, o Relator aponta que, no caso, a dispensa teria ocorrido em 2003 e a ação teria sido proposta em 2005. Sendo assim, não seria possível se falar em prescrição. E mesmo que por fundamento diferente, a decisão de não dar seguimento ao Recurso Especial ainda deveria ser mantida. Além do Relator, votaram a Ministra Eliana Calmon e os ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin. Todos concordaram com o Relator sem expor suas razões.

Em função da desqualificação do caso como uma violação de direitos fundamentais, classifiquei o acórdão na categoria *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Explícito*.

2.2.2.15 REsp 633.713

O penúltimo caso de 2010 foi o julgamento do Recurso Especial 633.713. O REsp foi julgado em 16 de dezembro de 2010, pela Terceira Turma do STJ. O Relator foi o Ministro Vasco Della Giustina, um Desembargador convocado do TJRS.

Idelber ingressou na justiça contra o espólio de Vicente. Argumenta que haveria vivido uma relação com esse e que, por isso, teria direito a parte de sua herança. Vicente não deixou nenhum herdeiro e sua herança estava sob os cuidados de curador especial, designado para tal. O Juiz acatou o pedido, reconhecendo a existência de uma sociedade de fato entre Idelber e o falecido e realizou a partilha. A curadora especial, representando o espólio do falecido, apelou da decisão ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Em segunda instância, a Oitava Câmara Cível do TJRS deferiu, por maioria, o recurso sob o argumento de que o art. 226, §3º da CFRB/1988 exige a diferença sexual como requisito para a união estável. Argumentou ainda que a relação que existia entre Idelber e Vicente era de empregado-patrão e não uma relação estável. Idelber apresentou embargos infringentes à decisão, que foram julgados a seu favor pela maioria do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS. O 4º Grupo de Câmaras não apenas deferiu o pedido, como utilizou da analogia para aplicar os efeitos da união estável ao caso, instituto diferente daquele utilizado pelo Juiz de primeira instância.

Dessa decisão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs o Recurso Especial, sob a alegação de que a decisão do TJRS haveria violado o art. 226, §3º da CFRB/1988 e às Leis 8971/94, Lei 9278/96 e art. 1363 do Código Civil de 1916. Para o MPRS, a união entre pessoas de mesmo sexo deveria ser reconhecida como sociedade de fato, possuindo direito de receber metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum. O Ministério Público Federal deu parecer opinando de forma contrária ao reconhecimento do recurso, argumentando que não cabe a STJ analisar violação de dispositivo constitucional.

O Relator Vasco della Giustina contextualiza seu voto iniciando com mais um resgate dos argumentos trazidos pelo Ministério Público em seu recurso. Para o Relator, o STJ já teria firmado entendimento, a partir do REsp148.847, de que as relações entre pessoas de mesmo sexo deveriam ser reconhecidas como sociedade de fato. Além disso, para a realização da partilha seria necessário a demonstração do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado. Para reforçar seu argumento, transcreve ainda outros julgados similares, o REsp 773.136, o REsp 648.763 e o REsp 502.995, todos de 2005 e 2006.

Por força dos antecedentes mencionados, o Ministro Relator decide por dar provimento

ao recurso, aplicando o instituto da sociedade de fato para reconhecer a união em questão. O Relator argumenta, no entanto, que não poderia discutir sobre a comprovação do esforço comum, por essa questão não ter sido demandada. Dessa maneira, ordena o retorno dos autos ao TJRS para que apreciem a prova em relação ao esforço comum empregado na formação do patrimônio.

O Ministro se mostra muito preocupado em decidir de acordo com a posição consolidada pelo STJ, isso pode ter se dado pelo fato de ser um Ministro convocado, isto é, que está ocupando temporariamente esse cargo. Porém, a posição que o Ministro mapeou como consolidada, já estava sendo superada pelo Tribunal. Em 2010, data do julgamento do recurso, o STJ já havia decidido pela aplicação dos efeitos jurídicos da união estável às uniões entre pessoas de mesmo sexo, por meio do uso da analogia. É curioso que nenhum Ministro, inclusive a Ministra Nancy Andrighi que havia relatado recursos reconhecendo tais uniões por meio da união estável, se posicionou de forma contrária ao Relator. O recurso obteve julgamento unânime, destoando das conquistas recentes. Seria importante que o Ministro explicasse o que diferencia esse caso, em específico, daqueles outros recentes em que se aplicou a união estável por analogia.

Por que um Tribunal que já decidiu em um sentido, agora está decidindo de outra forma? Se há alguma particularidade, essa não fica muito clara. O Relator dá a entender que a discussão seria meramente patrimonial, o que justificaria a aplicação da sociedade de fato, mas não é isso que dá a entender a Ementa do julgado do TJRS. Mesmo se for o caso, seria importante que esse debate constasse no acórdão, ou que os próprios Ministros questionassem o Relator nesse ponto ou suprissem a lacuna deixada por ele nessa discussão. O que, infelizmente, não ocorreu, deixando a sensação de que um possível retrocesso em relação aos direitos sexuais poderia estar no horizonte.

Esse acórdão ainda é interessante, pois deixa transparecer que, mesmo no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por ser favorável às uniões entre pessoas de mesmo sexo, há divergências sobre a questão. A união só foi reconhecida quando levada a julgamento por um coletivo mais ampliado, o 4º Grupo de Câmaras.

Classifiquei o discurso do presente acórdão como *Liberalismo Assimilacionista e Heterossexismo Implícito* pelo fato do Ministro Relator se esquivar de fazer qualquer tipo de análise mais aprofundada sobre a possibilidade de aplicação das uniões estáveis às uniões entre pessoas de mesmo sexo. Para justificar sua decisão, o Ministro argumenta apenas que essa já seria a posição consolidada pelo STJ, como se a força do passado o impedisse de decidir de forma diferente e ignorando a tendência recente de se utilizar, mesmo que de forma ainda muito

precária, a união estável.

2.2.2.16 REsp 704.803

O último caso de 2010 foi julgado pelo STJ no mesmo dia e sessão que o anterior. Trata-se do REsp 704.803, julgado pela Terceira Turma no dia 16 de dezembro de 2010.

A ação trata da dissolução da união entre Élcio e Tarcísio com a meação. A relação do casal teria durado de 1988 a 1997, o óbito teria ocorrido após o término da relação. A ação foi proposta em 2000, no processo de sucessão de Élcio. Em primeira instância, o Juiz teria reconhecido a existência de uma sociedade de fato ‘*sui generis*’ entre os homens, assegurando a Tarcísio metade dos bens de Élcio.

Os herdeiros de Élcio recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmando que apesar do Juiz ter reconhecido uma sociedade de fato, teria aplicado o regime jurídico da união estável. O TJRS, por unanimidade, deu provimento ao apelo apenas para retirar da meação alguns bens imóveis que haviam sido incluídos de forma errada, rejeitando os outros pedidos e afirmando, explicitamente, o uso do instituto da união estável.

Dessa decisão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul e os herdeiros de Élcio recorreram ao STJ. Em síntese, afirmavam que utilizar a união estável, por meio de interpretação extensiva do art. 226, §3º Constituição, para reconhecer a união entre dois homens violava o art. 1363 do Código Civil de 1916³⁴ e o art. 5º da Lei 9278/96³⁵. Argumentavam ainda que essa decisão contrariava decisão anterior do próprio STJ.

O Ministério Público Federal, por meio do Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada, deu parecer para que a ação não fosse conhecida. Argumentava que não cabia ao STJ julgar o caso, por se tratar de violação a dispositivo constitucional (art. 226, §3º).

O voto do Ministro Della Giustina começa situando a lide: lembra que o TJRS terminou por reconhecer a existência da união estável entre os supostos “companheiros”. Lembra ainda que no caso haveria dois herdeiros que, ao se aplicar a união estável, viram sua herança

³⁴ Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

³⁵ Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito

diminuída em 50% sem que Tarcísio tivesse que comprovar ter realizado esforço comum para adquirir tais bens. A controvérsia jurídica seria, para o Ministro, se a aplicação da união estável para reconhecer uma união entre dois homens estaria violando a Lei.

O relator acredita que sim. Diz que o posicionamento do STJ é no sentido de que as uniões entre pessoas de mesmo sexo deveriam ser reconhecidas pelo instituto da sociedade de fato, posicionamento esse que teria sido consolidado no REsp 148.847 de 1998. Cita ainda os REsp 773.136, 648.763 e 502.995. O Relator desconsidera, assim, a evolução jurisprudencial que ocorreria mais recentemente no STJ em reconhecer as uniões estáveis, como foi realizado no julgamento do REsp 820.475.

Fundado nos julgamentos do STJ apresentados e também com a afirmação de que o pedido original da ação foi de reconhecimento de sociedade de fato e não de união estável, o Ministro Vasco Della Giustina dá provimento ao recurso para reconhecer a sociedade de fato. Retorna ainda o recurso ao Tribunal de origem para que analisem as provas de emprego de esforço comum para somente após isso realizar a divisão do patrimônio.

O voto do Ministro é marcado pela desconsideração da união havida entre Elcio e Tarcísio, sempre afirmando serem supostos e marcando com aspas a palavra companheiros. Mesmo não cabendo ao Ministro realizar juízo sobre os fatos, apenas sobre a tese jurídica, o voto de Vasco della Giustina deixa transparecer que ele suspeita daquela união. Aliás, deixa claro que considera as uniões entre pessoas de mesmo sexo como “inferiores” às uniões heterossexuais. Como ele mesmo diz, as uniões entre pessoas de mesmo sexo “*quando muito, configuraria constituição de sociedade de fato*” (BRASIL, 2010f, p. 9 – grifos meus). Há uma má vontade em reconhecer tais uniões e a expressão “quando muito” permite interpretar que, talvez, o Ministro preferiria nem reconhecer as uniões. Por essa razão, classifiquei o acórdão no tipo *Conservadorismo Judicial e Heterossexismo Explícito*.

Participaram do julgamento a Ministra Nancy Andrichi e os Ministros Massami Uyeda e Paulo de Tarso Sanseverino, todos acompanharam o relator sem exprimir suas razões de voto, mesmo possuindo votos que divergem desse entendimento. O julgamento foi unânime para reconhecer a sociedade de fato.

Quadro 02 – Síntese do Período 2003 a 2010

#	Recurso ou Ação	Tribunal	Relator(a)	Tipo de Discurso	Direitos
1	REsp 323.370	STJ	Barros Monteiro	Conservadorismo judicial	Julgamento em

				e heterossexismo explícito	Vara de Família
2	HC 85359	STF	Joaquim Barbosa	Outro	Realização de Novo Interrogatório
3	REsp 502.995	STJ	Fernando Gonçalves	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Julgamento em Vara de Família
4	REsp 613.374	STJ	Nancy Andrighi	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Indenização por Danos Morais
5	REsp 395.904	STJ	Hélio Quaglia Barbosa	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Pensão Post-Mortem
6	REsp 238.715	STJ	Humberto Gomes De Barros	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Inclusão no Plano de Saúde
7	REsp 773.136	STJ	Nancy Andrighi	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
8	REsp 648.763	STJ	Cesar Asfor Rocha	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
9	REsp 1.063.304	STJ	Ari Pargendler	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Indenização por Danos Morais + Configuração como Ato Ilícito
10	REsp 820.475	STJ	Antônio De Pádua Ribeiro	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Reconhecimento de União Estável
11	AgRg no Ag 971.466	STJ	Ari Pargendler	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Inclusão no Plano de Saúde
12	REsp 1.026.981	STJ	Nancy Andrighi	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Pensão Post-Mortem + Reconhecimento de União Estável
13	REsp 889.852	STJ	Luis Felipe Salomão	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Adoção Conjunta
14	AgRg no REsp 1.120.226	STJ	Mauro Campbell Marques	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Indenização por ter sido afastado por ser homossexual

15	ED no REsp 1.026.981	STJ	Nancy Andrighi	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Pensão Post- Mortem + Reconhecimento de União Estável
16	REsp 633.713	STJ	Vasco Della Giustina	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
17	REsp 704.803	STJ	Vasco Della Giustina	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

2.3 O Período de 2011 e 2012

2.3.1 Contextualizando o Momento

Os anos de 2011 e 2012 foram marcados por fortes embates e tensões a respeito das temáticas de sexualidade e gênero no cenário nacional.

Desde as eleições de 2010, na qual a Presidenta Dilma foi eleita, as tensões já começavam a se mostrar. Essas eleições presidenciais se mostraram peculiares por uma série de fatores, primeiro pelo fato de que pela primeira vez no Brasil duas das principais personagens do pleito eleitoral eram mulheres (Dilma e Marina Silva). Até o presente momento as eleições presidenciais tinham sido marcadas pela presença massiva de homens, nessa, José Serra foi o único homem a disputar um lugar de destaque comparável a Marina e Dilma. Segundo, as eleições presidenciais de 2010 tiveram como ponto nodal as questões de gênero, sexualidade e religião, esse fato se tornou mais explícito pela centralidade que o debate sobre aborto ganhou (VITAL; LOPES, 2012).

Desde o primeiro turno oposição Serra e Dilma, que se consolidou no segundo turno do pleito presidencial, foi construída por determinado setor da mídia e pela candidatura de Jose Serra como uma oposição entre uma “abortista” e um candidato contrário ao aborto (VITAL; LOPES, 2012). A candidatura de Dilma sofreu diversos ataques por setores religiosos, evangélicos e católicos produziram vídeos e cartilhas recomendando que não se votasse na candidata petista. Segundo Vital e Lopes (2012) foi possível identificar que a partir desses ataques a campanha de Dilma ao longo do tempo recrudescceu, cedendo às pressões religiosas.

Inicialmente, em agosto de 2010, Dilma respondeu aos ataques de forma ainda moderada com a “Carta Aberta ao Povo de Deus” em que pouco se comprometia ou posicionava. Três dias antes das eleições, Dilma reuniu-se com 24 líderes evangélicos e católicos para “desmentir boatos”. A análise das falas e termos escolhidos pela candidata a partir desse momento mostrariam o recrudescimento de sua campanha:

Além da revelação de sua identidade cristã e da recorrência ao verbo testemunhar, fundante da própria experiência evangélica, a candidata, ao dizer ‘Eu jamais usaria o nome de Cristo em vão’, responde à ‘onda de boatos’ com uma referência a um mandamento bíblico. Na matéria da Agência Brasil ‘Dilma diz que não vai propor flexibilização na legislação sobre aborto’, outra afirmação da candidata chama a atenção: ‘Me comprometi que, em caso de haver um governo meu, ele ouvirá sistematicamente os grupos religiosos. Essa parceria é estratégica para nós’. Acompanhada pelos líderes religiosos que, na ocasião dessas falas, estavam dispostos de pé atrás dela, Dilma assumiu de vez o tema em sua campanha. [...] Além desse evento, no dia anterior o bispo Macedo publicou em seu blog uma mensagem defendendo Dilma ‘das mentiras espalhadas pela Internet’ (VITAL; LOPES, 2012, p. 89).

No segundo turno o debate sobre o aborto e a influência da religião continuou a marcar as discussões. Como Vital e Lopes (2012) lembram, na estreia dos programas eleitorais do segundo turno José Serra aparece afirmando que desejaria ser um presidente a defender os valores da família brasileira, os valores cristãos e o respeito à vida. A candidata Dilma, por sua vez, teria agradecido à Deus pela graça de ter ido ao segundo turno. No dia 15 de outubro de 2010, a presidenciável Dilma soltou mais uma carta, dessa vez intitulada “Mensagem da Dilma”.

Em tal mensagem a então candidata se pronunciou sobre alguns temas considerados polêmicos e firmou mais uma vez seu compromisso com as demandas de grupos religiosos. Dilma afirmou que é pessoalmente contra o aborto, que não proporia legislações favoráveis ao aborto ou sobre temas concernentes à família e a livre expressão religiosa. Sobre o PNDH 3, apontou que não promoveria nenhuma iniciativa que afrontaria à família, respondendo indiretamente as críticas de Malafaia e Bolsonaro que esse Plano seria parte da “agenda gay”. Se pronunciou ainda em relação ao PLC 122/2006, que criminalizaria a homofobia, dizendo que se fosse aprovado pelo Senado durante seu governo, a candidata sancionaria o projeto, vetando qualquer artigo que violasse a liberdade de crença, culto e expressão.

A articulação religiosa marcou não apenas a campanha presidencial. Segundo Ciconello (2011) nas eleições de 2010 a bancada evangélica teria quase dobrado, passando de 36 parlamentares para 73. Sendo que dos 36 parlamentares que compunham essa bancada na legislatura anterior, 34 teriam sido reeleitos. Todos esses fatores criaram um cenário nos Poderes Executivo e Legislativo Federal extremamente resistente as temáticas de gênero e

sexualidade. Essa mesma legislatura é marcada pela eleição de um dos primeiros homens abertamente gays e defensores dos direitos sexuais de pessoas LGBT, o Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ).

Esse cenário de articulações políticas com setores religiosos e conservadores da sociedade cobrou seu preço durante o governo Dilma. Desde o final do ano de 2010 começava a circular pela mídia algumas notícias sobre a produção de um material, a ser distribuído nas escolas públicas federais, para incentivar o combate a homofobia e a promoção da diversidade sexual. O material era parte da implementação do Programa Brasil Sem Homofobia e foi encomendado pelo Ministério da Educação à ONG paulista ECOS. Compunha o material: o Caderno Escola Sem Homofobia, voltado para o professor, trazia conteúdo teórico, propostas de dinâmicas e formas de uso dos outros materiais; seis Boletins Escola Sem Homofobia voltados para o aluno, em que traziam informações sobre sexualidade e homofobia de forma compreensível; três DVDs com materiais audiovisuais e guias para discussão dos vídeos; um cartaz divulgando o kit para as escolas; cartas de apresentação do material o/a gestor(a) e para o/a educador(a).

Foi apenas em 2011 que esse tema ganhou os holofotes com os deputados Jair Bolsonaro (PP/RJ), Feliciano (PR/SP) e o Senador Magno Malta (PR/ES) fazendo pronunciamentos inflamados intitulando o material produzido de “kit gay”. O debate se estendeu durante grande parte do primeiro semestre de 2011, até que a Bancada Evangélica, em meados de maio, declarou que não votaria nenhum projeto na câmara até que o governo recolhesse todos os vídeos e materiais produzidos para o “kit gay” (VITAL; LOPES, 2012). Por pressão das bancadas evangélicas e outros setores conservadores do Congresso Nacional e da sociedade a Presidenta Dilma, no dia 25 de maio de 2011, vetou a distribuição do kit, alegando que seu governo não faria propaganda de nenhuma “opção sexual” e ainda revelando, em entrevistas, que não conhecia por completo o material (VITAL; LOPES, 2012). Mello e outros (2012) avaliam que o fortalecimento ao combate do “kit-gay” é uma na realidade uma reação dos evangélicos e outros setores conservadores à decisão do STF no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, que reconheceu as uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo.

A bancada evangélica também tentou atacar a decisão do STF por meio do Projeto de Decreto Legislativo 224/2011 de autoria do Deputado João Campos (PSDB/GO), a época líder da Frente Parlamentar Evangélica. O PDC 224/2011 se aprovado sustaria os efeitos da decisão do STF, argumentavam os Deputados que o STF teria legislado em sua decisão, o que extrapolaria a competência do Tribunal e invadiria a competência exclusiva do Congresso Nacional. O projeto foi proposto no mesmo dia do veto presidencial do “kit-gay”, no entanto,

no dia 07 de junho recebeu veto da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por se tratar de projeto flagrantemente inconstitucional³⁶.

Em fevereiro de 2012 outro veto a materiais informativos e didáticos sobre questões LGBT se fez presente. O Ministério da Saúde determinou a retirada de um vídeo da internet sobre prevenção ao HIV/AIDS. O vídeo fazia parte de uma campanha do Departamento de DST, AIDS e Hepatites virais para o carnaval daquele e era voltado a jovens gays de 18 a 24 anos. Segundo Mello e outros (2012) tudo levaria a crer que a decisão foi motivada por pressão de grupos religiosos, o posicionamento oficial do Ministério da Saúde, no entanto, alega apenas que o vídeo não teria sido produzido para circulação na internet.

O governo Dilma manteve em funcionamento as novas institucionalidades criadas a partir do governo Lula. Todavia, Leandro Colling (2013), a partir de pesquisa de Mata-Machado sobre o Conselho de Cultura, lança a hipótese de que se no governo anterior houve um processo de incorporação dos movimentos sociais pelo Estado brasileiro, no atual governo “*os conselhos foram criados a partir do rescaldo dos movimentos e apenas para legitimar as políticas estatais*” (COLLING, 2013, p. 424). Para Colling, que também participou do Conselho Nacional LGBT representando a Associação Brasileira de Estudos da Homocultura (ABEH), o Governo Federal ainda não reconheceria o Conselho Nacional LGBT como um órgão pelo qual as discussões sobre políticas LGBT deveriam passar. Afirma que uma série de ações referentes à políticas LGBT da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, que sedia o próprio conselho, seriam tomadas à revelia do Conselho Nacional LGBT.

Diz ainda que há um reconhecimento, por parte do movimento social LGBT, de que o Conselho seria governista. O autor identifica algumas das razões pelas quais essa acusação é feita, são elas:

1) as pessoas do movimento LGBT e as pessoas que hoje ocupam cargos no governo federal que já foram do movimento e são amigas há muitos anos. Isso certamente, subjetivamente, ameniza o tom crítico de quem está hoje apenas representando o “lado” da sociedade civil; 2) o movimento LGBT brasileiro é quase que exclusivamente financiado pelo poder público. Não conseguimos captar recursos entre a própria comunidade e a iniciativa privada. Logo, é óbvio que isso gera consequências, desejadas e indesejadas, nas relações entre sociedade civil organizada e governos; 3) especialmente a partir do primeiro governo Lula, tanto as pessoas que ocupam os principais cargos no governo quanto as lideranças dos movimentos são do mesmo partido político, da mesma base aliada ou daquilo que chamados precariamente de “campo da esquerda”. Como outras pesquisas já apontaram, isso causou impactos em diversos movimentos sociais, não apenas para o LGBT. Além disso, é preciso frisar que concordar com o governo nem sempre é algo negativo, pois muitas vezes as ações do governo compactuam com as desejadas pela sociedade civil (COLLING, 2013, p.

³⁶ Para informações sobre a tramitação do PDC 224/2011 ver: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503973>>

424).

Outro marco de 2011, foi a realização das etapas municipal, estadual e federal da 2ª Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos de LGBT no segundo semestre do ano. A Conferência teve a oportunidade de avaliar os avanços e retrocessos que aconteceram no governo Lula e no primeiro do ano do governo Dilma.

O projeto de Maria Berenice Dias de criação das Comissões de Diversidade Sexual, iniciado no período passado, nesse período foi consolidado e ampliado. No dia 22 de março de 2011 se deu a Criação da Comissão Nacional de Diversidade Sexual na OAB Federal (DIAS, 2011). Ainda segundo a mesma autora, até a data em que o texto de seu livro teria sido fechado, foi possível identificar 49 Comissões da Diversidade Sexual nas seccionais da OAB do país. Demonstrando, assim, o reconhecimento do trabalho da ex-Desembargadora e também da importância do tema. Isso acena ainda para a constituição de um novo mercado de trabalho dentro do Direito, o do Direito Homoafetivo.

Há um total de 34 novas propostas legislativas no Congresso Nacional sobre direitos sexuais de pessoas LGBT no ano de 2011 (OLIVEIRA, 2013). Esse é o maior número de propostas em um único ano, Oliveira (2013) atribui esse número grande a sistematização das demandas do movimento LGBT por meio das Conferências. No entanto, acredita ainda que as reações antagônicas que surgiram pelos setores conservadores e evangélicos também elevam esse número, uma vez que são os parlamentares representantes desses setores os autores de várias das propostas mapeadas pela autora. Sustenta ainda que apesar desse grande número de propostas legislativas (favoráveis e contrárias), nenhuma proposta que explicitamente garanta direitos sexuais para pessoas LGBT teria sido aprovado no ano de 2011 (OLIVEIRA, 2013).

2.3.2 Descrição dos Casos, Classificação e Análise

2.3.2.1 REsp 1.244.395

O ano de 2011 é sem dúvida o mais prolífico para a pesquisa, concentrando 12 casos e alguns dos mais relevantes para a pesquisa.

O primeiro acórdão do ano foi o que resultou do julgamento do REsp 1.244.395, julgado pela Segunda Turma do STJ no dia 26 de abril. Trata-se de uma ação de pensão por morte requerida pelo companheiro de um servidor militar.

Em primeira instância o Juiz reconheceu a existência da união estável e realizou sua dissolução pela morte para garantir ao companheiro sobrevivente o direito à pensão por morte. A União recorreu ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região que reverteu a decisão. Vladimir opôs Embargos de Declaração que foram rejeitados e, posteriormente, ingressou com o Recurso Especial que gerou o acórdão em análise. Argumenta que comprovou a união estável e por isso faria jus à pensão por morte de seu companheiro, alegou que a decisão do TRF 2ª Região haveria violado o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil (LICC), que define que o Juiz deverá atender aos fins sociais da Lei ao realizar sua aplicação e aos arts. 1º, III, 5º, caput³⁷ e 226 §7 da CFRB, artigos que segundo o recorrente vedariam a discriminação ora ocorrida.

O voto do Relator, o Ministro Mauro Campbell Marques, foi extremamente curto. Inicia rebatendo a violação ao art. 5º LICC. Segundo o Ministro, essa não teria sido discutida no acórdão recorrido, o que impediria de discutir no Recurso Especial.

O segundo ponto abordado é o fato de que, na opinião de Campbell Marques, o Tribunal de origem não ter reconhecido o benefício pleiteado dada a lacuna constitucional no que tange a união estável homoafetiva. O Ministro reconhece, ao citar o acórdão recorrido, que não se poderia nem criminalizar nem proibir uniões homoafetivas, “*o que, aliás, seria de todo absurdo, antidemocrático e absolutamente contrário à regra geral da não discriminação*” (BRASIL, 2011a, pág. 5), mas nem por isso compreende as uniões homossexuais da mesma maneira como as relações entre homens e mulheres. O trecho do acórdão recorrido citado pelo Relator explica a diferenciação a partir de um raciocínio estranho e tortuoso:

para bem responder a essas indagações cumpre desde logo chamar a atenção para o fato de que o *discrimen* contido na Lei Maior, ainda que passível de críticas por sua inspiração no Direito Canônico e na doutrina judaico-cristã, historicamente avessos aos relacionamentos desinteressados do intuito procriador, não se limita apenas ao âmbito das uniões homoafetivas, pois igualmente vedadas pela Constituição e legislação vigentes são as uniões incestuosas, que jamais obtiveram - pouco importando se por preconceito social ou moralismo religioso -, seja no ordenamento jurídico pátrio, seja nos alienígenas, qualquer reconhecimento para fins previdenciários ou sucessórios (BRASIL, 2011a, pág. 5).

O Ministro-Relator termina seu voto afirmando que a decisão originária não reconhece a pensão em função da lacuna constitucional relativa a aplicação da união estável entre pessoas

³⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

de mesmo sexo, isto é, não haveria uma norma na Constituição que autorizasse que as pessoas de mesmo sexo constituíssem uma união estável. Esse fundamento seria, por si só, suficiente para sustentar a decisão e não teria sido atacado por Recurso Extraordinário. Dessa maneira, o relator aplica a Súmula 126 do STJ para justificar que o REsp não deveria prosperar. Além disso, o Ministro argumenta que por se tratar de discussão constitucional, não caberia ao STJ discutir. Decide por não conhecer do recurso.

A decisão foi unânime. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin. É importante observar que essa decisão decorre da Segunda Turma, os debates e acórdãos que vinham reconhecendo a aplicação da união estável por analogia as relações entre pessoas de mesmo sexo derivam das turmas que compõe a Segunda Seção, isto é, a Terceira e Quarta Turma. A Sexta Turma também já havia se pronunciado sobre a questão de pensão *post-mortem* derivada de relações entre pessoas de mesmo sexo de forma favorável, todavia, pelo fato do caso tratar de um servidor militar, a competência foi atraída para uma das Turmas da Primeira Seção, que nunca havia julgado um caso similar. O fato da Turma nunca ter julgado casos similares não é uma “desculpa” para que não conheça da jurisprudência das outras Turmas, pelo contrário, só aumenta a omissão nesse julgado que não buscou saber como o próprio Tribunal estava decidindo sobre estas questões. Infelizmente, é de se reconhecer que houve, em meu entendimento, no julgado também um erro estratégico do advogado, que não ingressou com um Recurso Extraordinário ao STF, dando brecha para que o Relator aplicasse a Súmula 186 para se encerrar o caso.

Classifiquei o discurso contido no acórdão segundo a tipologia do *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*, uma vez que o Relator, sob o argumento de uma aplicação da Súmula do Supremo e frente à lacuna da Lei, não poderia decidir de forma diferente, negando, assim, a possibilidade de concessão de um direito que já havia sido anteriormente concedido pelo mesmo STJ.

2.3.2.2 ADPF 132 e ADI 4.277

No dia 04 de maio de 2011 teve início no pleno do Supremo Tribunal Federal o julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Esse julgamento foi considerado histórico e marcou os direitos sexuais de pessoas LGBT. Em função do reconhecimento da importância do julgamento pelos Ministros, todos exprimiram seus votos com fundamentos, o que produziu um acórdão

que foge em muito dos padrões, com o total de 274 páginas.

A ADPF 132 foi proposta em 2008 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Conforme consta no Relatório do Ministro-Relator Ayres Britto, a ADPF argumentava que a interpretação dada a determinados artigos e incisos do Estatuto dos Servidores Cíveis do estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/1975) implicava em efetiva redução de direitos de pessoas homossexuais, dizia ainda que haveria no estado do Rio de Janeiro, e em outros estados, decisões judiciais negando direitos pacificamente reconhecidos a pessoas homossexuais. O pedido teria sido motivado por haver uma série de controvérsias administrativas e judiciais sobre os direitos de servidores estaduais homossexuais, especialmente em relação a previdência e assistência social, bem como às licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge.

O Governador do RJ pede, então, que: (a) se declare em sede de liminar a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas à união estável; (b) ainda em liminar que suspenda os processos e os efeitos de decisões judiciais em sentido oposto; no mérito pede que (c) se aplique o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas por analogia. Em uma estratégia para evitar que a ação não tenha efeitos, a petição conta com um pedido alternativo. Caso os Ministros entendam que a ADPF não é forma correta para realizar os pedidos, o Governador pede ainda que a ação seja recebida como uma ADI para que se aplique a interpretação conforme a Constituição ao Decreto-Lei 220/1975 e ao art. 1723 do Código Civil para se reconhecer a possibilidade da aplicação da união estável no reconhecimento das uniões homoafetivas.

O fundamento jurídico do pedido teria sido baseado na principiologia jurídica e constitucional, principalmente nos princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade.

Ayres Britto relata que antes de julgar o caso pediu informações ao Governador e à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e também aos Tribunais Estaduais. A Assembleia teria informado que o Estado do RJ possui a Lei Estadual 5034/2007 que garante a companheiros homossexuais o direito à inclusão como dependente dos servidores públicos para fins previdenciários. Dos Tribunais que responderam Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná teriam afirmado se posicionar majoritariamente favoráveis a equiparação da união homoafetiva à união estável. Os Tribunais do Distrito Federal e de Santa Catarina teriam se posicionado contra tal reconhecimento. Os Tribunais de Tocantins, Sergipe, Pará e Roraima teriam respondido que não possuem demandas de reconhecimento de uniões homoafetivas. O TJBA teria respondido se posicionando de forma contrária a ADPF, a divergência de

posicionamentos, de fato, existiria, mas deveria ser combatida por meio dos recursos cabíveis e não uma ação originária como a ADPF. Tanto a Advocacia-Geral da União, por meio do então advogado-geral da União Dias Toffoli, quanto o Procurador-Geral da República, por meio da Vice Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, se posicionaram favoráveis à ADPF.

Além da ADPF 132, foi julgada de forma simultânea a ADI 4.277. Segundo Ayres Britto, esse julgamento conjunto se justificaria pela coincidência total ou parcial dos objetos. A ADI 4.277 foi proposta, em 2009, pela Procuradoria-Geral da República, por meio da então Procuradora-Geral da República Deborah Duprat. Originalmente também foi proposta como uma ADPF (ADPF 178), mas o Ministro Gilmar Mendes a recebeu como ADI, para, assim, como na ADPF 132, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil.

O propósito dessa ação era mais amplo que o da ADPF 132 (DIAS, 2011). Deborah Duprat argumentava pela obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas de mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes os requisitos para a constituição da união estável. Buscava que fossem estendidos às uniões homoafetivas todos os direitos, e na mesma medida, que existem para as uniões estáveis heterossexuais. Também houve solicitação de informações nessa ação, em que a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República ratificaram as posições já relatadas anteriormente.

Ayres Britto informa que em função da importância da discussão teria aceito nada menos que 14 *amici curiae*³⁸ e o Ministro Gilmar Mendes teria aceito outros tantos na ADI 4.277 que se agregariam a esse julgamento. Grande parte dos *amici curiae* teriam feito defesas apaixonantes do reconhecimento das uniões homoafetivas e do combate à discriminação por orientação sexual, afirma o relator. O Relator deixa de mencionar as defesas da Associação Eduardo Banks³⁹ e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que se posicionaram contrárias as duas ações, que também participaram como *amicus curiae*.

Ayres Britto, o relator, inicia seu voto analisando o pedido da ADPF 132 sobre a extensão dos direitos previdenciários para companheiros de mesmo sexo de servidores estaduais, por meio da equiparação da união homoafetiva com a união estável. Para o Ministro,

³⁸ *Amicus Curiae*, no plural *amici curiae*, é uma forma que a sociedade civil possui de intervir em processos de controle de constitucionalidade. Os *amici curiae* não se tornam parte no processo, apenas interessados que podem se pronunciar, auxiliando os Ministros a formarem sua opinião. A entidade que desejar atuar como *amici curiae* deve comprovar sua representatividade e legitimidade para se posicionar sobre a questão em debate. O fundamento legal dessa forma de atuação se encontra no art. 7º, §2º da Lei 9868/99.

³⁹ Não encontrei um site oficial ou outro canal oficial de informações da Associação. Uma busca no google indica, por meio de diversas notícias em jornais, que a Associação Eduardo Banks atualmente se chama A Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana. Segundo entrevista na revista Carta Capital (MARTINS, 2013) com o fundador da associação, o próprio Eduardo Banks, a associação teria se posicionado no STF favorável ao veto das biografias não autorizadas. Haveria ainda uma controvérsia sobre a participação da associação na proposição de um Projeto de Lei que proporia indenização aos herdeiros dos donos de escravos.

já haveria Lei Estadual que garantiria esse direito, dessa maneira em relação a esse ponto haveria perda do objeto da ação.

Sobre o segundo pedido, em relação a incompatibilidade de diversas decisões administrativas e judiciais de diversos entes federados com princípios da Constituição, o Relator percebe que a ação seria cabível. Aliás, diz que não é novidade essa incompatibilidade e que nos julgamentos de uniões homoafetivas haveria sempre o risco de misturar-se a dimensão subjetiva dos valores do juiz, com a dimensão objetiva do direito que se deve aplicar, dessa maneira, faria sentido o STF se pronunciar sobre o assunto.

Os pedidos constantes na ADPF 132, para Ayres Britto, estariam encampados pela ADI 4.277. Em decorrência desse fato, da perda do objeto parcial da ADPF e também do fato da própria ADPF contar com pedido subsidiário de ser reconhecida como ADI, o Ministro converte a ADPF em ADI. Sustenta seu feito com referência ao julgado de Gilmar Mendes em relação a ADI 4.277, que originalmente era uma ADPF e outros julgados da Corte.

Ayres Britto reconhece a importância da oportunidade do STF opinar sobre as uniões entre pessoas de mesmo sexo, uma vez que percebe a força que o preconceito contra pessoas homossexuais tem em nossa sociedade. Nas palavras do Ministro: *“nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”* (BRASIL, 2011b, p. 20).

Ainda analisando questões preliminares, o Relator se pergunta sobre a legitimidade das partes para propor ambas ADI. Entende que tanto o governador possui legitimidade, pois a correta aplicação da norma estadual dependeria do Direito Civil e Constitucional, quanto a Procuradoria-Geral da República, por ter como função a defesa de toda a ordem jurídica, seriam competentes e teriam afinidade temática. Encerra, assim, a análise de questões preliminares e passa a analisar as questões de mérito.

O Relator abre a análise do mérito com a afirmação de que *“merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações”* (BRASIL, 2011b, p. 22). O Ministro antes de passar a sua argumentação propriamente dita, faz algumas considerações sobre o termo “homoafetividade”. Reconta que o termo teria sido cunhado pela ex-Desembargadora Maria Berenice Dias, mas o termo teria se espalhado, chegando a ser dicionarizado pelo Aurélio. O Ministro tem apreço pelo termo e chega inclusive a cunhar o seu próprio: heteroafetividade.

Ayres Britto pretende argumentar que a sexualidade *“integra a autonomia da vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa”* (BRASIL, 2011b, p. 32). Para isso, realiza uma discussão sobre a natureza do sexo, da sexualidade e da homossexualidade. O objeto de análise do Ministro é o inciso IV do art. 3º da Constituição, o

qual afirma o dever de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora se já é sabido que a Constituição veda a discriminação em função a sexo, resta-se saber o que significaria o termo “sexo”. Primeiramente, Ayres Britto diz que sexo abarcaria duas dimensões: a do ser, isto é daquilo que distingue os homens das mulheres; e a da genitália, o órgão que seria biologicamente utilizado para identificar e separar homens de mulheres. Para o Ministro essas duas dimensões seriam um todo indiviso, impossível de se dissociar o órgão e a pessoa. Ayres Britto ainda faria uma segunda incursão, desta vez, em relação às funções do sexo, isto é, da genitália: estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Britto entende que o sexo não diz respeito apenas à reprodução, na verdade diz que talvez a dimensão que prevaleça seja a do instinto sexual ou libido que, para esse, teriam como ponto de partida as relações afetivas.

A “preferência” ou “orientação” sexual dos seres, na opinião do Ministro, estariam ligadas aos usos do sexo. A sexualidade faria parte dos dados elementares da criatura humana, corresponderia a *“um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano”* (BRASIL, 2011b, p. 30). Britto vê a heterossexualidade como natural e a homossexualidade também. Cita Carl Jung, sem fazer referência a obra específica, para fazer uma defesa de que a homossexualidade não configuraria uma anomalia patológica, mas uma identidade psíquica.

Retornando ao Direito, o Ministro diz que a Constituição é omissa sobre as modalidades de uso do sexo. Esse silêncio seria intencional para garantir o livre arbítrio das pessoas. Mas já haveria a previsão expressa da proteção em algumas Constituições Estaduais como a do Sergipe e Mato Grosso e em outros ordenamentos jurídicos. A Constituição não distinguiria homem de mulher, nem excluiria qualquer modalidade de uso concreto da sexualidade. Pela sexualidade (e a homossexualidade) ser algo natural, o próprio direito deveria tomar cuidado para não regular o irregular. Apenas seria legítimo se regular quando a sexualidade se configurasse como um desvio ético-social, tais como na pedofilia e no incesto, ou quando essa negasse a sexualidade da outra pessoa, como no estupro.

Nessa interpretação, Ayres Britto afirma que a preferência sexual emanaria diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Como argumenta o Ministro: “se as pessoas de preferências 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” (BRASIL, 2011b, p. 31). Assim, o Ministro Relator alcança o ponto que

desejava, configura a sexualidade como fazendo parte do direito da autonomia da vontade. O Ministro ainda diz que esse Direito, que integra o direito de liberdade, se concretizaria pelos direitos à intimidade e a privacidade. Há aqui um salto qualitativo, como apontado pelo próprio Ministro, deixa-se de falar apenas da proibição de preconceito para se proclamar o próprio direito à concreta liberdade. Opera, assim, um movimento de ativismo judicial em prol da diversidade sexual e dos direitos sexuais.

Pela interpretação constitucional dada por Ayres Britto, para que a sexualidade humana não seja protegida pelos princípios mencionados na argumentação, seria necessária previsão expressa na Constituição, excluindo-se esta proteção. Coisa que não há. Após essa exposição, o Ministro reconhece que sua argumentação foi extensa e opta por realizar uma síntese.

Encerrada a síntese, Ayres Britto passa para o segundo momento do voto. O relator se pergunta se a Constituição Federal nega “*aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos*” (BRASIL, 2011b, p. 36). Para responder a essa pergunta realiza uma análise do conceito de família na Constituição.

Analisando texto do artigo 226 e de seus parágrafos, Aires Britto argumenta que a Constituição brasileira foca na família, sem se importar se essa é formal ou informalmente constituída ou se é integrada por casais hétero ou homossexuais. A família seria mais do que um instituto jurídico, mais do que uma instituição privada constituída pela vontade de dois indivíduos. Seria uma instituição social e o próprio “*locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada, além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo ‘inviolável do indivíduo’*” (BRASIL, 2011b, p. 39). A família teria outras funções também como auxiliar o Estado a garantir a educação, o cuidado com os idosos e as crianças.

Sobre a natureza da família, o Ministro acredita que seja vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros. Essas funções e características da família é que a credenciarium a ser destacada na Constituição como a “base da sociedade”. A sociedade, assim como a família, desejaria ser estável, afetiva, solidária e espiritualmente solidária. Essa seria a concepção de família que estaria encampada no art. 226 *caput*.

Interpretando a família para além do art. 226, o Ministro aponta que nas mais diversas vezes que a família é mencionada na Constituição, nenhuma vez aparece a proibição ou a distinção entre famílias heterossexuais e homoafetivas. E comprova isso por meio da citação dos artigos. Para Ayres Britto

[...] sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser (BRASIL, 2011b, p. 41 - grifos no original)

O Ministro ainda sustenta a forte afirmação de que compreender o conceito de família por uma forma reducionista seria o mesmo que forçar a Constituição a possuir um discurso preconceituoso ou homofóbico. Demonstrando, mais uma vez, sua posição ativista.

Entendida a noção de família que a Constituição adotaria, o Relator passa a interpretar os parágrafos do art. 226 por meio dessa noção. Afirma que há um deslocamento em relação à última Constituição. Em relação aos dois primeiros parágrafos, argumenta que a Constituição de 1988 traria um deslocamento da proteção do casamento para a família. O casamento seria uma forma de constituição da família protegida e legitimada, mas não seria a única forma ou a principal como antes. Não haveria uma hierarquia entre as formas de se constituir família. Nota ainda que a Constituição ao falar do casamento não faz a menção a ser constituído por homem e mulher.

Na realidade toda a polêmica jurídica versa sobre o parágrafo terceiro. Ao interpretar tal parágrafo o Ministro faz três observações. A primeira é a de que o parágrafo continuaria a mesma lógica que percorreria os dois primeiros parágrafos e que esse terceiro seria um incentivo ao casamento como uma forma de “*reverência a tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental*” (BRASIL, 2011b, p. 45).

A segunda observação é sobre a tão falada menção explícita da união se dar entre homem e mulher. Na interpretação do Ministro, essa menção, que não encontra paralelo em nenhum outro lugar da Constituição, seria tão-só para afirmar a horizontalidade da relação. O Ministro diz que a Constituição reconhece que há um ranço de patriarcalismo em nossa sociedade que faz com que muitas uniões informais se deem de forma hierárquica e que as mulheres que vivem nessas uniões sofram comentários que poderiam ferir a honra. A menção seria uma proteção às mulheres, uma reforço à afirmação os direitos e deveres são exercidos igualmente por ambas as partes do casal, mesmo que fora do casamento. Num jogo de palavras Britto afirma que aplicar a esse parágrafo terceiro a interpretação reducionista que impediria o reconhecimento das uniões homoafetivas seria a forma “*mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz*” (BRASIL, 2011b, p. 46).

A terceira observação é em relação ao termo entidade familiar. Ayres Britto reafirma aqui que não há hierarquia nas formas de se constituir família, conforme está previsto na Constituição. A entidade familiar não seria uma forma inferior de família, mas um sinônimo

perfeito para família. Dá ainda exemplos de outros usos da palavra entidade. A Constituição ora falaria em autarquia, ora em entidade autárquica, todavia a doutrina jurídica jamais teria ousado fazer uma diferenciação entre ambas. Da mesma forma, não seria possível se fazer entre família e entidade familiar.

O Ministro ainda argumenta que casamento e união estável são institutos jurídicos diferentes, cada qual com suas exigências jurídicas. Todavia, constituiriam família da mesma forma. Ayres Britto faz uma afirmação polêmica, diz que para nenhum dos dois institutos haveria a interdição à possibilidade de ser protagonizada por pessoas de mesmo sexo. Essa afirmação poderia levar a interpretar que Britto estaria dando “dois direitos pelo preço de um”, não apenas a união estável estaria sendo conquistada, mas também o direito ao casamento. Tal forma de agir é mais um sinal da posição ativista do Ministro em seu voto.

Britto ainda interpreta o parágrafo quarto, para lembrar que a Constituição também protege as famílias monoparentais, que poderiam ser compreendidas, não apenas como pai/mãe e um(a) filho/a, mas também por um tio e um sobrinho, uma avó e uma neta. Ao interpretar esse parágrafo, o Relator afirma, e destaca em negrito sua afirmação, que não seria lícito impedir pessoas homossexuais, sozinhas ou o casal, de adotar filhos. Mesmo em casos de adoção internacional essa discriminação não seria tolerada.

Por toda essa argumentação, o Ministro Ayres Britto decide por dar uma interpretação segundo a Constituição ao art. 1723 do Código Civil para que exclua dele qualquer interpretação que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. O reconhecimento, na decisão do Ministro, se daria “*segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável homoafetiva*” (BRASIL, 2011b, p. 49).

O Ministro Ayres Britto foi o único a votar no primeiro dia do julgamento. O extrato da ata dá conta de que as falas dos *amici curiae* foram realizadas nesse dia. Foram ouvidas 9 pessoas, que representaram 10 *amici curiae*, além dos representantes das partes das ações e da Advocacia-Geral da União. É importante destacar a presença da ex-desembargadora Maria Berenice Dias, realizando a sustentação pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Infelizmente, as falas não se encontram transcritas no acórdão para serem analisadas e descritas⁴⁰.

O segundo voto foi de autoria do Ministro Luiz Fux. O Ministro acompanha o Relator para receber a ADPF 132 como ADI e reconhece também que há identidade de pedido entre

⁴⁰ É possível encontrar a íntegra das falas no canal de vídeos no *youtube* do próprio STF. As falas estão divididas em 5 vídeos, o primeiro dos vídeos pode ser assistido aqui: <<http://youtu.be/jVKizns0NtQ>>. Os outros aparecem logo na sequência no próprio site.

essa a e a ADI 4.277.

Fux passa, então, a analisar o primeiro ponto: a pertinência temática do Governador do Rio de Janeiro e da PGR para propor as presentes ações. Uma longa argumentação teórica é realizada. Em síntese, Fux argumenta que: (a) os Direitos Fundamentais imporiam obrigações negativas, de se abster a violar um direito, mas também em obrigações positivas, de atuar para que prevenir que violações ocorram; (b) o processo jurisdicional é o local, por excelência, de proteção dos direitos fundamentais; e (c) que se o poder público tem o dever de atuar para impedir violação de Direitos Fundamentais por particulares e Estados estrangeiros, não haveria vedação que um ente federado atue impedindo que outro ente de praticar violações, mesmo que esse outro ente seja a União.

Como no caso em análise, o Ministro entende que se trata de uma clara proteção de um grupo minoritário, ficaria patente a pertinência temática do Governador do Rio. Em relação à PGR, Fux diz que não há o que argumentar, pois essa instituição teria legitimização universal, portanto, seria dispensada da demonstração da pertinência temática.

Superada a questão processual, passa a analisar o mérito. Luiz Fux apresenta cinco premissas, que considera fundamentais, para a apreciação da causa. São elas: (i) a homossexualidade é um fato da vida; (ii) a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual, de onde decorre que a homossexualidade não seria doença, distúrbio mental ou desvio; (iii) a homossexualidade não é uma crença ou ideologia; (iv) os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida; (v) não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas, nem existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas.

Dito isso, Fux argumenta que a questão não seria *se* as uniões homoafetivas estariam amparadas na constituição, mas *qual* o tratamento jurídico deveria ser dado a elas. No caso, a pergunta correta seria: se deveria ser estendido o tratamento das uniões estáveis heterossexuais às uniões homoafetivas.

Algumas considerações ainda são tecidas antes da análise propriamente dita da união estável. Fux reconhece que o Brasil é uma sociedade muito preconceituosa com homossexuais e diz que os impactos da decisão serão muito grandes, mas que não é possível prever quais serão. Lembra que em casos de direitos de minorias, como seria esse, seria função do STF atuar como instância contramajoritária na proteção dos Direitos Fundamentais. Fux atribui demasiada importância à atuação da Corte. Segundo o Ministro, a decisão teria o poder de transformar o Estado em maior opositor dos preconceitos aos homossexuais, em qualquer das suas formas.

Os conceitos de família e de reconhecimento foram abordados pelo Ministro. Ele começa analisando o conceito de família na Constituição. O art. 226 garantiria a essa especial proteção, todavia, na opinião do Ministro, a família na ordem constitucional pós-88 não teria mais um valor intrínseco. A família teria se transformado em instrumento para o desenvolvimento da personalidade dos filhos e da dignidade de seus integrantes. O valor família passaria a ser a proteção e promoção de direitos fundamentais dos indivíduos. Por essa transformação da família, não caberia compreender, constitucionalmente, a família de modo a restringir direitos fundamentais.

Fux se pergunta ainda sobre a natureza da família, o que caracterizaria, do ponto de vista ontológico, uma família? Os laços sanguíneos não seriam, pois não haveriam entre cônjuges e esses configurariam uma família mesmo sem filhos. O Ministro aponta então três requisitos para a família: (a) o amor familiar; (b) a comunhão, compreendida pela existência de um projeto coletivo permanente e duradouro de vida em comum, e (c) a identidade, compreendida como a certeza dos integrantes da família quanto à existência de um vínculo que os une os identifica perante os outros e a sociedade.

Para além disso, o Ministro argumenta não haver hierarquia entre casamento e união estável, apenas um tratamento distinto em função da solenidade do casamento. Entendido ontologicamente o que é uma família, o Ministro se pergunta então qual a distinção ontológica entre as uniões heteroafetivas e homoafetivas. Segundo Fux, não haveria nenhuma distinção ontológica. Por serem ontologicamente simétricas, Fux entende que as famílias homoafetivas estariam incluídas no conceito constitucional de família e que, portanto, não haveria argumento razoável para dar tratamento jurídico diferente às modalidades de família. Qualquer argumento contrário derivaria de preconceito e de intolerância.

Algumas considerações sobre a ideia de igualdade, autonomia da pessoa e dignidade da pessoa humana são tecidas para impedir que juízos morais sobre a realização individual da pessoa adentrem o Direito. Nas palavras do Ministro:

O desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia (BRASIL, 2011b, p. 68).

O conceito de reconhecimento ainda é abordado. Para Fux a questão não seria apenas de igual respeito e consideração, devendo-se ainda pensar sobre a “*política do*

reconhecimento”, em uma direta referência a autora Nancy Fraser. A ideia de reconhecimento é utilizada para se argumentar que não é suficiente a ausência de vedação legal. O silêncio normativo, para Fux, seria um catalisador das clandestinidades nas quais se encontram as relações homoafetivas, e o silêncio perpetraria a injustiça.

A aplicação da política do reconhecimento implicaria em “*admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra*” (BRASIL, 2011 a, p. 70). Para além da ausência de vedar diferenciações, deveria o ordenamento jurídico acolher as pretensões jurídicas legítimas de proteção às relações familiares, desde que essas sejam derivadas de atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar danos às partes envolvidas ou a terceiros. E o ministro ressalta que a união homoafetiva não lesa a ninguém.

O reconhecimento teria, então, outra dimensão: a da certeza e previsibilidade, derivada segurança jurídica. Com a ausência de Lei produz-se a insegurança, mesmo os casais mais estáveis não têm certeza sobre a forma como se dará a partilha dos bens, por exemplo. A previsão legal permite planejar a vida de acordo com as normas jurídicas. O Ministro reconhece que os Tribunais já têm atuado reconhecendo uma série de direitos, principalmente de natureza previdenciária. Diversos estados já possuiriam também legislações que reconheceriam direitos previdenciários aos parceiros homossexuais de servidores públicos estaduais. Por essas razões, o acolhimento da demanda da ação, na opinião de Fux, seria não um ponto de partida, mas uma resultante de vários vetores que já se encaminhavam para essa solução.

Por fim, Luiz Fux afirma que a mudança nas relações fáticas provocaria mudança nas interpretações da Constituição. No caso, a realidade pressionaria para o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Especificamente sobre o parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição, Fux não o vê como um obstáculo. A função da norma seria dar visibilidade às uniões estáveis e conferir o *status* de família a elas, jamais foi o objetivo vedar as uniões homoafetivas e essa interpretação seria “perversa”. O mesmo raciocínio se aplicaria ao art. 1723 do Código Civil.

A equiparação da união homoafetiva à união estável implicaria na extensão dos benefícios, mas também dos ônus. Isto é, a necessidade da comprovação da convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar permaneceria. Uma ressalva importante é feita por Luiz Fux: ele releva o requisito da publicidade, pois compreende que essa pode ser uma exigência perversa as uniões homoafetivas. Alguns casais, por medo do preconceito poderiam optar por se tornarem invisíveis. Esse é um aspecto pouco observado por comentadores como Dias (2011) e Leivas (2011), mas é de

fundamental importância, especialmente tendo-se em vista que o “armário” é uma presença inevitável na vida de todas as pessoas homossexuais (SEDGWICK, 2007). Acompanha, assim, o voto do Relator.

O voto analisado aqui é o voto escrito que compõe o acórdão. Ele não foi proferido oralmente, mas juntado ao acórdão para complementar a fala do Ministro Luiz Fux. A transcrição do voto oral aparece no acórdão em sequência ao voto escrito.

Fux diz que havia preparado um voto escrito, mas que frente à argumentação brilhante dos advogados que assumiram a tribuna, em especial o Prof. Luis Roberto Barroso (e atual Ministro do STF), ficou emocionado e por isso deixará fluir a voz do coração. A emoção seria algo importante, na opinião do Ministro, a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu. O voto escrito e o voto oral possuem muitos pontos em comum, ambos são muito influenciados pelo pensamento de Dworkin, para se argumentar sobre o princípio da igualdade e de Nancy Fraser, para afirmar um princípio do reconhecimento, trazendo citações literais de obras desses autores.

Uma história do passado do Ministro é resgatada. Lembra que quando ainda era juiz, em plantão, teria recebido uma mulher com um pedido “diferente”. A mulher desejava autorização para velar o corpo de um homem que não seria seu marido. Apesar de jamais terem formalizado a união, teriam vivido um grande amor. A família do falecido, no entanto, não concordava que ela velasse o defunto. Fux diz que para essa mulher, esse homem teria sido sua família. Nesse caso de seu passado, Fux identifica que o que foi central para a configuração da família teria sido o amor, a identidade e os projetos de vida que teriam realizado em conjunto. Esse caso faria o Ministro pensar sobre o caso atual.

A partir de Kelsen, o Ministro se questionaria sobre o que seria a justiça, chegando à conclusão que não haveria uma resposta definitiva. E o que seria pedido na ação seria apenas uma juridicidade no modo ser. O Ministro passa pela argumentação da natureza da homossexualidade, concluindo não ser uma doença, um vício ou um crime. E que, em função disso, a pessoa homossexual não poderia constituir família por decorrência da intolerância e do preconceito, argumento já utilizado no voto escrito.

Luiz Fux também passa pela discussão da família. Argumenta que a Constituição Federal só teria consagrado o dispositivo da união estável porque 50% das famílias brasileiras seriam espontâneas. O conceito de família seria um conceito funcionalista, assim como a propriedade, a família deveria cumprir uma função social, qual seja conceder a seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo dignidade humana. A família homoafetiva já seria um fato social no Brasil, o Ministro cita que o Procurador-Geral da República teria informado que o

censo identificou mais de sessenta mil uniões homoafetivas no país.

Passando para uma discussão de princípios, Fux inicia argumentando que seria possível afirmar que quase a Constituição como um todo conspiraria a favor da equalização da união homoafetiva à união estável. Aborda de forma mais direta dois princípios: o da igualdade e o do reconhecimento. O princípio da igualdade imporia que o governo adote leis e políticas que garantam o destino de seus cidadãos, sem realizar distinções econômicas, de sexo raça e etc. Além disso, tal princípio obrigaria ao Governo, e o Ministro inclui o Judiciário no Governo, se empenhe para tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram (DWORKIN, 2005).

O princípio da dignidade da pessoa humana constituiria um veto ao Estado poder distinguir os indivíduos em função de seu valor moral. A realização do sujeito, na medida de suas capacidades, deve ser respeitada pelo Estado mesmo que essa pareça vã. Por último, o princípio do reconhecimento imporia ao Estado proporcionar uma juridicidade as situações fáticas, em especial das minorias, para que elas possam ser atendidas em suas demandas. O juiz argumenta que o não reconhecimento dessas minorias e de seus direitos seria uma forma de injustiça.

Diversos outros princípios ainda poderiam ser analisados, mas Fux diz que já foram abordados por Ayres Britto. De forma breve o Ministro argumenta que a Constituição não quis excluir a união homoafetiva. *“Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário – se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea”* (BRASIL, 2011 a, p. 84). Além disso, diz que onde a sociedade evolui, deve o direito também evoluir. E comprova essa evolução da sociedade e do direito citando o caso dos EUA e da Espanha que para o Ministro seriam casos de evolução do direito. Por essas razões e pelas razões apresentadas no voto escrito juntado, acompanharia integralmente o Relator.

Carmen Lúcia emite um voto curto e preocupado mais com a técnica de interpretação. Antes do próprio voto opta por fazer uma referência às pessoas que colaboraram com o processos. A Ministra acredita que sem os advogados e o Ministério Público não seria possível juntar todas as peças e argumentos para chegar à realização da justiça material e da prestação da jurisdição.

Faz ainda considerações sobre as conquistas de direito. Diz que Bobbio apontaria na década de 1980, que era tempo de consolidação de direitos e não de conquistas de novos. Todavia, Carmen Lúcia diz que ainda há uma longa e árdua, trilha para a conquista de novos direitos e o julgamento em questão seria integrante dessa.

Carmen Lúcia indica no início de seu voto que o Ministro Luiz Fux teria realizado

algumas delimitações ao tema que Ayres Britto teria deixado de lado. Deixa a entender que o voto de Britto talvez extrapolaria os pedidos nos autos e Fux haveria enquadrado “*sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos*” (BRASIL, 2011b, p. 89). Em momento algum a Ministra informa ou dá pistas sobre qual seria essa extrapolação de Britto. Me parece, no entanto, ser possível cogitar serem as considerações do Relator sobre não haver impedimento legal ou constitucional para o casamento entre pessoas de mesmo sexo e sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais. De fato, o pedido original de nenhuma das ações versava efetivamente sobre o casamento. A Ministra apenas informa que também vota pela precedência das ações, com as delimitações realizadas por Fux.

Carmen Lúcia lembra que o art. 1723 do Código Civil é uma repetição do texto constitucional. A Ministra afirma que, por essa razão, deve-se interpretar o próprio artigo 226 §3 para se concluir sobre a aplicabilidade do artigo do Código Civil.

A Constituição deveria ser interpretada como um conjunto harmônico de normas e que a tarefa da interpretação deveria sempre levar em conta o contexto das palavras e do “*espírito que se põe no sistema*” (BRASI, 2011b, p. 92). Nessa toada, a Ministra diz que a constituição é taxativa ao afirmar o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher. A afirmação de Britto e também de algumas pessoas na tribuna sobre a razão da inclusão do termo mulher nesse artigo é rebatida. Segundo Carmen Lúcia não é verdade que esse termo foi incluído para superar a diferenciação inferiorizante que existia no ordenamento jurídico anterior.

Todavia, a Ministra não retira dessa menção explícita a homem e mulher e da omissão das uniões entre pessoas de mesmo sexo uma interpretação que proíba essas uniões omitidas. Para ela, a interpretação dos princípios constitucionais apontaria em outro sentido. E passa, então, a caminhar por alguns princípios.

O primeiro é o da liberdade. Carmen Lúcia aponta que “*não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade*” (BRASIL, 2011 a, p. 93-94).

Outro princípio da Constituição seria a promoção do bem de todos, que na opinião de Carmen Lúcia implicaria no repúdio de toda e qualquer forma de preconceito e discriminação. A Ministra chega a fazer a forte afirmação de que o Estado abrigar um sofrimento é um elemento antidemocrático, e por nossa Constituição ser democrática, isso não poderia ser tolerado.

A igualdade, para Carmen Lúcia, deve ser interpretada não apenas como no direito de ser tratado igualmente no que diz respeito à própria humanidade, mas também como o direito de ser respeitado como diferente em tudo. A partir do princípio da igualdade, a Ministra afirma que as pessoas que optam pela união homoafetiva não podem ser desiguadas em sua cidadania.

Um modelo de vida que não condiz com o qual a maioria compreende como “certo”, “legítimo” ou “válido” não seria justificativa para se operar uma “cidadania de segunda classe”.

A Ministra afirma, então, a partir de referência a textos do constitucionalista José Afonso da Silva, que “*o intérprete da constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos*” (SILVA, 2010, p. 14 apud BRASIL, 2011b, p. 95). Isto é, Carmen Lúcia aponta que a interpretação deve ir para além do texto literal. Dessa maneira, a correta interpretação constitucional seria a que

[...] conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual (BRASIL, 2011 a, p. 95).

Essa interpretação de Carmen Lúcia, como apontado pela própria, demonstraria que *o âmbito constitucional da esfera de inviolabilidade do indivíduo é muito amplo, abrangendo a vida doméstica, familiar e afetiva em geral.*

Considerações sobre o pluralismo ainda são tecidas. Carmen Lucia aponta que para haver o pluralismo político, previsto na Constituição, é necessário o pluralismo social, compreendido como a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos. Dessa maneira, vedar a escolha da vida comum entre pessoas de mesmo sexo contrariaria ainda os princípios do pluralismo social e político.

Por todas essas razões, e pela jurisprudência que já existiria no mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia vota para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo. Aponta que se aplicariam os mesmos direitos e deveres da união estável à união homoafetiva.

O acórdão traz após o voto da Ministra Carmen Lúcia uma discussão entre a Ministra e o Ministro Gilmar Mendes. Na realidade essa discussão aconteceu no meio do voto, interrompendo a argumentação de Carmen Lúcia quando ela fez referência ao texto do art. 1723 do Código Civil ser uma repetição do texto da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes diz que até chegou a conversar com Ayres Britto sobre o assunto. Gilmar Mendes admite que, no início, pensava que não era cabível fazer uso da “interpretação conforme a Constituição” ao artigo, pois não se tratava de um texto que regulamentasse ou que usasse de outras palavras para se afirmar aquilo que estava na Constituição, mas de uma repetição literal. Todavia, a tribuna teria argumentado bem e com vários exemplos que na prática alguns juristas e magistrados têm feito uso da repetição textual

para argumentar que a própria Constituição vedaria as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Pela repetição do texto não haveria nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador do Código Civil quis dizer em relação ao que estava positivado na Constituição. Estaria claro que não há vedação, mas a possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo, para Gilmar Mendes, não poderia derivar do texto da Lei, nem daquele artigo da Constituição. Derivaria, contudo, dos princípios. Por isso seria cabível a aplicação da interpretação conforme.

Atentar para essa discussão seria importante, pois, como alerta Gilmar Mendes, para não se aplicar uma interpretação conforme muito extravagante. Até mesmo porque esse uso da interpretação conforme terá implicações nos próximos julgados que se utilizarem do mesmo instituto.

A Ministra Carmen Lucia responde que é por essa razão que teria enfatizado a repetição legal e que iria, em sequência, abordar exatamente o que o Ministro disse em seu voto. A Ministra retoma, então, seu voto. No acórdão, porém, aparece em sequência o voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Para solucionar a questão jurídica que é colocada pelo Julgamento, Lewandowski acredita que é necessário primeiro fazer uma investigação sobre o conceito constitucional de família. A família, nas Constituições anteriores a de 1988, seria constituída única e exclusivamente por meio do casamento. Todavia, a Constituição de 1988 operaria uma mudança, prevendo 3 formas de família, àquela constituída pelo casamento, pela união estável e as famílias monoparentais. Nesse momento o Ministro faz algumas remissões históricas à discussão sobre a noção de família no STF e em determinado momento cita um voto de autoria do Ministro Ayres Britto. O voto definia a união estável como sendo um terceiro gênero de constituição de família, um gênero subsidiário que abarcava “*os casais desimpedidos para o casamento civil ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto*” (BRASIL, 2011b, p. 102-103 - grifos meus).

Esse entendimento de Ayres Britto, no entanto, não teria sido vencedor. Os outros Ministros que participavam do debate teriam entendido que a possibilidade jurídica do casamento seria uma condição *sine qua non* para o reconhecimento da união estável.

Nesse momento, o Ministro Lewandowski é interrompido pelo Ministro Marco Aurélio para fazer uma explicação sobre aquele caso⁴¹. Inicialmente o Ministro Marco Aurélio explica que o caso em questão seria o de um servidor público falecido, que era casado e ainda vivia

⁴¹ No acórdão, a transcrição da interrupção se encontra ao final do voto.

com outra mulher. As mulheres desejavam dividir a pensão, mas decidiram que a divisão não poderia ser feita, pois a Lei não reconhecia a relação de concubinato existente ali. A interrupção acaba se transformando em uma conversa em que Ayres Britto e Cármen Lúcia se pronunciam também.

Britto informa que haveria uma curiosidade no caso, os nomes: o servidor se chamava Valdomiro do Amor Divino e a concubina Joana da Paixão Luz. Valdomiro teve dez filhos com a esposa e nove com a concubina. Os Ministros lembram, em tom jocoso, que o Tribunal da Bahia teria reconhecido o direito da concubina de repartir a pensão, pois esse tipo de relação seria muito comum naquele estado. Tal decisão foi descartada por Lewandoswki como sendo “*salomônica, sem maiores indagações jurídicas e constitucionais*”.⁴² Essa discussão, mesmo que breve, é importante para mostrar como o conceito de família acessado pelos Ministros não se desprende daquele modelo patriarcal de família, sendo impensável a constituição de uma família não monogâmica.

Retornando ao voto, segundo Lewandowski teria ficado entendido naquele julgamento que a união estável seria “*uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei*” (BRASIL, 2011b, p. 103). O Ministro ainda recorre ao debate ocorrido na Assembleia Constituinte justamente sobre o §3 do art. 226. Nesse debate, transcrito no voto, os Constituintes optaram por não incluir as relações entre pessoas de mesmo sexo no conceito de união estável. Lewandowski ainda aponta que não seria possível se falar em mutação constitucional ou interpretação extensiva do dispositivo para reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo. Se assim se aplicasse, correria o risco de se violar a separação de poderes, invadindo competência legislativa.

Se a união entre pessoas de mesmo sexo não configura uma união estável, como então enquadrar juridicamente o convívio duradouro, fundado entre laços afetivos entre pessoas de mesmo sexo? Lewandowski argumenta serem as “uniões homoafetivas” uma quarta espécie da família.

Para argumentar isso, primeiro Lewandowski argumenta sobre a possibilidade de existência de lacuna na Constituição, que seria verificada quando a existência de uma incompletude iria contrária ao próprio “espírito” da Constituição. Sendo necessária, então, a realização da integração analógica.

Para que seja possível a integração analógica é necessário saber se o rol de famílias

⁴² Agradeço a Roberto Efreim Filho por uma discussão interessantíssima sobre como o caso Paixão Luz e Amor Divino se interliga com o caso ora analisado. A discussão de Efreim Filho se encontra em artigo no prelo intitulado “Os Ciúmes do Direito”.

constantes no art. 226 da Constituição seria taxativo ou exemplificativo. Se for taxativo não haveria lacuna e sim vedação, se for exemplificativo ficaria configurada a lacuna. O Ministro traz uma série de doutrinas jurídicas que argumentam no sentido do rol ser exemplificativo. Aponta também que as uniões homoafetivas seriam uma realidade de constatação empírica, já tendo sido inclusive catalogadas pelo IBGE.

Lewandowski entende, então, que apesar da Constituição não abarcar as uniões homoafetivas como uniões estáveis, não vedaria que essas fossem entidades familiares. Permitindo que se aplique a analogia para integrar a Constituição, aplicando a união estável, por analogia, às uniões entre pessoas de mesmo sexo. O Ministro deixa claro que está reconhecendo *uniões homoafetivas estáveis* e não *uniões estáveis homoafetivas*. A união estável e a união homoafetiva seriam institutos jurídicos diversos!

Não satisfeito Lewandowski traz algumas considerações sobre a analogia que prestam a atribuir efeitos diversos os institutos. Primeiro Lewandowski afirma que a analogia é uma forma de integração provisória da Constituição, caberia ao parlamento dar o adequado tratamento à questão no futuro. Segundo, a analogia não atribuiria às uniões homoafetivas todos os efeitos das uniões estáveis, mas somente atribuiria efeitos jurídicos aos aspectos que em ambas as uniões se aproximam. Em outras palavras, no que tiver como requisito a dualidade dos sexos, não se estenderiam os efeitos jurídicos à união homoafetiva. Essa restrição confusa de efeitos não é explicada pelo Ministro, todavia me parece plausível inferir que seja uma restrição criada para não autorizar a conversão das uniões homoafetivas em casamento, nem autorizar a adoção de filhos.

Não consta no acórdão, mas ao final do voto o Presidente da sessão, o Ministro Cezar Peluso, questiona se o Ministro Lewandowski estaria julgando procedente, mas com as limitações de seu voto. O Ministro Lewandowski confirma que sim e o Presidente passa a palavra ao Ministro Joaquim Barbosa.

Um dos votos mais sintéticos é o de Joaquim Barbosa. O Ministro inicia por diagnosticar um descompasso entre o mundo dos fatos e do Direito. A sociedade teria se aberto aos poucos para aceitar as uniões entre pessoas de mesmo sexo que, segundo o Ministro, teriam sempre existido. Nas últimas décadas haveria uma mudança de paradigma, as pessoas homossexuais que antes demandavam apenas um pouco de tolerância, hoje estariam demandando reconhecimento jurídico. O Direito, por sua vez, não teria acompanhado a evolução social.

Barbosa percebe que é justamente nesse ponto que a importância das Cortes Constitucionais e Supremas se mostra. Tais cortes deveriam, na opinião de Barbosa, atuar construindo uma ponte entre a sociedade e o Direito, para suprir a lacuna deixada entre essas.

A Constituição de 1988 seria silente em relação às uniões entre pessoas de mesmo sexo, mas como deveríamos interpretar esse silêncio, como indiferença, desprezo ou hostilidade?

A intenção do legislador constituinte não teria sido banir para o limbo jurídico as uniões entre pessoas de mesmo sexo. Afinal, não há proibições para o reconhecimento no texto. Além disso, o rol de direitos fundamentais, na opinião do Ministro, não se esgotariam naqueles expressamente previstos na Lei.

O reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas de mesmo sexo, para Joaquim Barbosa, não derivaria do art. 226, mas dos princípios constitucionais. Barbosa diz que esse também teria sido o entendimento do Prof. Luís Roberto Barroso, em sua sustentação no plenário. O reconhecimento jurídico seria uma derivação do princípio do reconhecimento, compreendido como sendo integrante da dignidade da pessoa humana, do princípio da vedação da discriminação e da promoção da igualdade material e substantiva. Em suma, “*encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais*” (BRASIL, 2011b, p. 119). Por essas razões, o Ministro Joaquim Barbosa acompanha o Relator.

Gilmar Mendes votou em seguida. No acórdão se encontram dois votos do Ministro, aquele que preferiu oralmente e aquele escrito que juntou ao acórdão. O conteúdo de ambos se repete sobremaneira, sendo o primeiro uma síntese do segundo. O voto transcrito é muito interessante, pois contou com diversas intervenções de outros Ministros em aspectos polêmicos que Mendes aborda.

Inicia por ressaltar a importância do debate e também da participação dos requerentes e *amici curiae*. Elogia também o voto do Ministro Ayres Britto. Cumprida a formalidade dos elogios, que ao longo desse julgamento se mostram mais presentes que nos demais, Gilmar Mendes retorna ao debate que travou brevemente com a Ministra Carmen Lúcia.

Gilmar Mendes, em um primeiro momento, teria entendido que o pedido de interpretação conforme a Constituição talvez não fizesse sentido para o presente caso, por se tratar de repetição literal do texto. Todavia, o Ministro se curvaria por observar que essa norma tem sido utilizada para negar a formalização da união entre pessoas de mesmo sexo.

O Ministro Mendes diz que comemora essa decisão e que seria um grande crítico da tese de que o STF não poderia fazer algo por estar se comportando como legislador positivo. Nesse momento, o Ministro é interrompido pelo Ministro Marco Aurélio que diz: “*De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo*”.

Mendes afirma enfaticamente que não haveria dúvida de que o STF estaria assumindo o papel de legislador, mesmo que talvez de forma provisória. O que justificaria na visão de

Mendes essa atuação seriam as falhas do sistema político. Se o sistema não dá uma resposta e o Judiciário é provocado, este não poderia se furtar de dar a resposta e seria óbvio que a resposta seria de caráter positivo, isto é, como uma forma de produção de norma. Mendes vai além e compreende até mesmo a atuação do STF quando julga uma Lei inconstitucional e a cassa como uma forma de legislação positiva, no sentido de se manter um *status quo* contrário a posição anterior.

Mais uma vez Marco Aurélio interrompe para afirmar que isso seria uma consequência “natural” do sistema. Retomando a fala para si, Gilmar Mendes concorda que é uma consequência do sistema e argumenta que no caso em concreto o que se pede é um mínimo de proteção institucional a uma minoria, para evitar que se caracterize uma forma de discriminação com essa minoria. A proteção deveria ser feita, primariamente, pelo Congresso Nacional. O Ministro Gilmar destaca que há um número grande de projetos no Congresso que visariam regular as uniões entre pessoas de mesmo sexo, mas que o Congresso é inerte. Várias são as razões identificadas para tal inércia, Mendes prefere não se deter nelas. Menciona apenas as dificuldades que a própria presidenta Dilma teve para debater o tema na época das eleições de 2010, mostrando que as uniões entre pessoas de mesmo sexo geram várias controvérsias até mesmo na sociedade. Reconhece também as dificuldades políticas inerentes à aprovação de Projeto de Lei que trate de direitos sexuais.

O diálogo entre os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio reflete uma tensão que há atualmente, no Brasil e no mundo, entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, com a ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário (WERNECK VIANNA *et al.*, 1999). Fica explícito a partir desse diálogo, e dos vários outros votos aqui, a posição majoritária do STF que conscientemente assume o ativismo judicial para suprir o *déficit* do Poder Legislativo, entendendo, inclusive, que essa atuação não seria um simples “ativismo” (aqui utilizado com carga pejorativa), mas o papel democrático da Corte. Esse diálogo revela também críticas ao governo e a forma de atuação do Congresso Nacional, demonstrando o caráter político dessa decisão e desse Tribunal.

Retornando ao voto de Gilmar Mendes, o Ministro enfatiza que não se trataria no caso de disciplinar uma política pública, mas da disciplina de um direito fundamental básico. A ausência de um modelo institucional adequado que abrigue a liberdade de “opção sexual” implicaria submeter pessoas às mais diversas formas de discriminação. O Estado teria um dever de proteger tais direitos.

Gilmar Mendes também afirma que teria ainda outra dificuldade: Mendes deseja combater o que chama de voluntarismo hermenêutico. Para isso aplica o seguinte raciocínio: a

legitimidade do STF enquanto Corte constitucional derivaria do fato de aplicarem a Constituição enquanto norma. Para que a legitimidade exista seria necessário um mínimo de consenso nas interpretações, vedando a leitura voluntarista. A Corte não teria esse poder de interpretar da forma como bem quisesse. Partindo desse raciocínio, Mendes afirma que a expressão literal da Constituição não deixa dúvida de que estaria falando da união estável entre homem e mulher.

Preocupado com o caminho que argumentação tomava, o Ministro Ayres Britto interrompe. Diz que ele, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux teriam interpretado esse dispositivo para além da literalidade do texto, mas de modo que não excluiria outras interpretações. Mendes responde que a primeira interpretação, seria aquela de que a união estável é entre homem e mulher. Britto aquiesce. Mendes volta justificando que seria justamente pela razão da primeira interpretação ser tal, que ele estaria problematizando-a, mas que seria evidente a possibilidade de outras abordagens.

Os Ministros Britto, Fux e Marco Aurélio interrompem Gilmar Mendes mais uma vez. Ayres Britto exemplifica com outras interpretações como a proteção da mulher, da forma como já havia argumentado anteriormente. Luiz Fux faz uma intervenção aguçada: segundo ele a regra jurídica a ser aplicada não integraria o pedido da ação, dessa maneira os Ministros estariam livres para interpretar fazendo uso dos princípios da Constituição, os quais também seriam fonte de Direito. Marco Aurélio ainda complementou afirmando que a Constituição, assim como Barbosa já afirmara, possui princípios explícitos e implícitos.

Gilmar retoma a palavra com a afirmação de que acha importante explicitar os fundamentos, a base pela qual estariam interpretando um texto tão claro como o do art. 226 §3. Tão claro é o artigo que levaria algumas pessoas a entendê-lo não como um simples silêncio, mas um silêncio eloquente que vedaria as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Em função disso, teria entendido, no mesmo sentido que Lewandowski, haver uma lacuna na classificação. Se haveria uma lacuna e um dever de proteção, caberia, então, uma solução. Gilmar Mendes realiza um resgate histórico de outros casos em que entendia haver lacuna e que foi necessário supri-la. Resgata o caso da emenda do divórcio e o caso que o próprio Ministro julgou, no TER, sobre inelegibilidade decorrente de uma união entre pessoas de mesmo sexo. Em ambos os casos Mendes destaca que o fato estava lá, mas que a legislação não os contemplava. Aponta ainda que a jurisprudência sempre vai se antecipando a lei, mas que as decisões possuem um caráter tópico, provisório.

Percebida a lacuna, o próximo passo é encontrar a solução. Mendes aborda esse dilema com a seguinte afirmação: *“se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta,*

poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que for possível” (BRASIL, 2011b, p. 130). Gilmar Mendes desenvolve uma longa argumentação filosófica para justificar sua afirmação. Sua argumentação é pluralista, em defesa do que chama, a partir de Peter Habermas, de “*pensamento do possível*”.

O pensamento do possível seria uma forma de pensamento constitucional aberto a alternativas interpretativas, negando a teoria de que uma regra não poderia ter mais de uma interpretação para evitar contradições no sistema jurídico. Seria um pensamento que se indaga e se abre para alternativas à própria realidade, sobre aquilo que ainda não é real. Todavia, o pensamento do possível seria aberto apenas para aquilo que poderia chegar a ser real no futuro. Para Gilmar Mendes “*é a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível*” (BRASIL, 2011b, p. 133).

Gilmar Mendes também traz Chaim Perelman para sua argumentação. O autor polonês é utilizado para argumentar que a interpretação não deveria se limitar ao texto da lei. Toda lei seria feita para um determinado período histórico, a lei seria pensada para responder uma situação e utilidade determinada em períodos considerados “normais” ou “previsíveis”. Entretanto, haveria situações concretas não previstas, que ocorrem por força maior ou pela necessidade. Esses casos são excepcionais e tornariam a norma inaplicável na forma como se encontra. Isso não romperia com a necessidade de se encontrar uma solução, aquela que se afastaria o menos possível das prescrições legais.

A doutrina do pensamento do possível estaria abarcada pelos Tribunais brasileiros. Mendes cita decisões de sua autoria em que aplicou essa forma de raciocínio tanto, em casos no STF quanto no Tribunal Superior Eleitoral.

Por essas razões, Gilmar Mendes faz mais uma vez sua afirmação de que se não for possível aplicar o art. 226, §3 da Constituição, poder-se-ia fazer uso da analogia. Assumidamente, o Ministro se coloca numa posição “em cima do muro”. Diz estar de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, mas possui algumas divergências quanto a fundamentação. Teria divergências também em relação à equiparação pura e simples, isto é a aplicação sem restrição da união estável às uniões entre pessoas de mesmo sexo.

A equiparação teria uma série de consequências, algumas que Gilmar afirma nem conseguir imaginar. Além disso, aplicar a simples equiparação poderia levar a equiparar duas situações distintas. Assim, o Ministro diz que prefere limitar-se a reconhecer a existência da união – prefere o reconhecimento pela analogia, mas aceita pela interpretação extensiva – sem se pronunciar sobre os desdobramentos do reconhecimento. Regular os vários desdobramentos, na opinião de Gilmar Mendes, extrapolaria a função de legislador positivo do Supremo Tribunal

Federal.

Para demonstrar a complexidade e o número de desdobramentos, Gilmar afirma que a Lei argentina sobre matrimônio entre pessoas de mesmo possuiria quarenta e dois artigos. Aqui se inicia um interessante debate sobre as fronteiras entre os Poderes Judiciário e do Legislativo. O Ministro Lewandowski interfere para explicitar que o STF estaria ocupando um espaço do Congresso Nacional. O preenchimento da lacuna realizado pelo STF seria apenas provisório, não suprimindo a necessidade do Congresso de legislar.

Rapidamente Ayres Britto responde dizendo que esse não seria o seu posicionamento. Segundo o voto de Britto e daqueles que o seguiram não haveria lacuna. A interpretação dada superaria a literalidade do texto da Constituição e da Lei, concluindo pela paridade das uniões. Dessa maneira, não haveria lacuna para ser preenchida pelo legislador.

É possível perceber que as duas concepções, de Britto e a de Lewandowski, trazem riscos e benefícios para os direitos sexuais. Por um lado, deixar aberto para o Legislativo suprir a lacuna permitira, caso o Legislativo assim o desejasse, criar novas formas de reconhecimento de famílias que vão além do enquadramento atual do Direito de Família. Por outro, deixar aberto pode também permitir legislações discriminatórias, que configurem as famílias e uniões entre pessoas de mesmo sexo como subordinadas ou inferiores. Esse risco é especialmente grande em um Congresso Nacional com forte presença da Bancada Evangélica. A posição de Ayres Britto, por sua vez, afirma não ser necessário uma nova Lei, pois a paridade já existiria. Tal fato veda a possibilidade de que novas leis venham a limitar direitos como à adoção, ao casamento ou qualquer outra forma de discriminação ou subordinação entre as uniões. O que não implica em uma vedação total a legislações que regulamentem esse sentido, o que fica vedado é discriminar e hierarquizar as uniões. Por haver uma paridade total entre as uniões, o que é operado é um alargamento da fronteira do Direito de Família e não uma transformação em seu cerne. As uniões aqui reconhecidas seriam ainda aquelas que se aproximam do modelo heterossexual. Esse debate coloca um verdadeiro dilema para os direitos sexuais entre inexistência/existência de lacuna, segurança/risco, ampliação/transformação do Direito de Família.

O Ministro Gilmar Mendes concorda com Britto que a Constituição abarcaria sua pretensão. Diz que estaria em discussão apenas se aplicariam por analogia ou extensão o texto Constitucional, mas que, quanto ao resultado, eles se aproximariam. Mendes retoma o debate sobre o Congresso, lembrando-se dos casos da fidelidade partidária e da Lei da Ficha Limpa⁴³.

⁴³ Para mais informações sobre os casos ver Sundfeld e outros (2010) e Abreu (2012) respectivamente.

O Ministro diz que, por vezes, se alega que o STF estaria interferindo em demasiado na disciplina do sistema político e exorbitando as suas funções. Mas aponta que se se lembrarem dos debates realizados pelos parlamentares no caso da Ficha Limpa, não teriam sido poucos os que teriam dito estar aprovando uma lei inconstitucional por pressão popular, mas que o Supremo derrubaria a Lei.

Marco Aurélio não resiste e solta a seguinte expressão: “*Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!*” (BRASIL, 2011b, p. 140) Demonstrando estar seguro que as intervenções realizadas pelo Supremo não estariam exorbitando suas funções e que seriam corretas. Marco Aurélio comemora o fato de que os Legisladores, ao legislar, levam em conta a atuação do STF. Nessa concepção, é possível dizer que a sombra do STF projetada sobre o Congresso Nacional afetaria de forma indireta o processo legislativo e isso é visto de forma positiva pelos Ministros do STF.

Gilmar Mendes retorna mais uma vez para o caso e diz que há uma peculiaridade. Porque aqui não se estaria julgando um excesso do Congresso, mas uma omissão. Mendes percebe como estratégica e correta a forma como a ADI e a ADPF foram propostas, pedindo a interpretação conforme, pois essa autoriza a atuação do STF como legislador positivo. Enquanto um Mandado de Injunção, que serviria para decretar a omissão do congresso nacional, após decretada a omissão criaria para o Congresso o dever de legislar. Mendes ironiza dizendo que “nós sabemos quais seriam os resultados” desse e de tantos outros mandados de injunção.

O Ministro Marco Aurélio contribui para a crítica ao Legislativo. Diz que antes da Constituição de 1988 haveria o direito a participação nos lucros para todo trabalhador urbano e rural, mas que esse teria ficado sem regulamentação “*a vida inteira, mais de quarenta anos*” (BRASIL, 2011b, p.141).

Enquadrando o caso como sendo de proteção de direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o limbo jurídico que a situação se encontra contribui para a discriminação e até mesmo para a violência. Então, seria dever do Estado e em última instância da Corte Constitucional dar proteção, caso ela não tenha sido dada pelo órgão competente. O Ministro encerra suas considerações com afirmação, a partir de Robert Alexy, de que o parlamento representaria o cidadão politicamente, enquanto o Tribunal Constitucional faria a representação argumentativa. Essa representação argumentativa seria importante para fazer valer o processo político segundo preceitos mais humanos e dos princípios fundamentais.

Por todas essas razões, Gilmar Mendes acompanha o voto do Relator, o qual elogia por ter feito um magnífico trabalho, fazendo, contudo, uma divergência em alguns pontos da fundamentação.

Após a transcrição do voto oral, está juntado o voto escrito de Gilmar Mendes. Os dois votos coincidem em muito, no voto escrito o Ministro dá um aprofundamento teórico grande nos pontos abordados oralmente, mas é possível considerar o voto oral como uma síntese do escrito. Por essa razão, acredito ser desnecessário analisar o voto escrito. É importante notar apenas o item 3 do voto escrito e seus subitens. Nesse ponto, Gilmar Mendes demonstra ter realizado uma pesquisa extensa e apresenta de forma bastante satisfatória: (i) um mapeamento no Congresso Nacional das principais propostas legislativas que versam sobre os direitos sexuais de pessoas LGBT, apontando que, apesar do Congresso se debruçar sobre o tema há mais de 15 anos, este não aprovou nenhum projeto; (ii) uma análise do Direito comparado, focando nos casos da Holanda, Dinamarca e Alemanha para demonstrar que o Direito Comparado evidencia a complexidade do tema; e (iii) uma análise das Portarias e outras formas de regulação derivadas do Executivo. Com essas análises Gilmar Mendes conclui que há uma precariedade em relação aos direitos sexuais de pessoas LGBT e que o Poder Judiciário tem se destacado, no Brasil, no reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo e dos direitos que decorrem dessas uniões.

Essas considerações, que não foram feitas oralmente, são importantes para fundamentar sua decisão de optar por intervir aceitando a aplicação da interpretação conforme a Constituição.

Após o voto de Gilmar Mendes, a Ministra Ellen Gracie o sucedeu. É intrigante notar que apesar da Ministra ter proferido o voto oral, esse não se encontra no acórdão. A Ministra afirmou, no plenário, explicitamente que juntaria o voto escrito e que sua fala seria uma síntese daquele voto. A única menção no acórdão de fala da Ministra Ellen Gracie se dá num debate ao final do acórdão (pg. 271) e, mesmo assim, não consta a transcrição da intervenção da Ministra, apenas a menção “CANCELADO”, em letras maiúsculas. Dada a ausência de razões processuais ou de explícitas declarações no sentido de se omitir o voto ao longo do julgamento, é plausível pensar que a Ministra tenha se esquecido de juntar o texto. Como o material analisado aqui é o acórdão e não o vídeo da audiência, infelizmente esse voto se perde da análise. Deve-se registrar apenas que a Ministra acompanha o Relator em seu voto.

No acórdão, o voto que se segue ao voto do Ministro Gilmar Mendes é de autoria do Ministro Marco Aurélio. Esse Ministro diz que seu costume, quando atua como vogal, é de realizar o voto oral de improviso, deixando fluir o “espírito” a partir de sua formação técnica-humanística. Todavia, devido a importância do tema em discussão ele optou por redigir um voto. Seu voto é curto e pontual, mas aborda os pontos centrais do debate.

O Ministro inicia apresentando o caso e localizando o que considera ser o cerne da questão em debate: “*saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar*

família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa” (BRASIL, 2011b, p. 201).

Haveria a corrente contrária ao reconhecimento, que Marco Aurélio identifica com posição trazida pela Associação Eduardo Banks em sede de *amicus curiae*, em que se argumenta que o silêncio da Constituição é “eloquente”. A omissão seria interpretada de forma a afastar a aplicação da união estável a uniões entre pessoas de sexo igual.

Frente a essa argumentação, Marco Aurélio se vê com uma “dificuldade hermenêutica”: seria possível incluir uma situação não prevista pelo legislador nesse regime jurídico da união estável, sem com isso extrapolar os limites da atividade judicial?

O Ministro demonstra já ter opinado de forma favorável ao reconhecimento de direitos sexuais das pessoas LGBT em outros momentos. E traz para o debate o caso inglês, em que se discutiu se as relações sexuais entre pessoas de mesmo sexo deveriam ser criminalizadas. A discussão foi travada na década de 1950 por L. A. Hart e Lorde Patrick Devlin. O segundo defendia uma superioridade da moral em relação às Leis, devendo os diplomas normativos refletirem a moralidade comum. Como a sociedade inglesa da época não veria a homossexualidade com bons olhos, Devlin consideraria legítimo a regulação. Marco Aurélio enfatiza que Devlin “*questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade*” (BRASIL, 2011b, p. 203), demonstrando que o magistrado inglês percebia que a homossexualidade era “algo danoso”.

Hart, por sua vez, teria feito uma crítica a Devlin em quatro pontos identificados por Marco Aurélio:

Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. 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, 2011b, p. 204).

Marco Aurélio afirma que os argumentos de Hart prevaleceram ao longo do tempo. E utiliza desse debate para começar uma discussão sobre as fronteiras entre o Direito e a Moral. O Ministro percebe que afastar completamente o Direito da Moral possui seus riscos e ilustra com o caso das Leis de Nuremberg durante o regime Nazista em que, sob o argumento da aplicação cega das Leis, atrocidades foram cometidas. Todavia, percebe também que a submissão do Direito à Moral também produz resultados danosos e ilustra com as atrocidades

cometidas pelos Tribunais da Santa Inquisição, que apesar de serem religiosos, suas condenações eram cumpridas por agentes do próprio Estado. Marco Aurélio conclui que Direito e Moral se tocam e devem caminhar juntos, mas que seriam coisas distintas.

Uma das poucas referências explícitas à religião é feita nesse voto, pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro faz uma defesa do Estado Laico, apontado que esse, juntamente com a garantia da liberdade religiosa, impede que o Estado guie o tratamento dos Direitos Fundamentais por via de concepções religiosas.

Em relação à omissão legislativa, Marco Aurélio não se detém sobre esse tema de forma extensa. Percebe que há uma falta de vontade coletiva, talvez até mesmo da sociedade, em tutelar essas uniões. No entanto, o Ministro diz que a solução, por se tratar de questões de Direitos Fundamentais, independe do legislador.

O Ministro inicia, então, uma discussão, fortemente influenciada por Maria Berenice Dias, sobre a natureza das famílias e o histórico dessas no Direito brasileiro. Em relação à natureza da família, Marco Aurélio, diz que a união de pessoas com a finalidade de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é algo natural, possível de ser encontrado inclusive em outras espécies. Todavia, isso por si só não seria família. Família seria algo além, seria uma construção cultural. Para ilustrar esse seu argumento, o Ministro traça mudanças na família ao longo da história, marcando que o capitalismo e a revolução industrial teriam operado transformações agudas nas famílias e suas formas. Apesar da família ter mudado com o tempo, aponta que ainda existiriam resquícios dos modelos familiares antigos operando.

Um histórico da família no Direito brasileiro é o próximo ponto do voto. Lembra que o Código Civil de 1916 considerava família apenas aquele vínculo indissolúvel produzido na união entre homem e mulher pelo casamento. Essa situação teria se alterado gradualmente, com o Estatuto da Mulher Casada, a Emenda do Divórcio e, finalmente, com a Constituição de 1988. A Constituição teria operado uma “democratização da família”, na opinião de Marco Aurélio.

Assim como Maria Berenice Dias, o Ministro acredita que pós-1988 deve-se falar em Direito das Famílias, sempre no plural. Realiza uma breve análise do art. 226 da Constituição e seus parágrafos para demonstrar a pluralidade de famílias reconhecidas: as famílias que derivam do casamento, as monoparentais e àquelas que surgem pela união estável. Na visão do Ministro, a família deixaria de ter fins patrimonialistas para ter a prevalência do afeto e do amor. A família passaria a existir para que seus membros possam ter uma vida plena comum. É uma posição similar àquela adotada por Fux ao falar de uma concepção funcionalista de família. Com essa evolução da família no direito brasileiro em mente Marco Aurélio conclui:

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal (BRASIL, 2011b, p. 208).

O Ministro atribui a mudança no Direito de Família a uma tendência mais ampla, que afetaria todo o Direito, mas principalmente o Direito Civil, no contexto pós-1988 e que é identificada como Constitucionalização do Direito. Essa tendência afastaria um dogmatismo em prol de aplicações do Direito que levam em conta os princípios constitucionais. Em especial no Direito Civil, a mudança operada pela Constitucionalização tiraria de foco o “ter”, identificado pelo Ministro com o foco patrimonialista do Código Bevilacqua, para colocar na própria pessoa. O foco agora estaria no “ser”.

Para Marco Aurélio, a discussão sobre o reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo não poderia perder de vista essa Constitucionalização e a mudança de foco do “ter” para o “ser”. Muito embora o Ministro reconheça que as decisões que atribuíram efeitos jurídicos as uniões entre pessoas de mesmo sexo, por meio do instituto da sociedade de fato, foram importantes no passado, atualmente utilizar-se desse instituto seria retrocesso, reprodução de preconceito, ignorância da mudança e estariam, então, em incompatibilidade com a Constituição atual.

A natureza da homossexualidade também é discutida no voto. O que permite a Marco Aurélio fazer a passagem da sociedade de fato para as uniões estáveis homoafetivas não é apenas a mudança na Constituição. O Ministro afirma não existir consenso sobre as origens da homossexualidade, se seriam fatores genéticos ou sociais que a provocariam. Todavia, é forte em afirmar que independente disso, a homossexualidade não seria uma escolha. Além disso, o afeto é identificado como constituinte das relações entre pessoas de mesmo sexo. É a constatação de “não ser uma escolha” e do afeto que se constituem nos elementos centrais que realizam a transição de uma relação de empresa para uma relação familiar. Assim, a aplicação do instituto da sociedade de fato seria uma aplicação imprópria.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana será fator importante para a argumentação da incompatibilidade de não se regular ou regular as uniões entre pessoas de mesmo sexo pela sociedade de fato. Tal princípio, na compreensão do Ministro Marco Aurélio, possuiria o *status* de fundamento maior da República. Seria a Dignidade da Pessoa Humana que daria unidade aos Direitos Fundamentais, sendo que esses serviriam como forma de efetivação daquele princípio.

Nessa toada, o núcleo do Princípio da Dignidade seria a não instrumentalização do ser

humano. O ser humano não poderia ser visto como um objeto ou como algo que serviria ao Estado. Pelo contrário, Marco Aurélio busca na Corte Interamericana de Direitos Humanos uma posição de que é o Estado que deveria servir às pessoas, auxiliando-as na realização de seus projetos de vida pessoais. A dignidade da vida quereria a possibilidade, suportada pelo Estado, de concretização de metas e projetos. Não havendo essa possibilidade poderia se falar em dano à pessoa.

Por esse entendimento, não seria possível atribuir interpretação a nenhuma norma de forma a contrariar o Princípio da Dignidade da pessoa humana. A interpretação literal do art. 226, §3 para inibir as uniões homoafetivas se encaixaria nesse tipo de interpretação proibida. Até porque a Constituição não teria explicitamente vedado essas uniões.

Outro ponto que o Ministro combate é a opinião pública. Para Marco Aurélio a opinião pública majoritária seria irrelevante. Os Direitos Fundamentais teriam caráter contramajoritário, sendo aplicados mesmo quando a maioria não concorda. Essa seria uma garantia Constitucional às minorias.

Para terminar sua argumentação, o Ministro defende que a interpretação restritiva do art. 226, §3 pode talvez não violar o texto expresso da Lei, mas que como já foi demonstrado violaria princípios constitucionais. Para Marco Aurélio, violar um princípio seria pior que violar uma norma, pois estaria violando não apenas um comando específico, mas todo um sistema de comandos.

É do núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e para o Ministro, os princípios quando violados em seu núcleo ganham eficácia positiva, que Marco Aurélio extrai o dever do Estado de reconhecer as uniões homoafetivas com um caráter familiar. Declara, assim, a aplicabilidade do regime das uniões estáveis para às uniões entre pessoas de mesmo sexo. Frise-se que o Ministro em momento algum fala em analogia, tomando uma posição similar àquela do relator.

O penúltimo voto coube ao Ministro Celso de Mello. Seu voto é longo, totalizando 50 páginas, e estranho para os olhos. O Ministro abusa em sua escrita de grifos, negritos e itálicos por todo o corpo do texto, tornando impossível identificar o que ao certo desejaria ressaltar com aquelas marcas textuais. Apesar disso, a divisão que faz de seu voto, em nove tópicos, facilita a compreensão de sua argumentação.

No primeiro tópico, o Ministro aborda a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de Constitucionalidade. O Ministro se mostra preocupado que as decisões do STF não sejam um ato vertical de imposição. A legitimidade democrática das decisões do STF em controle de constitucionalidade e, em específico desse caso, derivam da abertura

procedimental que permitiu maior atuação das partes e ainda a intervenção de entidades representativas da sociedade civil no processo. Essa abertura possibilitaria que os próprios grupos minoritários ofereçam alternativas à interpretação constitucional nos pontos a serem abordados. Na opinião do Ministro isso teria ocorrido de forma exemplar nesse caso.

Nesse sentido, o STF não agiria de forma vertical impondo uma decisão, mas teria uma função de intermediário entre diferentes forças que se antagonizam, pluralizando e mediando o debate. O STF seria agente democratizador e, então, legítimo para interferir na demanda.

O segundo tópico é um resgate histórico das regulações da homossexualidade no Brasil. O Ministro retorna desde as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas da Coroa Portuguesa, até os dias de hoje, lembrando que até o presente momento, o Código Penal ainda criminaliza as práticas sexuais entre pessoas de mesmo sexo. Esse resgate histórico serve ao Ministro para demonstrar que a homossexualidade teria sido reprimida na história brasileira de forma cruel, inclusive com pena de morte, tortura, confisco dos bens e desonra da família. Não passa despercebido, na argumentação do Ministro, a articulação entre igreja e Estado nessa atuação persecutória, principalmente nos períodos inquisitórios.

O terceiro tópico leva o título de “**o reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar**” (BRASIL, 2011b, p. 223 – negritos, grifos e itálicos no original). A partir da discussão realizada no tópico anterior de seu voto, o Ministro afirma que a orientação sexual não poderia justificar a privação ou restrição de direitos de ninguém. Isso implicaria, também, em reconhecer as pessoas homossexuais deveriam receber proteção das leis e do sistema jurídico-político, “**mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que puna, que exclua, que discrimine, que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito **e** *que desigule* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual” (BRASIL, 2011b, p. 226-227 – negritos, grifos e itálicos no original).

O Ministro marca a relevância e o caráter histórico da decisão que estariam tomando. Frisa que a decisão colocaria fim a uma injusta divisão fundada em preconceito e garantiria efetividade aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

A doutrina e a jurisprudência já acenariam no sentido do reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo. Menciona obras de Maria Berenice Dias, Roger Raupp Rios e outras pessoas e cita um longo trecho da ex-Desembargadora argumentando que caberia ao Judiciário, frente a omissão do Legislativo, realizar o papel de agente transformador assegurando os direitos as relações homoafetivas. Completa essa parte com citações jurisprudenciais da Apelação Cível 70005488812 julgada pela 7ª Câmara Cível do TJRS e de

uma decisão do TRF 4ª Região retirada de uma revista do TRF.

No quarto tópico, o Ministro realiza uma análise do art. 226, §3. Fazendo uso de Bobbio, Celso de Mello argumenta que as lacunas que permitem uma interpretação restritiva seriam aquelas voluntárias ou conscientes de caráter axiológico. Todavia, a lacuna constante no §3 não seria dessa natureza, contrariando a argumentação de Lewandowski. Para sustentar sua argumentação, apresenta a opinião de dois juristas Daniel Sarmento e Luis Roberto Barroso. Ambos interpretam que o parágrafo terceiro é uma norma de inclusão, criada justamente para incluir e proteger aquelas famílias existentes fora do matrimônio. Nesse sentido, a norma não poderia servir para uma função de exclusão, operar nesse sentido, seria como condenar alguém pela Lei de Anistia. Não existindo uma lacuna impeditiva, Celso de Mello entende possível a extensão do regime jurídico da união estável as uniões homoafetivas como sendo decorrente da incidência direta dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, segurança jurídica, e do princípio implícito do direito à busca pela felicidade.

O quinto tópico se apresenta como uma discussão sobre o papel contramajoritário do STF, na realidade o tópico se transforma a medida da argumentação em uma discussão de qualidade sobre democracia, política e o papel do Judiciário. Dizer que o STF tem um papel contramajoritário, na opinião do Ministro, significa afirmar que há uma responsabilidade institucional daquele Tribunal em proteger as minorias dos excessos da maioria ou das omissões lesivas em face da inércia do Estado.

Celso de Mello compreende que o Congresso Nacional representa a opinião majoritária da população e é influenciado por valores e sentimentos que prevalecem na maioria da sociedade. Talvez essa seja a explicação pela qual haveria tantas resistências a proteção dos direitos das minorias naquela casa. O princípio majoritário é visto pelo Ministro como importante dentro de uma democracia, todavia esse princípio não legitimaria violações à Direitos Fundamentais. Citando o texto do *amicus curiae* do Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, o Ministro argumenta que *a soberania popular e majoritária possuiria limites. A democracia não toleraria a opressão de um grupo sobre o outro. E o Judiciário deveria salvaguardar os grupos minoritários.*

A atuação do STF já iria no sentido de adotar decisões contramajoritárias, defende Celso de Mello. Além de simplesmente adotar esse posicionamento em algumas decisões, a preservação e o reconhecimento dos direitos das minorias deveria integrar a agenda da Corte Suprema. Na opinião do Ministro, a garantia de proteção às minorias seria uma legitimação material ao Estado Democrático de Direito.

O caráter democrático de qualquer regime se daria justamente pela convivência e

preservação da harmonia entre governo da maioria e direitos das minorias. Para Celso de Mello, no momento que o Brasil optou na Constituinte de 1988 por se tornar um Estado Democrático, essa opção deve ter consequências, não podendo ser apenas um recurso retórico. Nas palavras do próprio Celso de Mello

[...] **para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria política-jurídica *meramente* conceitual **ou** *simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar, às minorias notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais que a todos, *sem distinção*, são assegurados (BRASIL, 2011b, p. 246 – negritos, grifos e itálicos no original).

Por essas razões, o Ministro considera procedente algumas argumentações trazidas pela então Procuradora-Geral da República Deborah Duprat, na inicial da ADPF 132. Essas argumentações, em síntese, afirmariam não existir qualquer interesse legítimo que justificaria o não reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo. A recusa desse reconhecimento seria uma medida autoritária, baseada em preconceito e uma grave ofensa ao princípio da liberdade.

O direito à busca pela felicidade é abordado no quinto ponto. O Ministro diz que, tanto a jurisprudência do STF quanto a doutrina, têm afirmado a centralidade do Princípio da Dignidade Humana para o ordenamento constitucional brasileiro. O Princípio da Dignidade seria uma espécie de valor-fonte do nosso ordenamento. O direito à busca pela felicidade se localizaria, de forma implícita, no núcleo da dignidade da pessoa humana. E é esse direito que Celso de Mello percebe como ofendido quando o Congresso Nacional se omite a proteger as minorias em seus direitos fundamentais.

O direito à busca pela felicidade seria um “**fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou, até mesmo**, esterilizar direitos e franquias individuais” (BRASIL, 2011b, p. 252 – negritos, grifos e itálicos no original). O STF em sua jurisprudência já teria reconhecido a importância desse princípio em causas relativas a direitos humanos. Menciona para comprovar sua afirmação o julgamento da ADI 3300 relatado pelo Ministro Celso de Mello.

O Magistrado identifica que direito à busca pela felicidade tem raízes na Declaração da Independência dos Estados Unidos, fortemente influenciada por ideias Iluministas. Celso de Mello cita uma série de decisões da Suprema Corte Americana que têm feito uso de tal direito para proteger a intimidade e a garantia dos direitos como os de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de utilizar

anticoncepcional e outras.

As Constituições do Japão (1947), da França (1958) e do Butão (2008) são mencionadas como exemplos em que o direito à busca pela felicidade já se encontraria previsto de forma expressa.

Percebendo, então, a importância desse direito e que ele integra o ordenamento jurídico brasileiro, Celso de Mello afirma que o direito à busca pela felicidade no caso concreto autoriza “**o rompimento dos obstáculos** que impedem a **pretendida qualificação** da união civil homossexual como entidade familiar” (BRASIL, 2011b, p. 254 – grifos no original).

O sétimo ponto é uma argumentação, a partir de extensa literatura como Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Paulo Iotti Vecchiatti, Daniel Sarmento e outros defensores do Direito Homoafetivo, no sentido de se compreender o afeto como um princípio constitucional implícito derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese, argumenta que a mudança operada pela Constituição de 1988, ao inserir a união estável como entidade familiar, teria alterado a forma como a família é compreendida, alçando o afeto ao *status* de princípio jurídico. Esse princípio seria importante, talvez o principal, para o reconhecimento do *status* familiar para as uniões entre pessoas de mesmo sexo. O Ministro defende que as uniões entre estáveis pessoas de mesmo sexo devem receber o mesmo tratamento legal que as uniões estáveis heterossexuais, os mesmos requisitos devem ser preenchidos e os mesmos efeitos garantidos.

O oitavo e penúltimo ponto do voto é uma curta menção aos Princípios de Yogyakarta. O Ministro reconhece que o Princípio 24, sobre o Direito de Constituir Família, abarca as demandas das ações. Infelizmente Celso de Mello não se estende sobre o assunto, pois há uma real dúvida sobre se e como os Princípios de Yogyakarta podem ser aplicáveis, vez que se configura propriamente como um Tratado Internacional. De toda maneira, mesmo sem grandes explicações, o Ministro demonstra que reconhece efeitos jurídicos a esses princípios⁴⁴.

O último ponto abordado é sobre a colmatação das omissões consideradas inconstitucionais. A preocupação de Celso de Mello, nesse tópico, é afastar de uma vez por todas qualquer alegação de que o STF estaria extrapolando suas funções. De fato, o Ministro reconhece que a decisão opera uma criação positiva e jurisprudencial do Direito. Entretanto, isso se daria por uma necessidade Constitucional. A Constituição quando possui uma norma de direito fundamental que depende de outro poder para ter eficácia, se esse poder não agir para garantir eficácia, estará atuando de forma inconstitucional por omissão ou inércia. Isso é válido quando o Legislativo deve se pronunciar sobre um assunto, quando o Executivo deve garantir

⁴⁴ Para uma crítica radical aos Princípios de Yogyakarta ver Marsal (2011). Para uma defesa dos princípios ver O’Flaherty e Fisher (2008).

a prestação de algum tipo de serviço ou similar, mas também quando o Judiciário percebe um comportamento ofensivo à Constituição e não age. Esse posicionamento já estaria consolidado no STF, pela ADI 1458, e também na doutrina jurídica.

Nesse sentido, o protagonismo do Judiciário seria um dever desse órgão resultado da ampliação de suas funções que a Constituição de 1988 realizou e abdicar dessa função, na opinião de Celso de Mello, poderia trazer danos a democracia:

*Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal** - que é o guardião da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte - **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a conseqüente proteção *dos direitos das minorias*), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas e **a legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas (BRASIL, 2011b, p. 264 – grifos, negritos e itálicos no original)*

O Ministro conclui seu voto julgando a ação procedente para declarar a obrigatoriedade do reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo como entidades familiares. Celso de Mello deixa explícito (e em negrito) que os mesmos direitos e deveres da união estável se aplicariam aos companheiros do mesmo sexo. Também enfatiza o caráter vinculante dessa decisão.

O último voto é do ministro Cezar Peluso, o Presidente da sessão. O Ministro diz que os votos que o antecederam foram brilhantes, exaustivos e chegaram em um consenso em relação à condenação de todas as formas de discriminação, fazendo com que seja desnecessário que se acrescente algo mais. Peluso diz que irá apenas justificar sua adesão às conclusões.

O primeiro ponto que aborda é o recebimento das ações como ADI e a aplicação da interpretação Conforme à constituição. O Ministro diz que a princípio, caso houvesse identidade entre o texto da Constituição e o texto do art. 1723 do Código Civil não caberia o uso dessa interpretação, pois havendo identidade de textos ter-se-ia que interpretar a Constituição por ela mesma, o que não faria sentido. Todavia, o Ministro diz que a Corte estaria reconhecendo que os textos não seriam idênticos, produzindo a não coincidência *semântica* das normas. Essa diferença nos textos e nos significados é que permitiria à Corte o uso da interpretação conforme.

Superada a dificuldade da aplicação da interpretação conforme, o Ministro argumenta que o art. 226 não traz um rol taxativo, sendo lícito reconhecer outras famílias, para além daquelas previstas na Constituição. A razão, para o Ministro, estaria no afeto entre pessoas de mesmo sexo, que se aproximaria daquele existente nas uniões heterossexuais.

Essa argumentação é importante, pois o Ministro diverge do Relator quanto a

inexistência de lacuna na Constituição. Cezar Peluso acredita que existe sim uma lacuna em relação às uniões entre pessoas de mesmo sexo e que ela deveria ser suprida, no caso, por uso da analogia. Como que para tentar justificar sua decisão e não parecer conservador perante os colegas que decidiram de forma diferente, o Ministro relata seu histórico como desembargador do TJSP, onde, segundo o próprio, teria sido o primeiro, há mais de vinte anos, a aplicar a união estável por analogia às uniões entre pessoas de mesmo sexo, contrariando a jurisprudência majoritária daquele Tribunal.

Em se tratando de uso da analogia, o Ministro acredita que nem todas as regras aplicáveis à união estável se estenderiam às uniões entre pessoas de mesmo sexo. A razão disso, segundo o Ministro, é que as instituições não seriam idênticas e que haveria de se respeitar a particularidade que cada tipo de união possuiria. Peluso se mostra preocupado com as consequências da aplicação direta da união estável. Não caberia a Corte examinar todos os desdobramentos dessa equiparação primeiro porque o pedido não comportaria, segundo porque a imaginação dos juízes não seria capaz de prever todas as consequências.

Na opinião de Cezar Peluso a decisão que o STF que estaria tomando, na realidade, convocaria a atuação do Poder Legislativo:

O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação (BRASIL, 2011a, p. 269).

Nesse momento, Gilmar Mendes interrompe para ressaltar a importância desse esclarecimento realizado por Peluso. Para o Ministro, esse esclarecimento serviria para o Congresso não ter medo de legislar sobre o tema, pois não haveria inconstitucionalidade na garantia dos direitos abordados nessa decisão. Ayres Britto também intervém, concordando com Gilmar Mendes e com Peluso, mas ressalta “a nossa decisão claro que opera por si” (BRASIL, 2011ba, p. 269). Dessa forma, não fechando as portas para o Legislativo, mas também não permitindo que os outros Ministros limitem a eficácia da decisão. Todos concordaram com esse posicionamento.

O Ministro Peluso retoma a palavra para encerrar seu voto e parabenizar a Corte pela decisão unânime. O Ministro Gilmar interrompe novamente, pedindo ao Relator Ayres Britto que conste na ementa a diversidade de fundamentos trazidos, no que Ayres Britto aquiesce. Peluso completa que foram vários fundamentos, mas todos convergentes e Britto mais uma vez

aquiesceu. É importante lembrar que, de fato, os fundamentos convergem quanto ao resultado, mas divergem, radicalmente, entre si, como foi demonstrado aqui.

Antes do Ministro Peluso encerrar a sessão, Cármen Lúcia pergunta se a partir desse julgamento estaria autorizado se decidir monocraticamente sobre a questão. Os Ministros são unânimes em decidir que sim, inclusive sem precisarem esperar a publicação do acórdão. Encerra-se, assim, o julgamento ficando autorizado a aplicação da união estável entre pessoas de mesmo sexo nos limites dos votos do Relator mas, constando na ementa, divergência de Lewandowski, Mendes e Peluso que explicita a possibilidade do Legislador de por ventura legislar sobre o assunto.

Classificar o discurso desse acórdão foi talvez uma das tarefas mais árduas do presente trabalho. Mesmo me restringindo apenas ao voto do Relator, com as ressalvas que constam na ementa por pedido dos Ministros Gilmar Mendes e Lewandowski não é tarefa fácil. O voto é bastante extenso e traz uma pluralidade de argumentos. Optei, não sem algumas incertezas, por classificar esse discurso como *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*.

A tensão na escolha se deu porque, por um lado, é verdade que o Ministro Ayres Britto tem uma preocupação grande em produzir um voto que vede qualquer tipo de discriminação em função das sexualidades. Aliás, o Ministro vai além e afirma o próprio direito à liberdade, à autonomia das pessoas, à privacidade e à intimidade. O Ministro faz também uma argumentação que era inédita até o presente momento sobre a inexistência de lacuna, aplicando as uniões estáveis em pleno direito às uniões homoafetivas, sem a mediação da analogia. Tais fatores me levaram a enquadrar da forma como enquadrei.

Por outro lado, isso não implica que o discurso não traga em si certo enquadramento assimilacionista. Não é possível passar em branco a estranha conceituação de sexualidade e gênero fortemente genitalizada, que iria na direção oposta de uma série de teorias de gênero e sexualidade com viés feminista tais como as de Butler (2004, 2008, 2011). Essa concepção equivocada poderia trazer algumas consequências se começarmos a ampliar a análise para questões relativas à transexualidade, como compreender, dentro desse raciocínio de Britto, uma relação entre uma mulher trans* e um homem cis? Seria ela uma relação heterossexual ou homoafetiva e qual regime jurídico se aplicaria?

Para além disso, a noção de família utilizada pelo Ministro também é romantizada. Talvez se afaste da morfologia patriarcal da família por igualar as uniões estáveis ao casamento, mas valoriza o afeto e a estabilidade de algumas relações homossexuais como fator anestésico, capaz de purificar essas relações e aproximá-las do modelo de um amor romântico. Acredito, no entanto, que esse aspecto de *assimilacionismo familista e homoafetividade* prevalece no

discurso do Relator. De toda forma, é impossível negar que apesar de escapar dessa classificação, os ranços de assimilacionismo familista ainda podem gerar efeitos na prática e na teoria jurídica. Até mesmo votos vencidos são, algumas vezes, utilizados estrategicamente em argumentações jurídicas, podendo vir a produzir seus efeitos.

2.3.2.3 REsp 1.085.646

O REsp 1.085.646 teve o início de seu julgamento no dia 23 de fevereiro de 2011. O acórdão teve como Relatora a Ministra Nancy Andrichi e foi julgado pela Segunda Seção do STJ.

Trata-se de uma ação de reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo sexo, com a dissolução dessa e a consequente partilha do patrimônio. Segundo conta a Relatora, Floriano e Rui viveram juntos de 1993 até 2004. Conta Andrichi que nesse período que viveram juntos, o casal abriu várias empresas conjuntamente, fizeram várias viagens de casal e Floriano ainda constava como beneficiário do seguro de vida e dependente do cartão de crédito de Rui. Todavia, a relação se rompeu em 2004, por razões que não foram apresentadas no acórdão, levando a demanda jurídica da dissolução da união.

O pedido foi realizado em primeira instância por meio do instituto da sociedade de fato, mas já em primeira instância reconhecido por meio da união estável. O Juiz de primeiro grau reconheceu a existência da união estável pelo período da convivência, partilhou os bens adquiridos e condenou ainda Floriano a pagar a Rui mil reais mensais, até o momento da efetiva partilha dos bens, para que esse se sustentasse.

Insatisfeitos, Rui e Floriano apelaram da decisão. A apelação de Rui não foi conhecida, já Floriano conseguiu reverter parte da decisão. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a existência da união estável, segundo o TJRS o fato da inicial ter sido proposta pelo instrumento da sociedade de fato não seria obstáculo. A ementa do acórdão do TJRS, transcrita pela Relatora, dá a entender que real intenção do autor seria o reconhecimento da união estável. A escolha pelo termo sociedade de fato se trataria apenas de um erro terminológico derivado de verdadeira controvérsia jurídica, não obstante, assim, que fosse reconhecida por meio da analogia com a união estável. Aquele Tribunal alterou, contudo, os alimentos, que julgou ser descabido. Para o TJRS, Rui era jovem e sem impedimento ao trabalho, devendo ser reinserido no mercado de trabalho.

O recurso especial foi interposto por Floriano, sob a alegação de que haveria violação

aos arts. 1º e 9º da Lei 9278/96, que define a união estável como sendo entre homem e mulher, e ainda aos 1363 do Código Civil de 1916 e ao 1723 do Código Civil de 2002, além de dissídio jurisprudencial. O Ministério Público Federal deu parecer favorável ao provimento do recurso especial, contrariando pareceres anteriores que foram favoráveis a aplicação da união estável. Esse fato mostra, mais uma vez, a heterogeneidade de posicionamentos dentro do Ministério Público.

Mais uma vez, temos aqui uma hipótese que uma pessoa homossexual, estrategicamente, recusa o enquadramento da União Estável, teoricamente mais benéfica e mais progressista para os direitos sexuais. Essa recusa não é ingênua, pois reconhecer por meio da união estável ou da sociedade de fato, como já argumentado, altera a forma como a partilha dos bens se dará. Na sociedade de fato, divide-se apenas os bens que foram conjuntamente adquiridos, sendo necessário provar o esforço comum. Na união estável já há uma presunção do esforço comum. Todos os bens adquiridos, na constância da união, de forma onerosa seriam, então, divididos.

Nancy Andrichi começa o seu voto por analisar as provas para delimitar os limites do caso. Tenta entender qual tipo de união se dava entre o casal. Para a Ministra, a base fática do acórdão é imutável e trataria realmente de uma união que misturava por longo tempo afeto e construção de patrimônio, atendendo a todas as exigências para que se reconheça uma união estável, caso assim seja juridicamente possível.

Discutido o fato, Nancy Andrichi passa a discutir a tese jurídica. O primeiro ponto a abordar foi intitulado de *“dos princípios fundamentais e do emprego da analogia como método integrativo para que se produzam os idênticos efeitos do reconhecimento de união estável a relação de afeto entre pessoas de mesmo sexo”* (BRASIL, 2011c, p. 7). O título é exatamente o mesmo daquele utilizado no voto do REsp 1.026.981 e a argumentação desenvolvida se assemelha bastante. Na realidade, a Ministra aprofunda a argumentação que foi desenvolvida naquele seu outro voto, demonstrando ter realizado pesquisa sobre o tema.

Os dois primeiros parágrafos são uma transcrição literal daquele voto já realizado, se iniciando com uma apresentação sobre a ausência de lei que regule a questão e apontando que o judiciário não poderia ficar inerte. O terceiro parágrafo, no entanto, é novo e traz um diferencial para a sua argumentação. A Ministra rejeita no início de sua argumentação a diferenciar casais em função da orientação sexual das pessoas, se inserindo em uma perspectiva igualitária mais forte do que aquela que sustentou no voto passado. A Ministra também parece aderir a uma posição que considera a homossexualidade como um fato natural:

De fato, só teria sentido identificar uma pessoa em função de sua orientação sexual se

a atração pelo mesmo sexo fosse relevante a ponto de impor diferenças de tratamento, como se de ‘desvio de comportamento’ se tratasse, quando na verdade as uniões homossexuais constituem um fato social incontestável, que remonta períodos longínquos da história da humanidade. (BRASIL, 2011, p. 8)

Andrighi continua transcrevendo a mesma argumentação, dizendo que a omissão da Lei não pode ser pretexto para decisões omissas. A partir desse ponto, a Ministra já começa a demonstrar outras novidades em sua argumentação. Menciona que a União Europeia, por meio do Parlamento Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos, teria feito pressão para que seus Estados membros coibissem qualquer forma de discriminação à pessoas homossexuais e para legalizar as uniões entre pessoas de mesmo sexo. Andrighi, mais uma vez, cita os diversos países e estados americanos que já reconhecem essas uniões, mostrando que o Direito Comparado é influência na sua decisão.

Mais especificamente ao Brasil, a Relatora lembra que nosso país já aderiu a uma série de pactos e tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos e teriam servido de inspiração para o Programa Nacional de Direitos Humanos, o PNDH 3. A Relatora gasta três páginas analisando o PNDH e o Decreto 7037/2009 da Presidência da República que instituiu o PNDH. Andrighi transcreve longos pedaços e destaca, em negrito, aqueles que acredita serem importantes para o caso. Destaca, em especial, o objetivo estratégico V, que primária pela garantia do respeito à livre orientação sexual e de gênero. Tal objetivo é parte da Diretriz 10, a Garantia da Igualdade na Diversidade.

A Relatora admite que essas normas possuem conteúdo apenas programático, ou seja, não seriam um comando de imediata aplicação ao caso. Todavia, seriam indícios de que o Brasil deveria se ajustar ao cenário internacional no sentido de eliminar as discriminações e acolher os direitos sexuais das pessoas homossexuais.

Andrighi também mostra ter se envolvido mais com a literatura sobre homossexualidades, a Relatora que já demonstrava influências de Maria Berenice Dias, parece agora estar fortemente influenciada pelo livro *União Homoafetiva* (MOREIRA, 2010). Utilizando-se de Moreira (2010), a Ministra argumenta por uma concepção funcionalista da família, isto implicaria em abandonar a concepção da família como lugar de procriação e reprodução social para compreendê-la como “*um espaço de trocas de afetos e suporte mútuo*” (MOREIRA, 2010, p. 355). Se essa argumentação tem a vantagem de abandonar o discurso biológico da procriação, não abandona completamente a noção de que a família e as uniões são uma entidade “natural”. O argumento me parece apenas incluir a homossexualidade e as

relações homossexuais dentro da esfera da natureza. Isso pode ser observado a partir de uma citação que Andrighi faz de Moreira em que o autor se baseia em estudos psicológicos para argumentar que as uniões entre pessoas de mesmo sexo seriam iguais as heterossexuais, produzindo os mesmos níveis de satisfação e mesma “qualidade” de relação. Dentre o longo trecho transcrito, Andrighi grifa a seguinte passagem:

Vemos então que as uniões homossexuais nascem da procura de se satisfazer uma necessidade humana básica e que as uniões homossexuais proporcionam a satisfação dessa necessidade da mesma forma que as uniões heterossexuais. As evidências científicas de que os seres humanos possuem uma necessidade inata de formar relações íntimas e que essa possibilidade está diretamente relacionada com o nosso bem-estar físico e psicológico serve como outra forte indicação da irracionalidade da exclusão dos casais homossexuais da proteção jurídica oferecida pela instituição da união estável (MOREIRA, 2010, p. 360).

Com essas considerações Andrighi legitima com o viés da ciência sua argumentação. Se a psicologia diz que relacionamentos homossexuais seriam sadios da mesma forma que os heterossexuais e que são uma necessidade natural, ficaria legitimado argumentar que esses sujeitos possam ter direitos. O saber psicológico serviria aqui para inserir a pessoa homossexual na condição de humano e de cidadão, momento esse que coincide com sua entrada na natureza.

Essa argumentação serviria também para sustentar o conceito de vida digna e feliz da Ministra. Segundo essa: “*a troca de afetos gerada pela formação de laços íntimos é condição sine qua non para uma vida digna e feliz*” (BRASIL, 2011c, p.14). Para Andrighi, a discriminação das pessoas homossexuais seria um dos maiores obstáculos para que essas pessoas vivam relacionamentos estáveis, e conseqüentemente atinjam a felicidade e a dignidade. Essa mesma discriminação forçaria algumas pessoas homossexuais a viverem falsos relacionamentos heterossexuais ou operar uma cisão entre sua vida pública, em que aparenta ser heterossexual, e a vida privada, onde vivencia a homossexualidade. Fica identificado, assim, uma limitação ao direito a uma existência digna e plena.

Uma vez identificada a limitação, Andrighi opera outro movimento: de uma análise constitucional do Direito de Família. Passa a analisar os princípios jurídicos da igualdade e da dignidade humana para argumentar que o ordenamento constitucional não suportaria a discriminação às pessoas homossexuais, sendo importante a aceitação de uma pluralidade de entidades familiares. Limitar a aplicação das normas que regulam a união estável às relações entre pessoas de mesmo sexo implicaria, na visão da Ministra, em violar inúmeros princípios constitucionais.

Haveria uma suposta contradição entre o Código Civil e a Constituição Federal de 1988.

Os artigos que regulam a união estável (1723 e seguintes do Código Civil) seriam incompatíveis com as regras constitucionais que visam à erradicação da marginalização e do preconceito (art. 3º, III e IV da CRFB/1988⁴⁵). Em um primeiro momento essa argumentação pode parecer um caminho estranho a se tomar, dado que a competência do STJ não permite que ele julgue causas constitucionais. Entretanto, Andrighi faz uma defesa da legitimidade do STJ de se pronunciar sobre essa questão. Para a Relatora não faria sentido algum limitar o STJ a aplicar unicamente a legislação infraconstitucional:

[...] a realização de qualquer julgamento, em qualquer grau de jurisdição, depende sempre do cotejo analítico de todo o ordenamento jurídico, o que necessariamente pressupõe o exame, ainda que implícito, dos comandos normativos contidos na CF/88, fundamento de validade de toda a legislação federal (BRASIL, 2011c, p. 18).

Assim, a Ministra não estaria analisando uma questão constitucional, mas levando em conta a Constituição em sua análise, fazendo uma aplicação da legislação infraconstitucional em concordância com aquela norma superior. Andrighi retorna, após legitimar seu pronunciamento, ao que chama de o cerne da matéria. Mais uma vez, a Relatora faz uso do Direito Comparado e relata o caso da Alemanha.

Aquele país haveria editado, em 2001, uma Lei que regula a união entre pessoas de mesmo sexo (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz – LpartG*) por meio da criação de um instituto próprio, diferente do casamento. A Lei teria sido reformulada em 2005 e 2007, conferindo cada vez mais direitos as parcerias entre pessoas de mesmo sexo. A Lei Alemã teria sido submetida ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Constitucional Alemão, por ofender a proteção especial que a Constituição Alemã garantiria ao casamento. A Corte decidiu que os institutos jurídicos não seriam equivalentes, a possibilidade de procriação teria sido o que diferenciaria e legitimaria a distinção entre as relações e suas proteções legais, sem violar o princípio da igualdade.

Mesmo havendo institutos jurídicos diferentes, a Corte Alemã decidiu por não realizar diferenciação no que se refere à pensão por morte e à partilha de herança, para não privilegiar uma forma de relação em detrimento da outra. A proteção especial ao casamento não permitiria que fosse outorgado menos direitos a outras formas de união. Esse mesmo tipo de raciocínio é

⁴⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

aplicado por Andrighi ao Direito brasileiro, mesmo que a Constituição garanta uma proteção especial ao casamento e a união estável heterossexual, Andrighi não vê isso como uma autorização legal para se atribuir menos direitos às uniões entre pessoas de mesmo sexo. A Relatora, todavia, apesar de não aderir, não questiona a infeliz argumentação da Corte Alemã de sustentar a diferença das uniões a partir do argumento da procriação. Aderir a tal argumentação da Corte Alemã contrariaria o percurso desenvolvido pela Relatora no início de seu voto.

Retornando ao Brasil, Andrighi aponta para a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que reconheceu um casal homossexual como entidade familiar como pioneira nesse tipo de reconhecimento. Aponta ainda que há uma mudança de posicionamento sendo operado no STJ, inicialmente as uniões eram reconhecidas pelo instituto da sociedade de fato, mas, recentemente, a corte estaria fazendo uso da analogia para aplicar os efeitos jurídicos da união estável as uniões entre pessoas de mesmo sexo. A Relatora lista diversos acórdãos para demonstrar essas duas posições.

Ao fazer o resgate da jurisprudência do STJ sobre o assunto, esse caso se entrelaça com o último analisado. Nancy Andrighi percebe que o julgamento do REsp 633.713 destoa da tendência recente daquele Tribunal e se sente na necessidade de justificá-lo. A Ministra diz que *“em algumas hipóteses, as particularidades inerentes a determinadas lides poderão conduzir a interpretações em sentido diverso daquele em relação ao qual acena a evolução jurisprudencial”* (BRASIL, 2011, p. 22), essas particularidades fariam com que não houvesse retrocesso ou mudança na forma do Tribunal se posicionar. A Ministra não esclarece, no entanto, o que ficou obscuro naquele acórdão, isto é, quais são as peculiaridades que permitiram a aplicação desse raciocínio.

A Relatora passa, então, a afirmar que não pode o Judiciário se furtar a dar a resposta a essa demanda, sendo necessária a aplicação da analogia para suprir a omissão legislativa e atribuir os efeitos jurídicos análogos à união estável.

Terminada a discussão sobre a tese jurídica, a Relatora retorna ao caso. Finaliza dizendo que as provas são suficientes para preencher os requisitos do reconhecimento de uma união estável, com exceção do requisito da dualidade dos sexos. Sendo assim, a Relatora acredita que o recurso não deve ser provido. Mantendo a decisão do TJRS que reconheceu e dissolveu a união estável, realizando a partilha dos bens independente de comprovação de esforço comum.

O Ministro João Otávio de Noronha é o próximo a votar. Ele segue a Relatora e elogia a qualidade do voto, mas pretende complementar a argumentação. O Ministro parte da afirmação de que não há no ordenamento jurídico nenhuma norma que acolha as relações entre

peças de mesmo sexo, mas que também não haveria norma que vede esse acolhimento. O Relator traz a literatura jurídica de Maria Berenice Dias, Fabio Ulhôa Coelho, Luis Roberto Barroso e outras pessoas para justificar que a menção homem e mulher que consta na constituição e na Lei seria apenas um rol exemplificativo, e não *numerus clausus*, isto é, uma hipótese em que não se admitiria outras formas, além daquela mencionada explicitamente na Lei.

O Ministro lembra que os Tribunais iniciaram o reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas de mesmo sexo pelo instituto da sociedade de fato, mas que seria necessário avançar. Noronha vê como necessário reconhecer que essas uniões possuem caráter familiar e aponta que o STJ já estaria adotando essa tese a partir do julgamento do REsp 820.475. Afirma também que o STF, na ADI 3.300, já teria se posicionado favorável a esse reconhecimento, mesmo não havendo julgado a questão em seu mérito e que a Lei Maria da Penha teria consolidado o entendimento de que as relações entre pessoas de mesmo sexo são relações familiares.

Luis Felipe Salomão votou em seguida. No início de seu voto, o Ministro informa que o Ministro Raul Araújo Filho já adiantou ter um pedido de vista, pedido esse que não encontra transcrito no acórdão. Todavia, Luís Felipe Salomão opta por não esperar o voto vista de Raul Araújo Filho e adianta o seu próprio voto. O Ministro ressalta a importância da definição desse tema, em especial quando julgado pela Seção, que representa um coletivo maior do que a Turma. Cumprimenta a Ministra Nancy Andrichi pelo seu belo voto e pelas importantes informações sobre o Direito Comparado, parabeniza também o voto complementar de João Otávio de Noronha por ter analisado a legislação.

Luís Felipe Salomão menciona, então, o voto do Ministro Sidnei Beneti, que apesar de discordar da Relatora, também teria feito uma análise densa da questão. Por se tratar de análise de um documento escrito e não do julgamento em si, algumas informações são perdidas. No acórdão, o voto do Ministro Sidnei Beneti se encontra localizado ao final, pois esse reconsiderou alguns aspectos ao final do julgamento. Para não adiantar algumas informações, esse voto será observado na ordem em que se encontra no documento. Para o momento é suficiente ter em mente que o voto foi realizado antes do Ministro Luís Felipe Salomão votar e que foi um voto divergente nos fundamentos, em que aquele Ministro negou provimento ao recurso por julgar que a discussão caberia ao STF ou ao legislativo e não ao STJ.

O Ministro acompanha a Relatora e faz questão de argumentar que a atitude dela estaria protegida pelo art. 126 do Código de Processo Civil. Tal artigo afirma que o Juiz não poderia deixar de sentenciar frente à lacuna ou obscuridade da Lei, devendo ele recorrer a alternativas,

como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito para solucionar o caso. Esse argumento é uma resposta direta a afirmação de que o STJ deveria deixar a decisão para o STF. O Ministro ainda complementa o voto da Relatora com uma transcrição de grande parte do seu voto que realizou para desempatar a discussão no REsp. 820.475, acórdão esse que se definiu a possibilidade jurídica do uso da união estável por analogia para reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo. Transcreve também o seu voto no REsp. 889.852 em relação à adoção por casal de mulheres. Para o Ministro as premissas para a decisão desse caso já haveriam sido decididas nos casos mencionados, por isso acresce aos argumentos da Relatora e do Ministro João Otávio de Noronha mais esses dois votos de sua autoria. Encerra, então, acompanhando a Relatora ao negar provimento ao recurso especial.

O Ministro Aldir Passarinho Junior diz que em função da sua aposentadoria próxima, necessita antecipar seu voto. O Ministro abre seu voto dizendo que há algum tempo concordava com a divergência apontada pelo Ministro Sidnei Beneti, mas sua opinião haveria mudado. O Ministro acha que não precisa acrescentar outra doutrina, pois os votos da Relatora e do Ministro João Otávio de Noronha teriam sido “brilhantes”. A contribuição que o Ministro faz é uma ponderação, uma breve reflexão. Para Aldir Passarinho Junior seria hipocrisia reconhecer todos os efeitos jurídicos que derivam da união estável, como já são reconhecidos pelo STJ, mas não reconhecer a causa em si, a união estável da qual os efeitos jurídicos derivam. A jurisprudência precisaria ousar um pouco mais, parar de “ser hipócrita” e reconhecer o vínculo afetivo e estável entre duas pessoas do mesmo sexo. Por essa razão, o Ministro segue o voto de Nancy Andrighi e os que sucederam a ela complementando a argumentação.

A divergência de decisão vem do Ministro Vasco della Giustina. Para o Ministro o cerne do debate é saber se

[...] é possível ao intérprete da norma, com esteio na legislação federal vigente, estender às uniões atualmente batizadas de ‘homoafetivas’, os mesmos efeitos patrimoniais 9 (*in casu*, mais particularmente, os sucessórios) que decorrem da configuração da união estável, reconhecida como entidade familiar, nos termos do art. 226, §3º da CFRB/1988 (BRASIL, 2011c, p. 45).

O que caberia a ser feito no recurso especial é apenas a análise da adequação dos pedidos com a legislação federal vigente, qualquer outra análise extrapolaria as competências do STJ e invadiria, ou as do STJ ou as das Casas Legislativas. Vasco della Giustina agrega a suas fundamentações aquelas realizadas pelo Subprocurador Geral da República, para isso transcreve partes do parecer. As partes transcritas argumentam que a Constituição optou por dar proteção especial as uniões estáveis entre homens e mulheres e ainda por cima facilitando que

essas se convertam em casamento. Essa proteção seria exclusiva da união entre homens e mulheres, e não seria uma forma de discriminação, nem um impedimento que a Lei criasse outro instituto para proteger as uniões entre pessoas de mesmo sexo. A passagem citada ainda defende que não se poderia fazer a analogia para atribuir os mesmos efeitos jurídicos, pois “*não se pode pretender conferir, por analogia, um direito que o legislador foi expresso em excluir*” (BRASIL, 2011c, p. 47).

O Ministro reforça que concorda com os argumentos do Ministério Público Federal e que em seu entendimento seria necessária alteração na Lei para se reconhecer a união entre pessoas de mesmo sexo como união estável. Todavia, o Ministro admite que não poderia deixar o fato sem uma proteção jurídica. A sociedade de fato é o instrumento jurídico pelo qual o Vasco della Giustina acredita que serviria para abranger o caso. Para dar base a seu posicionamento menciona o REsp. 148.847, o julgado de Nancy Andrighi REsp. 773.136 e o recente acórdão em que foi Relator, do REsp. 633.713.

O Ministro ainda enfrenta a provocação deixada por Luís Felipe Salomão e responde que ao recusar a aplicação da união estável, a corte não estaria deixando de cumprir com seu dever Constitucional. Os/As Ministros/as não estariam se omitindo frente a uma lacuna da Lei, pelo contrário ao limitar a sua atuação estariam justamente cumprindo com o dever de aplicar a legislação vigente. E a verdade, para o Ministro, é que o legislador não haveria estendido os efeitos da união estável às uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Ao caminho de encerrar o seu voto, o Ministro traz à tona a experiência da França. Segundo della Giustina, o Conselho Constitucional da França haveria se negado a decidir sobre a questão da dualidade de sexos como pré-requisito para o reconhecimento jurídico das uniões, opinando que tal decisão era de competência do Legislativo. Por esses argumentos jurídicos e pela experiência de Direito Comparado da França, Vasco della Giustina diverge dando provimento ao recurso para definir como sociedade de fato a união em debate e para que o processo retorne ao TJRS para que analisem quais bens devem ser partilhados.

Ao final do voto, o julgamento foi suspenso em função do pedido de vista do Ministro Raul Araújo. O recurso especial voltou a ser julgado no dia 11 de maio de 2011. O Ministro Raul Araújo analisa a Constituição e afirma que essa prevê 3 espécies de entidades familiares: a formada pelo casamento civil; a decorrente da união estável e as famílias monoparentais. Por ser assim, o Ministro acredita que a omissão existente em relação às uniões homoafetivas seria de natureza constitucional. Chega a cogitar que o próprio legislador, talvez teria entendido que não poderia ir além das espécies previstas expressamente na Constituição, deixando, assim, de regular as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Sendo a omissão de natureza constitucional, Raul Araújo acredita que a omissão deveria ser sanada por interpretação ou integração da Constituição Federal. O Ministro justifica que seu pedido de vista foi originariamente realizado para analisar a matéria de forma mais próxima e que inclusive estaria atento a uma observação que o Ministro Sidnei Beneti haveria feito em seu voto divergente: o debate já estaria sendo realizado no Supremo Tribunal Federal e no Legislativo, por que, então, decidir de forma atropelada no âmbito infraconstitucional?

O art. 1723 do Código Civil, que regula a união estável entre homem e mulher, seria, na opinião de Raul Araújo, uma mera repetição do texto constitucional contido no parágrafo 3º do art. 226. Segundo a jurisprudência do próprio STJ nos casos de normas que repetem o texto constitucional, a análise será sempre de natureza constitucional, não podendo ser realizada por meio do Recurso Especial. Sendo assim, a discussão deveria ser feita por meio de um Recurso Extraordinário ao STF. O Ministro traz a ementa do REsp. 1127180 para comprovar seu posicionamento e afirma que esse posicionamento também foi repetido em outros julgamentos.

No entanto, Raul Araújo aponta para uma excepcionalidade no caso. Ocorreu um fato superveniente entre a primeira e a segunda sessão de julgamento que alterou drasticamente o destino do presente julgamento: no dia 05 de maio de 2011, o STF julgou a ADPF 132 e a ADI 4.277. Conforme aponta o Ministro, o julgamento do STF interpretou que o art. 226, §3º de forma que esse não impede o reconhecimento de uniões entre pessoas de mesmo sexo, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis entre pessoas, entre homem e mulher.

Os precedentes do STJ afirmariam que esse se submete às decisões vinculantes e com eficácia *erga omnes* do STJ, como mostra Raul Araújo ao transcrever parte do REsp. 834723, relatado por Luiz Fux. O Ministro Raul Araújo afirma que de início tendia a acompanhar o Ministro Sidnei Beneti, afirmando que o STJ não poderia decidir essa questão. Entretanto, o julgamento do STF alterou a situação. Segundo o Ministro não haveria nenhum interesse prático em se julgar de forma contrária ao STF, configurando apenas retrocesso e contrariedade com o efeito vinculante da decisão. Dessa maneira, o Ministro acompanha o voto da Ministra Relatora.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino também emitiu as razões de seu voto. Sanseverino reconhece que a matéria não é nova para o STJ, ela já haveria sido admitida em tese no julgamento do Recurso Especial 820.475. Entretanto, o julgamento atual iria além, buscando “*estabelecer os efeitos concretos da proteção jurídica a ser conferida à união homoafetiva no que tange a partilha de bens*” (BRASIL, 2011c, p. 58).

Para o Ministro o problema a ser resolvido no acórdão é: qual o regime jurídico deve ser aplicado para realizar a partilha de bens nas relações entre pessoas de mesmo sexo? Deve-se aplicar o Direito de Família (união estável) como deseja Nancy Andrighi ou as regras gerais

de Direito Civil (sociedade de fato) como deseja Vasco della Giustina?

O Ministro diz que o óbice constitucional que havia para análise da questão já estaria superado pela decisão do STF, restando ao STJ suprir a omissão da Lei Federal. O Ministro faz um resgate histórico em seu voto, primeiro da noção de família, que em sua opinião, antes de ser um conceito jurídico seria um “*fato social em constante evolução no tempo e no espaço*” (BRASIL, 2011c, p. 60). Segundo da história do Direito de Família nos últimos 40 anos. O direito de família estaria em um processo de constante atualização, se livrando das amarras do preconceito, essa luta se deu primeiro para a introdução do desquite, em seguida para a legalização do divórcio na década de 1970. Após a luta foi pelo reconhecimento das relações existentes fora do casamento: o concubinato, que passou a se chamar união estável a partir da CRFB/1988 e teria sido regulada pelas Leis 8971/94, 9278/96 e por fim pelo Código Civil de 2002. Agora o debate seria em relação a União Homoafetiva que enfrentaria o mesmo tipo de preconceito e de ameaças de que “iria dismantelar a família”.

O silêncio da Constituição em relação às uniões entre pessoas de mesmo sexo, na opinião de Paulo de Tarso Sanseverino, poderia ser explicado pelo preconceito social em relação a homossexualidade. Mas o fato importante seria que a Constituição não teria vedado a proteção jurídica a essas uniões. Aliás, uma interpretação à luz dos princípios constitucionais de direitos fundamentais mostraria que não há qualquer incompatibilidade, mas ao contrário um dever de proteção.

Paulo de Tarso Sanseverino realiza uma breve exposição sobre as origens do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana traçando suas raízes teológicas, filosóficas e jurídicas. Em um contexto em que as bancadas religiosas se constituem como a principal frente contrária aos direitos sexuais de pessoas LGBT, é interessante que uma das poucas menções diretas à Deus e a religião encontrada na pesquisa venha de um voto que busca justamente ampliar os direitos sexuais.

Realizada toda essa argumentação, o ministro conclui por afirmar que a analogia deveria ser utilizada para suprimir a lacuna existente na Lei. É importante mencionar que o Ministro faz questão de distinguir a união estável da união homoafetiva. Seriam “*modalidades distintas de entidades familiares em nossa sociedade, mas que têm como ponto comum o fato de estarem centradas no afeto entre os seus integrantes*” (BRASIL, 2011c, p. 69). Por esse ponto que as aproximamos, ou seja, o afeto é que as uniões homoafetivas não deveriam ser reconhecidas pela sociedade de fato. De modo a encerrar o seu voto, o Ministro faz um jogo de palavras dizendo que deve-se ir além da Constituição e da legislação, mas por meio da própria Constituição. Acompanha, assim, integralmente o voto da Relatora, o qual julga ser “brilhante”.

Vota em seguida a Ministra Maria Isabel Gallotti, que acompanha a Relatora, mas adere aos fundamentos da decisão vinculante do STF, nos termos voto do Ministro Raul Araújo.

Após o curto voto de Maria Isabel Gallotti, o Ministro Sidnei Beneti vota, retificando o seu voto anterior. O Ministro informa que inicialmente divergiu da Ministra Nancy Andrighi por acreditar que não cabia ao STJ decidir a questão, pois tratava de interpretação da Constituição Federal. O julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, no entanto, sobreveio realizando a interpretação Constitucional que não era possível ser realizada no presente Tribunal. Por essa razão, o ministro optou por rever seu voto.

O Ministro, para mero efeito de documentação, transcreve parte de seu voto original. O trecho citado se inicia com o seguinte pronunciamento:

[...] resistindo ao fascínio das digressões psicológicas, sociológicas, políticas e outras, que a profunda questão humana enseja, mas que são mais apropriadas aos profissionais de cada uma das áreas do saber humano envolvidas, deve a análise jurisdicional da matéria ater-se a área jurídica, reservando-se aos especialistas profissionais aludidos o fornecimento de elementos aos legisladores para eu manifestem, legislativamente, o sentir da sociedade nacional sobre a matéria. (BRASIL, 2011c, p. 73).

Com isso o Ministro deseja criticar as fundamentações de Andrighi que extrapolam o âmbito do Direito, como se essas não contribuíssem para o trabalho do intérprete. O Ministro desejaria trabalhar em um âmbito de Direito “puro”, isto é, de aplicação seca da Lei (como se essa fosse possível). Os trechos citados do voto original são respostas diretas ou indiretas ao voto da Ministra Relatora. Para além da crítica do uso de saberes não jurídicos, o Ministro se opõe a compreensão de que caberia ao STJ realizar tal julgamento. A possibilidade da conversão da união estável em casamento, para o Ministro, seria a prova de que a Constituição não deixaria abertura para o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo. Parece óbvio que o casamento é uma instituição exclusivamente heterossexual. Interpretar a legislação de outra forma seria uma violência ao sistema jurídico e não caberia ao STJ.

O Ministro rebate também o uso que a Relatora faz do Direito Comparado. Se para Andrighi os países que possuem legislações reconhecendo as uniões entre pessoas de mesmo sexo, para Beneti esses países seriam exemplos de locais que Legislativo e não o Judiciário decidiu por atribuir tais direitos a população homossexual. No caso do Canadá haveria a peculiaridade de que esses direitos teriam sido garantidos, por Lei, em apenas alguns estados. Tais Leis ao serem submetidas ao controle constitucional pela Corte Suprema foram declaradas constitucionais, mas não tiveram seu efeito ampliado para outros estados, garantindo assim a supremacia do Legislativo. Lembrou ainda da decisão da Corte Constitucional Alemã que,

segundo o Ministro, não teria reconhecido a validade de união estável homossexual, mas teria reconhecido uma espécie diferente da união considerada “tradicional” e equiparada ao casamento.

O direito aos institutos jurídicos do casamento e da união estável entre pessoas de mesmo sexo, não poderia ser sobreposto aos textos constitucionais de cada Estado. Isso violaria uma série de tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Ministro reforça esse seu posicionamento citando um julgamento recente na França, em que o Conselho Constitucional daquele país se recusou a decidir sobre tal questão, deixando o debate para o Legislativo, para não usurpar sua competência.

As Convenções e os Decretos Regulamentadores que Andrichi cita, para o Ministro Sidnei Beneti, seriam apenas normas programáticas, sem qualquer efeito prático. Além disso, Beneti traz opiniões na doutrina jurídica que concordam que o tema deveria ser decidido pelo Poder Legislativo, o que inclusive já possuiria uma série de projetos em discussão. Por essas razões o Ministro pediria ao STJ que não atrepele os outros poderes e deixe o STF ou o Poder Legislativo decidir sobre a questão. Por essas razões, o Ministro negaria provimento ao recurso.

Sidnei Beneti juntava a seu voto originário os argumentos do parecer do Subprocurador Geral José Bonifácio Borges de Andrada no REsp. 1.199.667, o qual, segundo o Ministro, afastava definitivamente a ideia de que haveria lacuna na Lei, e defenderia a opinião de que havia uma verdadeira vedação a admissibilidade da união estável homoafetiva no Direito Brasileiro.

Com a superveniência da decisão do STF, o Ministro Sidnei Beneti abandonou tal voto e acompanhou integralmente o voto da Ministra Nancy Andrichi. Realizando um movimento que o levou para uma posição diametralmente oposta àquela defendida em seu voto inicial.

O Ministro Vasco della Giustina, por ser um Desembargador convocado para suprir temporariamente uma vaga no STJ, não participou da segunda sessão de julgamento. Dessa maneira, não é possível saber se o Ministro sustentaria sua divergência ou se a decisão do STF faria com que mudasse sua posição, assim como fez o Sidnei Beneti. Por fim, o julgamento terminou tendo o voto da Ministra Nancy Andrichi como vencedor, reconhecendo que o instituto da união estável deve ser aplicado por analogia para reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo em todos seus âmbitos.

Classifiquei esse acórdão segundo a tipologia *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. O texto é extremamente similar a outro julgado e também relatado pela Ministra Nancy Andrichi, o do REsp 1.063.304. Por coerência, classifiquei da mesma forma. As modificações presentes nessa argumentação têm um caráter ambíguo. Por um lado, Andrichi

apresenta um enfoque igualitário e da vedação das discriminações ainda mais forte, o que me dá mais força na escolha de classificação. Por outro lado, também reforça aspectos de assimilacionismo familista e homoafetividade, ao aderir a sua argumentação novos estudos, alguns de matrizes psicológicas, para tentar apontar maiores semelhanças entre as uniões entre pessoas de mesmo sexo e as heterossexuais. Chega, inclusive, a realizar a forte afirmação de que seria o preconceito a principal barreira para a estabilidade das relações entre pessoas de mesmo sexo, ignorando, assim, as particularidades que esses relacionamentos podem ter e até mesmo a vontade desses sujeitos de constituir outros modelos de se relacionar. Remover o preconceito, de fato, poderia estimular mais relações estáveis, no entanto, será que isso seria o suficiente para fazer os sujeitos homossexuais, de forma coletiva, desejarem os mesmos modelos de relações? Acredito que não ou, ao menos, não necessariamente. Tendo a acreditar, por influência de Foucault (2010) e Butler (2003), que o desejo dos sujeitos por relações mais estáveis estaria mais ligado a certo agenciamento/disciplinamento dos desejos dos sujeitos pelo/em prol do Estado, do que propriamente ligado à vivência dos sujeitos frente aos ambientes sem discriminação.

2.3.2.4 REsp. 930.460

No dia 08 de fevereiro de 2011 o julgamento do REsp. 930.460 iniciou-se pela Terceira Turma do STJ. O julgamento teve como Relatora a Ministra Nancy Andrigli e se assemelha bastante com o julgamento anterior.

O caso é um pedido de reconhecimento de união estável e partilha de bens que Lara ingressou contra o espólio de Sabrina. Lara alega que teria vivido com Sabrina de 1996 até 2003, quando essa última faleceu. No processo de sucessão as irmãs de Sabrina, representando o espólio, teriam ignorado Lara, mesmo sabendo da longa união e do fato de que Sabrina teria cuidado de Lara durante toda sua doença. Alega ainda que a falecida teria dito explicitamente para a família que desejava deixar uma fazenda, que adquiriu durante a união, para a companheira.

A sentença de primeiro grau indeferiu o pedido de Lara sob o argumento de que independente da estabilidade, afetividade, fidelidade e amor recíprocos, para que Lara fizesse jus a qualquer bem deveria ter comprovado o esforço comum para adquirir. Em segunda instância, a recorrente conseguiu que fosse reconhecida a existência de uma sociedade de fato. No entanto, por inexistir provas do esforço comum, não houve partilha.

Insatisfeita, Lara recorreu ao STJ alegando ofensa à Lei e a jurisprudência que já reconhecera como união estável as uniões entre pessoas de mesmo sexo. Esse caso possui um ponto curioso, pois há dois pareceres do Ministério Público Federal. Em parecer escrito o Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho opinou pelo não provimento do recurso especial. Contudo, o Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso se manifestou oralmente opinando de forma contrária ao parecer anterior! Aqui, mais do que nunca, é possível observar a pluralidade de posicionamentos do Ministério Público Federal. Seria interessante observar a data de ambos os pareceres, infelizmente esse dado não consta no inteiro teor do referido acórdão.

O voto de Nancy Andrichi começa pelo já clássico tópico delimitação da lide. Onde ela retoma mais uma vez o caso e afirma que a discussão a ser travada vai além dos efeitos patrimoniais e do direito das obrigações. A questão em debate seria sobre a possibilidade de reconhecimento de união afetiva entre pessoas de mesmo sexo com a proteção do direito de família e os direitos patrimoniais que derivam daí. Um debate que Nancy Andrichi percebe estar acontecendo não apenas nos Tribunais brasileiros, mas de todo o mundo.

Os fundamentos desse voto são exatamente idênticos aos do voto 1.085.646. Nancy Andrichi não anuncia essa “cópia”, como fará no próximo acórdão, mas se compararmos os dois textos perceberemos que se a Ministra alterou duas palavras em seu fundamento foi muito. Sendo assim, não descreverei novamente esse voto.

A solução da lide que Andrichi dá leva em conta a base fática presente no acórdão recorrido. A Ministra diz que é incontroverso o fato da convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de estabelecer família. Sendo assim, estariam preenchidos os requisitos para o reconhecimento da união estável. Preenchidos tais requisitos a Ministra passa a integrar a lacuna por meio da analogia para dar a união entre pessoas de mesmo sexo os mesmos efeitos jurídicos das uniões estáveis.

Nancy Andrichi defere, então, o pedido para reconhecer a união estável e dissolver em função da morte. Por se tratar de união estável Lara faria jus a 50% dos bens adquiridos de forma onerosa na duração da relação independentemente de comprovar esforço comum ou não. A Ministra faz questão de enfatizar ao final de seu voto, em negrito e grifado que “**o afeto homossexual saiu da clausura, passando por guetos jurídicos, onde uma igualdade menos igual que a dos relacionamentos heterossexuais impera**” (BRASIL, 2011d, p. 25 – grifos no original).

Em seguida toma a palavra o Ministro Massami Uyeda. Ele inicia elogiando o voto da Ministra Andrichi, chamando sua argumentação de arrojada, todavia Uyeda não perde a

oportunidade de alfinetar a Relatora pela repetitividade do voto, que nas suas palavras teria sido levado “ao tribunal, à seção, à turma”.

O Ministro diz que a homossexualidade teria sempre existido, mas o tempo e o local alterariam os valores da sociedade. Retornando à Grécia e Roma o Ministro diz que essas culturas tolerariam a homossexualidade abertamente, contudo o comportamento homossexual teria sido banido. Uyeda diz que até hoje é possível perceber em jornais reportagens sobre comportamentos violentos contra homossexuais, fazendo referência aos casos de agressão ocorridos na Avenida Paulista, em São Paulo.

O Ministro passa a rastrear, também, algumas mudanças mais recentes sobre o tratamento jurídico da homossexualidade. Lembra o julgamento do REsp. 820.475, no qual participou e votou de forma favorável, em que um Brasileiro e um Canadense desejam o reconhecimento de sua união estável para que o Canadense pudesse obter um visto permanente de residência no Brasil. Diz que a jurisprudência da casa estaria reconhecendo benefícios previdenciários e em função dessa jurisprudência o próprio Ministério da Previdência já teria emitido resoluções no sentido de autorizar diretamente esses benefícios previdenciários.

Esse resgate serve para Uyeda afirmar que a jurisprudência e a doutrina seriam fontes secundárias do Direito. Todavia, a Lei seria a fonte primária. Fazendo uso da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, o Ministro diz que o direito é fato, valor e norma. Apesar do fato existir, do valor estar sendo reconhecido pela jurisprudência, a norma para o caso concreto ainda não existiria. E nesse ponto o ministro diz divergir da Relatora. Uyeda critica chamando de ousado o movimento que Andrighi faz de retirar a discussão do âmbito patrimonial e abarca-lo no âmbito do Direito de Família, pois ainda não existiria a Lei que prevê isso.

Uyeda realiza uma análise da categoria entidade familiar. Segundo ele tal categoria compreenderia o casamento, as famílias monoparentais, as uniões estáveis e mais recentemente falar-se-ia das uniões homoafetivas. Mas qual seria a diferença entre essas espécies, se pergunta o Ministro? O casamento e a união estável, para Uyeda, pressuporia a diversidade de sexos, mas a união estável seria para aquelas pessoas que não estão casadas. No casamento não importaria a qualidade do vínculo, na união estável o afeto seria elemento importante. A união homoafetiva, por sua vez, não pressuporia a diversidade dos sexos, apenas o afeto.

Por meio do voto de Andrighi, o Min. Massami Uyeda acredita que já estariam elevando a união homoafetiva ao *status* de união estável. Para Uyeda isso seria contrariar a natureza da união estável. Segundo Uyeda alterar o nome, não alteraria a natureza das coisas. Chamar uma garrafa cheia de gasolina de garrafa de cerveja, não alteraria a natureza do líquido, não

transformaria em uma garrafa de cerveja.

Uyeda admite que a união entre pessoas de mesmo sexo teria sempre existido, mas que deveria ser nomeada corretamente, para refletir a natureza particular que possui que não é de casamento, nem de união estável.

Sobre a questão patrimonial, Uyeda admite que estaria legislando. Mas concorda com Andrighi, que por questão de justiça e equidade, deve-se permitir a meação do patrimônio, sem exigir esforço comum, pois o esforço estaria no afeto dessas relações, assim como no casamento e na união estável. Entretanto, Uyeda é enfático ao dizer que o patrimônio a ser dividido é aquele adquirido durante a união. Diz que a Ministra Andrighi teria mencionado isso em seu voto, mas falhado a inserir isso na ementa do acórdão, o que poderia levar a entendimentos errôneos.

Após o voto há a transcrição de uma pequena discussão. Na realidade só há transcrição de duas respostas curtas de Uyeda e uma pequena fala sua, mas não das perguntas. Na primeira fala do Ministro ele se dirige a Andrighi e diz “*Bom, não sei. O voto de Vossa excelência é tão extenso*” (BRASIL, 2011d, p. 33). Na segunda fala Uyeda afirma que a Ministra diz bem no voto, mas não teria feito na ementa. Presumo, por esses pequenos trechos, que a Ministra esteja questionando Uyeda sobre em qual parte de seu voto a Ministra estaria já afirmando a união estável entre as pessoas de mesmo sexo. Por último, Uyeda encerra elogiando, mais uma vez, a Ministra Andrighi: “*se não tivéssemos magistrados ou magistradas como Vossa Excelência, estaríamos estagnados no tempo*” (BRASIL, 2011d, p.35). Elogia também a sustentação oral da advogada de Lara. Mais do que um elogio, é uma constatação e reconhecimento, pelo próprio Ministro, de que Nancy Andrighi, no STJ, tem tomado uma posição ativista em relação aos direitos sexuais.

Após o voto de Uyeda, o Ministro Sidnei Beneti pediu vistas ao processo para redigir seu voto. Os Ministros Vasco Della Giustina e Paulo de Tarso Sanseverino optaram por esperar para votar. O julgamento retornou no dia 15 de fevereiro de 2011. O julgamento não se encerrou nesse dia, após o voto de Beneti, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino pediu vista para aguardar o julgamento pela Segunda Seção do REsp. 1.085.646. Nesse meio tempo o STF julgou, também, a ADPF 132 e a ADI 4.277.

O voto do Ministro Sidnei Beneti que consta no acórdão é idêntico ao do REsp. 1.085.646. O Ministro, inicialmente divergiu de Nancy Andrighi, todavia, após o julgamento do STF decidiu por rever seu voto seguindo inteiramente a Ministra Relatora. Consta no acórdão uma fala de Massami Uyeda em que pergunta a Beneti se não seria o caso de reconsiderarem suas decisões após o voto do STF, o que indica que mesmo que já fosse intenção

desse Ministro reconsiderar, houve certa pressão ou incentivo para que assim fizesse. O Ministro Massami Uyeda também reconsidera seu voto, acompanhando integralmente a Ministra Nancy Andrichi.

O voto do Min. Tarso Sanseverino também é idêntico ao do REsp. 1.085.646, acompanhando integralmente o voto da Relatora. O julgamento termina, no dia 19 de maio de 2011, de forma unânime dando provimento ao recurso para que se reconheça a união homoafetiva, por meio da analogia, com os efeitos da união estável. Realizando a divisão dos bens, sem que se comprove esforço comum.

Pelos fundamentos desse voto serem idênticos ao do REsp 1.085.646, aplico a ele a mesma classificação: *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*, mantendo, inclusive as mesmas ressalvas.

2.3.2.5 REsp. 1.199.667

O sexto caso de 2011 trata de uma decisão proferida no REsp. 1.199.667, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento se prolongou pelos dias 17/03/2011, 07/04/2011 e 19/05/2011 tendo havido pedido de vista do Ministro Sidnei Beneti e do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, respectivamente, para elaboração de voto.

O Recurso Especial foi interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que confirmou sentença de primeira instância, reconhecendo a união estável entre Castro e Gael, com o objetivo de garantir o direito de meação e herança no espólio de Gael, após o falecimento deste. O recurso foi proposto pelo menor Cirilo, adotado pelo falecido durante a constância da união estável.

Castro alega que viveria em relação estável, pública e continua com o Gael, desde 1988 até sua morte em 2006 e que, embora Cirilo tenha sido adotado apenas em nome do falecido, Castro também teria participado da criação deste. Alega que o patrimônio foi construído com esforço de ambos. Explica, também, que com Gael, acometido pela Doença de Chagas, Castro chegou a largar o trabalho para cuidar do companheiro e do filho. Castro foi nomeado inventariante e obteve a guarda provisória do menor.

A irmã de Gael peticionou na ação afirmando que Castro não teria contribuído em nada para a formação do patrimônio comum e que ela era responsável pela criação do menor. E que desde a morte de Gael, Castro não teria permitido aos familiares do companheiro visitar Cirilo. Requereu, então, que Cirilo fosse reconhecido como único sucessor de Gael e foi nomeada

curadora especial de Cirilo.

A irmã, representando Cirilo, apresentou, então, contestação nos autos da ação de reconhecimento de união estável. Afirmava que Gael, Castro e o menor Cirilo residiriam com ela em sua casa e que ela cuidaria da criança, que o relacionamento entre Gael e Castro teria sido como de irmãos, e que Castro estaria se aproveitando de Gael.

Em sua impugnação à contestação, Castro teria afirmado que, se não participou de modo efetivo da construção do patrimônio, teria sido porque se dedicava mais a dar suporte no âmbito doméstico da relação, questão essa usualmente minimizada mesmo em relações heteroafetivas. O falecido não teria deixado testamento em face de sua morte precoce, porque acreditava na melhora de seu quadro. Argumentaria ainda que afirmação da contestação de que Gael ajudava o autor quando precisava, apenas confirmaria a existência do relacionamento, e que Castro também ajudava Gael. A afirmação de que moravam os três (Gael, Castro e Cirilo) na casa com a autora torna ainda mais clara a existência do relacionamento e que a casa teria sido comprada por Gael para a irmã, fato que teria sido omitido por essa.

A Relatora, a Ministra Nancy Andrighi, informa que houve juntada aos autos de Relatório de Estudo Psicossocial, o qual utilizará posteriormente em sua argumentação. A sentença de primeiro grau foi contrária ao parecer emitido pelo MP/MT, e reconheceu a união estável, garantindo ao autor 50% do patrimônio adquirido durante o período de convivência. O juiz baseou-se nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana ao sentenciar assim.

Após a interposição de recurso de apelação, a sentença foi confirmada pelo TJMT, também em oposição ao parecer do MP/MT. Negando provimento aos recursos aviados pela curadora do menor e pelo próprio MP/MT, admitindo a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva, uma vez que não haveria vedação legal a esta.

O acórdão utilizou-se de técnica de interpretação integrativa por analogia da norma dos art. 1º da lei 9.278/96 e 1723 e 1724 do Código Civil, que definem a união estável, para preencher a lacuna legislativa sobre o tema.

Foi apresentado, então, recurso especial, sob a alegação de ofensa aos arts. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.971, de 1994 (companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva); 1º da Lei 9.278, de 1996 (É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com

objetivo de constituição de família); e 1.723 do CC/02 (É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família); além de dissídio jurisprudencial.

O recurso especial foi inadmitido em decisão monocrática, porém foi apresentado agravo de instrumento que, provido, assegurou o julgamento. O MPF apresentou parecer pelo provimento do recurso “*para afastar a hipótese de união estável por ilegal e inconstitucional, permitindo-se a divisão patrimonial com base no direito das obrigações conforme se apurar em liquidação por se tratar de uma sociedade de fato*” (BRASIL, 2011e, p. 8).

No mérito do voto a Ministra Nancy Andrighi, em primeiro lugar delimitou “*a lide e seus contornos fáticos*”, determinando que se tratava da possibilidade de se conferir às parcerias afetivas entre homossexuais os mesmos efeitos, notadamente patrimoniais, que os conferidos à relação de união estável entre homem e mulher, com a peculiaridade que a resolução desta lide envolve direito de menor, adotado pelo falecido, que por meio de sua curadora especial, pretende ser único herdeiro.

A Relatora, ainda neste tópico, passou a uma análise do acórdão recorrido, citando os seus fundamentos, ressaltando que o acórdão teria reconhecido a união estável por meio da analogia, e que proceder de outra forma seria consagrar uma forma de sectarismo ou exclusão.

A Ministra cita a base fática contida no acórdão recorrido, da qual constam alguns detalhes como depoimentos de testemunhas que confirmavam a relação entre Gael e Castro, o relato do psicólogo da criança que fora favorável a Castro, afirmando que Castro e Cirilo possuiriam um relacionamento afetivo e que a criança pouco falaria da tia, sua curadora e recorrente.

Nancy Andrighi se vale, também, do relatório de estudo psicossocial realizado na primeira instância. E cita um trecho desse relatório também demonstrando a convivência de Castro e Cirilo como uma verdadeira família. Tal relatório ainda atestaria que Cirilo não era próximo de sua curadora, não se sentiria confortável com ela. Na realidade seria mais próximo de outra tia, a irmã de Cirilo. A Relatora ressalta que, na posterior análise do tema, deveria evitar que

[...] a insegurança a que já foi submetido o casal quando da adoção do pequeno [Cirilo], diante do vazio legal e que por isso mesmo adotou a criança em nome de apenas um deles – exatamente o que veio a falecer –, seja mais uma vez perpetuada. (BRASIL, 2011e, p. 11).

Em seguida, a Relatora passa ao tópico em que aborda a análise jurídica do pedido. Nesse tópico a ministra afirma que como o presente caso seria similar a outro julgado por ela, ela iria se valer das argumentações utilizadas no REsp. 930.460 e transcreve, literalmente, a argumentação daquele voto. A argumentação daquele voto, por sua vez, também é a transcrição literal, mesmo que não mencionada, daquela utilizada em seu voto do REsp. 1.085.646. Pelo fato dos votos já terem sido descritos e analisados aqui, acredito ser desnecessário repeti-los.

Após a transcrição de sua argumentação passa a dar a resolução da lide. Inicia a seção ressaltando o fato de que o casal e a criança formariam verdadeiro núcleo familiar. Afirma que a utilização da analogia para integração da lacuna legislativa permitiria o reconhecimento da união estável homoafetiva, desde que comprovados os requisitos legais. Por se tratar dos efeitos jurídicos da união estável, não seria necessária a comprovação do esforço comum para a partilha, e mesmo que esse fosse o caso, faria Casto jus a 50% do patrimônio de Gael uma vez que, no acórdão impugnado, restou comprovado o esforço comum.

Conclui Andrighi que, comprovado o relacionamento afetivo, deve-se reconhecer o direito do parceiro à meação dos bens adquiridos onerosamente, na constância do relacionamento, em nome de um ou de ambos e que, caso desejasse dispor de seus bens de forma diversa deveria haver estipulação escrita. Por fim, diz a Min. Relatora que estaria comprovado que Castro seria o referencial afetivo de Cirilo, dessa maneira seria necessária a manutenção deste referencial. Negou provimento ao recurso especial.

Em seguida o Min. Sidnei Beneti pediu vista dos autos, para a elaboração de voto, proferido em sessão posterior. Em seu voto o Ministro inicia declarando posição divergente à da Ministra Relatora, dando parcial provimento ao recurso especial, nos termos do parecer dado pelo MPF, para não reconhecer a união estável entre casal homossexual, mas a constituição de sociedade de fato entre Castro e Gael. Para, assim, “*gerar direitos obrigacionais, mas não direitos de família, e determinando a partilha na ordem de 50% como estabelecido pela conclusão do julgamento de origem*” (BRASIL, 2011e, p. 28).

O Ministro fundamenta seu voto com a transcrição dos votos que proferiu em outros julgamentos sobre o mesmo assunto o REsp. 1.085.646 e o REsp. 930.460 e que foram analisados aqui, nos quais entende que a questão não seria de competência do STJ, por se tratar de interpretação de normas que repetem a constituição e, portanto, deveria ser decidida pelo STF.

Complementa esses argumentos, utilizando-se dos utilizados no parecer do MPF, entendendo que não haveria lacuna na lei e que esta seria expressa em sentido contrário à união estável homossexual, ao se referir apenas a homem e mulher.

Menciona, também, o fato de que a Corte Constitucional Alemã:

[...] jamais reconheceu a validade de união estável homossexual, mas, ao contrário, interpretando o mandamento da igualdade (*Gleichheitsgebot*, Art. 3º GGz, a Constituição Alemã) a legislação especial de regência, concluiu que a espécie configura uma outra situação, diferente da união “tradicional”, relativa à união pelo casamento ou não entre o homem e a mulher, outorgando, à união homossexual, proteção no tocante a tributos e patrimônio, mas não afirmando a união estável homossexual equiparada a casamento (BRASIL, 2011e, p. 38).

No momento de concluir, o Ministro se confunde e erroneamente nega provimento ao recurso, confirmando a existência de sociedade de fato e afastando o reconhecimento de união estável. Na realidade, para confirmar a existência da sociedade de fato o Ministro deveria ter dado provimento ao recurso. O erro, no entanto, foi apenas no comando, pois ele expressou explicitamente sobre a sociedade de fato.

O Min. Sidnei Beneti foi acompanhado, em sua divergência, pelo Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado). Esse último faz das palavras de Beneti as suas, apenas acrescentando a transcrição de seu voto no REsp. 704.803 já analisado.

Em seguida houve pedido de vista, para elaboração de voto, do Min. Paulo de Tarso Sanseverino. O Ministro optou por pedir vista, uma vez que a matéria seria discutida na Segunda Seção do STJ. Entendia, então, que deveria esperar a Segunda Seção decidir para prosseguir seu voto. Em sessão posterior, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino proferiu seu voto que é exatamente igual aos votos dos REsp. 1.085.646 e 930.460, já analisados.

O Ministro Sidnei Benediti retificou seu voto, todavia, não consta no acórdão o voto de retificação como ocorre no julgamento do REsp. 1.085.646. Consta apenas que retificou após a decisão do STF para acompanhar a Relatora. O Ministro Vasco della Giustina não teve oportunidade de se pronunciar sobre se retificaria ou não seu voto por não compor mais a Corte. O recurso foi negado nos termos do voto da Relatora Min. Nancy Andrichi.

Pelos fundamentos desse voto serem idênticos aos dos REsp 1.085.646 e REsp 930.460 aplico a ele a mesma classificação de *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*, mantendo, inclusive as mesmas ressalvas. É importante demarcar que apesar da ação lidar com uma criança, da mesma forma como o REsp 889.852 relatado por Luís Felipe Salomão, o presente acórdão se afasta da estrutura argumentativa daquele. Lá o Relator percorreu um caminho em que buscava afastar a inadequação da adoção por um casal de lésbicas, mostrando a similitude desse casal à casais heterossexuais e provar, por estudos psicológicos, que tanto casais homo quanto hétero proporcionariam condições similares à criança. Nesse, Nancy Andrichi cita os pareceres psicológicos para tentar identificar o interesse da criança, bem como

a presença do maior vínculo afetivo da criança com o cônjuge sobrevivente, do que com a tia, irmã do falecido. É um caminho diverso que, por sua vez, não leva o discurso para o enquadramento assimilacionista.

2.3.2.6 AgRg no REsp. 805.582

A decisão agora analisada foi proferida em sede de Agravo Regimental no REsp. 805.582, nas sessões de julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que ocorreram nos dias 02/09/2010 e 21/06/2011.

O Agravo Regimental foi interposto contra decisão do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado), que reconheceu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva. A parte recorrente, Griselda, afirma em suas razões de recurso que não estariam presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial e que teria havido usurpação de competência do STF, uma vez que a agravada estaria buscando obter interpretação extensiva do art. 226, § 3º da CRFB/88 quanto à definição de união estável. No mérito afirma que o ordenamento jurídico brasileiro não preveria a existência de união estável homoafetiva, o que levaria à impossibilidade jurídica do pedido.

A Min. Relatora Maria Isabel Gallotti, afirma que não há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que essa se daria quando há vedação na legislação quanto à questão. No caso em tela, o legislador teria sido omissivo em vetar a possibilidade de união estável homoafetiva, não havendo de se falar, portanto, de impossibilidade jurídica do pedido. O mérito deveria, então, ser apreciado tendo como base o ordenamento legal vigente.

Para Isabel Gallotti, caberia ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais a apreciação do mérito. O que afastaria a procedência de outras questões processuais alegadas pela recorrente, como a usurpação de competência do STF, já que a questão levada ao STJ teria sido apenas quanto à possibilidade jurídica do pedido. Nesse sentido a Relatora mencionou decisão no REsp. 820.475, em que o STJ já teria decidido pela possibilidade jurídica do reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo. Encerrando, assim, o seu voto.

Houve, então, o pedido de vista para voto do Min. Raul Araújo Filho, interrompendo o julgamento. O julgamento reiniciou quase um ano depois, na sessão do dia 21 de junho de 2011.

Em seu voto-vista o Ministro ressalta que a matéria do recurso diz respeito apenas à possibilidade jurídica do pedido, questão essa que diz respeito à lei infraconstitucional, especificamente ao art. 267, VI do Código de Processo Civil. O artigo mencionado determina

a extinção da ação “*quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual*”, não havendo, portanto, discussão de norma da CRFB/88.

Afasta, também, questões processuais alegadas pela recorrente e assim como a Relatora menciona o julgado do REsp. 820.475/RJ. Em seguida, discorre sobre a questão doutrinária da possibilidade jurídica do pedido. Explica que essa nada diz sobre o direito em discussão, apenas declara a compatibilidade do fato alegado pela parte com a possibilidade de tutela jurisdicional, seja através de previsão que ampare a pretensão ou da não vedação legal. Cita, para sustentar seu argumento, a doutrina de Pontes de Miranda e continua explicando que:

[...] quando se diz 'ser possível' não se diz que 'é': o juiz, na espécie do art. 267, VI, tem de ver se há ou se não há possibilidade jurídica, e não se o autor tem ou não razão. O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo não escrita, que poderia acatá-lo. (BRASIL, 2011f, p. 9)

Em seguida cita obra de Fredie Didier Júnior, no sentido de reforçar o argumento de que a possibilidade jurídica do pedido se analisaria pela observação exclusiva do que está previsto no ordenamento jurídico quanto à viabilidade do pedido, mas também quanto à inexistência de previsão que o torne inviável. Raul Araújo Filho explica, mas fazendo uso de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que “*o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente*” (BRASIL, 2011f, p. 10) e menciona lição de Humberto Theodoro Junior no mesmo sentido das outras já mencionadas. A jurisprudência do STJ também caminharia nesse sentido. Menciona o acordo proferido no julgamento do REsp. 254.417, que consagra o entendimento de que a possibilidade jurídica do pedido se encontraria na “*admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional*” (BRASIL, 2011f, p. 10).

Afirma, em seguida que a controvérsia da união em questão merece apreciação pelo Judiciário, já que se trata de pretensão de ver reconhecida a alegada relação de afeto, juridicamente lícita, entre as partes, e que se qualifique tal relação como igual ao instituto de união estável, já previsto no ordenamento brasileiro. Menciona o julgamento pelo STF da ADI 4.277 e da ADPF 132 como fonte desse reconhecimento. Por fim, acompanha o voto da Relatora.

O Agravo Regimental foi julgado improcedente, reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos Ministros João Otávio de Noronha, Luís Felipe Salomão e Raul Araújo.

Classifiquei esse acórdão na tipologia *Outro*. O acórdão é favorável, concede o pedido, favorecendo a possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo. Porém, a Relatora Isabel Gallotti é sintética e muito técnica em seu voto, não fazendo muitas considerações nem positivas, nem negativas em relação à homossexualidade, apenas aplica a legislação processual e a jurisprudência passada do STJ. Essas razões inviabilizam a classificação como *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*, pois não é possível identificar se a Ministra defende esses direitos (mesmo que talvez não concorde em seu íntimo) ou se está atuando de forma rotineira, como mera reprodutora e defensora da jurisprudência do Tribunal. Não é possível, também, classificar como um discurso *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*. A Ministra não dá margens para leitura de um heterossexismo implícito em seu voto, nem usa o texto seco da Lei apenas como argumento para negar os direitos.

2.3.2.7 REsp. 827.962

O REsp. 827.962 foi julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento se iniciou no dia 17 de agosto de 2010 e encerrou apenas no dia 21 de junho de 2011. O Relator foi o Ministro João Otávio de Noronha,

Carlos e João propuseram ação declaratória de união estável, alegando manter relação contínua e estável desde 1990. Viveriam juntos, em contexto de família e desejariam deixar um para o outro o patrimônio que possuem no caso de uma morte futura. O pedido foi julgado procedente em primeira instância.

Interposto recurso de apelação proferiu-se acórdão, em votação por maioria, que julgou improcedente o reconhecimento em questão. A alegação do Tribunal foi que o relacionamento entre dois homens não mereceria a proteção estatal dada à entidade familiar, uma vez que o texto do art. 226, § 3º da CRFB/88 faria referência expressa ao reconhecimento da “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Decidiram por aplicar a sociedade de fato ao caso.

O Recurso Especial em questão foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra o acórdão proferido nos embargos infringentes que reconheceu união estável entre dois homens por meio do uso da analogia para atribuir os efeitos jurídicos da união estável a união entre pessoas de mesmo sexo.

Em suas razões de recurso, o MPRS sustenta as seguintes teses: nulidade da sentença,

por ter sido proferida pelo juízo de Vara de Família e Sucessões, entendendo que a competência seria da Vara Cível, já que se trataria de sociedade de fato e não de união estável; e a violação a uma série de Leis.

Alegava que a legislação ao regular a união estável como sendo entre homem e mulher, vedaria a utilização da interpretação analógica feita no acórdão recorrido. Defendiam a ocorrência de divergência jurisprudencial entre o acórdão impugnado, outros julgados do STJ e de diferentes Tribunais que determinam que "*a união homossexual caracteriza, no máximo, a sociedade de fato*". O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento do Recurso Especial.

O Ministro João Otávio de Noronha identifica que a discussão central do recurso é a possibilidade ou não de se utilizar da união estável para reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo. O restante do voto do Ministro é idêntico àquele que seu voto do REsp. 1.085.646. Alterando apenas no final para, na hora de decidir, dizer que, por entender as uniões homoafetivas como entidades familiares caberia o julgamento a uma Vara de Família. Sendo assim, o Ministro conhece do recurso, mas o julga improcedente.

O Ministro Luís Felipe Salomão acompanha o Relator para conhecer o recurso e julgá-lo improcedente. Menciona apenas que acrescenta os fundamentos de dois outros votos seus, o do REsp. 820.475 e 889952, mas sem transcrevê-los. Ambos votos já foram descritos anteriormente.

O Ministro Raul Araújo Filho pediu vista e a Ministra Isabel Gallotti optou por esperar para votar. O caso retornou a pauta de julgamento nos dias 01 e 03 de março de 2011, mas nos dois dias o Ministro Raul Araújo Filho retirou o processo de pauta. O julgamento só recomeçou no dia 21 de junho de 2011. Raul Araújo informa que por já ter julgado causa similar, para acompanhar o Relator, transcreve literalmente o voto que proferiu no REsp. 1.085.646. A Ministra Isabel Gallotti não fundamenta seu voto, mas acompanha o relator integralmente. Os/as Ministros/as, por unanimidade, negam o recurso.

Classifiquei o presente acórdão segundo a tipologia *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade*. O fundamento do voto do Ministro, idêntico ao que consta no voto do REsp 1.085.646, se baseia na similitude das relações homossexuais às heterossexuais para conceder os direitos. Nas palavras do próprio Ministro:

O homossexualismo (SIC), tenha ele sua origem em fatores biológicos, psíquicos ou sociais, não importa, é fato real, assim como real é o fato de pessoas de idêntico sexo viverem sob o mesmo teto, por desejarem estabelecer relação de afeto duradoura, por pretenderem constituir juntas um patrimônio comum, por quererem cuidar, efetivamente, uma da outra (BRASIL, 2011g, p. 9).

O Ministro de fato faz algumas considerações no sentido de vedar discriminações, mas não dá indícios de reconheceria de forma positiva uma união que se afastasse do modelo de conjugalidade e família heterossexual. O reconhecimento aqui me parece menos um reconhecimento de um direito subjetivo dos sujeitos homossexuais e mais uma consequência jurídica da similitude dessa união a união heterossexual.

2.3.2.8 AgRg no REx 477.554

No dia 16 de agosto de 2011 foi julgado pela Segunda Turma do STF o AgRg no REx 477.554, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello.

A ação original tem o pedido de reconhecimento de união estável entre dois homens, combinado com o pedido de pensão por morte em prol do companheiro sobrevivente, vez que o falecido era funcionário público do Estado de Minas Gerais e beneficiário do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG. Em primeira instância, o pedido foi deferido, em segunda instância o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença afirmando não ser possível a utilização da união estável entre pessoas de mesmo sexo, por essa razão o Tribunal também negou a competência da Vara de Família que julgou o caso.

O companheiro sobrevivente recorreu desse acórdão, por Recurso Extraordinário, ao STF para buscar declarada a possibilidade jurídica do reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo. O Relator, Ministro Celso de Mello, monocraticamente decidiu conforme do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 dando provimento ao recurso. Dessa decisão monocrática, a filha do companheiro falecido, ingressou com o Agravo Regimental, que gerou o acórdão analisado.

No Agravo sustentavam que: a) a tese do direito à felicidade não pode se sobrepor à Lei vigente; b) seria uma abstração a compreensão que a Constituição e o Supremo devem garantir o afeto entre as pessoas, ademais afeto não se consubstanciaria em pagamento de pensão; c) caberia ao legislador atribuir o direito à constituir famílias as pessoas homossexuais, o judiciário não poderia atuar como legislador; d) o poder de interpretação da constituição pelo Supremo tem limites, o poder constituinte, de realizar modificações constitucionais, pertence a população e ao legislativo, não ao STF; e) os princípios de Yogyakarta não teriam nenhuma validade jurídica, devendo ser implementados pelo Legislativo para valerem; f) somente a Lei ou a mudança na constituição poderia permitir o recebimento de pensão de um homem por outro

homem; g) a decisão do STF da ADPF e ADI não retroagiria, o fato julgado teria ocorrido antes da decisão.

O relator, em seu voto, inicia lembrando que o STF já julgou na ADPF 132 e ADI 4.277 a questão das uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo. Teria ficado definido pelo plenário do Tribunal naquele julgamento que “*ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer qualquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual*” (BRASIL, 2011h, p. 296). O Ministro passa, então, a discutir os fundamentos de sua decisão, que na realidade nada mais é que uma cópia exata de seu voto proferido naquele julgamento pelo pleno. Celso de Mello conclui afirmando que a orientação jurisprudencial que a Suprema Corte firmou se aplica a matéria e por isso nega provimento ao Agravo, mantendo a decisão Agravada, por seus próprios fundamentos.

Participaram do julgamento os Ministros Ayres Britto e Luiz Fux que seguiram o relator sem proferir suas razões de voto. O julgamento se encerra com resultado unânime para negar provimento ao recurso de Agravo Regimental.

Classifiquei o discurso com a tipologia *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. O voto do Ministro Celso de Mello no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4.277, o qual ele utiliza como fundamento para esse acórdão, é primoroso em sua defesa da não discriminação, da atuação do Judiciário como instituição contramajoritária e, ainda, em prol do que chama de direito à busca da felicidade, localizando a busca pelo reconhecimento jurídico das demandas por reconhecimento dos direitos sexuais de pessoas LGBT nesse enquadramento. É ainda um dos poucos votos a fazer uso explícito dos Princípios de Yogyakarta que, atualmente, concentram algumas das concepções mais plurais, democráticas e completas de direitos sexuais no mundo.

2.3.2.9 REsp. 932.653

Trata-se de decisão proferida no REsp. 932.653. O Recurso Especial foi julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos dias 19 de outubro de 2010 e 16 de agosto de 2011, tendo havido pedido de vista do Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado), para elaboração de voto.

O Recurso Especial em tela foi interposto pela União, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que autorizou a concessão de pensão por morte a companheiro de servidor público falecido.

O Relator Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado), em uma primeira análise do recurso havia entendido que deveria sobrestar o julgamento para aguardar julgamento do STF. Por discordância do Ministro Marco Aurélio, o Min. Celso Limongi decidiu monocraticamente que em função da união estável estar definida na Constituição, a análise dessa questão estaria prejudicada e receberia o recurso apenas para discutir os juros. A União interpôs Agravo Regimental para anular a decisão monocrática que não conhecia do recurso quanto à união estável e proceder a seu julgamento em plenário. Frente ao Agravo, Celso Limongi reconsiderou sua decisão monocrática, anulando-a para levar o REsp. a julgamento em sua inteireza.

O Ministro começa seu voto por apresentar as razões de recurso da União. Diz que quanto à questão da união estável, sustentaria que o art. 226, § 3º da CRFB/88 determina que essa se dá entre homem e mulher, não amparando, portanto a união entre homossexuais. Por assim ser, afrontaria a aplicação do art. 217, I, c, do Regime Jurídico Único que diz que são beneficiários de pensão vitalícia “*o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar*”. Não sendo possível a união estável entre pessoas de mesmo sexo, também não seria possível a aplicação desse artigo.

O Relator diz que a discussão sobre pensão por morte em relações homoafetivas não seria novidade para a Corte. E cita em seguida, a existência de dois importantes julgados do STJ sobre a questão o REsp. 1.026.981 e REsp. 395.904.

Ele segue destacando que a regulamentação das famílias homoafetivas é medida necessária, e que o Poder Judiciário não pode se furtar de protegê-las, uma vez que geram importantes efeitos patrimoniais e afetivos à inúmeros cidadãos. Afirma ter sido devidamente comprovada a união estável entre o recorrido e seu companheiro e que as instâncias inferiores teriam agido bem ao conceder o benefício da pensão.

Lembra, ainda, que há 10 anos o INSS já vinha reconhecendo os companheiros homossexuais como beneficiários de previdência e que não haveria porque negar o mesmo benefício a companheiros de servidor público. Cita o Parecer nº 1.503/2010, da Receita Federal, que garantiu o direito de incluir parceiros homossexuais como dependentes na Declaração de Imposto de Renda, ressaltando que tal parecer revelaria não existir mais espaço para renegar os direitos provenientes das relações homoafetivas. Tal fato só contribuiria “*para tornar a nossa sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal*” (BRASIL, 2011i, p. 10).

O Relator segue dizendo que a interpretação do direito deve harmonizar-se em seus diferentes ramos, não sendo possível aceitar interpretação que compartimentalize os ramos do

Direito, desconsiderando valores que existam em outras áreas. Refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição no art. 1º, III, afirmando que tratar desigualmente parceiros homossexuais, ao negar-lhes o direito à pensão seria ferir esse princípio.

Menciona julgado do Min. Arnaldo Esteves Lima, no HC 128.591, defendendo uma interpretação da norma que considere o contexto temporal e social do momento em que está sendo interpretada, e também voto do Min. Eros Grau do STF na Reclamação nº 3.034-2, em que também defende uma interpretação do Direito que integralize todos os seus âmbitos.

Celso Limongi segue defendendo a importância da interpretação da norma, considerando todo o contexto factual e normativo necessário para a obtenção de um resultado justo em casos “*que se encontram na penumbra*” (BRASIL, 2011i, p. 11). Utiliza de princípios como igualdade, dignidade humana, liberdade, privacidade, cidadania, bem-comum, interesse público, por exemplo, destacando o caráter ético-político, e não apenas jurídico, dessas decisões. O Ministro é fortemente influenciado por Luigi Ferrajoli, do qual cita o seguinte trecho:

A sujeição do juiz à lei já não é facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição a letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição; e a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado a mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência - mais ou menos opinável sempre submetida a valoração do juiz - dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos (FERRAJOLI, 1995 apud BRASIL, 2011i, p. 12).

Conclui que, diante de tais lições não haveria como decidir pelo tratamento distinto aos casais homossexuais. Quanto à outra questão, os juros de mora, o Ministro entende que o recurso é correto. Conclui seu voto para dar parcial provimento ao recurso, apenas em relação aos juros, reduzindo-os.

Em seguida houve pedido de vista do Ministro Haroldo Rodrigues, interrompendo o julgamento. O Ministro apresentou seu voto-vista no dia 16 de agosto de 2011. Em seu voto, o Ministro se refere aos argumentos apresentados pelo Ministro Relator, bem como a parecer da Subprocuradoria-Geral da República, no qual opinou pelo provimento do recurso apenas quanto às questões de juros de mora, sendo favorável ao reconhecimento do direito do companheiro homossexual à pensão.

Menciona que no lapso de tempo entre seu pedido de vista e a continuação do julgamento do Recurso Especial, houve o julgamento, pelo STF da ADI n.º 4277 e a ADPF n.º

132, e menciona trechos encontrados no Informativo n.º 625 do STF, referentes a tal julgamento.

O STJ também já possuiria julgados sobre a questão no REsp. n.º 1.199.667, em que segue o entendimento da Corte Constitucional. Conclui que, pela eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão do STF, se torna inevitável a aplicação do mesmo entendimento pelo STJ. Passa, então, à análise dos requisitos para que se verifique a união estável no caso em discussão. Considerou que o Tribunal originário reconheceu que os requisitos estariam preenchidos. Argumentar em outro sentido demandaria reexame do conjunto fático-probatório, que é incompatível com o instituto do recurso especial.

O Min. Haroldo Rodrigues concorda com o Relator em relação aos juros de mora, acompanhando para dar provimento no recurso apenas nessa parte. Os Ministros Haroldo Rodrigues, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes acompanharam o voto do relator, dando parcial provimento ao Recurso Especial por unanimidade.

Classifiquei o presente acórdão sob a tipologia de *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. O voto do Relator é forte na defesa constitucional do princípio da igualdade e de outros princípios jurídicos, como o da dignidade humana. Apesar do enfoque na igualdade, o Ministro não restringe o foco da comparação entre as uniões homo e heterossexuais, o que mostraria que o reconhecimento de uma seria subordinada à semelhança com a outra, como usualmente ocorre num enquadramento de caráter assimilacionista.

2.3.2.10 REsp. 1.183.378

O décimo primeiro caso encontrado em 2011 foi o importante REsp. 118378, julgado pela Quarta Turma do STJ no dia 25 de outubro. *Esse caso marca, pela primeira vez, a discussão em um Tribunal Superior sobre a possibilidade de casamento entre pessoas de mesmo sexo.*

Keiko e Lana desejavam se casar. As mulheres teriam ido a dois Cartórios de Registro Civil de Porto Alegre para requerer a habilitação de casamento. No entanto, ambos os Cartórios negaram o requerimento. O casal ingressou com uma ação para conseguir a habilitação judicial de casamento. Em primeira instância o juiz indeferiu o pedido sob o argumento de que o casamento era possível apenas entre homens e mulheres. Em segunda instância, o TJRS, tradicional por reconhecer direitos a casais homossexuais, manteve a sentença sob o argumento de que diferente de outros países como a Bélgica, o Brasil não permitiria o casamento entre pessoas de mesmo sexo. A ementa transcrita do acórdão recorrido faz um apelo a decisões mais

baseadas na norma, dizendo que “*a modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico*” (BRASIL, 2011j, p. 5).

Desse acórdão, o casal recorreu ao STJ, sob o argumento que o art. 1521 do Código Civil de 2002 teria sido violado. Tal artigo, que prevê os impedimentos para o casamento não indicaria o fato do casal ser homossexual como um impedimento. Keiko e Lana argumentariam que no direito privado, o que não é expressamente proibido, é permitido. Sendo assim, o casamento entre elas seria permitido. O Ministério Público Federal deu parecer para que o recurso não fosse provido, marcando aqui uma atuação negativa do MPF, que em diversos outros casos se mostrou favorável ao reconhecimento de direitos sexuais.

O voto de Luís Felipe Salomão tem início com um resgate da evolução histórica do Direito Civil. Diz que, em sua origem, era marcado pelo individualismo voluntarista que operava uma separação radical entre Direito Público e Direito Privado, em que no segundo imperava a autonomia da vontade e no primeiro os limites do Estado. Esse modelo teria sido progressivamente superado. Primeiro, por uma tendência de publicização do Direito Privado, em nome da ordem pública algumas limitações da vontade surgiriam. Mais recentemente haveria uma segunda tendência, a da constitucionalização do Direito Civil.

Segundo essa tendência recente, a Constituição passaria a ser o centro de todo o sistema jurídico e não somente um compendio de normas de Direito Público. Até mesmo o Direito Privado deveria ser interpretado sob a luz e a condicionalidade da Constituição.

Nesse paradigma de constitucionalização do Direito Civil, o Relator compreende que apesar da função do STJ ser guardar a legislação infraconstitucional, esse Tribunal não poderia decidir “de costas” para a Constituição. Para analisar o papel do juiz nesse paradigma da constitucionalização, Luís Felipe Salomão passa a fazer uma discussão sobre as fronteiras entre Direito e moral. Cita Rawls, Michael Sandel, Perelman e até julgados do STF como a ADPF 132 e o Mandado de Segurança 18.534, cujo Relator foi o Ministro Aliomar Baleeiro. As menções são no sentido de argumentar que o Direito não pode ser subsidiário a moral. O que é “obsceno” e “imoral” mudaria ao longo do tempo, a moral não é bom parâmetro para decisões.

O cerne da discussão seria, então, se é possível juridicamente o pedido de habilitação para o casamento de pessoas de mesmo sexo. O acórdão recorrido teria encontrado óbice por meio das menções expressas a “homem e mulher” nos artigos 1514, 1535 e 1565 Código Civil de 2002⁴⁶. O Relator lembra que o STF e o STJ já haveriam afastado óbice similar para

⁴⁶ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. Apontando a ADPF 132 e os REsp. 820.475, REsp. 1.085.646 e REsp. 827.962.

Aponta que o STF já teria sinalizado na ADPF 132 que aquele raciocínio poderia ser utilizado para além da união estável. E para comprovar esse entendimento cita partes do voto do Ministro Marco Aurélio, e a seguinte parte do voto do Ministro Ayres Britto:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata sequência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que **o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".** (BRASIL, 2011b apud BRASIL, 2011j p. 12 – grifos do Min. Luís Felipe Salomão)

O Ministro muda, então, a questão para: seria possível aplicar o mesmo raciocínio da ADPF 132 à questão do casamento? A resposta para Luís Felipe Salomão passa por uma análise da evolução histórica do Direito de Família e da própria família e do casamento. O casamento seria um conceito polissêmico, seria ao mesmo tempo: instituição social, instituição natural, instituição jurídica, instituição ou sacramento religioso. A palavra casamento ainda poderia ser utilizada como uma metonímia para se dizer família.

O sentido religioso, acredita o Ministro seria desnecessário ser debatido, até mesmo em função da pluralidade religiosa no Brasil, o que garante uma diversidade de significados para os casamentos religiosos. Como exemplo, o Ministro afirma a existência de igrejas inclusivas que tem como dogma a valorização dos casamentos entre pessoas de mesmo sexo. Não existindo apenas religiões que recriminam o casamento entre homossexuais.

O casamento, na história do Brasil, teria possuído uma série de significados e formatos. O Ministro realiza um resgate do casamento na história do Brasil, afirmando que, apenas em 1890, o casamento passou a ser uma instituição laica-civil. A proteção jurídica era dada ao casamento e à família era sinônimo desse até meados da década de 1980, quando uma revolução normativa começou a ocorrer. É com a Constituição de 1988 que se inauguraria uma nova fase do Direito de Família e do casamento, baseada no polimorfismo familiar.

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família

A Constituição de 1988 teria dedicado proteção especial à família sem fazer nenhuma ressalva ou condição. Os parágrafos do art. 226 da Constituição serviriam apenas para exemplificar os novos arranjos familiares que teriam direito a essa especial proteção. Esse entendimento é reforçado pela citação do voto de Ayres Britto na ADPF 132 em sentido similar.

Por esse entendimento, o Relator acredita que a Constituição de 1988 não abarcou a noção do conceito histórico de casamento, àquele que considerava o casamento como via única de constituição da família. Casamento, para a CRFB/1988, deveria ser necessariamente plural, assim como o seria a família. Nas palavras do Ministro: “*não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados*” (BRASIL, 2011j, p. 16). Como a sociedade se transforma, os fenômenos se transformam, o direito deveria também se transformar.

O Ministro reconhece que a família é uma instituição natural, anterior ao Direito e que remontaria as primeiras aglomerações humanas. Mas que essa instituição seria, também, mais antiga que a figura do casamento, seja ele civil ou religioso. O Direito não poderia pretender limitar a família sob pena de ser inútil.

A forma como a família se constitui, para a Constituição, seria algo secundário, sendo o elemento principal a sua proteção. Luís Felipe Salomão desenvolve o seguinte raciocínio: se é objetivo fundamental do Estado proteger a família, se a melhor forma de proteção às famílias é por meio do casamento e levando em conta que a Constituição reconhece uma pluralidade de modelos familiares, então as famílias homoafetivas não poderiam ser excluídas do casamento. O risco de se negar seria condenar as famílias homoafetivas a um grau de proteção inferior.

A partir desse momento a argumentação toma um novo foco, de apontar que a sexualidade e o gênero das pessoas não poderia ser uma razão que justificasse a concessão ou cassação de direitos. Aponta nesse sentido a inserção do termo orientação sexual na Lei Maria da Penha, cita também os votos de Ayres Britto e Celso de Mello na ADPF 132. O Ministro dá um salto para uma brevíssima consideração sobre igualdade e diferença, onde conclui que “*o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*” (BRASIL, 2011j, p. 20).

O próximo ponto a ser analisado é sobre a possibilidade jurídica do pedido. O Ministro lembra que a possibilidade jurídica está ligada à ausência de vedação expressa no ordenamento e que os dispositivos mencionados não trariam esse tipo de vedação. Reforça sua posição, citando um voto de sua autoria no REsp. 820.475.

Por consequência dessas análises, o Ministro entende que o raciocínio utilizado pelo STF na ADPF 132 e pelo STJ e um sem número de outros julgamentos para afastar o óbice da menção a homem e mulher para o reconhecimento de união estável entre pessoas de mesmo

sexo poderia ser utilizado também para a questão do casamento. Aliás, o Ministro ainda faz uma provocação lembrando que a Constituição quando menciona o casamento, não menciona hora nenhuma explicitamente os termos homem e mulher. Essa menção, na Constituição, só existiria no caso da união estável.

O próximo ponto abordado no voto é a questão do ativismo judicial. O Ministro faz uma defesa apaixonada da legitimidade democrática do Judiciário atuar na ampliação de direitos das minorias, mesmo quando o Legislativo se omite, na realidade para o Ministro a atuação do judiciário seria necessária *principalmente* quando o Legislativo se omite.

Luís Felipe Salomão aponta que a decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e tantas outras do próprio STJ teriam sido tachadas de ativismo judicial. A crítica mencionada diria que a tradição não poderia ser mudada pelos votos de um pequeno grupo, devendo ser submetida à apreciação do público (plebiscito) ou dos representantes da população (Legislativo). Todavia, o Ministro, a partir de Dworkin, se pergunta: será que uma maioria moral poderia limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?

Nesse ponto, Luís Felipe Salomão faz críticas duras à representação política, muito influenciado pela obra *Quem é o Povo?* de Friedrich Muller (2000). Aponta que há uma concepção errada de que democracia seria o governo da maioria. A representação do povo poderia existir sem a democracia e a democracia, na opinião do Ministro, também poderia existir sem a representação. Processos formalmente democráticos e representativos poderiam e já teriam, efetivamente, relegado ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitorais.

Não caberia à maioria, mediante seus representantes e os procedimentos formais democráticos da regra da maioria, decretar a perda de direitos de alguma minoria. Nesse sentido o Judiciário teria um papel fundamental de atuar como poder contramajoritário, resguardando os direitos das minorias frente ao poder da maioria. Como disse Luís Felipe Salomão: “*ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos*” (BRASIL, 2011j, p. 24).

O voto também traz uma análise da questão do casamento entre pessoas de mesmo sexo no Direito Comparado. Cita que diversos países já reconhecem o direito ao casamento entre pessoas de mesmo sexo e analisa mais de perto o caso de Portugal e alguns julgados dos EUA.

O Ministro encerra seu voto alfinetando o Congresso Nacional. Diz que, enquanto esse não assumir sua responsabilidade no processo constitucional de defesa e proteção das minorias, o Judiciário não poderia abrir mão da sua atuação contramajoritária. Assim, dá provimento ao

Recurso Especial para afastar qualquer óbice relativos à orientação sexual e diversidade de sexos para a celebração do casamento.

A Ministra Isabel Gallotti votou em seguida. Seu voto é extremamente curto. Aponta que “*o Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade*” (BRASIL, 2011j, p. 28). No caso, o Supremo já teria decidido no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277 a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar às uniões entre pessoas de mesmo sexo, equiparando em direitos e obrigações a união estável, o mesmo raciocínio se aplicaria aqui ao caso. A argumentação de Isabel Gallotti é similar àquela utilizado pelo Relator: se o art. 226, §3 da Constituição fala que facilitará a conversão da união estável em casamento e se o casamento é forma pela qual o Estado dá melhor proteção as famílias, então, não há como negar às famílias de pessoas de mesmo sexo a proteção jurídica do casamento. O regime legal de casamento, para Gallotti, teria uma série de vantagens, principalmente implicações patrimoniais e previdenciárias. A Ministra Isabel Gallotti segue o voto do Relator.

O próximo Ministro a votar foi Antônio Carlos Ferreira. Seu voto também é curto. Principia elogiando o advogado Paulo Iotti Vecchiati pela sustentação oral e o Ministro Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti por seus votos que acompanharam o Relator. O referido voto do Ministro Raul Araújo não se encontra no acórdão.

O Ministro argumenta que a Lei e a jurisprudência teriam buscado ampliar a união estável, aproximando a proteção que ela garante à proteção dada pelo casamento. Todavia, ainda existiriam algumas diferenças notadamente patrimoniais. Antônio Carlos Ferreira concorda que o casamento é o regime mais benéfico, que garante maior segurança jurídica às famílias, essa seria a razão pela qual a Constituição incentivaria a conversão das uniões estáveis em casamentos.

Aponta que o STF já teria afastado qualquer impedimento do reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo como união estável e que o mesmo raciocínio se aplicaria ao caso. Na opinião do Ministro

[...] não cabe, pois, ao STJ, em decorrência dos mesmo princípios e valores constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federa, oferecer restrições ao exercício de direitos pelos homoafetivos, previstos na legislação infraconstitucional, próprios da relação jurídica heteroafetiva, onde se inclui o direito ao casamento e à segurança jurídica que dele advém (BRASIL, 2011j, p.30-31).

Conclui provocando o Legislativo, afirmando que o ideal seria que aquele Poder aprimorasse a questão legal das uniões homoafetivas. Entretanto, enquanto isso não ocorrer, o

Judiciário não poderia se furtar de dar respostas. Nesse sentido, acompanha o Relator.

O Ministro Marco Buzzi realizou pedido de vista, interrompendo o julgamento. No dia 25 de outubro de 2011 o julgamento reiniciou. O voto que consta, no acórdão, em primeiro lugar dessa sessão é do Ministro Raul Araújo. Na certidão de julgamento da sessão anterior constava que o Min. Raul Araújo já teria votado, acompanhando o Relator. No entanto, nessa segunda sessão o Ministro reconsidera e emite um novo voto, dessa vez divergindo do Relator.

O voto de Raul Araújo aponta corretamente que a controvérsia a ser discutida é a viabilidade de pedido de habilitação para casamento formulado por duas pessoas de mesmo sexo. O Ministro aponta que as formas pela qual se constitui família estariam previstas na Constituição, todavia recorre a uma construção frasal que confunde e leva a interpretações equivocadas:

[...] vê-se que a Carta da República, fazendo referência expressa a ‘homem e mulher’, quando trata da união estável, consagra as seguintes espécies de entidades familiares: (I) aquela formada com o casamento civil; (II) a decorrente de união estável; e as chamadas famílias monoparentais (BRASIL, 2011j, p. 33)

Percebe-se que a construção da frase é uma estratégia discursiva para tentar estender a menção expressa a homem e mulher, que aparece apenas no parágrafo terceiro, aos outros parágrafos do art. 226. Sendo assim, o Ministro interpreta que a diversidade de sexos seria uma restrição Constitucional não apenas da união estável, mas também para as outras formas de família como o casamento.

A partir desse momento, o Ministro argumenta que a discussão necessária para se ampliar o casamento a casais de mesmo sexo ou para se criar um novo instituto familiar é Constitucional. O Ministro chega a criticar o Relator, pois teria feito de forma imprópria uma análise constitucional e não das normas infraconstitucionais. Segundo Raul Araújo, o próprio STF, no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277 teria deixado clara a natureza constitucional da discussão. O Ministro cita trechos do Ministro Celso de Mello e o seguinte trecho de Ayres Britto:

Desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes em ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família (BRASIL, 2011c apud BRASIL, 2011j, p. 34 – grifos do Min. Raul Araújo)

A citação e o destaque do texto faz parte de mais uma estratégia discursiva. Ayres Britto não está falando sobre o casamento, mas sobre a união estável. Como demonstrei anteriormente, o Ministro Ayres Britto menciona, em mais de um momento de sua argumentação, que a previsão expressa “homem e mulher” existe na Constituição apenas em relação à união estável, mas não ao casamento. Aqui nesse voto, Raul Araújo estaria aplicando uma argumentação realizada justamente para afastar o óbice da diversidade de sexos, para de forma paradoxal legitimar um óbice que teria sido previamente afastado.

O Ministro continua afirmando que, frente a essas argumentações do próprio STF a solução da questão passaria necessariamente por análise Constitucional, a qual o STJ seria incompetente para realizar. Ao STJ caberia apenas unificar a jurisprudência e dirimir conflitos com base na legislação infraconstitucional.

Sustenta o Ministro que “*o tradicional e milenar casamento civil e a inovadora e recente união estável são institutos jurídicos independentes, com previsões constitucionais e regramentos próprios*” (BRASIL, 2011j, p.36). Raul Araújo chega, inclusive, a afirmar que os Ministros estariam interpretando erroneamente a decisão do STF, ampliando os efeitos daquele julgado que versaria apenas sobre a união estável. A própria decisão do STF estaria preocupada em restringir os efeitos para além da união estável. Para comprovar seu argumento menciona partes dos votos dos Ministros Lewandowski e Gilmar Mendes que efetivamente buscaram restringir os efeitos da decisão.

Deve-se lembrar que, como demonstrado anteriormente, essas divergências e tentativas de restrição de fato ocorreram, mas não foram acompanhadas pela maioria dos Ministros que participaram do julgamento. Os fundamentos do voto do Relator, que obteve apoio da maioria, não expressava qualquer restrição similar.

Por todas essas razões, o Ministro Raul Araújo acredita que a questão não deveria ser decidida pelo STJ, mas pelo STF e vota para não conhecer do recurso.

O voto-vista do Ministro Marco Buzzi aparece em sequência. O Min. Buzzi explica que fez o pedido de vista não para divergir dos votos dos outros Ministros, mas para ter mais segurança para decidir, principalmente no que diz respeito à competência da Turma para conhecer da matéria frente a carga constitucional que é exigida para a análise do recurso. Nesse mar de decisões de difícil compreensão, é bom ressaltar que o voto de Buzzi segue o padrão de forma da Ministra Nancy Andrighi, separando claramente as discussões por tópicos bem identificados. Essa divisão, que não é comum nos acórdãos, auxilia na compreensão da argumentação.

O primeiro ponto que Buzzi aborda é a questão da existência ou não de questão

Constitucional que prejudicaria o julgamento pelo STJ. Marco Buzzi se diz surpreso pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que segundo o próprio Ministro seria simpático à ideia do casamento entre pessoas de mesmo sexo, ter rejeitado o recurso por entender que apenas o Poder Legislativo poderia garantir esse direito. No entendimento do TJRS, decidir de outra forma seria uma violação ao art. 2º da Constituição, que prevê a independência dos Poderes.

Essa afirmação do TJRS leva o Ministro a se questionar se seria o caso do relator do REsp. em julgamento enviar os autos ao STF e aguardar o julgamento daquele Tribunal. Porém, entende que esse não seria o caso. O Ministro aponta que o art. 226 da Constituição, em relação ao casamento, não proíbe, nem autoriza que esse seja realizado por casais de pessoas de mesmo sexo. Cabendo à legislação infraconstitucional tal regulação. A análise do art. 226 da Constituição não seria, então, um fator primordial para a presente decisão, aliás esse artigo já teria sido analisado pelo STF na ADPF 132 e ADI 4.277 a contento, de forma que aquele raciocínio poderia se aplicar à presente decisão. Dessa forma, a questão a ser debatida seria violação a artigos do Código Civil que disciplinam o casamento.

Sobre o art. 2º da Constituição, o Ministro diz que seria absurdo pensar que sempre que houvesse omissão legal, fosse necessário o recurso ao STF questionando esse artigo para que se pudesse decidir de forma extensiva ou analógica. O Ministro lembra que o art. 126 do Código de Processo Civil veda ao juiz deixar de decidir no caso de omissão da Lei. Nas palavras de Marco Buzzi, a menção ao art. 2º da CRFB/1988 pelo TJRS seria meramente retórica. Não haveria, por fim, óbice do julgamento ser realizado pelo STJ.

O segundo ponto analisado ainda possui um caráter constitucional. O Ministro se pergunta se seria necessário realizar declaração de inconstitucionalidade, por controle difuso, dos artigos que regulam o casamento civil. Caso fosse necessário, a competência para o julgamento não seria da Quarta Turma para o julgamento. Mais uma vez, o Ministro acredita que não seria necessário.

A competência seria retirada da Turma apenas no caso de realizar interpretações restritivas ou controle de constitucionalidade. No entanto, pela inexistência de norma que proíba expressamente a existência do casamento entre pessoas de mesmo sexo, não é necessário, para a solução do caso, aplicar interpretação que negue eficácia a uma norma. Pelo contrário, é necessário ampliar os efeitos de uma norma.

Dessa maneira, o Ministro afirma que a técnica adequada é a da interpretação extensiva, que expande a norma para abarcar a realidade em questão. A aplicação dessa técnica estaria embasada na decisão do STF que vedou a distinção entre casais em razão da orientação sexual,

ao interpretar o art. 266. Sustenta ainda que o STJ e o STF estariam de acordo que interpretação extensiva não é o mesmo que declaração de inconstitucionalidade, que não implica em restrição a norma. Por ser assim, defende que a competência para o julgamento seria sim da Turma.

O terceiro ponto que o Ministro aborda ainda é uma questão preliminar. É um dos pontos relevantes de seu voto e que destoa dos outros. O Ministro julga que a questão em debate é extremamente importante, com a possibilidade do julgamento repercutir na vida de diversas pessoas que se encontrariam em situação similar, gerando uma corrida ao Judiciário para regularizar sua situação. Justamente por essa relevância e impacto acredita que o julgamento não deveria ser realizado por esse coletivo restrito que é a Quarta Turma, mas por uma coletividade ampliada da Segunda Seção.

O Ministro reconhece que a Quarta Turma tem como prática levar à Seção apenas causas que já foram julgadas mais de uma vez. Porém, caso não levem a Seção, poderia ocorrer a situação de uma causa similar chegar a Terceira Turma - que também é parte da Segunda Seção e possui as mesmas competências da Quarta - e essa Turma julgar de forma diferente. Nessa situação hipotética, o STJ estaria gerando uma grave insegurança jurídica. Uma decisão da Segunda Seção daria mais força e segurança jurídica para essas demandas. Dessa maneira, o Ministro entende que o costume deveria, para esse caso, ser quebrado e a causa levada à Segunda Seção.

Finalmente, após as várias questões preliminares, Marco Buzzi passa a analisar o mérito da questão. A análise é curta e repete muitos dos argumentos de seus colegas. Diz que qualquer empecilho ao casamento entre pessoas de mesmo sexo seria derivado não da Lei, mas de ideologias discriminatórias, o que seria vedado pelo Estado Democrático de Direito. Ao Estado não caberia mais a função de impor padrões de vida, considerados pelo Ministro como estereotipados. O Estado deveria propiciar alternativas e sistemas de inclusão dos modos de vida minoritários.

Para autorizar o casamento aplica um raciocínio similar ao do relator da Min. Isabel Gallotti: se o objetivo colocado pela Constituição é o de proteger as famílias, se são reconhecidas as famílias homoafetivas e se o casamento é a melhor forma de se proteger juridicamente as famílias, então, o casamento não poderia ser negado as famílias homoafetivas. Atribui a base desse entendimento à decisão do STF na ADPF 132 e ADI 4.277. Deixa claro também que a decisão não obsta ao legislador de regular a matéria.

Por toda a argumentação o Ministro decide da seguinte forma: primeiro, suscita que o caso seja levado a julgamento pela Segunda Seção, segundo caso os outros Ministros da Turma não concordem em levar o caso para a Seção, acompanha o relator para dar provimento ao

Recurso Especial.

Ao final do voto do Ministro há uma pequena transcrição de fala do Ministro Antônio Carlos Ferreira em que ele discute a questão de se levar a causa à Segunda Seção. É possível inferir a partir dessa pequena fala que houve um debate, que não se encontra transcrito no acórdão, em que os Ministros concordaram em não levar a Segunda Seção a causa. Como diz o Ministro Antônio Carlos Ferreira a próxima ação envolvendo casamento entre pessoas de mesmo sexo poderia ser levada à Segunda Seção. Ou então, a própria Terceira Turma caso recebesse uma ação similar poderia, também, leva-la à Seção.

O julgamento encerrou decidindo, por maioria, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Ministro Relator.

O discurso contido nesse acórdão também não é de fácil classificação. Por um lado, tendi para a tipologia de *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais* porque o Ministro Relator tem uma preocupação em reconhecer a pluralidade das famílias e de analisar o casamento sob os prismas históricos e sociais. Por outro lado, o relator se sente obrigado a pagar uma série de pedágios como uma separação entre direito e moral, entre religião e direito, e entre família e casamento. É somente depois de pago esses pedágios, para configurar o casamento como uma instituição laica e social que regula e protege juridicamente a instituição “natural” da família é que o relator consegue se sentir legitimado a reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo. A lógica heteronormativa submete as uniões entre pessoas de mesmo sexo aqui a um escrutínio que nenhuma união heterossexual seria submetida.

Para além disso, o relator, e os Ministros que o seguem, muito rapidamente saltam a conclusão de que o casamento é a instituição que melhor protege a família. É inegável que o instituto jurídico casamento possui algumas diferenças e permite uma maior previsibilidade das consequências jurídicas desse, no entanto, saltar daí para afirmar de forma generalizada que é a instituição que melhor protege as famílias é um salto grande. Essa afirmação deveria vir com algum tipo de argumentação mais extensa e que levasse em conta, ainda, a pluralidade das famílias que tanto afirmam. Será que o casamento, de fato, é a melhor forma de proteção jurídica para *todas* as famílias? O que falar, então, de famílias constituídas por um relacionamento poliamoroso, como o casamento protegeria essas famílias? Me parece aqui que instituição social e instituto jurídico são confundidos, por mais que o relator tente separar, e que Luis Felipe Salomão e os outros Ministros fazem uma valoração assimilacionista do modelo de conjugalidade do casamento heterossexual, como o modelo ideal de vida íntima. Por essa razão, optei por classificar o acórdão como *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade*.

2.3.2.11 AgRg no REsp. 1.266.559

No dia 07 de fevereiro de 2012 foi julgado o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.266.5599. O julgamento foi realizado pela Terceira Turma do STJ e teve como relator para o processo o Ministro Sidnei Beneti. A discussão é mais processual.

A ação trata da dissolução de uma união entre duas mulheres e da partilha de bens entre elas. O Relator informa que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) reconheceu a união como uma sociedade de fato, por não estar presente a dualidade de sexos. Aquele Tribunal ainda realizou a partilha, dividindo o patrimônio igualmente entre as duas. Da decisão, Ceres ingressou com Embargos de Declaração que foram rejeitados e, posteriormente, com o Recurso Especial ao STJ. Ceres alegava em seu recurso que o Tribunal originário erroneamente não teria realizado a partilha da previdência privada; teria dividido os bens de forma errada, como se união estável fosse, sem levar em conta que Ceres contribuiria mais para o patrimônio; alegava ainda que havia dissidência jurisprudencial

O Ministro Sidnei Beneti, de forma monocrática, decidiu por não conhecer do Recurso Especial. Segundo Beneti haveria dois vícios: a) haveria falta de prequestionamento em relação à previdência privada; e b) para resolver a questão da partilha seria necessária revisão das provas, o que não seria possível em Recurso Especial.

Da decisão monocrática, Ceres agravou. Afirmou no agravo que a questão da Previdência teria sido debatida em Embargos de Declaração, sobre a questão da partilha afirmava que não era preciso análise fática, já estaria provado que a recorrente auferia maior renda e que não se tratando de união estável, não poderia se se dizer que houve esforço indireto. Tal recurso gerou o acórdão que é apresentado nesse momento. O Ministro transcreve no acórdão grande parte da decisão monocrática agravada e diz que ela se sustenta por seus próprios motivos. Entretanto, ainda enfrenta os pontos recorridos.

Diz que em relação à previdência privada, o que é mencionado nos Embargos de Declaração é sobre um financiamento imobiliário realizado junto à instituição da previdência privada. Não há debate sobre o plano de previdência privada em si e sobre os valores resgatados desse plano. Dessa maneira, faltaria o prequestionamento.

Em relação ao segundo ponto, o Ministro diz que o reconhecimento da união foi realizado segundo as regras da sociedade de fato, dividindo os bens igualmente. A partilha igualitária, como demonstra citando o acórdão original, não teria sido deferida por presunção de esforço comum, mas pela análise dos fatos. Ao longo dos vários anos que as mulheres permaneceram juntas, ambas haveriam contribuído em igual montante para o patrimônio. Ceres,

de fato, teria provado possuir uma renda maior, mas não teria ficado comprovado que em função dessa renda teria contribuído mais para o patrimônio. Sendo assim, para poder analisar propriamente a partilha, seria necessário reanalisar as provas e verificar se Ceres, realmente, contribuiu mais ou não. Contudo, o reexame de provas não é possível no Recurso Especial.

Em relação à dissidência jurisprudencial, o Relator argumenta que a recorrente trouxe um acórdão divergente, mas não teria realizado o cotejo analítico. Isto é, não comparou o acórdão divergente àquele acórdão proferido, demonstrando em que os acórdãos se aproximam e se afastam. Dessa maneira, não seria possível realizar a unificação da jurisprudência por dissídio.

Decide por negar provimento ao Agravo Regimental, mantendo os fundamentos de sua decisão monocrática. Sidnei Beneti é acompanhado em sua decisão pela Ministra Nancy Andrighi e pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Boas Cuevas e Massami Uyeda.

Classifiquei como *Outras formas de discurso*, pela ausência de posicionamento do Ministro em relação à sexualidade. A discussão que Beneti realiza é mais processual e técnica, evitando emitir juízos de valores. Essa abstenção, no caso, não é propriamente para ocultar um heterossexismo, mas devido à ausência da análise do mérito da questão. O fato do caso ter utilizado o instituto da sociedade de fato não pode ser creditado ao Ministro Beneti. Por mais que o Ministro tenha se mostrado, em casos anteriores, contrário ao uso da união estável para o reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo, pois acreditava que essa discussão não caberia ao STJ, Beneti não se posiciona assim no presente caso. O uso da sociedade de fato foi realizada pelo Tribunal anterior, e não estava dentro do âmbito do Recurso Especial o questionamento sobre a adequação desse instituto, o que não autorizou Beneti a atuar para alterar essa classificação. Por essas razões, não é possível classificar como *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*, nem em *Conservadorismo Judicial* ou outra forma de discurso.

2.3.2.12 REsp. 1.235.926

O Recurso Especial 1.235.926 foi julgado pela Terceira Turma do STJ em 15 de março de 2012. Trata-se de uma ação de indenização por danos morais e por violação de direito de imagem publicada em jornal da *Editora Globo S/A*. Diógenes presenciou um amigo sofrer uma agressão homofóbica que resultou em morte, praticada por “skinheads”, em São Paulo.

Diógenes estava arrolado como testemunha do crime, quando a *Editora Globo S/A* divulgou, em jornal impresso e sem sua autorização, notícia sobre agressão em que constava sua foto e nome, chamando-o de “o sobrevivente”.

Diógenes, na primeira instância, teve seus pedidos negados. Recorreu ao TJSP, que proferiu acórdão afastando a possibilidade de danos morais. Segundo o Tribunal, a agressão teria sido um fato público e haveria interesse social na divulgação dessa informação, além do mais a divulgação da “opção sexual” de Diógenes, assumida em seu depoimento à polícia, estaria diretamente ligada ao fato, não violando, assim, a dignidade da pessoa humana. O Tribunal acatou e condenou pelo uso indevido de imagem. A *Editora Globo S/A* ingressou com recurso especial ao STJ, questionando que se o fato foi público, como o próprio acórdão reconhece, não deveria ser necessária a autorização da pessoa para publicação da foto. A Editora argumentou ainda que Diógenes não havia incluído nos autos qualquer pedido de indenização por uso inadequado de sua imagem, apenas por danos morais. O acórdão teria ido além do pedido. Pediu também a alteração da decisão quanto ao termo inicial da correção monetária para a data da decisão e não da publicação da reportagem.

Em seu voto, o Relator, o Min. Sidnei Beneti, lembra que os danos morais não teriam sido deferidos pelo Tribunal de origem porque não teria sido identificado nenhuma forma de comentário jocoso ou ofensivo a Diógenes na reportagem em litígio. A discussão central seria sobre o uso da foto, se poderia ser considerado indevido ou não, pela ausência de autorização de Diógenes. No entanto, para analisar esse uso, o Relator diz ser impossível desvincular das circunstâncias específicas do caso.

Há de destacar, no presente caso, que por tratar a matéria jornalística de um crime violento, com motivação homofóbica, conforme posto pelo Acórdão recorrido, com foco em circunstâncias da intimidade do recorrido, no caso a sua opção sexual, a publicação da fotografia com o destaque “o sobrevivente” não poderia ter sido feita sem a sua autorização expressa, pois sem dúvida submeteu o recorrido, no mínimo, ao desconforto social de divulgação pública de sua intimidade (BRASIL, 2012b, p. 7-8)

Dessa maneira, Sidnei Beneti entende que, para além da autorização ser necessária para a publicação, as circunstâncias que envolvem o caso agravam a situação. A publicação indevida é capaz de gerar desconforto e violar a intimidade de Diógenes. Afirmo que ao contrário do que foi afirmado pela empresa recorrente, a indenização pelo uso indevido da foto havia sim sido requisitada na inicial e comprova transcrevendo parte do texto da petição, não configurando, então, julgamento que extrapola o pedido. Em relação às outras questões levantadas no recurso, como o dissídio jurisprudencial e a alteração da data da correção monetária, o Ministro-Relator

também não vê cabimento na argumentação da recorrente, julgando improcedente.

Por unanimidade a Turma negou provimento ao Recurso Especial. Acompanharam o Ministro Relator os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Massami Uyeda.

Classifiquei o acórdão com a tipologia *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*, porque o Ministro Sidnei Beneti atuou no caso para proteger a imagem e a privacidade de uma vítima de homofobia. O Ministro mostra que as circunstâncias que se inscrevem o caso, um ataque violento homofóbico, não poderiam ser desconsideradas para a análise do caso e que essa divulgação poderia implicar em uma situação de vulneração.

2.3.2.13 HC 219.101

O *Habeas Corpus* 219.101 foi julgado pela quinta turma do STJ no dia 10 de abril de 2012. O relator foi o Ministro Jorge Mussi. Esse HC foi uma das poucas vezes em que um caso de violência física homofóbica chegou até um Tribunal Superior no Brasil, no período analisado, mesmo que de forma indireta como é o caso.

O *Habeas Corpus* está envolto em um caso de tentativa de assassinato de um jovem homossexual. Conta o Relator que o jovem se encontrava no Parque Garota de Ipanema, no Rio de Janeiro. Tal parque seria um local conhecido por abrigar encontros entre jovens gays, o parque também faria divisa com o Forte de Copacabana. O agressor era um militar do Exército Brasileiro que se encontrava, no dia 14 de Novembro de 2010, em serviço no Forte. Nesse dia, ele e outros colegas saíram do forte em direção ao parque, onde se encontraram com uma aglomeração de gays. Os militares teriam insultado e agredido os casais que ali se encontravam, expulsando-os do parque.

Conforme consta no Relatório, o agressor ao abordar a vítima teria solicitado o telefone de seus pais. O agressor desejava contar aos pais da vítima que seu filho era homossexual, a essa abordagem a vítima teria respondido que seus pais sabiam sobre sua sexualidade e que se orgulhavam do filho. Ao escutar essa resposta, o agressor teria dito: “*você ainda me afronta, você ainda tem coragem de falar isso*” (BRASIL, 2012c). Logo após, teria empurrado o jovem no chão, sacado o revólver e atirado para matá-lo.

O ocorrido foi denunciado pelo Ministério Público como uma tentativa de homicídio qualificado (art. 121, §2º, I e IV c/c art. 14, II do Código Penal⁴⁷), o que levou o Ministério

⁴⁷ Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Público a denunciar como tentativa de homicídio qualificado foram duas coisas: (i) o fato de que o agressor teria realizado o crime de forma que não possibilitou que o jovem se defendesse, isto é, abordando armado, jogando-o no chão e atirando; e (ii) o Ministério Público considerou que a agressão teria sido realizada por motivo de ódio contra homossexuais e qualificou isso como motivo torpe. O Ministério Público argumentou ainda que devido à gravidade do delito e ao medo que a liberdade de um homofóbico agressor traria a vítima e sua família, podendo prejudicar o depoimento da vítima, mereceria o agressor permanecer preso preventivamente. O Juiz Militar que recebeu a denúncia acatou a ordem de prisão preventiva, sob o argumento de que:

[...] a conduta perpetrada atingiu seriamente os pilares da hierarquia e disciplina militares, bem como o bom nome do Exército Brasileiro, além de apresentar sérios indícios de atentar contra a dignidade da pessoa humana. Concordo com a necessidade da medida de exceção, são só para recompor os pilares da sustentação por forças armadas, mas principalmente para desestimular eventuais comportamentos da mesma natureza (BRASIL, 2011c, p. 6-7)

Pelo trecho citado da decisão de primeiro grau, dá a entender que a maior preocupação do Juiz não seria com a vítima, mas com a integridade das forças armadas. Ele parece deferir a prisão preventiva para “limpar o nome” das Forças Armadas e evitar que esse tipo de conduta ocorra novamente naquela instituição, mas não parece ser o caso que ele deseje, de fato, proteger a vítima, a sociedade ou as provas a serem produzidas neste caso. O Ministro Relator e o Juiz de segunda instância parecem corroborar com essa opinião, pois alguns trechos do acórdão de segunda instância trazidos no voto apresentam críticas similares à decisão.

Algum tempo após a decretação da prisão preventiva, o Juiz Militar teria revogado essa prisão. O Ministério Público requisitou a prisão preventiva ao Juiz Penal comum. Temia que a liberdade do agressor pudesse atrapalhar o processo, seja o relato da vítima que poderia ser atrapalhado ou até mesmo a produção de provas técnicas. O Juiz deferiu o pedido, pela gravidade do delito para gerar proteção social e para a conveniência da instrução criminal, reconhecendo que o agressor era perigoso e que mantinha uma postura homofóbica, o que

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Art. 14 - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente

poderia afetar a vítima e outras testemunhas em seus depoimentos.

A defesa do agressor impetrou um *Habeas Corpus* no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, buscando evitar a prisão preventiva. O Tribunal decidiu que a decisão pela prisão preventiva era correta:

Nessas condições, pela gravidade do delito e pelas circunstâncias que o rodeiam, há necessidade de proteger a sociedade, pois como consta de declarações do pai da vítima para a imprensa, “quem deveria nos proteger faz uma coisa dessas com um garoto. Também o temor demonstrado pela vítima e pelas testemunhas mostra a necessidade da prisão para garantia da instrução criminal (BRASIL, 2011c, p.8 – grifos no original)

Da decisão do TJRJ, o agressor impetrou *Habeas Corpus* ao STJ para revisar a decisão. O Relator, Jorge Mussi, concorda com as argumentações do TJRJ sobre manter sob prisão cautelar o agressor, enfatizando que a agressão teria razões homofóbicas e teria ocorrido de forma que dificultaria a reação da vítima, razões qualificadoras do homicídio. O Relator afirma que existem precedentes do STJ que confirmariam que os motivos, a repercussão social e outras circunstâncias de crime grave seriam razões para se manter a prisão preventiva. Cita o HC 176202, cujo relator foi o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, e o HC 117572, cuja Relatora foi a Ministra Laurita Vaz, para comprovar seu posicionamento.

É importante destacar que esse acórdão talvez seja o único precedente, no período analisado, de um Tribunal Superior Brasileiro que afirma claramente o fato da homofobia ser uma qualificadora do crime de assassinato, configurando motivo torpe. Uma vez que a homofobia não está tipificada no Código Penal, um precedente como esse se torna um passo a mais para uma política penal de combate a homofobia. No entanto, a maior dificuldade talvez seja identificar em outros casos a presença ou não de homofobia, já que essa nem sempre se apresenta de forma tão óbvia e explícita (PRADO; MACHADO, 2008) como ocorreu nesse crime. Muitas vezes, quando a homofobia é expressa de outras maneiras, que não a violência física extrema (tentativa de homicídio), essa pode se tornar quase imperceptível para aquelas pessoas que não são seu alvo e com isso dificultar a ação da Lei Penal, que não possui um tipo específico para abarcar essas outras formas de agressão⁴⁸.

⁴⁸ Não há espaço nessa dissertação para uma discussão mais aprofundada sobre criminalização da homofobia. No entanto, é preciso frisar que mesmo dentro dos movimentos sociais e dos círculos acadêmicos há um debate sobre se criminalizar é a melhor solução ou não. O movimento tradicional tende a defender a criminalização. Algumas correntes anarco-queer ou de acadêmicos ligados ao movimento do abolicionismo do direito penal argumentam que o Direito Penal não seria um instrumento viável para o combate à violência e a promoção da emancipação de grupos subalternos. Para uma visão favorável a criminalização ver Freire e Cardinali (2012), já para uma posição crítica ver Carvalho (2012)

O Ministro Relator ainda discute a possibilidade de aplicação de penas alternativas. Admite que, nesse quesito, a defesa teria razão, a discussão não teria sido realizada a contento. Só teria sido discutida a possibilidade de fiança, mas não de outras modalidades de penas alternativas. A prisão preventiva só poderia ter sido decretada após a análise dessas modalidades e a conclusão, assim como feito com a fiança, da impossibilidade de aplicação.

O Relator decide, então, por retornar a ação ao TJRJ para que ele rediscuta a aplicação de alternativas a prisão preventiva. Todavia, Jorge Mussi deixa claro que, segundo a orientação jurisprudencial do STJ, as condições pessoais favoráveis, como uma boa conduta, não seriam suficientes para desconstituir a prisão preventiva na presença de outros fatores que justifiquem a prisão. Como parece, na opinião do Ministro, estar presente no caso. Diz também que a defesa argumentou excesso de prazo na prisão preventiva, mas que deixaria de julgar sobre essa questão por não ter sido debatida no Tribunal de origem.

Com esses fundamentos, o Min. Jorge Mussi opta por deferir apenas em parte o *Habeas Corpus*, para que o TJRJ discuta a possibilidade de aplicação de penas alternativas a prisão no caso. Além do Relator, participaram do julgamento os Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu e a Ministra Laurita Vaz. Todos votaram em conjunto com o Relator sem apresentar razões de voto.

Classifiquei o presente acórdão como um discurso de *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. O Ministro Relator atuou para proteger uma vítima de crime de tentativa de assassinato por razões homofóbicas, a liberdade do agressor, como ficou provado, poderia causar sérias consequências à família e ao próprio, bem como atrapalhar o bom andamento do processo. O caso também deixou explícito que a homofobia é uma qualificadora para o crime de homicídio, configurando motivo torpe.

2.3.2.14 REsp. 1.135.543

O Recurso Especial 1.135.543 foi julgado no dia 22 de maio de 2012 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O recurso teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi.

Trata-se de outra ação de danos morais contra uma reportagem, dessa vez, veiculada no portal de internet IG sobre a Parada do orgulho LGBT de São Paulo. Em reportagem sobre a parada, o portal IG teria se utilizado de foto, com *close* nos rostos, de Ícaro e sua mãe, sem requisitar autorização dos dois para tal.

A divulgação não autorizada de sua foto dava a impressão de que os dois estariam participando da Parada e que seriam apoiadores do movimento LGBT. Ícaro e sua mãe alegam que estavam apenas passando pelo local e que não sabiam que tinham sido fotografados, afirmam também que não apoiam o movimento LGBT. Os autores da ação inicial dizem ter sofrido chacota de amigos e danos a sua imagem, em função dessa divulgação. Dessa maneira, ingressaram com a ação requisitando os danos morais da empresa.

Em primeira instância, o juiz deu parcial provimento à ação para condenar o Portal IG ao pagamento de 100 salários mínimos. Tanto o Portal IG, quanto Ícaro e sua mãe recorreram ao TJSP. Esse deu parcial provimento ao recuso de Ícaro e negou o recurso da parte ré. O Portal IG recorreu ao STJ, por meio do Recurso Especial que gerou o acórdão analisado.

Argumentava em suas razões de recurso que: a) seria necessária a juntada da reportagem para comprovar o dano, o que não teria ocorrido; b) que pela ausência da juntada, há condenação sem culpa, esse ponto na argumentação de Andrighi; c) que a foto foi retirada em ambiente público, dispensando autorização; e, por último, d) que o valor da indenização teria sido desproporcional. A argumentação estava fundamentada na violação à Lei de Imprensa (Lei 5250/67) e ao art. 159 do Código Civil de 1916.

Em relação ao primeiro ponto, Nancy Andrighi abre a argumentação dizendo que a Lei de Imprensa, que sustenta muito da argumentação do portal IG, não teria sido recebida pela Constituição de 1988. O STF teria declarado a inconstitucionalidade da referida Lei em sua totalidade no julgamento da ADPF 130. Andrighi prossegue argumentando que mesmo que se aplicasse a Lei por analogia, a demanda não poderia concedida. O TJSP, ao analisar os fatos e as provas, teria afirmado que a juntada da reportagem seria desnecessária, pois haveria outras provas o suficiente para provar a divulgação da imagem. Não caberia ao STJ reanalisar as provas.

O debate da inexistência da culpa, também, está vinculado ao debate sobre a juntada da reportagem. Como já dito, a reportagem não se encontra anexada ao processo, mas o TJSP ao analisar as provas, e a foto divulgada, acredita que há razões o suficiente para a condenação. Nancy Andrighi opera nesse caso uma flexibilização do ônus da prova. Em regra, o Processo Civil obriga que aquele que alega algo, prove suas alegações. No entanto, a Ministra aponta uma particularidade para o caso: tratava-se de notícia veiculada em portal da internet. Segundo a Ministra, é frequente que essas notícias entrem e saiam do ar, não sendo possível para Ícaro resgatar esse conteúdo. Por outro lado, para o Portal de internet que veiculou a notícia em questão, não seria nada difícil resgatar a matéria publicada e juntá-la para comprovar que as alegações de Ícaro não faziam sentido. Se assim não o fez, Andrighi acredita que seria possível

presumir que o conteúdo da reportagem prejudicaria o Portal IG, aplicando, assim, uma inversão no ônus da prova.

A Ministra argumenta também que apesar da reportagem não estar juntada, há cópias de e-mails que Ícaro teria recebido de amigos e colegas de trabalho em que a reportagem era mencionada. O conteúdo seria desconhecido, mas o fato da publicação e da repercussão negativa da mencionada reportagem estaria comprovado.

Resolvida essas questões, a Ministra passa ao que chama de o cerne da questão: “*o limite entre a exibição regular de uma fotografia retirada em ambiente público, sem prévia autorização, e a reprodução irregular da imagem de uma pessoa, com lesão de seu direito de personalidade*” (BRASIL, 2012d, p. 7). A priori, concorda com o julgado trazido pelo recorrente em que se afirma que a reprodução é de fato autorizada previamente, mas que essa não poderia ofender a honra, a reputação ou o decoro da pessoa retratada. No caso, a alegação de Ícaro e sua mãe seria justamente no sentido de que haveria ofensa.

O caso toma um caminho curioso. Diferentemente do REsp. 1.063.304 não aparece de forma explícita a argumentação de que estaria se imputando a Ícaro e sua mãe o fato de serem homossexuais. Essa questão é tangenciada, o caminho escolhido para a argumentação é que a reportagem estaria afirmando que Ícaro e sua mãe estavam na Parada LGBT e que apoiariam o movimento, quando, na realidade, estariam “só de passagem” e não seriam apoiadores do movimento. No fundo a demanda é a mesma, seja naquele ou nesse caso, os autores da ação não desejavam ter sua imagem pública vinculada à homossexualidade, mas as estratégias argumentativas foram diferentes. O que diferencia os dois casos que provocando a diferença de estratégia argumentativa? Infelizmente, os textos dos acórdãos não dão pistas para prosseguir essa reflexão e identificar os fatores que levaram a essas escolhas diversas. Talvez atualmente dizer publicamente que não deseja ser tachado de homossexual, seja algo agressivo. Enquanto dizer que não apoia determinado movimento social, seja uma afirmação mais amena e palatável, mas fácil de juízes/as e Ministras/os que têm deferido direitos para pessoas LGBT se simpatizarem. Acredito que esse pode ser um dos fatores a levar a argumentação para esse enquadramento, mas com certeza não o único fator. Outros fatores que não aparecem no texto e que não vislumbro, no momento, devem ter atuado no caso. Provável, também, que essa estratégia discursiva possa ser, na realidade, a leitura Nancy Andrighi faz da petição inicial e do caso, não sendo uma opção consciente e motivada das partes autoras e seu advogado.

Andrighi diz que ponto nodal da discussão sobre a necessidade de autorização estaria na “*veracidade da ideia que a fotografia transmite, e a justificativa para a revelação dessa verdade*” (BRASIL, 2012d, p.8). Estaria em jogo aqui uma tensa relação entre a intimidade e o

interesse público. No caso, como a foto levaria a conclusões inverídicas, não seria possível falar em interesse público e a intimidade deveria ser preservada. Além do mais, como Andrighi afirma, o apoio a causa LGBT seria desejável nos dias de hoje, mas não poderia ser obrigatória.

A Ministra diz que as fotografias de eventos públicos devem ser moderadas. Se as pessoas nas fotos estivessem participando ativamente na passeata e demonstrassem sinais que implicitamente autorizam as fotografias, como cartazes, corpos pintados com palavras de ordem, fantasias etc., não haveria o problema da autorização. Não sendo esse o caso, as fotos não deveriam focar no rosto em *close*, a simples foto com um foco amplo para demonstrar a multidão seria suficiente para a divulgação do evento.

Por essas razões, Andrighi acredita que a publicação foi abusiva, existindo o direito de indenização. Quanto ao valor da indenização, a Ministra Relatora argumenta que o valor fixado pelo Tribunal é justo. Cita o REsp. 1.063.304 como exemplo de caso similar, mas em que a indenização teria sido, inclusive, maior. A Ministra justifica a indenização maior, pois segundo a mesma esse outro caso seria mais grave, justamente por dar a entender que as pessoas na foto são homossexuais. Encerra, assim, o seu voto, negando provimento ao recurso.

O Ministro Massami Uyeda proferiu um voto oral divergindo da Ministra Nancy Andrighi. A transcrição desse voto se encontra bastante fragmentada, contendo 6 partes, o que indica a existência de um debate oral entre, pelo menos, esse Ministro e a Relatora que não consta transcrito no acórdão. O Min. Massami Uyeda diz que já havia lido o voto da Ministra antes do julgamento e diz que esse fazia menção a foto veiculada na reportagem, foto que se encontrava juntada as folhas 14 do processo. Uyeda diz estar com a foto impressa e ter a analisado. Lembra que a parada LGBT de São Paulo é famosa internacionalmente, atraindo inclusive turistas e curiosos, não apenas as pessoas que concordam e apoiam a causa.

Sustenta que há o direito de noticiar pelo veículo de comunicação, o que seria proibido e permitiria danos morais seria a particularização. Nesse ponto Uyeda lembra o julgamento do REsp. 1.063.304, e afirma que o diferencia aquele caso é lá havia um qualificativo. As pessoas das fotos eram tachadas de homossexuais. Na foto em questão não haveria indicação de nome ou qualquer qualificativo. Além disso, o Ministro descreve a foto como se não focassem exclusivamente em Ícaro e sua mãe, mas em um grupo de pessoas em que coincidentemente eles se encontravam.

A ausência da necessidade da juntada da reportagem é um ponto de comum acordo entre a Relatora e o Ministro Massami Uyeda. No entanto, o Ministro ainda diverge afirmando que o local não era um espaço fechado, mas um espaço público de frequência coletiva, num dia de movimentação. Sendo assim, não seria necessária autorização para o uso da foto no exercício

do direito de informar, não haveria, no caso, invasão a intimidade. Massami Uyeda, para dar força retórica a seu argumento, chega até a afirmar que se entendesse que há violação a intimidade em casos como esse, seria praticamente impossível de realizar uma transmissão de um jogo de futebol. Dá, então, provimento ao recurso.

Há indicação de Uyeda ter sido questionado, pois nas transcrições aparecem duas respostas em que se afirma que algo não altera em nada sua decisão. Não há, no entanto, pistas do que sejam esses “algo”.

O Ministro Sidnei Beneti pediu vistas ao processo, retornando ao julgamento na sessão do dia 22 de maio de 2012. O Ministro, em síntese, diz que seria bom que a reportagem fosse juntada ao processo, mas que essa não seria um documento essencial. Sendo assim, não implicaria em vício ao processo. A questão substancial era saber se o fato alegado era verídico ou não, isto é, se Ícaro e sua mãe apoiavam ou não o movimento. As provas teriam mostrado que o fato não seria verídico e isso teria sido reconhecido pelo TJSP. Como ao STJ não cabe reanalisar provas, o Ministro acredita que ficou configurado o direito à indenização. Acompanha, então, a Relatora, mas diz não realizar a “*observação constante no voto da E. Relatora (n. 6, supra)*” (BRASIL, 2012d, p. 21). No entanto, não há um item 6 no voto da Relatora, além disso o item 6 do voto de Beneti é justamente o local onde diz não acompanhar o item 6 da Relatora.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino vota em seguida, diz apenas pedir licença ao Ministro divergente para acompanhar a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Sidnei Beneti. O julgamento termina, por maioria, decidindo por negar provimento ao recurso.

Classifiquei mais esse acórdão na categoria *Liberalismo Abstencionista e Heterossexismo Implícito*. De forma diferente do outro caso similar, nesse acórdão sejam as partes ou seja a própria Ministra Nancy Andrighi tem o cuidado para não deixar de forma explícita uma valoração negativa da homossexualidade. Todavia ainda é possível argumentar por um heterossexismo implícito no desejo de não querer aparecer numa foto da Parada do Orgulho LGBT de São Paulo. É fato que esse desejo não é de Andrighi e sim das pessoas que moveram a ação. Também não argumento no sentido de que Andrighi deveria negar o dano moral. Porém, partindo de uma Ministra que demonstrou sua atuação pioneira na defesa dos direitos sexuais e na vedação das discriminações é esperável que essa, mesmo ao deferir o legítimo dano moral, se pergunte o por que de uma foto como essa poderia ser passível de provocar ofensa à moral de alguém. Por que estar presente em uma Parada do Orgulho LGBT é algo para se ter vergonha ou não desejar que seja publicado? Andrighi começa a apontar reflexões nesse sentido quando diz que é desejável o apoio aos movimentos LGBT, mas que

este não poderia ser obrigatório. Seu posicionamento é correto nesse sentido, mas insuficiente para vedar que o heterossexismo implícito no desejo dos recorrentes de desvincular a imagem da homossexualidade seja transmitido para o acórdão. A Ministra acaba corroborando, assim, implicitamente e de forma não intencional, com a noção de que a homossexualidade é algo que pode macular a imagem pública de alguém.

2.3.2.15 AgRg no REEx 687.432

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 687.432 foi julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 18 de setembro de 2012. Trata-se de mais um caso de pensão por morte derivado de uma união entre pessoas de mesmo sexo.

O Relatório do Ministro Luiz Fux reconta que o TJMG teria reconhecido a existência da união homoafetiva, gerando, assim, direito a receber do plano de previdência privada o benefício da pensão por morte pelo companheiro sobrevivente. Da decisão, a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, teria recorrido ao STJ para reformar a decisão. Como autorizado pela decisão da ADPF 132 e ADI 4.277, o Ministro Luiz Fux julgou monocraticamente a causa para negar provimento ao Recurso Extraordinário, sob o argumento que o STF já teria decidido que as uniões entre pessoas de mesmo sexo são reconhecidas como uniões estáveis e recebem o mesmo tratamento jurídico dessas. Lembrou ainda que o STF já teria julgado causa similar no REEx 477.554, julgamento que deferiu o pedido de pensão.

Da decisão monocrática, a PREVI agravou sob o argumento da irretroatividade da Lei, dando a entender que decisão do STF seria posterior à morte e por essa razão não se aplicaria ao caso.

O voto do Ministro Relator é curto e repete muito do que consta em seu Relatório e na ementa do acórdão agravado. Em seu voto, Luiz Fux inicia citando o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que teria afirmado que o não pagamento do benefício da pensão por morte configuraria enriquecimento ilícito para a PREVI, já que o falecido teria contribuído regularmente para o plano de previdência justamente na expectativa de que caso algo ocorresse, o plano pudesse dar segurança a seu companheiro. O Ministro diz que a decisão do TJMG não contraria o entendimento definido pelo STF no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, pelo contrário, decidiu de acordo com esse entendimento reconhecendo como entidade familiar a união entre pessoas de mesmo sexo.

O entendimento fixado pelo STF daria os idênticos efeitos da união estável às uniões

homoafetivas, comprova essa sua afirmação pela transcrição literal da ementa do julgamento, transcrição essa que ocupa mais da metade do espaço do voto. Por fim, o Ministro lembra que o julgamento do AgRg no REEx 477.554 de relatoria do Ministro Celso de Mello teria já autorizado a concessão de pensão por morte para pessoas de mesmo sexo. Naquele caso teria ficado reforçado o entendimento do STF de que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual” (BRASIL, 2011h apud BRASIL, 2012e, p. 6).

O Ministro Luiz Fux mantém, então, a decisão do acórdão por seus próprios fundamentos, negando provimento ao Agravo Regimental. O Ministro Dias Toffoli e a Ministra Rosa Weber acompanharam o Relator sem expor seus fundamentos. O Min. Marco Aurélio estava presente à sessão, mas não participou, justificadamente, deste julgamento.

Classifiquei o acórdão com a tipologia *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. Apesar da discussão sintética, o Ministro Luiz Fux foi enfático no enquadramento antidiscriminatório, vedando qualquer diferenciação negativa em função da sexualidade. O acórdão ainda adere aos fundamentos do julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, bem como aos seus enquadramentos.

2.3.2.16 AgRg no REEx 607.562

Trata-se de decisão proferida no AgRg no REEx 607.562, em 18 de setembro de 2012, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Não apenas o julgamento foi realizado no mesmo dia do caso anterior, como os casos e as decisões são bastante similares.

O recurso foi interposto pelo Estado de Pernambuco, em face de decisão anterior proferida monocraticamente pelo Relator Min. Luiz Fux no Recurso Extraordinário, que reconheceu a união estável e garantiu a Jayme o direito à pensão por morte de seu companheiro. O Estado de Pernambuco alegou não ter havido a comprovação de efetiva convivência contínua, pública e duradoura, com objetivo de constituir família, ou seja, não haver prova de cumprimento dos requisitos do art. 1.723 do Código Civil vigente para caracterização de união estável. Requereu, portanto, a revisão da decisão para provimento do Recurso Extraordinário.

Em seu voto, no qual julga pela improcedência do Agravo Regimental, o Min. Luiz Fux cita a decisão agravada, na qual invoca as decisões proferidas, em julgamento pelo Pleno do STF, na ADI 4.277 e na ADPF 132, que determinaram que apesar do art. 1.723 do Código Civil declarar que: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher,

configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, ele não veta o reconhecimento da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo. O acórdão segue explicando que:

Neste julgamento, deu-se interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroaferiva. (Brasil, 2012e, p. 11)

A decisão impugnada cita, também, decisão tomada no AgRg no REEx n. 477.554, que em caso análogo ao discutido

[...] enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroaferivas”. (BRASIL, 2011h apud BRASIL, 2012e, p. 15)

O Relator se refere, ainda no acórdão agravado, às seguintes decisões monocráticas: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes. Por se tratarem de decisões monocráticas não foram identificadas pela presente pesquisa.

Após a análise da decisão recorrida, o Min. Luiz Fux ressalta que a reforma da decisão, requerida pelo agravante, demandaria reexame probatório, o que não é possível, em caso de Recurso Extraordinário, conforme a Súmula 279 do STF. Assim, entendeu o Relator não ter o agravante trazido nenhum argumento que ensejasse a reforma requerida da decisão hostilizada, decidindo pela manutenção desta, por seus próprios fundamentos.

Decisão unânime, nos termos do voto do Relator Min. Luiz Fux. Participaram do julgamento, além do Relator, os Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber. O Min. Marco Aurélio estava presente à sessão, mas não participou, justificadamente, deste julgamento.

Mais uma vez, classifiquei o acórdão com a tipologia *Diversidade Sexual e Afirmação dos Direitos Sexuais*. Apesar da discussão sintética, o Ministro Luiz Fux foi enfático no

enquadramento antidiscriminatório, vedando qualquer diferenciação negativa em função da sexualidade. O acórdão ainda adere aos fundamentos do julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, bem como aos seus enquadramentos.

2.3.2.17 REsp. 1.281.093

O Recurso Especial 1.1281.093 teve seu julgamento iniciado no dia 11 de dezembro de 2012. O Recurso foi julgado pela Terceira Turma do STJ e teve como Relatora a Ministra Nancy Andriahi.

O caso trata de uma ação de adoção. Diana desejava adotar, unilateralmente, a filha biológica de sua companheira Conceição. A filha teria sido fruto de uma inseminação artificial por doador desconhecido, planejada pelo casal e realizada por Conceição, agora Diana desejaria que seu nome também constasse como mãe da criança concebida.

Em primeira instância o juiz concedeu a adoção à Diana. O Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo buscando reverter a adoção. O TJSP confirmou a decisão por entender que a adoção seria vantajosa para a menor. O MPSP recorreu ao STJ por meio do Recurso Especial que gerou a decisão analisada. Em síntese alegava que “*é juridicamente impossível a adoção de criança ou adolescente por duas pessoas do mesmo sexo*” (fl. 289, e-STF), afirmando, ainda, que o “*o instituto da adução guarda perfeita simetria com a filiação natural, pressupondo que o adotando, tanto quanto o filho biológico, seja fruto da união de um homem e uma mulher*” (fl. 55, e-STJ)” (BRASIL, 2012f, p. 3). Dizia ainda haver violação aos arts. 6º, 42, §2º e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁹ e aos arts. 1.626⁵⁰ e 1723 do Código Civil. Houve parecer do Ministério Público Federal que opinou pelo não conhecimento do Recurso Especial, sendo favorável à adoção.

Em seu voto, Nancy Andriahi situa a controvérsia jurídica como sendo “*se, dentro de*

⁴⁹ **Art. 6º** Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil

§2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

⁵⁰ **Art. 1.626.** A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

uma união estável homoafetiva, é possível a adoção unilateral de filha concebida por inseminação artificial heteróloga, para que ambas as companheiras passem a compartilhar a condição de mães da adotanda” (BRASIL, 2012f, p.5).

Diz que, tanto o MPSP quanto o TJSP, teriam discutido a validade de adoção conjunta em relação homoafetiva, no entanto, no caso o mais correto seria discutir a validade da adoção unilateral. A adoção conjunta seria aquela aplicada quando duas pessoas desejam adotar uma criança com a qual não possuem vínculo. A adoção unilateral, por sua vez, seria aquela em que já existe um vínculo parental, busca-se apenas complementar esse vínculo com a inclusão de mais uma pessoa como genitor. Apesar dessa incorreção técnica, a Ministra Andrighi diz que a discussão realizada nos Tribunais e no presente REsp. se aplica para qualquer das duas modalidades de adoção.

A Relatora afirma que há no caso um conflito sobre a interpretação do ECA. Os mesmos artigos utilizados pelo TJSP para fundamentar sua decisão, são interpretados pelo MPSP de outra forma para justificar o recurso, impedindo a adoção. Dentre os artigos que o MP alegou violação estava o art. 1.723 do CC. Andrighi diz que o recurso teria sido proposto antes da decisão histórica do STF no julgamento da ADPF 132. Tal decisão já teria debatido o referido artigo de forma a afastar qualquer interpretação que vislumbre impedimentos às uniões entre pessoas de mesmo sexo configurarem uma união estável e uma entidade familiar.

A decisão do STF teria equiparado uniões estáveis e uniões homoafetivas em direitos e deveres, tornando-as com efeitos jurídicos idênticos. Nesse sentido, o fato da união ser entre pessoas de mesmo sexo não poderia ser utilizado como um obstáculo técnico para o pedido de adoção.

Afastado tais óbices, restaria discutir a questão da existência de vantagem para a criança a ser adotada, afinal segundo a Lei a criança a ser adotada seria objeto primário de proteção legal. O Ministério Público de São Paulo alega que não haveria vantagem real para a criança nessa adoção. Segundo essa instituição, o “inusitado” fato de a criança vir a possuir duas mulheres em seu registro geraria constrangimentos e discriminações. O impedimento da adoção seria medida imposta pela Lei para proteger a criança do sofrimento de tais constrangimentos.

Para a Ministra, há na argumentação do MPSP uma confusão entre o debate da adoção e a “opção sexual” das mães. A Min. Nancy Andrighi opera um movimento de afastar homossexualidade de parentalidade. A homossexualidade diria respeito à “opção sexual” e apenas a isso. A parentalidade, por sua vez, diria respeito às relações dos genitores com seus/suas filhos/as. O debate, na opinião da Relatora, deveria se focar na parentalidade e não na homossexualidade.

A despeito de sua defesa da separação, a Ministra segue discutindo homossexualidade e parentalidade de formas conjuntas. Traz literatura psicológica para sustentar que a homossexualidade das mães não traria prejuízo na criação da criança, citando obra de Mariana de Oliveira Farias e Ana Claudia Bortolozzi Maia.

Admite que o desconforto por possuir duas mães poderia existir, mas explica que possuir apenas uma mãe no registro também poderia gerar igual ou pior desconforto. Essa situação, por si só, não seria um argumento que impediria a adoção. A relatora opta por não aprofundar mais nesse debate psicossocial sobre homoparentalidade, mas diz que haveria diversos outros pontos a serem abordados.

O tema da adoção por pessoas/casais de mesmo sexo estaria sendo debatido em diversos países do mundo. Andrighi diz que a Holanda teria sido pioneira na autorização, que a França estaria realizando um tenso debate sobre o tema em seu Legislativo, e que países como Uruguai, Alemanha, Bélgica, Suécia, dentre outros já possuiriam legislações que autorizam a adoção por pessoas ou casais homossexuais. As ideias que sustentariam essas legislações seriam três: (i) a cidadania integral dos adotantes; (ii) a ausência de prejuízo comprovado para os adotados; (iii) a existência de milhares de crianças abandonadas que levaria ao Estado ampliar a base dos interessados/legitimados a adotar e não restringi-la.

A negativa da adoção ainda poderia ter consequências negativas. Primeiro seria ignorar um fato da realidade, a gravidez teria sido planejada pelo casal e na realidade ambas as mulheres já exerceriam a parentalidade. O que não existiria é o reconhecimento jurídico dessa parentalidade conjunta. Essa irregularidade jurídica produziria uma série de inseguranças jurídicas mencionadas por Andrighi, por exemplo, no caso do óbito da mãe biológica poderia haver um possível conflito sobre a guarda da criança e quanto ao patrimônio da falecida, como no caso Cássia Eller. Não produziria também os deveres legais que a mãe não reconhecida deveria exercer com sua filha.

Os obstáculos existentes para o reconhecimento jurídico da adoção, na opinião da Relatora, derivariam exclusivamente de preconceitos e não da Lei. A Ministra identifica que estaria ocorrendo um avanço no sistema jurídico, em especial no alcance dos direitos da personalidade, para proteger os grupos “minoritários”. Esse avanço teria como consequência:

A adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação jurídica dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos de deveres daqueles heteroafetivos (BRASIL, 2012f, p. 15).

Por essas razões, a Ministra entende que o recurso não merece ser provido e opta por manter a decisão do Tribunal que autorizou a adoção.

Após o voto da Ministra Nancy Andrichi, o Ministro Sidnei Beneti realizou pedido de vista, interrompendo o julgamento. O caso voltou a ser julgado na sessão do dia 18 de dezembro de 2012, quando o Ministro proferiu seu voto-vista.

Sidnei Beneti é extremamente sintético e direto. Segue a tendência de seus outros votos e afirma que as questões sociológicas e psicológicas são fascinantes, mas que deveriam ser tratadas em outros locais. Beneti se propõe a discutir, exclusivamente, a questão técnica-jurídica e enumera três pontos pelos quais a adoção deveria ser deferida: (i) o STF já teria afastado a exigência da diversidade de sexos para a configuração da união estável e no caso essa estaria comprovada; (ii) a adoção conjunta é legalmente admitida de forma expressa na constância da união estável; (iii) a lei, também expressamente, admite a adoção do filho de um dos companheiros pelo outro companheiro em união estável.

Levando em conta esses pontos e sabendo que no caso a união estável estaria presente, não haveria obstáculo à adoção, acompanhando o voto da Relatora Nancy Andrichi. O Ministro reconhece que outras questões, técnico registrais - isto é, questões específicas atinentes ao cartório e suas técnicas de registro das pessoas - e até mesmo extrajurídicas, podem surgir dessa adoção, todavia diz que se abstém a fazer qualquer consideração para além da estrita aplicação da Lei.

Os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cuevas também votaram acompanhando a Relatora. O STJ autorizou, assim, por unanimidade a adoção.

Assim como a ADPF 132 e a ADI 4.277 esse caso é difícil classificação. A Ministra Nancy Andrichi segue sua tradição de votos argumentando na direção da proteção contra a discriminação. No entanto, as causas que possuem sujeitos menores de idade envolvidos sempre trazem algumas polêmicas e riscos adicionais. Andrichi dá sinais de que poderia trilhar um caminho de *Diversidade Sexual e Afirmação de Direitos Sexuais*, como quando reconhece e sustenta a cidadania integral da pessoa que deseja adotar.

Em outros momentos, a Ministra fica completamente imersa no discurso de *Assimilacionismo Familista e Homoafetividade*, como no momento em que tenta expurgar a homossexualidade da parentalidade. É por conseguir, em parte, separar a “opção sexual” do papel de mãe que Andrichi consegue autorizar a adoção. Além disso, a Ministra percebe que há uma influência cultural por detrás do papéis exercidos na criação dos filhos, mas não questiona a hegemonia do modelo conjugal e familiar heterossexual. O que Andrichi faz é apenas estender um pouco a legitimidade ao modelo homoafetivo. A influência assimilacionista fica perceptível

pela escolha do exemplo da monoparentalidade. Se até ali, quando existe apenas um genitor, os papéis parentais são preenchidos, por que nos relacionamentos “homoafetivos”, que se assemelhariam aos heterossexuais, não seria também? Esses argumentos tecidos por Andri ghi são mais do que um deslize e forçam a classificação do acórdão para o tipo Assimilacionismo. Essa classificação não ignora que o voto conta, também, com forte presença de argumentos que se enquadram no discurso da *Diversidade Sexual e Afirmação de Direitos Sexuais*.

Quadro 03 – Síntese do Período 2011 e 2012

#	Recurso ou Ação	Tribunal	Relator(a)	Tipo de Discurso	Direitos
1	REsp. 1.244.395	STJ	Mauro Campbell Marques	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Pensão Post-Mortem + Reconhecimento de União Estável
2	ADI 4.277	STF	Ayres Britto	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Reconhecimento de União Estável
3	ADPF 132	STF	Ayres Britto	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Reconhecimento de União Estável
4	REsp. 1.085.646	STJ	Nancy Andri ghi	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
5	REsp. 1.199.667	STJ	Nancy Andri ghi	Outro	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
6	REsp. 930.460	STJ	Nancy Andri ghi	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
7	AgRg no REsp. 805.582	STJ	Maria Isabel Gallotti	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Não recebimento do REsp.
8	REsp. 827.962	STJ	João Otávio De Noronha	Assimilacionismo familista e	Reconhecimento de União Estável

				homoafetividade	
9	AgRg no REEx 477.554	STF	Celso De Mello	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Reconhecimento de União Estável
10	REsp. 932.653	STJ	Celso Limongi	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Pensão Post-Mortem + Reconhecimento de União Estável
11	REsp. 1.183.378	STJ	Luís Felipe Salomão	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Casamento entre pessoas de mesmo sexo
12	AgRg no REsp. 1.266.559	STJ	Sidnei Beneti	Liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito	Reconhecimento de União Estável + Partilha de Bens
13	REsp. 1.235.926	STJ	Sidnei Beneti	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Indenização por Danos Morais
14	HC 219.101	STJ	Jorge Mussi	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Revogação de Prisão Preventiva
15	REsp. 1.135.543	STJ	Nancy Andrichi	Diversidade Sexual e afirmação dos direitos sexuais	Indenização por Danos Morais
16	AgRg no REEx 687.432	STF	Luiz Fux	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Pensão Post-Mortem + Reconhecimento de União Estável
17	AgRg no REEx 607.562	STF	Luiz Fux	Conservadorismo judicial e heterossexismo explícito	Pensão Post-Mortem + Reconhecimento de União Estável
18	REsp. 1.281.093	STJ	Nancy Andrichi	Assimilacionismo familista e homoafetividade	Adoção Unilateral

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos coletados

3. ALGUMAS INQUIETAÇÕES SOBRE ASPECTOS RECORRENTES

A partir da leitura dos acórdãos foi possível identificar alguns temas que apesar de não serem propriamente jurídicos foram recorrentes em vários acórdãos, o que indica a sua presença, no mínimo, no imaginário jurídico brasileiro, *quiçá* no próprio imaginário social sobre as homossexualidades. Sendo assim, estes merecem uma análise especial.

3.1 A atuação dos Ministérios Públicos em nosso país

Ao longo dos casos, os Ministérios Públicos foram figuras bastante presentes, seja atuando como parte nas ações ou apenas dando um parecer sobre o caso. O que marca várias atuações é a incorreção que está sendo operada quando falamos no Ministério Público apenas no singular.

O Ministério Público é considerado pela CRFB/1988 como uma das instituições essenciais ao funcionamento da Justiça. A União e os estados, cada um possui seu próprio Ministério Público que, por sua vez, atua com independência, não havendo hierarquia ou necessária coerência entre o posicionamento dessas várias instituições. É justamente essa independência que nos permite encontrar posicionamentos diametralmente opostos na avaliação dos Ministérios Públicos no Brasil.

Se é verdade que o Tribunal do Rio Grande do Sul é famoso por ser “progressista” e reconhecer os direitos sexuais de pessoas LGBT. Em contrapartida, o Ministério Público daquele mesmo estado teve uma posição de praticamente antítese ao Tribunal e aos direitos sexuais de pessoas LGBT, recorrendo invariavelmente ao STJ das decisões favoráveis. No outro extremo do país, encontrei uma situação curiosamente inversa. O Tribunal do Rio Grande do Norte se negava a reconhecer as uniões entre pessoas de mesmo sexo e dar qualquer efeito jurídico a elas, mas foi o Ministério Público o ator estratégico que recorreu dessa decisão, utilizando-se como seu paradigma as decisões do TJRS, justamente para buscar garantir a efetividade dos direitos sexuais de pessoas LGBT.

Foi possível identificar, dentro de uma mesma ação, conflitos de opinião entre dois Ministérios Públicos. No caso de adoção de dois menores pela companheira de Lizandra (BRASIL, 2010e), o Ministério Público do Rio Grande de Sul recorreu ao STJ para impedir que a adoção fosse levada a cabo. Todavia o Ministério Público Federal, em contrapartida,

opinou de forma contrária ao MPRS, acreditando que a adoção atendia sim ao melhor interesse das crianças.

Identifiquei ainda contradição, ou talvez mudança de opinião, do Ministério Público Federal em uma mesma ação. No REsp 930.460, caso que tratava do reconhecimento de união estável e da partilha de bens entre um casal lésbico, em parecer escrito, o Subprocurador-Geral da República, Henrique Fagundes Filho opinou pelo não provimento do recurso especial. Contudo, o Subprocurador-Geral da República, Maurício de Paula Cardoso se manifestou oralmente opinando de forma contrária àquele parecer já emitido! Aqui, mais do que nunca, é possível se observar a presença de uma forte pluralidade de posicionamentos dos diferentes Ministérios Públicos e, também, a independência que seus membros possuem.

Atentar aos pareceres do Ministério Público Federal também é importante. Essa sua forma de participação se mostrou influente nas decisões dos Ministros em diversos casos. Por diversas vezes, os pareceres favoráveis eram mencionados ao longo dos próprios votos dos acórdãos e isso para dar sustentação e legitimidade à decisão dos Ministros. Diversas vezes os/as Ministros/as citaram longos trechos desses pareceres.

Outra forma como o Ministério Público Federal atuou foi como parte, ingressando com a importante Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que reconheceu a união estável entre pessoas de mesmo sexo com um caráter vinculante e, de fato, mudou o Direito de Família brasileiro. Moreira (2010) já apontava para o fato do MP ser um dos importantes atores no processo de conquista dos direitos sexuais de pessoas LGBT, pois foi o MPF, em articulação com movimentos sociais LGBT, que ingressou com a Ação Civil Pública na Justiça Federal que obrigou o INSS a aceitar a inclusão de parceiros homossexuais para fins de benefícios previdenciários. Moreira, entretanto, por se focar ao analisar a atuação do MP nessa ação, não se atenta para a heterogeneidade do MP apresentada aqui nesta pesquisa.

O Ministério Público Federal se mostrou como um ator importante na promoção dos direitos sexuais das pessoas LGBT no Brasil, um dado que alguns podem argumentar não ser assim tão inovador mas que, com certeza, tem sido pouco divulgado na literatura sobre direitos sexuais e movimentos LGBT.

3.2 Por onde andam os movimentos sociais? Reflexões sobre uma ausência

Há uma preocupação por parte de alguns Ministros de que o Direito deva estar de acordo com a sociedade, se adaptando ao que consideram como mudanças ou novos aspectos. Os

Ministros percebem, no entanto, que as Leis não mudam com a mesma velocidade que a própria sociedade se transforma e, por isso, acreditam que devem ser eles os próprios instrumentos a fazer, por meio da jurisprudência, a mudança no Direito. Aqui se inserem aspectos inegáveis de ativismo judicial e isso também vem demonstrar certo rompimento com a noção estritamente positivista de Direito, em que Lei e Direito seriam sinônimos e, por sua vez, abre espaço maior para a atuação de movimentos sociais e de outros atores que demandem reconhecimento jurídico.

Aliás, é a partir desse fato que é possível perceber a principal forma pela qual os movimentos sociais LGBT participaram na construção dos direitos sexuais no Brasil. De fato essas conquistas não se deram por uma atuação direta dos movimentos sociais ao pressionar o Legislativo ou o Judiciário, as ações encontradas aqui, em sua maioria, não possuem participação imediata e direta de entidades do Movimento LGBT. Entretanto, a visibilidade e a legitimidade que esses movimentos conquistaram perante a sociedade é fator que, ao que parece, leva sim os/as Ministros/as a repensarem seus valores e a repensarem o próprio Direito. Para usar a metáfora de Facchini (2003), resignificando um pouco, se o movimento LGBT não é o ator que está no campo dessa luta por direitos, com certeza ele está na arena, participando indiretamente ou até mesmo podendo ser chamado a participar mais diretamente, em algumas ocasiões.

Acredito que a conquista de direitos sexuais no Brasil seja melhor visibilizada pela proposta do modelo rizomático (DELEUZE; GUATTARI, 2011). Os direitos sexuais não possuem um único sujeito de luta, uma única origem. São os movimentos, os indivíduos litigando, os e as advogados/as, a academia e, até mesmo, os e as magistrados/as, os outros Poderes que, em esforços mais ou menos dispersos, têm constituído esse território instável. O campo no qual a luta tem se dado é, em grande parte das vezes, o Poder Judiciário, mas o Executivo Federal e os Legislativos municipais e estaduais também tem se mostrado permeáveis, mesmo que haja também a importante presença de alguns momentos de recrudescimento, como é possível perceber atualmente no governo Dilma (VITAL; LOPES, 2012).

Cada decisão ainda é entrecruzada por diversas linhas de força transversais, sejam elas outras decisões do mesmo ou de outros Tribunais, pareceres de psicólogos/as e de assistentes sociais, a proliferação e a divulgação maciça de livros e artigos dos mais variados campos do saber como a psicologia, a biologia, o direito, a antropologia, a filosofia e até mesmo os saberes populares, e também os saberes práticos dos próprios movimentos sociais. As decisões fazem rizoma e se juntam formando algo que, olhado de longe, parece um núcleo duro e sólido, mas

ao se aproximar a solidez efetivamente se desfaz.

Para uma pessoa leiga, poderia parecer que os acórdãos são extremamente repetitivos, e, em parte, de fato o são. Todavia, cada nova decisão é bem mais do que uma mera repetição. O direito não é algo estável e fixo como pode parecer, ele talvez seria melhor compreendido se pensado como um processo, como um *devir*, um tornar-se. O Direito nunca é, mas está sempre sendo, é construído e reconstruído permanentemente a cada decisão, Lei, interpretação, publicação de artigo jurídico e atuação dos movimentos sociais. A impressão de estabilidade do Direito se dá pela repetição e pela adoção de uma mesma “tese jurídica” por diversos Tribunais, Magistrados e Juristas.

Todavia, essa estabilidade, de novo, se mostra frágil quando olhada mais de perto. Na prática, os Ministros estão discordando entre si, os Ministérios Públicos possuem opiniões diferentes entre si e os próprios Tribunais também. Até em um mesmo Tribunal, em uma mesma Câmara é possível haver idas e vindas nas percepções e interpretações como foi no caso do debate a respeito da união estável vs. sociedade de fato. Até decisões como a do STF, concernentes à ADPF 132 e à ADI 4.277, que a princípio aparentam enrijecer o Direito por terem como objetivo unificar a interpretação de determinado dispositivo constitucional/assunto, na prática, dão margens para uma série de usos e interpretações distintas. Isso pode ser percebido no caso do REsp. 1.183.378, quando o Ministro Raul Araújo tentou se utilizar do voto que o Min. Ayres Britto proferiu no julgamento do STF para criar um argumento contrário ao daquele Ministro, ou seja, que impedisse o reconhecimento da possibilidade jurídica de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Uma nova decisão, mesmo que repetitiva, tem o poder de dar mais força a um entendimento, mas pode também deslocá-lo, dando brechas e aberturas positivas para outras estratégias de resistência, outros reconhecimentos jurídicos e outras decisões que poderão ampliar ou reduzir os direitos. O Direito é, assim, sempre uma luta, o Direito é sempre político.

3.3 O “pedágio da natureza”: por uma cidadania sem barreiras

Constantemente os/as Ministros/as se fizeram a pergunta: afinal, qual a natureza da homossexualidade? A homossexualidade é uma “perversão”, um “desvio”, uma “escolha”, uma “disposição psicológica”, uma “condição natural” e “observável em outras espécies”?

Acostumado a escutar esse questionamento para justificar que homossexuais não merecem direitos, que homossexuais deveriam ser medicalizados e/ou tratados, como

defenderia o Pastor Evangélico e Deputado Federal Marco Feliciano, nos casos aqui analisados, essa discussão tomou um rumo ligeiramente diferente.

A discussão sobre algo que possamos classificar como a “natureza” da homossexualidade serviu, ao fim e ao cabo, como uma forma estratégica e muito importante para se legitimar a entrada das pessoas homossexuais na condição de cidadãs, de merecedoras de proteção e/ou reparação jurídica. Nancy Andrichi é a Ministra que, por mais vezes nesta pesquisa, travou essa discussão, sempre argumentando que a homossexualidade seria “tão natural” quanto a heterossexualidade, e isso, muitas vezes, fundamentada ou tendo como base estudos psicológicos e biológicos.

Não por acaso, a heterossexualidade não sofre o mesmo tipo de escrutínio nos acórdãos aqui analisados, a heterossexualidade foi tomada quase invariavelmente como “legítima” e “natural” *a priori*. Como argumenta Sedgwick (2013), tornar a heterossexualidade visível através da história é uma tarefa difícil, pois ela sempre se ocultou por pseudônimos como herança, casamento, dinastia, família, população ou até mesmo sob a alcunha da história propriamente dita. Esse fato é reconhecido até mesmo pelos Ministros que ao analisarem a evolução histórica do conceito de família no Direito brasileiro, deixam claro que essa, anteriormente a 1988, era sinônimo de casamento e, esse, por sua vez, era um instituto exclusivo entre pessoas de mesmo sexo.

Todavia, se a heterossexualidade, em si, não tem a sua “natureza” analisada, seus “pseudônimos”, para usar do termo de Sedgwick, suas instituições, passaram pela análise pública, com certeza. Essa análise, no entanto, não tomou o mesmo rumo ou sentido normativo e moral daquelas as quais a homossexualidade foi submetida. Seu estudo nunca foi para verificar sua legitimidade, hora nenhuma se questionou a legitimidade do casamento ou da família em si. A “natureza” dessas instituições era analisada aqui, quando isso acontecia, apenas para se saber se elas poderiam abarcar, finalmente, as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Para que o reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo se tornasse juridicamente possível foi, então, preciso o ato de, finalmente, desbiologizar a família e, consequência nem sempre previsível, também dessexualizá-la. A “natureza” da família foi sendo afastada do campo reprodutivo, da procriação exclusivamente e, também, da sexualidade. A natureza da família foi sendo configurada então por um outro valor, pelo “afeto”. Foi a descoberta do afeto que permitiu sair do reconhecimento de empresa/contrato entre dois homens ou duas mulheres, para o reconhecimento de família, agora, uma família homoafetiva.

Acredito que seja importante se perguntar por que o debate político e jurídico sobre a homossexualidade deveria passar pelo “pedágio” da discussão sobre as origens e “natureza” da homossexualidade? Por que a naturalidade de uma condição permitiria o acesso ao *status* de cidadania?

Parece-me muito mais radical, e certamente também um aprofundamento do Direito e da Democracia, se argumentar independentemente ou até mesmo contra o argumento da “natureza”. Direitos não derivam de uma condição natural como querem as tradicionais concepções jusnaturalistas⁵¹, mas de articulações histórico-políticas, de contratos e pactos sociais e jurídicos construídos, realizados entre pessoas. A pergunta sobre a “natureza” da homossexualidade é, então, uma falsa pergunta, que serve mais para limitar ou para deslocar o debate real: desejamos construir uma democracia de fato, que promova os sujeitos em suas singularidades? Se sim, argumentos como esse não deveriam ser utilizados, ser afirmados. Ninguém jamais questionaria a “natureza” da religião em uma discussão na esfera pública, a escolha (ênfase para escolha) e a crença religiosa são protegidas constitucionalmente, independentemente delas serem algo “natural” ou uma mera escolha dos sujeitos. Por que, quando o assunto é sexualidade, a discussão deve passar pelo “pedágio” da discussão sobre a “natureza da homossexualidade”?

A cidadania, compreendida aqui como o *status* que autoriza os sujeitos a entrarem no mundo do Direito, não pode ter qualquer pré-requisito biológico ou de outra natureza. Caso seja assim, permanecerá sempre em um estado de suspensão, necessitando que outros saberes a legitimem, que outros saberes desloquem as suas fronteiras, como já ocorreu com a discussão sobre os/as negros/as, se estes/as possuiriam (ou não) almas, ou ainda se as mulheres seriam “homens incompletos” (LAQUEUR, 2001) e também no caso da homossexualidade. Haverá, sempre assim, o risco de que determinada parte da população não seja considerada cidadã ou, em última instância, que determinadas vidas não sejam contadas como totalmente humanas.

O debate sobre a natureza não deve ser aceito na esfera pública, a natureza não pode ser um pedágio que temos que pagar para ascender à categoria da cidadania. A obrigatoriedade do

⁵¹ Como alerta Nascimento (2013) o Jusnaturalismo não é uma escola ou corrente facilmente identificável. “Podemos dizer que o direito natural é formado por um vasto conjunto de doutrinas que sustentam que o direito, para legitimar-se, precisa estar fundado na natureza, que seria a referência em última instância para julgarmos sobre a justiça ou não das leis positivas.” (NASCIMENTO, 2013, p. 37). Bobbio (2004) argumenta que ainda hoje existem concepções jusnaturalistas do direito, mas “dificilmente se poderia hoje sustentar, sem revisões teóricas ou concessões práticas, a doutrina dos direitos naturais” (BOBBIO, 2004, p. 55). Segundo o autor italiano, desde a metade do século XIX até o fim da II Guerra Mundial, o positivismo jurídico prevaleceu àquela doutrina jusnaturalista. A partir do pós-guerra, surgiram críticas a adoção estrita do positivismo (GALUPPO, 2013), gerando abordagens mistas, pós-positivistas ou ainda um retorno ao jusnaturalismo. Atualmente, o paradigma positivista ainda prevalece em grande medida, mesmo que com suas reformulações.

pedágio da natureza ainda é, em meu entender, um “sintoma” da fragilidade dos valores democráticos de efetivas liberdade e autonomia dos sujeitos (RIOS, 2011), especialmente em nossa cultura jurídica e política atuais. É também uma forma dos sujeitos se desresponsabilizarem das decisões que tomam, pois compreendem seus posicionamentos - contrários ou favoráveis - como uma decorrência de determinada “natureza”.

Nessa perspectiva estreita, não é que (in)Felicianos sejam contrários aos direitos humanos e aos direitos sexuais, é a “natureza” da homossexualidade, como uma doença que demandaria um tratamento, que precisa ser reafirmada, inclusive, para se tentar humanizar esses sujeitos. Não é que as Nancy Andrighis sejam favoráveis aos direitos sexuais, é que a “naturalidade” da homossexualidade a obrigaria a reconhecer esses Direitos.

Assim, dessa forma restrita, delimitadora, empobrecedora, a agência e a política ficam apagadas perante o argumento da “natureza”, retardando o debate político e jurídico efetivos sobre a questão, impedindo que os agentes sejam, finalmente, responsabilizados ética e juridicamente por seus argumentos e, assim, prejudicando a democracia e o exercício efetivamente democrático do Direito.

3.4 Dinheiro, Saúde e Nação: o dispositivo da sexualidade em prática

Iniciei a dissertação apresentando a teoria foucaultiana de que a sexualidade havia se constituído como um *dispositivo* a partir do Período Vitoriano. Acredito que agora, após desbravar os acórdãos, seja necessário retornar a essa concepção. Se deixarmos a homossexualidade de lado por um momento e trouxermos para o primeiro plano de análise as outras questões debatidas nos acórdãos aqui analisados, perceberemos que elas se organizam principalmente, a partir de três eixos: dinheiro, saúde e nacionalidade.

A homossexualidade é o meio/instrumento através do qual esses “eixos” foram acionados pelos acórdãos. Para acessar o direito à saúde, uma pessoa busca o reconhecimento da sua relação com seu parceiro homossexual para ser inserido no Plano de Saúde de seu parceiro. Para acessar o direito à Nacionalidade, ou à residência permanente no Brasil, busca-se reconhecer a união estável havida entre dois homens. Para conseguir estabilidade financeira, ou impedir depreciação em seu patrimônio, busca-se reconhecer a união estável havida entre os/as parceiros/as e, talvez, sua dissolução pela separação ou morte. Foi possível observar, em seu pleno funcionamento o dispositivo da sexualidade, como esse permite a gestão e a normalização de vários âmbitos da vida dos indivíduos e da população, comprovando, assim, a

validade da tese foucaultiana, também, para o contexto brasileiro atual.

Além disso, se é verdade que, como Wendy Brown (2005) argumenta, a política não deve ser confundida com o mero exercício do poder, mas que o objeto da política é uma forma específica de exercício do poder: aquele existente em como ordenamos e como deveríamos ordenar a vida coletiva. Então, a discussão sobre o *status* jurídico da homossexualidade, deixa de pertencer exclusivamente ao campo jurídico e passa a ser fundamentalmente uma discussão política.

Gostaria, a partir dessa teorização e da observação do funcionamento do dispositivo da sexualidade, de propor que a heterossexualidade deixe de ser compreendida como uma orientação sexual, algo despolitizado e um dado da natureza, para ser compreendida como um regime político-normativo-jurídico que organiza e orienta a vida coletiva e, inclusive, o acesso aos direitos. A cidadania plena, enquanto um direito de imediato acesso à população heterossexual (ou ao menos a parte privilegiada dela, pois há outros fatores que mitigam esse acesso imediato como os marcadores de raça e gênero), para as pessoas homossexuais tem sido um direito mediado pelas lutas no âmbito do Poder Judiciário e pelo “pedágio da natureza”, como abordado no tópico anterior. Quanto maior a proximidade à heterossexualidade, mais palatável a demanda, maior a chance de vê-la concedida.

Aqui se encontra um dos riscos identificados pela dissertação: de fato, foi observado que, paulatinamente, os Tribunais passaram a reconhecer mais e mais direitos para as pessoas homossexuais. Essa ampliação da proteção jurídica foi acompanhada pelo reconhecimento de que as uniões entre pessoas de mesmo sexo, chamadas agora de uniões homoafetivas, têm como característica principal o afeto. Dessa maneira, foi finalmente possibilitado se aplicar os institutos tradicionais de Direito de Família (a união estável e o casamento), mesmo que por analogia. Apesar das várias posições e teorizações, inclusive sobre a própria “natureza” da família, pouco se viu de processos que venham a transformar o casamento e a união estável. A única grande transformação observada aqui foi a do rompimento com o requisito da dualidade de gêneros, nenhuma outra.

Seria importante tentar compreender quais as consequências do uso desses institutos jurídicos, por sua vez embrenhados no regime heteronormativo, para o reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo. Quais são as consequências da ênfase no afeto, que se deu a partir da influência de Maria Berenice Dias⁵²? E para perguntar ainda, como o fez Roger

⁵² Para evitar interpretações equivocadas é importante deixar claro que não é intenção da argumentação desenvolvida aqui fazer uma demonização de Maria Berenice Dias, nem mesmo apresenta-la como vilã de uma história. Todavia, é impossível desassociar a corrente do Direito Homoafetivo de sua criadora, fatores pessoais

Raupp Rios (2007, 2011), não seria o reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo um momento para se repensar o Direito de Família, introduzindo outros novos e radicais elementos? E não, simplesmente, repetindo os mesmos modelos tradicionais de se pensar família, casamento e união estável?

A cada vez que o afeto aparecia nos discursos, a força da sexualidade ia desaparecendo pouco a pouco. O discurso da homoafetividade se mostrou extremamente corrente entre aquelas pessoas que decidiram por deferir as demandas de direitos sexuais de pessoas homossexuais. Seria inocente acreditar que essa adesão se deu por ser esse o único discurso disponível para se realizar tal reconhecimento. Outras pessoas como, o Juiz Federal Roger Raupp Rios, possuem publicações sobre o tema há um bom tempo e com um enquadramento diferente deste. Há um número grande de fatores que favoreceram a adoção desse discurso em detrimento de outros. Primeiro, deve-se perceber que Maria Berenice Dias iniciou sua tese do Direito Homoafetivo dentro de um lugar privilegiado de fala, isto é, de dentro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Maria Berenice integrou, como Desembargadora, do próprio TJRS, aquele Tribunal do qual derivou grande parte das decisões que foram recorridas ao STJ.

Por se tratar de um Tribunal que teve atuação pioneira, muito em função da atuação da própria Desembargadora, no sentido de garantir diversos direitos as pessoas homossexuais, as decisões ganharam visibilidade. E isso, juntamente com as teses de Direito Homoafetivo que Maria Berenice cunhava. Além disso, várias dessas decisões foram recorridas por meio de Recurso Especial ao STJ, pois o MPRS se mostrou um forte adversário desse posicionamento mais inclusivo do TJRS. Essa razão levou os argumentos de Maria Berenice e seus colegas a serem reanalisados pelas/os Ministras/os do STJ. Esse fato, com certeza, foi responsável por dar uma visibilidade nacional às teses que vinham sendo desenvolvidas dentro do TJRS. O poder simbólico atribuído pelo *status* de Desembargadora também, fez com que a sua tese fosse mais “aceitável” do que outras. Até hoje Maria Berenice Dias se beneficia desse *status*, pois quase sempre é referida como a “ex-Desembargadora”.

Outro fator importante, decorre da posição de destaque que Maria Berenice possui dentro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), sendo uma das suas fundadoras e atuante em vários cargos de sua administração. O IBDFAM tem congregado juristas que atuam no campo do Direito de Família, em todo o país. Os Congressos desse Instituto, bem

importaram para que essa corrente “pegasse”. O que se faz aqui é a crítica a uma corrente teórica, tentando analisar os efeitos políticos da adoção dessa corrente pelo Direito. Apesar de ir contra alguns aspectos da corrente teórica desenvolvida pela ex-Desembargadora, reconheço que Maria Berenice Dias auxiliou grandemente na ampliação dos Direitos Sexuais de pessoas LGBT no Brasil, bem como pela maior inserção dos debates sobre orientação sexual e identidade de gênero dentro do campo jurídico.

como suas publicações, serviram para divulgar tais teses hegemônicas do Direito Homoafetivo. O IBDFAM tem, inclusive, atuado como *amicus curiae* em causas de Direito de Família, como foi o caso de sua participação no julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 que discutiu e pacificou o entendimento sobre as uniões homoafetivas, pelo STF, em que Maria Berenice Dias realizou a sua sustentação oral.

Algumas organizações do Movimento LGBT também apoiaram as teses da ex-Desembargadora. Maria Berenice Dias se articulou com muitas destas organizações, participou de seminários do movimento e até de Paradas do Orgulho LGBT. Todos esses fatores são, sem dúvida, muito relevantes para a aceitação hegemônica da sua tese. Todavia, ainda há um outro fator que acredito ser tão ou até mais relevante: o Direito Homoafetivo é, sem sombra de dúvidas, uma tese palatável e assimilacionista ao campo jurídico brasileiro.

Como argumentou Gayle Rubin (2011), em nossa sociedade as práticas sexuais são hierarquizadas entre o “bom” e o “mau” sexo. O “bom” sexo é aquele que condiz com os ideais da tradicional família burguesa, é o sexo heterossexual, casado, monogâmico reprodutivo e em casa. Enquanto o “mau” sexo é fetichista, fora do matrimônio, sozinho ou em grupo, por dinheiro, entre gerações, não reprodutivo, em locais públicos, entre pessoas de mesmo sexo ou com pessoas trans* etc. A figura que representa o “mau sexo” é, muitas vezes, o homem gay que faz a “pegação” em banheiros públicos, saunas ou parques⁵³, ou na travesti que se prostitui. É importante lembrar que “mau” sexo não é uma categoria que meramente nomeia práticas anteriormente existentes, mas é a própria interdição que produz o mau sexo, que confina homossexuais à zonas cinzentas entre o público e o privado. Como Matos (2000) observou a partir de suas entrevistas “*os espaços sociais são sistematicamente restritos, negados, a cidade parece reservar ‘zonas’ possíveis de interação, [...] confinando a limites muito claros onde a experiência do contato amoroso gay pode ser tolerada*” (MATOS, 2000, p. 167).

O objetivo da criação do termo Homoafetivo, por melhores que sejam as suas intenções, está imbricado necessariamente pelo pânico moral-social do casamento entre pessoas de mesmo sexo. A criação do termo se dá para, de certa forma, “purificar”, “higienizar”, normalizar a homossexualidade, afastando-a do sexo e trazendo-a para mais perto do afeto:

[...] o enorme preconceito de que sempre foram alvo os homossexuais e o repúdio aos seus vínculos de convivência, impôs a necessidade da criação de um novo vocábulo

⁵³ Para mais informações sobre o tema, a coletânea *Prazeres Dissidentes* (DÍAZ-BENÍTEZ; FÍGARI, 2009) traz uma série de textos riquíssimos analisando por uma perspectiva antropológica práticas sexuais e desejos considerados abjetos. Dentre eles, são analisados: as práticas de sexo casual em locais públicos de Belo Horizonte, em saunas gays e clubes de sexo para homens em São Paulo, práticas BDSM (Bondage, Disciplina, Submissão e Sadomasoquismo), pornografias consideradas bizarras e outras.

que retire das uniões de pessoas do mesmo sexo características exclusivamente da ordem da sexualidade. Daí homoafetividade, para marcar que os relacionamentos estão calcados muito mais no elo da afetividade que une o par, não se limitando a mero propósito de natureza sexual (DIAS, 2011, p. 108–109).

A homoafetividade permite a entrada das relações homossexuais numa categoria mais próxima ao “bom” sexo. Ela, por sua vez, permite um reconhecimento bastante seletivo de determinadas uniões, deixando as uniões entre mais de duas pessoas, ou as não monogâmicas, por exemplo, fora do escopo da sua proteção. Nas palavras de Rios (RIOS, 2011, p. 111):

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 (RIOS, 2007) 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 é 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 mata-borrão.

Há traços inegáveis como a psicanalista Maria Rita Kehl (2003) já percebeu, de uma revalorização dos valores bem tradicionais da família burguesa, nos argumentos em prol das uniões homoafetivas. Há também, assim, uma estratégia de “purificação” das práticas sexuais historicamente consideradas como “desviantes” ou “más” sexualmente. Por mais bem intencionada que a categoria seja e por mais importante que tenha sido para a conquista de determinados direitos como foi, de fato, percebido pela pesquisa, a categoria da homoafetividade opera dentro de uma lógica paradoxal e até mesmo arriscada: a conquista de novos direitos atrelando-os a uma franca tentativa de normalização da vida.

O dispositivo da sexualidade opera aqui, mais uma vez, o reconhecimento de determinadas formas de união entre pessoas de mesmo sexo e elas aparecem com um incentivo seletivo do Estado. Este ator atua, mais uma vez, na mesma direção: a de estimular e controlar as uniões sexuais, o exercício dos afetos e das práticas sexuais “não desejadas”. As uniões que estão sendo reconhecidas são aquelas que são capazes de se assimilar, aliás, as uniões chamadas homoafetivas estão sendo reconhecidas pela simples razão de se parecerem com as uniões heterossexuais, como o próprio Ministro Cezar Peluso deixou explícito em seu voto na ADPF 132 e ADI 4.277:

Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com

certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais (BRASIL, 2011b, p. 267)

Assim, não se pode afirmar que homoafetividade opera na lógica da heterossexualidade compulsória. Não se trata aqui de um registro em que heterossexualidade seria imposta, a duras penas, mas de compreender que a heterossexualidade, de certa maneira, continua a ser o centro gravitacional, aquele elemento que fundamentalmente organiza a vida social e política do Ocidente e, até mesmo, as suas formas de pensar, isto é, que há uma heteronormatividade operante no mundo Ocidental (WARNER, 1993). A heteronormatividade poderia ser definida como:

[...] as instituições, estruturas de compreensão, e orientações práticas que fazem a heterossexualidade parecer não somente coerente – isto é, organizada como uma sexualidade – mas também privilegiada. Sua coerência é sempre provisória, e seus privilégios podem assumir diversas formas (por vezes contraditórias): está oculta, ao se mostrar como o idioma básico de aspectos pessoais e sociais; ou explícita como um estado natural; ou projetada como uma realização ideal ou moral. Consiste menos em normas que poderiam ser resumidas em um corpo doutrinário, do que em um senso de retidão produzido por manifestações contraditórias – geralmente inconscientes, imanentes para a prática e para a instituição. Contextos que possuem pouca relação explícita a práticas sexuais, como as narrativas de vida e a identidade geracional, podem ser heteronormativas nesse sentido, enquanto, em outros contextos, práticas sexuais entre homens e mulheres podem não ser heteronormativas. Heteronormatividade é, então, um conceito distinto de heterossexualidade. Uma das diferenças mais evidentes é o fato de não possuir um paralelo, ao contrário da heterossexualidade, a qual localiza a homossexualidade como seu oposto. Pelo fato da homossexualidade nunca poder ter o direito invisível e tácito de ser considerada o valor fundador da sociedade, não seria possível falar de homonormatividade no mesmo sentido⁵⁴ (BERLANT; WARNER, 2013, p. 176 - tradução livre).

Nesse paradigma, a homoafetividade não operaria pela simples supressão da homossexualidade, mas, por sua vez, pela organização dessa, levando em conta o padrão maior da cultura heterossexual, seu padrão normativo “superior”. Isso corrobora com a analítica foucaultiana e deleuziana do poder para as sociedades de controle, já apresentada na introdução

⁵⁴ the institutions, structures of understanding, and practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent - that is, organized as a sexuality - but also privileged. Its coherence is always provisional, and its privilege can take several (sometimes contradictory) forms: unmarked, as the basic idiom of the personal and the social; or marked as a natural state; or projected as an ideal or moral accomplishment. It consists less of norms that could be summarized as a body of doctrine than of a sense of rightness produced in contradictory manifestations - often unconscious, immanent to practice or to institutions. Contexts that have little visible relation to sex practice, such as life narrative and generational identity, can be heteronormative in this sense, while in other contexts forms of sex between men and women might not be heteronormative. Heteronormativity is thus a concept distinct from heterosexuality. One of the most conspicuous differences is that it has no parallel, unlike heterosexuality, which organizes homosexuality as its opposite. Because homosexuality can never have the invisible, tacit, society-founding rightness that heterosexuality has, it would not be possible to speak of "homonormativity" in the same sense (BERLANT; WARNER, 2013, p. 176)

desta Dissertação.

Como já apontava Grossi (2003) e foi percebido também a partir dos casos encontrados nessa pesquisa, o início do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas de mesmo sexo está diretamente ligado à crise da AIDS no Brasil. Enfrentando a morte de seus companheiros e num contexto de democratização do Brasil e atuação maior do movimento LGBT as pessoas buscaram reconhecer suas uniões na Justiça, e isso, sobretudo, para reivindicar a sua parte da herança, aquela que era devida, para acessar os Planos de Saúde e para facilitar os cuidados e as despesas com a doença.

A crise da AIDS forçou uma reconfiguração das relações entre pessoas de mesmo sexo, especialmente entre homens gays, em busca de modelos mais higiênicos, mais normalizados e, assim, menos fugazes e casuais. A mudança que a AIDS provocou nos relacionamentos homossexuais foi muito bem descrita por Perlongher:

É preciso esclarecer: o que desaparece não é tanto a prática das uniões dos corpos do mesmo sexo genital, neste caso corpos masculinos mas a festa do apogeu, o interminável festejo da emergência à luz do dia, no que foi considerado o maior acontecimento do século XX: a saída da homossexualidade à luz resplandecente da cena pública, os clamores esplêndidos do – diriam na época do Wilde – amor que não se atreve a dizer seu nome. Não somente atreveu-se a dizê-lo, mas o tem gritado na vozearia do excesso. Acaba, poder-se-ia dizer, a festa da orgia homossexual e, com ela, a revolução sexual que sacudiu o Ocidente no decorrer deste acidentado século. [...] Com a AIDS vai acontecendo, sobretudo no campo homossexual (penso mais no caso brasileiro, muito avançado, isto é, onde chegou-se a um grau considerável de desterritorialização nos costumes, em outros países menos ousados esse processo de refluxo talvez não possa ser percebido com a mesma clareza; é que este desaparecimento da homossexualidade está sendo discreto como uma anúncio de periferia, a muitos locais a notícia demora a chegar, ainda não se inteiraram...), outra volta de parafuso do próprio dispositivo de sexualidade, não no sentido da castidade, mas no de recomendar, através do progressismo médico, a prática de uma sexualidade limpa, sem riscos, desinfetada e transparente. [...] Que acontece com a homossexualidade, se ela voltar às catacumba donde era tão necessário resgatá-la, para que brilhasse na provocação de sua libertinagem de lábios refulgentemente vermelhos? Ela simplesmente vai-se diluindo na vida social, sem chamar mais a atenção de ninguém, ou de quase ninguém. Fica como uma intriga a mais, um sentimento nada especial, como algo que pode acontecer a qualquer um (PERLONGHER, 1991).

O reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo sexo pode ser pensado nos finais da década de 1980, como hoje, como uma tecnologia de controle. Por meio do deixar fazer, do permitir e legitimar por meio do Estado e de forma pública as uniões entre pessoas de mesmo sexo que se davam de forma mais ou menos estáveis, o Estado incentivou um novo modelo de relacionamentos, mais próximo do “bom” sexo. Legitimar modelos estáveis de sexualidade e próximos ao “bom” sexo é, em si mesmo, uma estratégia de política de controle de uma epidemia que foi historicamente construída como uma doença sexualmente transmissível

diretamente relacionada à homossexualidade (PELÚCIO; MISKOLCI, 2009).

O que gostaria de afirmar aqui é que esse movimento, iniciado com o advento da epidemia da AIDS, se transformou, paulatinamente, no Direito Homoafetivo. Mas, também como estou tentando enfatizar, jamais perdeu o seu caráter de dispositivo, de funcionar como uma tecnologia (estatal e social) de controle. O Direito Homoafetivo é, em meu entender, apenas a nova roupagem, uma versão 2.0 do que foi colocado em movimento, pelo Estado e pela sociedade ao mundo homossexual “indisciplinado”, na década de 1980.

É importante ainda perceber que, nesse “meio de campo” entre direito e sexualidade, o patrimônio sempre teve um lugar especial. No debate observado no STJ viu-se a união estável ser paulatinamente aplicada às uniões entre pessoas de mesmo sexo por analogia para reconhecer diversos direitos como o de pensão por morte, de visto de permanência, etc. Todavia, quando a discussão em foco era a partilha de bens, durante algum tempo, a resistência se ampliava e, os mesmos Ministros que acompanharam outros votos se utilizando da união estável por analogia, agora se voltavam contra o uso dela, reivindicando a aplicação do instituto da sociedade de fato.

Esse dado coloca um valor a mais para essa equação: o do também tradicional patrimonialismo do nosso Direito e da nossa Sociedade. Reforça a compreensão de que proteção jurídica da família, em muitos momentos, significa uma proteção jurídica do patrimônio. De forma similar, foi possível perceber nas ações de adoção, aqui analisadas, que “melhor interesse da criança”, em diversos momentos, também significou “vantagens econômicas”. Família e patrimônio continuavam a estar tradicionalmente ligados, de forma intrínseca, desta vez pelo Direito e pelo imaginário interpretativo de nossos/as Ministros/as.

Levando-se em conta as análises de Facchini (2003) e Simões e Facchini (2009) é possível lembrar que os anos de 1990 e 2000 são marcados por um crescimento cada vez maior de um determinado segmento do mercado voltado para a população LGBT, e também de uma aproximação dos movimentos sociais LGBT com esses setores e com o Estado. Esse dado me permite levantar a hipótese de que o sucesso do Direito Homoafetivo se deva, também, ao fato desse vir a se configurar como um *novo mercado para profissionais do Direito*.

A partir do momento em que as primeiras publicações começam a surgir e que as primeiras decisões favoráveis aparecem, é possível supor que a demanda à Justiça crescerá, ampliando-se, assim, a necessidade de advogados “especializados” nesse campo. Assim como no mundo heterossexual, o casamento é uma indústria que move “rios de dinheiro”, o mercado rapidamente se adapta para receber a “nova” parcela da população homossexual. Criam-se pacotes de lua de mel “homoafetiva”, cerimônias “homoafetivas”, e claro, escritórios de

advocacia e cursos de especialização em Direito Homoafetivo, para tornar isso tudo possível.

Outra clara evidência dessa articulação entre o dispositivo da sexualidade, Direito e mercado se dá nas legislações em âmbito estadual e municipal. Não é por acaso que, como Oliveira (2013) e Kotlinski (2007) em seus mapeamentos sobre legislações sobre direitos sexuais LGBT identificaram, que se encontre uma série de diplomas legais, nos níveis municipais e alguns nos níveis estaduais, que protejam as pessoas de serem discriminadas em função de sua sexualidade e gênero em estabelecimentos comerciais. Isso corrobora a afirmação de Berlant e Warner de que *“as formas heteronormativas, são centrais para acumulação e reprodução do capital e que dependem fortemente de intervenções e regulações do capital”* (BERLANT; WARNER, 2013, p. 174 - tradução livre). Ou seja, o capitalismo de mercado fortalece seus vínculos com os dispositivos da sexualidade.

Não quero com isso cair em uma mera demonização do mercado capitalista, apenas insisto em apontar que, até aqui, as linhas de força do dispositivo da sexualidade tocam diretamente naquelas do próprio capitalismo. Os discursos que produzem e regulam a sexualidade, também produzem e regulam um amplo mercado, basta perceber a quantia de dinheiro que circula com o turismo na época das Paradas do Orgulho LGBT na cidade de São Paulo. A possibilidade jurídica de se casar e de se realizar outras conquistas jurídicas de direitos sexuais, podem ser compreendidas como liberdade e conquistas de direitos para alguns sujeitos, mas ao mesmo tempo serve a interesses diversos. *O que com certeza não é um argumento para impedir o reconhecimento jurídico dessas demandas, mas que deve ser levado em conta no cálculo das forças que interferem nesse complexo jogo que tem, insisto, um caráter eminentemente político.*

APONTAMENTOS FINAIS

Busquei, ao longo dessa pesquisa, mapear os discursos judiciais sobre as homossexualidades no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Encontrei, descrevi, analisei e classifiquei 38 casos que, de alguma maneira, estavam atravessados pela homossexualidade como um fator comum fundamental. O recorte temporal da pesquisa se iniciou no ano de 1989, mas foi apenas no ano de 1998 que encontrei o meu primeiro julgado. Com o passar dos anos o número de casos foi se ampliando. E, tal ampliação se deu, principalmente, a partir do final dos anos 2000 e chegou, em 2011, ao seu ponto máximo, seu pico com 11 casos mapeados no mesmo ano.

A disputa em grande parte dos votos aqui analisados é muito mais do que jurídica, é sobre o próprio significado de família, casamento, sexualidade e sexo. Os valores que as/os Ministras/os possuem sobre o estatuto da família, por exemplo, influem diretamente na interpretação que dão aos mesmos textos legais: a menção a homem e mulher na Constituição deveria ser entendida como um requisito legal de dualidade dos sexos que, por sua vez, implicaria na vedação das uniões entre pessoas de mesmo sexo? Há opiniões em todos os sentidos. Nesses debates políticos, e também inevitavelmente morais, a ausência de Lei expressa permite que o Direito emergja como uma tática para validar essa ou aquela concepção de família, essa ou aquela concepção de sociedade, essa ou aquela compreensão de sexualidade.

Os efeitos dos acórdãos aqui analisados extrapolam os limites do caso em si e, certamente também, do campo jurídico. Estes forçam reconfigurações parciais, incompletas e as vezes precárias do próprio Estado e de sua forma de lidar com a população, cria e ao mesmo tempo reforça novas e velhas formas, legítimas e ilegítimas de afetos e de relacionamentos. Está em jogo não apenas o Direito de uma ou de outra pessoa, mas a própria forma pela qual o Estado deve – e pode em seu âmbito histórico-temporal - se relacionar com as pessoas não heterossexuais, a forma e a legitimidade pela qual o Direito regula a vida e as relações entre pessoas. E está em jogo também a gestão de uma população, do patrimônio, da nacionalidade, da saúde, por fim, a gestão das vidas das pessoas na contemporaneidade: na realidade os Ministros estão decidindo sobre quais vidas “merecem” e quais “não merecem” ser vividas, reconhecidas e suportadas pelo Estado.

Por um lado, há aqueles que veriam essa argumentação - e o caminho traçado até aqui - como um alerta para os perigos das dobras e dos vazios legais e que clamariam por uma legislação mais extensa que disciplinasse cada aspecto da vida humana. De fato, novas legislações que garantam direitos sexuais são necessárias. Por outro lado, é possível ler, de

outro ponto de vista, mais positivo, e perceber a inventividade e a agência dos sujeitos ao se apropriar desse vazio para conseguir que o Estado legitimasse, finalmente, ao menos em parte, o seu modo de vida. É justamente por essa dualidade - risco/potência - que minha preocupação central aqui se deu. Foi a partir dos enquadramentos pelos quais os direitos sexuais foram discutidos nos Tribunais, foi e é pelo o enquadramento utilizado pelas/os Ministras/os, que se definirá afinal, em que medida, o risco e a potência se concretizarão.

Por essa razão classifiquei os discursos contidos nos acórdãos por meio das categorias criadas por Rios e Oliveira (2012), foram elas: assimilacionismo familista e homoafetividade; conservadorismo judicial e heterossexismo implícito; diversidade sexual e afirmação dos direitos sexuais; liberalismo abstencionista e heterossexismo implícito e ainda numa quinta categoria, para abranger outras modalidades discursivas que não se encaixariam na tipologia dos autores.

A classificação dos acórdãos coletados aqui por meio da tipologia apresentada, permitiu identificar um padrão de relativa democratização nas relações sociais e afetivas, desta vez por via do acesso ao Poder Judiciário. Esse padrão de democratização tem sido presente, principalmente, no último período analisado e foi fortemente influenciado pela decisão histórica do STF ao julgar, em 2011, conjuntamente a ADPF 132 e a ADI 4.277 interpretando o §3º do art. 226 da Constituição de 1988, que prevê as uniões estáveis, de forma a excluir qualquer interpretação que impedisse a aplicação desse parágrafo às uniões entre pessoas de mesmo sexo.

No entanto, ao mesmo tempo que vi crescerem os padrões democratizadores observei, também, crescer a arriscada tendência de normalização das relações entre pessoas de mesmo sexo na direção do padrão normativo heterossexual. É possível se afirmar que essa normalização não está sendo operada por meio de uma proibição, ou de uma simples recusa a se aceitar os direitos sexuais. Muito antes pelo contrário, a normalização opera pela e através da afirmação da liberdade, pelo autorizar, pela ênfase e o destaque de certo tipo de “afeto”, que, por sua vez, corre o risco de higienizar e anestesiar a *homossexualidade*, transformando-a em *homoafetividade*.

O que é realmente marcante aqui nessas decisões é que o reconhecimento dos direitos sexuais termina por ficar relativamente condicionado à similitude com padrões conjugais e afetivos que são aqueles presentes na heterossexualidade hegemônica. Esse enquadramento é, então, menos democrático ao passo que não consegue reconhecer valor e atribuir efeitos jurídicos a outros modos de viver e de se relacionar que se distanciam dessa heteronorma. Mais uma vez, o enquadramento discursivo nos revelou uma dualidade política paradoxal, que vem sendo operada simultaneamente em nossos Tribunais no alvorecer do século XXI:

normalização/democratização das relações sociais e afetivas. Como afirmado aqui, por diversas vezes, a preocupação com os enquadramentos dos discursos judiciais é uma preocupação com o aprofundamento da democracia e de um exercício democrático dos Direitos. Para usar uma expressão que utilizei no capítulo 05, é preciso lutar para uma cidadania sem barreiras e sem pedágios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, D. B. *FICHA LIMPA: decisões do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral e Judicialização da Política*. 2012. 126 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2296/1/000438253-Texto%2BCompleto-0.pdf>>.
- ALMEIDA, W. L. A estratégia de políticas públicas em direitos humanos no Brasil no primeiro mandato Lula. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 230–238, dez. 2011.
- BALLESTRIN, L. Direitos Humanos, Estado e Sociedade Civil nos Governos de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002). *Teoria & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 2, n. 16, p. 10–33, dez. 2008. Acesso em: 1 nov. 2013.
- BERLANT, L.; WARNER, M. Sex in Public. In: HALL, D. E. *et al.* (Org.). *The Routledge Queer Studies Reader*. London; New York: Routledge, 2013. p. 165–179.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BROWN, W. At the Edge: The Future of Political Theory. In: BROWN, W. *Edgework: critical essays on knowledge and politics*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 60–97.
- BUTLER, J. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. Acesso em: 1 nov. 2013.
- BUTLER, J. *Undoing Gender*. New York; London: Routledge, 2004.
- BUTLER, J. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- BUTLER, J. *Bodies that Matter: on the discursive limits of “sex”*. New York: Routledge, 2011. Disponível em: <<http://public.eblib.com/EBLPublic/PublicView.do?ptiID=683946>>. Acesso em: 3 jan. 2014.
- CÂMARA, C. *Cidadania e Orientação Sexual: A Trajetória do Grupo Triângulo Rosa*. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2002.
- CARVALHO, S. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 99, p. 187–2011, 2012.
- CICONELLO, A. Os Avanços e as Contradições das Políticas de Direitos Humanos no Governo Lula. In: PAULA, M. (Org.). *Nunca antes na história desse país...?: um balanço das políticas do governo Lula*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böhl, 2011. p. 76–98.
- CINTRA, A. C. DE A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*.

- São Paulo: Malheiros, 2008.
- COACCI, T. A transexualidade no/pelo judiciário mineiro: um estudo dos julgados do TJMG correlatos à transexualidade no período 2008 a 2010. *Revista Três [...] Pontos*, Belo Horizonte, n. 2, p. 81–92, 2013.
- COLLING, L. A igualdade não faz o meu gênero – Em defesa das políticas das diferenças para o respeito à diversidade sexual e de gênero no Brasil. *Contemporânea*, v. 3, n. 2, p. 405–427, 2013. Acesso em: 4 jan. 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Administrativa n. 05 de 03 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, nº 242, 12 dez. 2003, Sec. 1, p. 77. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/resolucao-administrativa-n-05-de-03-12-2003.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2013.
- CUNHA JUNIOR, D. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta. In: DIDIER JR., F. (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador, Bahia: Edições JusPODIVM, 2006. p. 429–500.
- DELEUZE, G. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, G. *Conversações, 1972-1990*. São Paulo: Ed. 34, 2008. p. 219–226.
- DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *Mil platôs capitalismo e esquizofrenia*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. v. 1.
- DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DIAS, M. B. *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DÍAZ-BENÍTEZ, M. E.; FIGARI, C. (Org.). *Prazeres dissidentes*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2009.
- DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. Aspectos processuais da ADIn (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JR., F. (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador, Bahia: Edições JusPODIVM, 2006. p. 339–428.
- DIDIER JR., F.; CUNHA, L. J. C. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: jusPODIVM, 2009.
- DWORKIN, R. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FACCHINI, R. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 81–125, 2003. Acesso em: 1 nov. 2013.
- FALCÃO, J.; CERDEIRA, P. DE C.; ARGUELHES, D. DE W. *I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011.
- FIUZA, C. *Direito Civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- FONSECA, M. A. DA. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, M. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, M. *História da sexualidade I a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa, Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. 19. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.
- FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, M. Sobre a História da Sexualidade. In: FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- FREIRE, L.; CARDINALI, D. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 037–063, 2012. Acesso em: 25 dez. 2013.
- FRY, P.; MACRAE, E. J. B. DAS N. *O que é homossexualidade*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- GALUPPO, M. C. Positivismo Jurídico. In: AVRITZER, L. *et al. Dimensões políticas da justiça pública*. 1a edição ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 37–46.
- GEERTZ, C. Uma Descrição Densa: Por uma Teoria Interpretativa da Cultura. In: GEERTZ, C. *A interpretação das culturas*. 13. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2008. p. 3–21.
- GREEN, J. N. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. Tradução Cristina Fino; Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- GROSSI, M. P. Gênero e parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 261–280, jan. 2003. Acesso em: 9 dez. 2013.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2012: Assassinato de Homossexuais (LGBT)*. . Salvador: GRUPO GAY DA BAHIA, 2013. Disponível em: <<http://homofobiamata.files.wordpress.com/2013/02/relatorio-20126.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2013.
- HALBERSTAM, J. *Gaga feminism: sex, gender, and the end of normal*. Boston: Beacon Press, 2012. (Queer action/queer ideas).
- ITABORAHY, L.; ZHU, J. *State-Sponsored Homophobia: A world survey of laws: Criminalisation, protection and recognition of same-sex love*. . Bruxelas e Cidade do México: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, maio 2013. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013.pdf>. Acesso em: 2 set. 2013.
- JESUS, J. G. *O Protesto na Festa: Política e Carnavalização nas Paradas do Orgulho de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT)*. 2010. 194 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Instituto de Psicologia, Brasília, 2010.

- KEHL, M. R. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, G. C.; PEREIRA, R. C. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 163–173.
- KOTLINSKI, K.; CEZÁRIO, J.; NAVARRO, M. (Org.). *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*. Brasília: Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus, 2007.
- LAQUEUR, T. W. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.
- LEIVAS, P. G. C. Análise argumentativa dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento que estendeu o regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: RIOS, R. R.; GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C. (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre, RS: Editora Sulina, 2011. p. 115–124.
- LOPES JR., A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- MARSAL, C. Los Principios de Yogyakarta: Derechos Humanos al servicio de la ideología de género. *Dikaion*, v. 20, n. 1, p. 119–130, jun. 2011. Acesso em: 20 dez. 2013.
- MARTINS, M. O pensamento vivo de E. Banks. *CartaCapital*, São Paulo, 4 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-pensamento-vivo-de-e-banks-1976.html>>. Acesso em: 11 dez. 2013.
- MATOS, M. *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: Editora UFMG; IUPERJ, 2000.
- MATOS, M. A subrepresentação política das mulheres na chave de sua subteorização na ciência política. In: PAIVA, D. (Org.). *Mulheres, política e poder*. Goiânia: Cànone, 2011.
- MCINTOSH, M. The Homosexual Role. In: SEIDMAN, S. (Org.). *Queer theory/sociology*. Cambridge: Blackwell, 1996. p. 33–40.
- MELLO, L. *et al.* Questões LGBT em debate: sobre desafios e conquistas. *Sociedade e Cultura*, Goiânia, v. 15, n. 1, p. 151–161, jun. 2012. Acesso em: 11 nov. 2013.
- MELLO, L.; AVELAR, R. B. DE; MAROJA, D. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 27, n. 2, p. 289–312, ago. 2012. Acesso em: 1 nov. 2013.
- MISKOLCI, R. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 21, p. 150–182, jun. 2009. Acesso em: 5 nov. 2013.
- MISKOLCI, R. *O desejo da nação: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX*. São Paulo: Fapesp; Annablume, 2012.
- MOREIRA, A. J. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

- MÜLLER, F. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NARDI, H. C.; RIOS, R. R.; MACHADO, P. S. Diversidade Sexual: políticas públicas e igualdade de direitos. *Athenea Digital*, v. 12, n. 3, p. 255–266, 2012. Acesso em: 30 dez. 2013.
- NASCIMENTO, M. M. Jusnaturalismo. In: AVRITZER, L. *et al. Dimensões políticas da justiça pública*. 1ª edição ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 37–46.
- O’FLAHERTY, M.; FISHER, J. Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 2, p. 207–248, 1 jan. 2008. Acesso em: 20 dez. 2013.
- OLIVEIRA, F. L. DE; SILVA, V. F. DA. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 13, p. 244–259, jun. 2005. Acesso em: 1 nov. 2013.
- OLIVEIRA, R. M. R. DE. *Isto é contra a natureza? Decisões e discursos sobre conjugalidades homoeróticas em tribunais brasileiros*. 2009. 256 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Florianópolis, 2009.
- OLIVEIRA, R. M. R. DE. *Direitos sexuais de LGBT* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.
- PELÚCIO, L.; MISKOLCI, R. A prevenção do desvio: o dispositivo da aids e a repatologização das sexualidades dissidentes. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, v. 0, n. 1, p. 125–157, 6 abr. 2009. Acesso em: 9 dez. 2013.
- PERLONGHER, N. O desaparecimento da homossexualidade. In: LANCETTI, A. *Saudeloucura*. São Paulo: Hucitec, 1991. Disponível em: <<http://www.webzip.com.br/planetagay/homo4.htm>>.
- PRADO, M. A. M. *et al.* Los Movimientos LGBT y Las Luchas por la Democratización de las Jerarquías Sexuales en Brasil. *Revista Digital Universitaria*, México DF, v. 11, n. 7, 2010.
- PRADO, M. A. M.; MACHADO, F. V. *Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade*. São Paulo: Cortez, 2008. (, 5).
- PRETES, E.; VIANNA, T. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, W.; SABINO, C.; ABREU, J. F. *Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313–392.
- RIOS, R. R. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, p. 71–100, dez. 2006. Acesso em: 13 dez. 2013.
- RIOS, R. R. Uniões Homossexuais: Adaptar-se ao Direito de Família ou Transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: GROSSI, M. P.; UZIEL, A. P.;

- MELLO, L. (Org.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Garamond universitária. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Garamond, 2007. p. 109–130.
- RIOS, R. R. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF ° 132-Rj e ADI 4277). In: RIOS, R. R.; GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C. (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre, RS: Editora Sulina, 2011. p. 69–113
- RIOS, R. R.; OLIVEIRA, R. M. R. DE. Direitos Sexuais e Heterossexismo: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil. In: MISKOLCI, R.; PELÚCIO, L. (Org.). *Discursos Fora da Ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2012. p. 245–276.
- RUBIN, G. Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: RUBIN, G. *Deviations: a Gayle Rubin reader*. Durham: Duke University Press, 2011. p. 137–181.
- SCHRITZMEYER, A. L. P. *Sortilégio de Saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*. Brasília: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 24 set. 2013.
- SEDGWICK, E. K. Epistemologia do Armário. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 28, p. 19–54, jun. 2007. Acesso em: 1 nov. 2013.
- SEDGWICK, E. K. Queer and Now. In: HALL, D. E. *et al.* (Org.). *The Routledge Queer Studies Reader*. London; New York: Routledge, 2013. p. 3–17.
- SIMÕES, J. A. Marcadores de diferença na “comunidade LGBT”: raça, gênero e sexualidade entre jovens no centro de são paulo. In: COLLING, L. (Org.). *Stonewall 40 + o que no Brasil?* Coleção CULT. Salvador: EDUFBA, 2011. p. 157–173.
- SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. 1a. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.
- SUNDFELD, C. A. *et al.* *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: STJ, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1442/3307>>. Acesso em: 1 dez. 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RELATÓRIO ESTATÍSTICO ANO: 2011*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatística de decisões colegiadas (2008-2013)*. Brasília: Assessoria de Gestão Estratégica, 13 dez. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesc olegiadas>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

THIRY-CHERQUES, H. R. À moda de Foucault: um exame das estratégias arqueológica e genealógica de investigação. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 81, p. 215–248, 2010. Acesso em: 2 nov. 2013.

VIANNA, A. DE R. B.; LACERDA, P. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böhl, 2012.

WARNER, M. Introduction. In: WARNER, M. (Org.). *Fear of a queer planet: queer politics and social theory*. Cultural politics. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993. p. vii–xxxii.

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

ACÓRDÃOS COLETADOS

- BRASIL. Recurso Especial 148.847, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Ruy Rosado de Aguiar, Julgado em 10 de fevereiro de 1998a. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 154.857, Sexta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, Julgado em 10 de maio de 1998b. Acesso em 10 de Setembro de 2013
- BRASIL. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 7.475, Sexta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Vicente Leal, Julgado em 01 de Julho de 1998c. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 323.370, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Barros Monteiro, Julgado em 14 de dezembro de 2004. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Habeas Corpus 853.595, Segunda Turma, **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Joaquim Barbosa, Julgado em 14 de abril de 2005a. Acesso em: 27 de novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 502.995, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Fernando Gonçalves, Julgado em 26 de abril de 2005b. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 613.374, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 17 de maio de 2005c. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Recurso Especial 395.904, Sexta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, Julgado em 13 de dezembro de 2005d. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 238.715, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Humberto Gomes de Barros, Julgado em 07 de março de 2006a. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 773.136, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 10 de outubro de 2006b. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 648.763, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Cesar Asfor Rocha, Julgado em 07 de dezembro de 2006c. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 1.063.304, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Ari Pargendler, Julgado em 26 de agosto de 2008a. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 971.466, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Ari Pargendler, Julgado em 02 de setembro de 2008b. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 820.475, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Antônio de Pádua Ribeiro, Julgado em 02 de setembro de 2008c. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 1.026.981, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 04 de fevereiro de 2010a. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Recurso Especial 889.852, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Luis Felipe Salomão, Julgado em 27 de abril de 2010b. Acesso em 11 de Setembro de 2013

- BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.120.226, Segunda Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Julgado em 04 de maio de 2010c. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 633.713, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 16 de junho de 2010d. Acesso em 11 de Setembro de 2012
- BRASIL. Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.026.981, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 22 de junho de 2010e. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 704.803, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Vasco della Giustina, Julgado em 16 de junho de 2010f. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Recurso Especial 1.244.395, Segunda Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Mauro Campbell Marques, Julgado em 26 de abril de 2011a. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e Ação Direta e Inconstitucionalidade 4277, Tribunal Pleno, **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Ayres Britto, Julgado em 05 de maio de 2011b Acesso em: 27 de novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 1.085.646, Segunda Seção, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 11 de maio de 2011c. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 930.460, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 19 de maio de 2011d. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 1.199.667, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 19 de maio de 2011e. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial 805.582, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Maria Isabel Gallotti, Julgado em 21 de junho de 2011f. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Recurso Especial 827.962, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: João Otávio de Noronha, Julgado em 21 de junho de 2011g. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 932.653, Sexta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Celso Limongi, Julgado em 16 de agosto de 2011h. Acesso em 23 de Novembro de 2012
- BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554, Segunda Turma, **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Celso de Mello, Julgado em 16 de agosto de 2011i. Acesso em: 27 de novembro de 2012
- BRASIL. Recurso Especial 1.183.378, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Luis Felipe Salomão, Julgado em 25 de outubro de 2011j. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.266.559, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Sidnei Beneti, Julgado em 07 de fevereiro de 2012a. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Recurso Especial 1.235.926, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Sidnei Beneti, Julgado em 15 de março de 2012b. Acesso em 11 de Setembro de 2013
- BRASIL. Habeas Corpus 219.101, Quinta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relator: Jorge Mussi, Julgado em 10 de abril de 2012c. Acesso em 23 de Novembro de 2012

BRASIL. Recurso Especial 1.135.543, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 22 de maio de 2012d. Acesso em 11 de Setembro de 2013

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.562, Primeira Turma, **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Luiz Fux, Julgado em 18 de setembro de 2012e. Acesso em: 27 de novembro de 2012

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 687.432, Primeira Turma, **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Luiz Fux, Julgado em 18 de setembro de 2012f. Acesso em: 27 de novembro de 2012

BRASIL. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.367.577, Quarta Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Maria Isabel Galloti, Julgado em 06 de dezembro de 2012g. Acesso em 11 de Setembro de 2013

BRASIL. Recurso Especial 1.281.093, Terceira Turma, **Superior Tribunal de Justiça**, Relatora: Nancy Andrichi, Julgado em 18 de dezembro de 2012h. Acesso em 11 de Setembro de 2013