



Rodolfo Henrique Oliveira Rodrigues

**A lógica argumentativa no caso da União Homoafetiva
(ADPF 132 e ADI 4277) e seu impacto em decisões
posteriores**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação Pública
da Sociedade Brasileira de
Direito Público- SBDP, sob a
orientação da pesquisadora
Bruna de Bem e da tutora
Helena Funari.**

**SÃO PAULO
2018**

SUMÁRIO

Parte I

Agradecimentos...p.3

Resumo...p.4

Introdução...p.5

Metodologia...p.6

I.I Escolha dos casos analisados...p.6

I.II Hipótese...p.9

I.III Método de análise da lógica argumentativa no caso da União Homoafetiva...p.9

I.IV Propósito da análise doutrinária...p.10

Parte II

Direito da Antidiscriminação e a comparação com o caso paradigma...p.11

II.I O conceito jurídico constitucional de Discriminação...p.11

II.II A aplicação do Direito da Antidiscriminação...p.14

A. Discriminação Direta...p.19

B. Discriminação Indireta...p.20

C. Discriminação Interseccional...p.21

II.III Aspectos do Direito da Antidiscriminação no caso da União Homoafetiva...p.22

Parte III

A lógica argumentativa no caso da União Homoafetiva...p.24

III.I Desenvolvimento do Ponto (I) da Identificação...p.30

III.II Desenvolvimento do Ponto (II) do Reconhecimento jurídico...p.33

III.III Desenvolvimento do Ponto (III) da Proteção Jurídica...p.37

III.IV Desenvolvimento do Ponto (IV) da Igualdade material...p.38

Parte IV

Impacto da lógica argumentativa do caso da União Homoafetiva sobre julgados posteriores...p.40

IV.I Caso do benefício previdenciário para casais homoafetivos

(Recurso Extraordinário 477.554-MG, Relator Min. Celso de Mello, julgamento dia 1º de julho de 2011)...p.40

IV.II Inquérito contra o parlamentar Marco Feliciano (Inquérito 3.590-DF, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento dia 12 de agosto de 2014)...p.48

IV.III Caso do crime de pederastia (ADI 291, Relator Min. Roberto Barroso, julgamento dia 28 de outubro de 2015)...p.53

Parte V

Considerações Finais...p.57

Agradecimentos

Primeiramente, eu agradeço minha Orientadora Bruna de Bem e minha Tutora Helena Funari, que foram super importantes durante todo o processo da Monografia. O carinho, a dedicação, a atenção e a paciência delas, além de transformarem minha experiência acadêmica, com a Monografia, numa das melhores experiências da minha vida, também me serviram de exemplo para me tornar uma versão melhor de mim mesmo.

Agradeço minhas amigas Alice Zalaf, Carolina Hassan, Fernanda Haddad, Helena Battisti, Isabella Cristino, Laura Mastroianni, Mariana Mendes, Maria Julia Tobase e Sofia Pralon por sempre estarem ao meu lado nos momentos sombrios, terem me dado força para continuar minha jornada sem perder as esperanças e por me darem o exemplo de mulheres fortes, dedicadas, inteligentes e corajosas.

Por fim, porém não menos importante, agradeço toda a ajuda que meu pai, Edivaldo Rodrigues, e minha mãe, Joana Oliveira, me deram. Sem eles eu não estaria no lugar que estou hoje. Sem eles eu não teria nenhuma das oportunidades que posso desfrutar neste momento.

Muito obrigado a todes!

Rodolfo Rodrigues

Resumo: A presente Monografia faz uma análise dos argumentos da decisão do caso da União Homoafetiva, com o intuito de identificar, dentre os diferentes votos, qual foi a lógica argumentativa utilizada pela Corte Suprema para tratar do assunto da “discriminação por orientação sexual”. Em seguida, a Monografia se propõe a avaliar qual foi o impacto da lógica argumentativa em julgados posteriores à decisão do caso paradigma, verificando a presença de argumentos semelhantes ou até mesmo a referência explícita ao acórdão. Diante da evolução doutrinária sobre o tema, a monografia conclui que, para que as futuras decisões do STF possam aperfeiçoar o precedente, seria adequado dialogar com a doutrina, com o objetivo de que o raciocínio jurídico adotado no caso paradigma não fique obsoleto em relação ao desenvolvimento do direito brasileiro.

Acórdãos citados: Recurso Extraordinário 477.554- MG; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554- MG; Recurso Extraordinário 607.562- PE; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.562- PE; Recurso Extraordinário 687.432-MG; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 687.432-MG; Inquérito 3.590; ADI 291;

Palavras-chave: Discriminação; União homoafetiva; Orientação sexual; Reconhecimento jurídico; Supremo Tribunal Federal; Proteção jurídica;

Parte I

Introdução

O tema tem relevância por envolver a judicialização dos direitos LGBTQIA+ no Brasil, visando a compreender como esse fenômeno ocorre a partir do modo como a Suprema Corte brasileira, cúpula de todo o Judiciário brasileiro, lida com a situação de discriminação por orientação sexual.

Essa tentativa de compreensão advém, inicialmente, do fato de o Congresso Nacional ainda não ter formulado leis (federais ou ordinárias) que pudessem estabelecer o direito à união estável de pessoas do mesmo sexo, assim como já fizeram outros países do mundo, como França, Alemanha, etc. Dessa forma, torna-se importante entender a *ratio decidendi* do caso da União Homoafetiva, para ter-se noção de como esse direito é formulado e recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem a existência de uma regra positivada.

Em outras palavras, é importante entender a construção do direito à União Homoafetiva porque, com a inexistência de direitos positivados pelo Legislativo, as conquistas da população LGBTQIA+ têm ocorrido por meio de decisões judiciais e administrativas, as quais se utilizam, especialmente, de interpretações principiológicas, em combinação com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal¹.

À vista disso, é de fundamental importância saber como esses direitos são compreendidos pelo Poder Judiciário, já que percebe-se uma constante judicialização dos conflitos sociais (nesse caso, entre conservadores, moralistas e a comunidade LGBTQIA+) e esse fenômeno nos mostra que, muitas vezes, o Judiciário não possui instrumentos suficientes para lidar com situações sociais complexas.

Além disso, considerando o entendimento de alguns estudiosos que se debruçam sobre o tema de que a judicialização desses direitos recria compreensões falaciosas sobre uma cidadania LGBTQIA+ plena, visto que, essas conquistas, por serem constituídas por interpretações principiológicas, estão “condicionadas a instrumentos jurídicos frágeis, que podem ser revogados e

¹Kauss, Bruno Silva. Albernaz, Renata Ovenhausen. "A questão LGBT através das decisões dos tribunais superiores do Brasil". Disponível em: http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2013/ig/pdf/ganhadores_9edicao/Cat_E_Graduacao/BrunoSilvaKauss.pdf

retirados a qualquer momento”², seria importante entender como os direitos são formulados para que a comunidade LGBTQIA+ possa lutar por eles quando um dos três Poderes os desconsiderar.

Dessa forma, resumidamente, como afirma Sérgio Carrara, em seu artigo denominado “*Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo*”:

“De maneira geral, os novos direitos vêm sendo reconhecidos por derivação dos princípios gerais que inspiram a Carta de 1988 e os direitos sexuais se tornam, especialmente na mão dos constitucionalistas, um caso exemplar do modo como novos direitos podem ser criados a partir de princípios gerais, sem a necessidade de criação de novas leis”³.

Em resumo, pela ausência de legislação sobre o tema e, especialmente, com o advento, em 2018, de um governo com caráter moralista-conservador, de extrema-direita, é impreterível entender como que o STF, identificado na monografia como representante de todo o Judiciário brasileiro, constrói o direito LGBTQIA+ de união estável reconhecida, para que, após a sua compreensão, qualquer ameaça a esse direito possa ser protegida e defendida a partir da mesma lógica constituída pela Suprema Corte.

Nesse contexto, a presente Monografia se propõe a responder a seguinte pergunta: qual o impacto da lógica argumentativa do caso da União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277) em julgados posteriores sobre discriminação por orientação sexual.,

Metodologia

I.I Escolha dos casos analisados

O acórdão da União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277) foi selecionado como o caso paradigma pelos seguintes aspectos:

a) Cronologia:

² Trineu, Bruna Andrade. *Homonacionalismo e cidadania LGBT em tempos de neoliberalismo: dilemas e impasses às lutas por direitos sexuais no Brasil*. Revista em Pauta. n.34, v. 12, p.155-178, jul./dez. 2014.

³ CARRARA, S. *Políticas e Direitos Sexuais no Brasil Contemporâneo*. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 4, n. 05, 27 nov. 2012

Dentre os casos encontrados na pesquisa de jurisprudência, realizada no site do STF, utilizando a palavra chave “discriminação sexual” e selecionando os acórdãos que tratavam da “discriminação por orientação sexual”, o caso da União Homoafetiva foi o mais antigo a ser julgado sobre o tema. Isso mostrou que, provavelmente, foi a primeira vez que um órgão colegiado do STF lidava com o assunto.

Com isso, supôs-se que o ônus argumentativo e o raciocínio desenvolvido na decisão seria muito mais significativo que em outros acórdãos sobre o tema, haja vista que tratar, pela primeira vez, de um assunto considerado novo para o ordenamento jurídico brasileiro exige dos Ministros maior profundidade argumentativa para fundamentar suas decisões.

Afinal, não existia jurisprudência da Corte sobre o tema, situação que poderia ajudar os Ministros a argumentarem de forma coerente com os precedentes do Tribunal. Além disso, a jurisprudência das instâncias inferiores não era uniforme, seja porque não havia consenso nas decisões (ou seja, algumas indeferiam e outras deferiam os pedidos de reconhecimento de união estável homoafetiva), seja porque as decisões que deferiam os pedidos possuíam uma infinidade de argumentos. Assim, não havia como abstrair das decisões proferidas pelas instâncias inferiores um raciocínio uníssono⁴.

b) Força dos Argumentos:

A partir da suposição de que, por ser o primeiro acórdão do STF sobre a “discriminação por orientação sexual”, o ônus argumentativo dos Ministros seria muito maior, com a leitura da decisão, constatou-se que os argumentos realmente eram mais refinados, tratando do assunto com maior sutileza e especificidade. Ou seja, nos votos é possível perceber que houve uma maior preparação dos Ministros em questão de estudo jurídico, social, político e econômico, principalmente pelo número de doutrinadores citados, pela repetição deles por parte de vários Ministros, e pela ênfase na relevância social, política e econômica que o acórdão traria para a sociedade brasileira, por meio, especialmente, da citação de dados e de estudos empíricos sobre o tema.

⁴Kauss, Bruno Silva. Albernaz, Renata Ovenhausen. “A questão LGBT através das decisões dos tribunais superiores do Brasil”. Disponível em: http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2013/ig/pdf/ganhadores_9edicao/Cat_E_Graduacao/BrunoSilvaKauss.pdf

Além disso, acredito ser relevante ressaltar que o acórdão do caso da União Homoafetiva tem maior número de páginas em comparação com os precedentes posteriores sobre o mesmo tema. Isso tende a confirmar a dificuldade e o desafio intelectual que o julgamento da ADPF 132 em conjunto com a ADI 4277 representou, o que possibilitou que todo o esforço de argumentação feito nesse primeiro julgamento fosse replicado nos seguintes, até mesmo no caso do Crime de Pederastia, o qual, em comparação aos demais casos julgados após ao da União Homoafetiva, apresentava maior relevância social⁵.

c) Relevância Social:

A importância da decisão para a sociedade pode ser percebida principalmente pelo modo como a mídia de todo o Brasil tratou o tema. O julgamento teve enorme repercussão em todo o país, com notícias em tempo real sobre o início dos votos, os argumentos utilizados por cada Ministro e a importância que uma decisão pelo reconhecimento da união estável homoafetiva teria para toda a população brasileira⁶.

A relevância social do tema se relaciona, ademais, com a grande mobilização de entidades, ONGs e outras instituições que tinham o anseio de ser *amicus curiae* no processo, para ter a capacidade de interferir e proteger seus interesses, muito distintos uns dos outros.

Portanto, a relevância do acórdão também decorre das circunstâncias sociais presentes no momento do julgamento e pelo impacto que o anúncio sobre a inclusão do processo na pauta do STF causou em toda a sociedade brasileira, mobilizando uma luta política essencial para o momento histórico do país e seu futuro.

Assim, considerando que o caso da União Homoafetiva foi, provavelmente, o primeiro em relação ao tema da “discriminação por orientação sexual” a ser julgado por um órgão colegiado do STF e que, em virtude disso, havia um maior ônus argumentativo dos Ministros, que exigia deles teses melhores definidas e

⁵ O julgamento do Crime de Pederastia é considerado na presente Monografia como de relevância social igual à do caso da União Homoafetiva, em virtude de o STF estar interferindo na esfera militar, de modo a desconstruir a estigmatização muito forte no relacionamento entre militares e até da própria instituição, muito identificada por pensamentos conversadores.

⁶Santos, Débora. *Supremo reconhece união estável entre homossexuais*. Acessado em: 21 nov 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html>

Dionísio, Bibiana. *Casais homossexuais oficializam união estável em cartórios de Curitiba*. Acessado em: 21 nov 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2011/05/casais-homossexuais-oficializam-uniao-estavel-em-cartorios-de-curitiba.html>

elaboradas e, além disso, considerando que havia uma enorme expectativa social sobre o julgamento, podemos partir da premissa de que o caso da União Homoafetiva é paradigmático, constituindo-se como o precedente mais importante acerca do tema e que rendeu maior impacto em julgados posteriores sobre o assunto.

Para a seleção dos casos posteriores ao da União Homoafetiva, foi utilizada a mesma metodologia usada para a escolha do caso paradigmático (ou seja, a realização de pesquisa de jurisprudência no site do STF com a palavra-chave “discriminação sexual” e a identificação dos acórdãos que tratavam de “discriminação por orientação sexual”). A partir disso, os casos encontrados foram analisados em ordem cronológica, para que a pesquisa elucidasse como ocorreu o desenvolvimento da lógica argumentativa na Corte Constitucional, a partir do caso da União Homoafetiva.

I.II Hipótese

A presente monografia parte da premissa de que o caso da União Homoafetiva se consolidou como um precedente importante para julgados posteriores do Supremo. Por isso, há impacto da lógica argumentativa desse caso em decisões posteriores sobre discriminação por orientação sexual. Ou seja, o caso da União Homoafetiva se constituiu como um modelo de argumentação para os casos posteriores relacionados à “orientação sexual”. Nesse contexto, a hipótese da presente pesquisa é de que a tese formulada no caso da União Homoafetiva constituiu um modelo argumentativo para os julgados posteriores que envolvem o mesmo tema. Assim, a presente monografia pretende analisar se o Supremo, realmente, seguiu uma única linha de raciocínio sobre o assunto, contribuindo para a construção de uma jurisprudência consolidada acerca das questões de discriminação por orientação sexual.

I.III Método de análise da lógica argumentativa no caso da União Homoafetiva

O modo pelo qual foi abstraído de todos os votos do acórdão um raciocínio uníssono da decisão, mesmo considerando as divergências entre os Ministros, foi realizado por meio de dois métodos. É válido ressaltar, antes de tudo, que, na análise, foram observados apenas os argumentos desenvolvidos pelos próprios

Ministros, desconsiderando as citações doutrinárias utilizadas por eles. Ou seja, não foram levados em conta os trechos de doutrina citados, mas a forma como os próprios Ministros articularam essa doutrina em seus argumentos.

O primeiro método utilizado foi a seleção dos trechos dos votos em que havia a palavra “discriminação”. Independentemente da forma como a palavra era utilizada, toda vez que ela aparecia, o trecho foi selecionado.

O segundo método consistiu no destrinchamento dos argumentos dos Ministros, buscando identificar quais eram as principais perguntas que os argumentos utilizados pelos Ministros tentavam responder⁷.

Esses dois métodos possibilitaram a compreensão de como o acórdão como um todo, isto é, como manifestação do posicionamento do STF enquanto Corte Constitucional. Com o uso desses dois métodos ficou evidente que muitos Ministros utilizavam a palavra “discriminação” com o mesmo propósito e procuravam responder às mesmas perguntas, ainda que suas respostas fossem, algumas vezes, diferentes umas das outras.

Portanto, a presente monografia se apresenta como uma proposta de interpretação, pela qual se procurou extrair o raciocínio que embasou o julgamento do STF e a maneira como essa lógica argumentativa influenciou julgados posteriores.

I.IV Propósito da análise doutrinária

A comparação da lógica argumentativa do caso da União Homoafetiva com a doutrina sobre o tema tem como objetivo analisar o acórdão sob a ótica do atual desenvolvimento doutrinário acerca do assunto, que revela uma discussão muito

⁷ A maioria das perguntas que os Ministros tentaram responder em seus votos podem ser representadas pelas perguntas realizadas pelo Ministro Ayres Britto, o Relator. As perguntas são as seguintes:

1. É possível realizar a “interpretação conforme” para viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à União igualmente estável de servidores heterossexuais?
2. É satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade?
3. Merecem guarida os pedidos formulados na ADPF e na Ação de Inconstitucionalidade?
4. O trato normativo do sexo das pessoas se presta como fator de desigualação jurídica?
5. A CF, tratando-se de direitos consulados como péticos, sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade?

mais profunda e, com maiores especificidades, que poderiam ter contribuído com variados pontos de decisão. Isto é, a comparação tem como objetivo avaliar a decisão sob a perspectiva dos ditames da doutrina atual, com o propósito de identificar a compatibilidade do caso com os parâmetros constituídos atualmente sobre o assunto.

Dessa forma, a comparação com a doutrina tem como função mostrar como o precedente pode ser atualizado para melhor ser utilizado em futuras decisões que tratem do mesmo assunto. Ou seja, a comparação com a doutrina atual tem como missão fortalecer o precedente, aperfeiçoando sua aplicação, para que seja utilizado de uma forma mais contemporânea, acompanhando a adaptação do direito sem perder sua força argumentativa.

Portanto, a presença da doutrina na monografia não tem como objetivo realizar uma “guerra doutrinária” entre a doutrina atual e o entendimento apresentado pelos Ministros no julgamento do caso da União Homoafetiva, mas avaliar como a lógica argumentativa do caso pode ser aperfeiçoada, para fortalecer o uso do precedente em outras decisões futuras. Além disso, a doutrina colabora para com a análise dos processos julgados pelo STF após o caso da União Homoafetiva e para com o estabelecimento de paralelos entre esses casos posteriores e o paradigma estabelecido pelo STF sobre o tema.

Parte II

Direito da Antidiscriminação e a comparação com o caso paradigma

Para a melhor análise da aplicação do Direito da Antidiscriminação na decisão do STF sobre o caso da União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277), é de fundamental interesse para a presente Monografia selecionar critérios objetivos, criados pela doutrina, que aprofundam o entendimento sobre o conceito jurídico constitucional de discriminação. Com isso, pretende-se analisar os argumentos dos Ministros frente ao posicionamento da doutrina atual do Direito da Antidiscriminação, a fim de observar como o julgamento da União Homoafetiva seria realizado pelo viés da doutrina atual do Direito da Antidiscriminação.

II. I O conceito jurídico constitucional de Discriminação

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, grande parte do Judiciário brasileiro se posicionou sobre os aspectos da desigualdade e da exclusão

social, racial, sexual, de gênero e outras mais, que ainda estão presentes no país. Diferentemente do que ocorria anteriormente à Carta Magna de 88, a doutrina e a jurisprudência começaram a desenvolver uma dogmática jurídica atenta sobre os casos de discriminação.

Dessa maneira, contrariando a naturalização das variadas formas de preconceito, ministros, juízes, promotores e outros profissionais da área do direito se conscientizaram de que a ordem jurídica também é um instrumento importante para a luta contra a injustiça que decorre de todas as possíveis discriminações contra a pessoa humana. Portanto, a partir do comprometimento com o princípio constitucional da igualdade e da dignidade de cada ser humano, a doutrina e a jurisprudência, que antes pouco faziam diante da discriminação⁸, voltaram-se para o enfrentamento contra determinadas condutas e maior cuidado nas decisões que envolvem esse tema específico.

O conceito jurídico constitucional de discriminação, presente no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, foi melhor formulado com a recepção da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, porque, graças à ratificação destas Convenções, houve um enriquecimento sobre o tema da discriminação no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da introdução de novos e complexos parâmetros jurídicos para a análise dos casos concretos. Nesse contexto, o conceito jurídico constitucional de discriminação se estruturou da seguinte forma:

“Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública⁹”.

⁸ Considera-se que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência pouco faziam diante da discriminação, porque a doutrina observa que, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se muito mais presente e relevante a possibilidade de atender a judicialização de conflitos sociais. A nova Carta proporcionou uma rede de direitos fundamentais e princípios constitucionais que viabilizou interpretações sistemáticas de todo o novo ordenamento introduzido pela nova Constituição em defesa, especialmente, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade.

⁹ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág. 20

Desse modo, as categorias proibitivas de discriminação¹⁰ exemplificadas no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que compilam as seguintes características: origem, raça, sexo, cor, idade e demais outras como gênero, orientação sexual, etc; são utilizadas como ferramentas para a melhor proteção jurídica de realidades diferentes e suscetíveis de variadas concretizações¹¹.

Ou seja, com a estruturação do conceito jurídico constitucional de discriminação, por meio da Constituição Federal de 88 e das Convenções Internacionais citadas, constituiu-se o limiar de um risco juridicamente reprovável¹², cuja função é imputar ao agente de uma conduta discriminatória a sanção (penal, civil ou administrativa) para: (i) reparação do dano; (ii) comunicação para a sociedade da reprovação de determinada conduta e (iii) prevenção, com o intuito de que esse comportamento não seja cometido por outrem.

Logo, com a mudança de percepção do Judiciário brasileiro¹³ sobre o modo como as instituições de direito do país devem lidar com casos de discriminação, desenvolveu-se e continua a se desenvolver o raciocínio jurídico do Direito da Antidiscriminação, com a finalidade de proteger o cidadão de qualquer contexto de desigualdade, possibilitando a permanência da esfera de igualdade material na relação entre cada ser humano.

¹⁰ Idem. pág. 52. Explicação do conceito: categorias proibitivas de discriminação são aquelas que possibilitam identificar uma condição de vulnerabilidade de uma minoria, enfatizando o dever de o Estado e de o indivíduo proteger essa população e de não cometer qualquer ato criminoso, danoso contra ela. Ou seja, a categoria proibitiva de discriminação esclarece para os cidadãos brasileiros qualidades, características contra as quais são proibidas qualquer ação motivada por preconceito ou ódio.

¹¹ Neste ponto, a interpretação extensiva das categorias que permitem a identificação da condição de vulnerabilidade de uma minoria, presentes no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, possibilita ao operador do direito fazer uma análise mais profunda sobre o caso concreto que lidará no julgamento. Em outras palavras, a interpretação extensiva, proporcionada pela expressão “e quaisquer outras forma de discriminação” presente no artigo 3º, inciso IV da Constituição permite identificar especificidades mais complexas, e chegar ao cerne do problema. Desse modo, há menor margem para erro jurídico no momento da decisão de condenação ou, até mesmo, absolvição do autor de uma possível prática discriminatória.

¹² Geralmente, o risco juridicamente reprovado é reputado à violação do princípio isonômico, o qual se remete à dimensão material do princípio jurídico da igualdade. Ou seja, a conduta sancionada é aquela que fere/ viola o princípio isonômico, no sentido de interferir na dimensão de igualdade material entre as partes envolvidas (o agente e a vítima).

¹³ É relevante ressaltar que houve a mudança da percepção do Judiciário brasileiro sobre o tema da discriminação devido à promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe um sistema de defesa de direitos fundamentais, integrados tanto com Convenções internacionais de direitos humanos, quanto com princípios constitucionais estabelecidos, principalmente, no caput do artigo 5º da Carta.

II.II A Aplicação do Direito da Antidiscriminação

O desenvolvimento da aplicação do Direito da Antidiscriminação ocorre mediante diversas técnicas legislativas. Há a legislação que (i) enumera os critérios proibidos de discriminação de forma taxativa por meio de normas específicas; (ii) outras tomam como base somente algumas previsões constitucionais genéricas e abstratas proibitivas de discriminação; (iii) e outras, como a legislação brasileira, adotam um modelo misto, no qual há uma enumeração exemplificativa dos critérios proibitivos de discriminação¹⁴, o que possibilita uma abertura do texto constitucional para variadas formas de discriminação.

Dessa maneira, devido à essa abertura de interpretação proporcionada pela estrutura meramente exemplificativa da Constituição Federal, que o STF pode e deve adicionar novos critérios de interpretação de casos envolvendo condutas discriminatórias. Ou seja, frente a um número gigantesco de questões propostas por um problema de discriminação, a Corte Suprema tem o poder de se utilizar de uma compilação de normas ordinárias, em especial de Direitos Fundamentais, para adicionar novos critérios interpretativos, com a finalidade de se obter uma aplicação efetiva da norma à situação fática.

Essa necessidade de complementação, a partir da utilização de normas relacionadas a Direitos Fundamentais, decorre do objetivo de proteção de realidades diferentes e suscetíveis de diversas concretizações,¹⁵ para assegurar o mandamento constitucional da igualdade perante a lei¹⁶. Desse modo, o Direito da Antidiscriminação é avaliado como um instrumental que colabora no momento da interpretação e consequente aplicação do direito pelo jurista, facilitando o diálogo entre as normas gerais da Constituição Federal e o extenso rol de Direitos Fundamentais do ordenamento jurídico, com o propósito de estabelecer uma proteção contra atitudes discriminatórias de cunho pessoal (idade, deficiência

¹⁴ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.52

¹⁵ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.53

¹⁶ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.58

física, etc.) e que tratam de escolha e\ou condutas (liberdade de expressão política, artística, etc.).

À vista disso, depreende-se que não há uma imutabilidade dos critérios proibitivos de discriminação ou, até mesmo, das condições identitárias que levam à aplicação desses critérios. Ou seja, diferentemente de uma abordagem "essencialista"¹⁷, os critérios de proibição de discriminação não são categorias fixas, mas podem se moldar de acordo com o novo contexto social e as novas necessidades que são apresentadas pelos grupos identitários que defendem seu direito de reconhecimento da condição de vulnerabilidade em que se encontram como minoria.

Logo, os critérios proibitivos de discriminação levam em consideração as características de cada grupo identitário, de modo a possibilitar a interpretação dos Direitos Fundamentais a partir dos contextos culturais e sociais em que a conduta discriminatória ocorreu e tendo em vista o impacto que a solução jurídica terá no lugar e na época em que ocorreu a suposta agressão¹⁸. Em outras palavras, os critérios proibitivos de discriminação se importam com as especificidades de cada grupo minoritário, diferentes uns dos outros, levando em consideração as circunstâncias sociais em que o agressor cometeu a conduta desaprovada, para que a condenação tenha a função comunicativa e dissuasória: comunicar para a sociedade que a conduta é e deve ser repreendida e, por isso, não pode ser cometida por mais ninguém.

A imutabilidade dos critérios proibitivos de discriminação relativizaria a possibilidade de os critérios existentes no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal (origem, raça, sexo, cor, idade) captarem, de modo adequado, a realidade da discriminação. A relativização desses critérios, conforme visto, permite abarcar casos discriminatórios com nuances específicas. Em decorrência disso, torna-se objeto de disputas acerca das "políticas de identidade" ou "políticas de reconhecimento"¹⁹, visto que os discursos que estão vinculados a esses critérios

¹⁷ Os essencialistas "sustentam a ideia de que as identidades coletivas expressam matrizes estruturais universais, decorrentes de certas propriedades fundantes, a-históricas e imanentes aos indivíduos, independentes do contexto cultural e social". Já os construtivistas "tomam as identidades coletivas como resultado de um contínuo processo de negociação e conformação sociais, verdadeiros artefatos culturais somente inteligíveis nos contextos sociais em que se radicam". Idem. Pág. 63

¹⁸ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.63.

¹⁹ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.56

não somente protegem a população vulnerável, como também reconstruem suas respectivas identidades. Por isso, pelo viés pós-modernista, há a compreensão de que os critérios proibitivos de discriminação também podem ser responsáveis pela marginalização de pessoas, caso não abarquem todas as especificidades ensejadoras de atitudes discriminatórias, como pode acontecer em sede de discriminação interseccional²⁰.

Ou seja, a eleição de critérios proibitivos de discriminação pode acarretar a estereotipação de alguns grupos identitários. Isso pode ocorrer porque a escolha de uma característica que desencadeia a proteção jurídica pode implicar a subsunção dos indivíduos que compartilham essa característica a uma *caracterização grupal*²¹. Esta caracterização pode reforçar estereótipos, direcionando a essas pessoas um novo tratamento discriminatório, inviabilizando até mesmo sua capacidade de autoafirmação frente ao Judiciário ou outras instâncias de poder que trabalham com esses mesmos critérios.

Portanto, a necessidade de o jurista brasileiro usar o rol dos Direitos Fundamentais presente no ordenamento jurídico para complementar os critérios proibitivos de discriminação é relevante para o respeito à dimensão formal do princípio isonômico²². Isto porque o raciocínio estruturado pela Constituição Federal é da abertura do seu texto para englobar diversas formas de discriminação. E essa articulação entre norma e caso concreto ocorre somente com o preenchimento desses critérios com outras normas ordinárias de relevante conteúdo para as situações discriminatórias. Por isso, o principal dilema que o Direito da Antidiscriminação enfrenta ao ser aplicado é como proteger a igualdade entre as pessoas, sem, ao mesmo tempo, causar malefícios aos grupos mais vulneráveis.

Por isso, além de discutir a necessidade de complementação dos critérios proibitivos por normas de Direitos Fundamentais e a consequente mutabilidade destes critérios, para melhor esclarecer o modo de aplicação do Direito da Antidiscriminação, também é necessário evidenciar a divergência entre a *proteção de escolhas fundamentais* e a *proteção identitária* que existe no direito brasileiro, o que traz à tona a discussão jurídica sobre a proteção de *identidades* ou de

²⁰ Este conceito será abordado no ponto C do presente Capítulo.

²¹ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.64

²² Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.58

condutas do Direito da Antidiscriminação²³, assim como abordar a questão do “*dilema da diferença*”, decorrente da dificuldade de se aplicar o Direito da Antidiscriminação, a seguir explanados.

No direito brasileiro, a proteção de *status* (identidades) e escolhas individuais (condutas) são conteúdos veiculados pelos critérios proibidos de discriminação, visto que as liberdades listadas nos incisos do art. 5º da Constituição Federal (liberdade política, de consciência, de crença) e outras espalhadas pelo ordenamento (direito cultural e de populações indígenas) são protegidas, especialmente, pelos Direitos Fundamentais²⁴.

Para o melhor entendimento sobre o que é a conduta e a identidade dentro da dinâmica do Direito da Antidiscriminação vamos tomar como exemplos a discriminação religiosa e a por orientação sexual. Na primeira, a discriminação ocorre contra certas práticas, rituais, tradições de um grupo que se auto identifica com uma crença ou religião. Enquanto no segundo, a discriminação ocorre contra a autoafirmação de um grupo, contra a individualidade, contra a identidade sexual do indivíduo, o que provoca restrições sobre sua conduta. Ou seja, a conduta está relacionada diretamente ao comportamento, aos hábitos de uma comunidade, enquanto a identidade está ligada à essência humana do grupo minoritário, sua característica, sua singularidade frente aos outros que lhe permite diferenciar-se ou identificar-se com outras populações.

Essa distinção é importante para a dogmática do Direito da Antidiscriminação porque evidencia o cuidado necessário que se deve tomar no momento de categorizar uma violência discriminatória cometida contra uma pessoa. A classificação do tipo de discriminação que a vítima sofreu permite avaliar, com maior propriedade, se há a possibilidade de se reforçar uma percepção negativa da identidade do grupo ou de sua conduta²⁵. Além disso, a distinção permite ao jurista identificar as nuances de cada caso concreto, percebendo quais são os aspectos de *status* ou de condutas que necessitam de proteção jurídica e também permitem ao juiz reafirmar, por meio de sua sentença, a identidade do grupo para a sociedade e para o sistema jurídico.

²³ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.72

²⁴ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.69

²⁵ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.72

Em vista da capacidade de o jurista identificar as nuances de cada caso concreto pela distinção entre *status* e conduta, depreende-se que há outro ponto relevante para a compreensão do tema: o *dilema da diferença*. Este problema se destaca no aspecto legislativo, visto que há a possibilidade de o sistema jurídico positivado, a partir da especificação dos critérios proibitivos, ao discriminar indivíduos consoante determinados traços, colaborar para a estigmatização, a estereotipação e a marginalização do grupo afetado, sem sequer haver a atuação de um juiz negligente.

Dessa forma, é de fundamental importância para a dinâmica do Direito da Antidiscriminação a formulação de normas gerais e ordinárias de acordo com o ponto de vista construtivista. O construtivismo permitirá ao legislador e, conseqüentemente, ao operador do direito, avaliar as representações sociais de acordo com o período histórico e com o contexto social em que estão inseridas, de modo a não considerar os critérios proibitivos como normas fixas no tempo e no espaço e, assim, perpetuar injustiças. Nesse sentido, como concluiu o STF no julgamento do HC 82.424-2/ RS, sobre o crime de racismo, o "*preconceito e a discriminação decorrem das representações sociais forjadas culturalmente, dirigidas contra indivíduos identificados com determinados grupos humanos*"²⁶.

Em resumo, o *dilema da diferença* aparece sob as seguintes perspectivas:

(i) A diferença pode ser recriada ao ser registrada ou ao ser ignorada. Neste ponto, entende-se que, ao se destacar a diferença entre as partes analisadas no contexto de um processo judicial, pode-se, ao invés de diminuir a noção de dessemelhanças, engendrar mais a diferença e o preconceito.

(ii) A ambigüidade da neutralidade. Neste ponto, entende-se que a inércia perante uma realidade de discriminação, em que se alega neutralidade frente ao tema discutido, pode conduzir à cumplicidade com a realidade discriminatória, adotando o posicionamento do agressor e perpetuando a atitude discriminatória contra a vítima.

(iii) A abertura para decisões individualizadas, com maior grau de discricionariedade. Este ponto coloca em xeque a tomada de decisões baseadas em critérios proibitivos formais, universais e fixos²⁷.

²⁶Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.76

²⁷ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.77

Segundo Martha Minow, sobre o *dilema da diferença*, há quatro pontos fundamentais para sua compreensão e aplicação no momento do julgamento: a diferença é algo socialmente construído, relacional às duas partes ou mais envolvidas; sempre existe um paradigma, um padrão pressuposto para se qualificar alguém ou algo como “diferença”, por isso, há uma extrema necessidade de se analisar, explicitar e discutir sobre esse paradigma antes de julgar duas ou mais partes consideradas diferentes; esse paradigma pressuposto considera somente um dos pontos de vista vigentes, dessa forma, quando for discuti-lo, deve-se levar em consideração outros pontos de vista para melhor analisá-lo; via de regra, o *status quo* é tomado como algo natural, espontâneo e legítimo, por isso, geralmente se faz a confusão entre inação e neutralidade e entre medidas coercitivas e favorecimento²⁸.

A. Discriminação Direta

A Discriminação Direta ocorre:

“quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundados em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas, têm o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direito humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”²⁹.

Dessa forma, entende-se que a Discriminação Direta atua com o estabelecimento de uma diferenciação, cujo propósito é prejudicar a pessoa ou grupo de pessoas alvo. A diferença entre Discriminação Direta e a Indireta encontra-se na intencionalidade, critério pelo qual é possível analisar a motivação do ato e a intensidade da vontade de discriminar³⁰.

A Discriminação Direta pode ser explícita, de modo a estar diretamente estampada no texto que institui a medida discriminatória, ou pode ocorrer de um

²⁸ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág. 79

²⁹ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.89

³⁰ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.91

resultado inferido do texto da medida, ainda que o critério de diferenciação não tenha sido aplicado de modo literal³¹.

Na aplicação do direito, a Discriminação Direta ocorre no momento da execução da medida ou da lei, sendo que essa diferenciação pode decorrer ou não da intenção do operador do direito. O emprego de estereótipos é considerado como um fator recorrente de Discriminação Direta na aplicação do direito³².

B. Discriminação Indireta

A Discriminação Indireta decorre:

“de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional”³³.

O conceito de discriminação, presente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da introdução dos tratados internacionais de Direitos Humanos³⁴, abrange expressamente a ideia da Discriminação Indireta. Além disso, a condenação da discriminação indireta, que decorre do conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade, pode ser observada de modo mais nítido. Isto porque a Constituição Federal não institui qualquer entendimento restritivo do princípio da igualdade, nem aponta razões para deixar de considerar a Discriminação Indireta como uma violação ao referido princípio.

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, para a censura judicial da Discriminação Indireta (denominada de *disparate impact*), isto é, de uma medida aparentemente neutra, mas que tem impacto diferente sobre indivíduos ou grupos, não há a necessidade de comprovação de qualquer

³¹ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.91

³² Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.93

³³ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.117

³⁴Especificamente os tratados: Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

motivação discriminatória. Por isso, para defender a legalidade da medida, não basta a mera alegação de ausência de uma finalidade discriminatória.

Considera-se, ademais, dentro do conceito de Discriminação Indireta o fato de minorias serem prejudicadas pela passividade estatal, inclusive de Tribunais Constitucionais, que possuem o poder contramajoritário em defesa de grupos vulneráveis aos ditames de maiorias. Dessa forma, a inércia estatal e a ausência de respostas satisfatórias pelas Cortes Constitucionais faz com que exista uma perpetuação da Discriminação Indireta.

Portanto, a Discriminação Indireta se constitui como “práticas que são facilmente neutras no tratamento dos diferentes grupos, mas de fato, incidem mais duramente sobre um grupo que outro e não podem ser justificadas pelas necessidades do negócio”³⁵.

C. Discriminação Interseccional

A Discriminação Interseccional é entendida como “a presença simultânea de fatores diversos de diferenciação injusta e prejudicial que produz novas e originais formas de discriminação, desafiando a formulação de respostas jurídicas apropriadas”³⁶.

Dessa forma, é compreendido por este conceito que o enfrentamento da discriminação, independentemente da técnica adotada, deve evitar a consideração de critérios proibitivos de discriminação como fixos, dado que estes mesmos critérios podem aparecer no caso concreto de modo interseccional. Ou seja, os critérios proibitivos se misturam, se confundem no caso concreto, exigindo do operador do direito uma análise mais aprofundada do caso para não prejudicar a vítima ao não identificar algum outro tipo de discriminação presente.

Assim, de acordo com o conceito de Discriminação Interseccional, é necessário ir além da soma aritmética dos critérios proibidos de discriminação, ainda que exista a necessidade e utilidade na enumeração dos possíveis fatores identificados em tratamentos desiguais³⁷, já que o conceito institui a noção de que a discriminação é um fenômeno múltiplo e complexo, em que os diferentes contextos, redes relacionais, fatores intercorrentes e motivações que

³⁵ Rios, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* / Roger Raupp Rios. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pág.119

³⁶Revista Brasileira de Ciência Política, nº16. Brasília, janeiro- abril de 2015, p. 11

³⁷Revista Brasileira de Ciência Política, nº16. Brasília, janeiro- abril de 2015, p. 14

desencadeiam a discriminação não são redutíveis a um ou outro critério proibitivo isolado³⁸.

II.III Aspectos do Direito da Antidiscriminação no caso da União Homoafetiva

Tem-se como intuito nesta parte da pesquisa analisar o desenvolvimento dos argumentos dos Ministros no caso paradigma da União Homoafetiva, de acordo com o viés da doutrina atual estudada, de forma a avaliar seu impacto nos julgados posteriores.

A utilização da doutrina não tem o propósito de apreciar uma possível aplicação de conceitos que poderia ter sido realizada pelos Ministros. Tem, na realidade, o objetivo de analisar seus argumentos sob a ótica do arcabouço doutrinário, possibilitando um padrão de comparação com os julgados posteriores.

No caso da União Homoafetiva, os Ministros não utilizam os critérios proibitivos de discriminação como critérios flexíveis ao caso concreto. Os Ministros utilizam os parâmetros do artigo 3º, inciso IV da Constituição como fixos, incapazes de se moldarem de acordo com o novo contexto social e as novas necessidades que são apresentadas pelo grupo identitário LGBTQIA+. Isso é muito evidente simplesmente pelo fato de os Ministros usarem o artigo 3º, inciso IV da Constituição como forma de identificar a situação discriminatória, sem fazer uma análise mais aprofundada sobre quais são os aspectos reais que levam agressores a cometerem a violência contra a população vulnerável.

Dessa forma, os Ministros fazem uma análise superficial da situação, sem questionar se os critérios existentes na Constituição são capazes de captar de modo adequado a realidade da discriminação. Ou seja, os Ministros não se preocupam com o fato de os critérios presentes também poderem provocar a marginalização de pessoas caso não abarquem todas as especificidades relacionadas à atitude discriminatória. Os Ministros não se preocupam, por exemplo, com especificidades como a misoginia, no caso de um casal lésbico, das famílias de classe social menos privilegiadas e, até mesmo, das questões raciais que podem causar obstáculos para a união de pessoas do mesmo sexo.

³⁸Revista Brasileira de Ciência Política, nº16. Brasília, janeiro- abril de 2015, p. 13

No entanto, podemos depreender que, em seus votos, os Ministros se atentaram para o fato de que a distinção por eles realizada, entre homossexuais e héteros, poderia reforçar uma percepção negativa da identidade do grupo ou de sua conduta. Em outras palavras, os Ministros defenderam, ao argumentar sobre o reconhecimento do direito da minoria, o *status quo* de proteção e dignidade da população LGBTQIA+, preocupando-se com a possibilidade de, a partir de seus votos, o preconceito ser reforçado na sociedade brasileira.

Além disso, há uma coerência entre os votos dos Ministros e a doutrina atual em relação ao uso dos Direitos Fundamentais como instrumentos capazes de complementar os critérios proibitivos de discriminação, sem flexibilizá-los de acordo com o caso concreto, mas com o intuito de respeitar a dimensão formal do princípio isonômico, para garantir a Igualdade material. Haja vista que, com a ausência do critério de "orientação sexual", os Ministros, a partir de uma interpretação sistemática, justificam por que a categoria de "orientação sexual" deveria ser incluída ao artigo 3º, inciso IV da Constituição e como essa inclusão poderia ajudar na garantia de igualdade entre as pessoas, sem causar malefícios ao grupo mais vulnerável, o que realmente é o intuito do Direito da Antidiscriminação quando aplicado ao caso concreto.

Ademais, em relação ao dilema da diferença, os Ministros se atentam bastante àquilo que é denominado como "ambiguidade da neutralidade", conceito muito parecido com o da Discriminação Indireta. Isso ocorre porque os Ministros prestam atenção na inércia do legislativo em relação ao assunto dos direitos LGBTQI+ e evidenciam que se o STF não se posicionar haverá a perpetuação da discriminação contra essa população, mesmo que esta violência não seja explícita para muitos setores da sociedade brasileira.

Desse modo, podemos concluir que os Ministros, de acordo com a doutrina atual, seguem o modelo construtivista, não o essencialista, na aplicação do Direito da Antidiscriminação. Isso porque, os Ministros avaliam as representações sociais, que são construídas de acordo com o período histórico e conformadas ao contexto social em que estão inseridas, preocupando-se com a possibilidade de o direito também ser uma ferramenta que pode perpetuar a marginalização e a violência contra o grupo minoritário.

Parte III

A lógica argumentativa no caso da União Homoafetiva

O acórdão do caso da União Homoafetiva, julgado pelo STF no dia 05 de maio de 2011, decorre do julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4227. O questionamento proposto pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro resume-se ao art. 19 e aos incisos I a X do art. 33 do Decreto-Lei 220 de 1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro)³⁹, na medida em que sua aplicação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual; além das decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja orientação sexual se define como “heterossexual”.

À vista disso, foi entendido que a ação tinha como objeto a interpretação “conforme a Constituição” do art. 1723 do Código Civil, em conjunto como art. 226, §6º da Constituição Federal.

Assim, pelo observado no acórdão do caso da União Homoafetiva, o objetivo do STF, quando deparado com a discriminação por orientação sexual, é de assegurar a Isonomia, a Igualdade material para a minoria discriminada. Para isso, a Corte, após a identificação das situações de violência pelo uso do conceito de discriminação⁴⁰, inicia o Reconhecimento jurídico da situação fática para, em seguida, assegurar uma Proteção jurídica à minoria afetada. Neste ponto da

³⁹ Art. 19 - Conceder-se-á licença: II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

⁴⁰ A identificação das situações de violência pelo uso do conceito ocorre a partir das denominadas categorias proibitivas de discriminação presentes no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal (origem, raça, sexo, cor, idade), os quais permitem ao operador do direito identificar o contexto de vulnerabilidade, distinguindo o agressor do grupo minoritário afetado. Desse modo, pelo conceito, é possível identificar situações de violência quando o operador do direito analisa se, no contexto fático jurídico, há uma violação das categorias proibitivas de discriminação do artigo 3º, inciso IV da Constituição.

proteção, a Corte se utiliza de direitos humanos e/ou princípios constitucionais. Desse modo, no final, a Corte consegue afirmar uma Igualdade material, no sentido de equilibrar a relação jurídica de volta a um *status quo* isonômico.

Ou seja, o raciocínio jurídico desenvolvido pelo STF no caso da União Homoafetiva funciona da maneira descrita a seguir: o conceito jurídico de discriminação possibilita a identificação da prática de agressões motivadas por preconceitos; a partir dessa identificação, o STF procura estabelecer uma possível proteção jurídica a favor do grupo afetado. Essa proteção, por sua vez, decorre da seguinte linha de raciocínio: logo após a identificação de uma situação de práticas discriminatórias, o STF procura reconhecer, juridicamente, as circunstâncias de vulnerabilidade do grupo minoritário afetado. Com esse reconhecimento jurídico, o STF se compreende capaz de estabelecer uma proteção a favor da minoria afetada. Essa proteção é assegurada por meio de direitos humanos e/ou princípios constitucionais que foram formulados pela Constituição Federal de 1988 ou recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro por Tratados Internacionais.

Portanto, o raciocínio seguido majoritariamente pelos Ministros é o seguinte:

(i) Uso do conceito jurídico de discriminação para identificar as agressões advindas de práticas discriminatórias;

(ii) Reconhecimento jurídico da situação fática de vulnerabilidade da minoria;

(iii) utilização de institutos jurídicos para proteção estatal do grupo minoritário afetado pelas práticas preconceituosas. Essa proteção, por sua vez, ocorre pelo uso instrumental de direitos humanos e/ou princípios constitucionais, e também pode ocorrer a partir de uma comparação/igualação de um instituto reconhecido no caso concreto com outro que já possui uma proteção pelo ordenamento jurídico.

(iv) Equivalência desse grupo minoritário a um mesmo *status quo* de outros grupos sociais que já eram protegidos juridicamente;

Em relação ao ponto (I), o conceito jurídico de discriminação é desenvolvido a partir do art. 3º, inciso IV da Constituição Federal, segundo o qual:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Logo, no caso da discriminação por orientação sexual, esse artigo constitucional permite ao STF identificar qual o tipo de conduta que é condenada pela Constituição e que, por conseguinte, possibilita uma atuação judiciária contra o agente e a favor das vítimas. Isso porque, o artigo 3º, inciso IV, identifica categorias de comportamentos discriminatórios proibidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo elas: atitudes preconceituosas contra a origem, contra a raça, contra o sexo, e assim por diante. Ou seja, o art. 3º, inciso IV, utilizado pelos Ministros, aponta quais comportamentos cometidos contra determinado grupo de pessoas pode ser reprimido pelo Judiciário.

Além disso, a expressão: “*e quaisquer outras formas de discriminação*” possibilita ao STF a introdução de outras novas categorias comportamentais que podem também ser identificadas como não toleradas pelo ordenamento jurídico. Ou seja, a expressão possibilita uma abertura interpretativa por parte do STF, pois permite que a Corte introduza a categoria de “orientação sexual”, adotando-a como mais um fator de identificação de comportamentos discriminatórios que são reprimidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, a identificação de práticas discriminatórias contra a categoria “orientação sexual” provém da interpretação do art. 3º, inciso IV, da CF com o objetivo de proibir condutas que advém de anseios preconceituosos e agravam a fragilidade dessa minoria no meio social.

A partir do ponto (I) desenvolvem-se os pontos (II) e (III), que ocorrem concomitantemente. Primeiro, os Ministros identificam a necessidade de uma interferência jurídica para o combate a uma circunstância de vulnerabilidade. Em outras palavras, após utilizar o conceito jurídico de discriminação para identificar uma prática proibida pelo ordenamento, os Ministros entendem ser necessário acabar com a situação de fragilidade que atinge a minoria a ser protegida no caso concreto (ponto II). Para isso, os Ministros tentam enquadrar a categoria de proibição de discriminação, identificada no ponto (I), na proteção jurídica fornecida pelos direitos humanos e/ou por princípios constitucionais (ponto III).

Isto é, os Ministros fazem o exercício de observar as especificidades tanto da conduta discriminatória combatida quanto da situação de vulnerabilidade passível de proteção estatal. A partir disso, os Ministros identificam no ordenamento normas que consagram direitos humanos e/ou princípios constitucionais que se compatibilizam com essas especificidades, realizando esse exercício por meio de uma comparação entre as similitudes e diferenças do caso concreto com as regras encontradas.

Ou seja, os Ministros têm o ônus argumentativo de esclarecer por que a categoria identificada (como, por exemplo, a de "orientação sexual") pode ser considerada como uma categoria de discriminação que permite identificar uma condição minoritária passível de proteção pelo direito à privacidade ou pelo princípio da dignidade humana, por exemplo. Fazendo uma alegoria, o raciocínio dos Ministros funcionaria como se a categoria de "orientação sexual" fosse uma mão e os variados direitos fundamentais e princípios constitucionais fossem as possíveis luvas capazes de envolver a mão de modo correto, com o intuito de protegê-la.

Logo, no caso da União Homoafetiva, a categoria da "orientação sexual", segundo os Ministros, enquadrar-se-ia nos seguintes direitos fundamentais: direito à igualdade, à privacidade e à liberdade. E nos seguintes princípios constitucionais: princípio da não-discriminação, da Isonomia, da liberdade, etc. Pode-se observar, assim, que o conceito jurídico de discriminação é novamente utilizado como um instrumento para o julgamento do caso, só que, dessa vez, não para identificar uma situação discriminatória, mas para possibilitar a Proteção jurídica da situação de vulnerabilidade.

A partir desse momento em que se identificam a categoria alvo do comportamento discriminatório proibido e os direitos humanos e/ou princípios constitucionais que protegem as minorias em situação de vulnerabilidade, os Ministros fazem o esforço de garantir a expansão da Proteção jurídica advinda desses direitos humanos e/ou princípios constitucionais, formalizando a categoria objeto de discriminação como uma categoria de discriminação passível de efeitos protetivos.

Ou seja, assim como afirma o Ministro Gilmar Mendes:

“(...) a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação. O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem”⁴¹. (Grifos meus)

O Reconhecimento jurídico da situação de vulnerabilidade deve ocorrer em tal medida que possibilite identificar um direito da minoria que é abarcado pelo rol dos direitos humanos e/ou princípios constitucionais, sendo que, para que essa situação tenha a incidência de todos os efeitos jurídicos das regras selecionadas, deve-se retirar dela um instituto jurídico sobre o qual podem incidir os efeitos protetivos dessas normas. Esse raciocínio pode ser encontrado, por exemplo, em uma afirmação do Ministro Joaquim Barbosa:

“Entendo, pois, que **o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação.** Normas, estas, autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais”⁴². (Grifos meus).

Alguns Ministros, em vez de utilizarem o rol dos direitos humanos e dos princípios constitucionais para promoverem a Proteção jurídica do instituto, tentam igualar dois institutos: o encontrado no caso concreto e o já existente no ordenamento jurídico.

Isto é, os Ministros realizam, assim como fazem com os direitos humanos e princípios constitucionais, comparações, tentando encontrar semelhanças e

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.197.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.120.

diferenças entre dois institutos. Desse modo, assim que eles percebem que os institutos são igualáveis, argumentam que a proteção já conferida a um pode ser expandida para o outro. Esse exercício argumentativo ocorreu com os institutos da “união estável” e da “entidade familiar”, com a identificação, pelos Ministros, de institutos como “união estável homoafetiva” e “entidade familiar homoafetiva”. Além disso, para que estes institutos ‘descobertos’ no caso concreto fossem protegidos pelo ordenamento assim como os já existentes são, os Ministros usam como suporte os direitos humanos e/ou princípios constitucionais que viabilizam a equiparação entre os institutos.

À vista disso, no acórdão fica evidente que, a partir da identificação de um comportamento discriminatório contra a população LGBTQIA+, os Ministros interpretaram que o termo “orientação sexual” reconhece um direito da minoria envolvida de ser protegida e que os termos “união estável homoafetiva” e “entidade familiar homoafetiva” reconhecem o direito da minoria de tratamento igualitário à maioria. A partir disso, como há esse reconhecimento, os Ministros analisam se este é passível de ser abarcado por direitos, como o de liberdade, privacidade e/ou princípios, como o da dignidade da pessoa humana; ou também se há a possibilidade de os institutos (“união estável homoafetiva” e “entidade familiar homoafetiva”) serem igualados àqueles já existentes. Assim, se há essas possibilidades, a “entidade familiar homoafetiva” e a “união estável homoafetiva” podem ser um resultado da incidência das normas selecionadas ou da comparação com institutos já consolidados e a “orientação sexual” pode ser uma categoria proibitiva de discriminação.

Por fim, após todos os pontos de raciocínio sobre a discriminação por orientação sexual, o último aspecto a ser configurado é o da reconstituição do ponto (IV): princípio da Isonomia. Sendo a finalidade de toda a linha argumentativa, a busca pela Isonomia tem como intuito estabelecer a Igualdade material que foi violada.

Nesse aspecto, como afirma o Ministro Joaquim Barbosa:

“Como já tive oportunidade de mencionar, a **Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no**

preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos (...)⁴³ (Grifos meus).

A Igualdade material é caracterizada como um objetivo pelos Ministros, principalmente pela expressão “promover o bem de todos” encontrada no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, pela qual os Ministros interpretam que há um dever constitucional claro de, em casos de discriminação, extinguir ou mitigar a desigualdade entre as pessoas, principalmente as fundadas em preconceitos, de modo a restabelecer a justiça social e a igualdade de tratamento.

III.I Desenvolvimento do Ponto (I) da Identificação

O ponto (I) da Identificação explica como é feita a constatação, pelos Ministros, de uma atitude discriminatória direcionada a uma parcela vulnerável da população. Para essa constatação, é utilizada, pelos Ministros, uma categoria que permite identificar uma condição minoritária passível de proteção. Isto é, o reconhecimento de uma situação que possibilita enxergar as necessidades demandadas por uma minoria, a qual, geralmente, não tem seus anseios respondidos pelo ordenamento jurídico.

À vista disso, os Ministros se utilizam da categoria “orientação sexual”, a qual é proveniente de uma interpretação extensiva do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, já que, dentre as categorias expressadas neste artigo, a de “orientação sexual” não está presente. Porém, como muitos dos Ministros argumentam, a categoria de “orientação sexual” pode ser interpretada a partir da categoria “sexo” presente no artigo. Ou seja, a categoria poderia ser interpretada a partir, principalmente, dos princípios da Isonomia, da não-discriminação e da igualdade presentes da análise sistematizada da Constituição e também no caput do artigo 5º da Carta.

Desse modo, analisando os argumentos de cada um dos Ministros em relação ao ponto (I) da Identificação, podemos perceber que os Ministros tomam este ponto como um pressuposto para o início dos seus argumentos e que seu

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.119.

desenvolvimento pelos Ministros Gilmar Mendes e o Ministro Luiz Fux se destaca em relação aos demais. O Ministro Ayres Britto, o Relator do caso, não faz menção ao referido ponto, visto que há somente um trecho em que o Ministro, ao relatar as diversas leis estaduais sobre o tema, faz uma pequena referência à discriminação por orientação sexual⁴⁴. Também não fazem menção ao ponto (I), tomando-o como um pressuposto para iniciar seus votos, os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Cezar Peluzo.

Por sua vez, os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio abordam o ponto (I) de maneira superficial, como é possível perceber nos seguintes trechos:

“Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da dignidade, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e **da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise**”⁴⁵. (Grifos meus).

“Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resulta prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. **Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual**”⁴⁶. (Grifos meus).

Os Ministros Ricardo Lewandowski (primeiro trecho) e Marco Aurélio (segundo trecho) somente se utilizam da categoria “orientação sexual” para evidenciar o dever de proteção desta pelo Estado, mas sem uma elaboração do

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.29.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.106.

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.213.

porquê essa categoria deve ser tomada como relevante para o direito brasileiro, no sentido de forçar o Estado a protegê-la de qualquer conduta que a usa como alvo de atitudes preconceituosas.

Os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, diferentemente dos demais, elucidam melhor o que seria a categoria "orientação sexual" pelo viés do direito brasileiro, explicando o porquê o ordenamento deve forçar o Estado a proteger a parte da sociedade que está inserida nesta categoria. Podemos ver os argumentos nos seguintes trechos:

"A orientação sexual afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação- como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes"⁴⁷. (Grifos meus).

"No caso em apreço, trata-se de questão concernente à violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, idôneos a autorizar o manejo da ADI pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Exmo. Sr. Governador. Patente, portanto, a pertinência temática para a ação em apreço"⁴⁸. (Grifos meus).

Essa elucidação do ponto (I) da Identificação, portanto, demonstra que os Ministros utilizaram princípios constitucionais, enfatizando que o respeito à "orientação sexual" está inserido no respeito à personalidade do indivíduo e sua liberdade. Sendo assim, os Ministros consideram que o desrespeito a essa categoria também ensejaria o desrespeito à personalidade e liberdade de todos os cidadãos brasileiros.

O ponto (I) da Identificação é interpretado, portanto, pela maioria dos Ministros como um pressuposto para o início dos seus votos, já que muitos deles

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.173.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.58.

consideram a existência da violência contra a população homossexual do país um fato dado que não precisa de maior elucidação. No entanto, somente dois Ministros realmente se debruçam sobre o ponto, para explicar o raciocínio por trás da defesa de direitos em uma situação de discriminação por orientação sexual.

III.II Desenvolvimento do Ponto (II) do Reconhecimento jurídico

Para o início da análise, é relevante ressaltar que o ponto (II) do raciocínio é o mais desenvolvido por todos os Ministros. Isso, pelo que foi constatado, decorre da própria Petição Inicial apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADI 132. Dessa maneira, diferentemente do que ocorreu no ponto (I) da Identificação, todos os Ministros argumentaram muito bem sobre a possibilidade do Reconhecimento jurídico do direito da minoria homossexual do Brasil.

Este segundo ponto é desenvolvido logo após a identificação da situação discriminatória contra o grupo vulnerável, para avaliar a possibilidade de o ordenamento jurídico brasileiro integrar tal categoria no rol de direitos, prevendo, desse modo, a possibilidade de efeitos jurídicos sobre o grupo identificado. Ou seja, a etapa do Reconhecimento jurídico possibilita que a população vulnerável seja “enxergada” pelo direito, para que existam efeitos jurídicos capazes de tirar as pessoas inseridas nessa categoria, da “escuridão”.

O argumento básico utilizado pelos Ministros sobre o ponto (II) de Reconhecimento jurídico pode ser exemplificado pelo seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

“A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por 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. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar danos às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a

ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença”⁴⁹.

Dessa maneira, é depreendido que os Ministros fazem o raciocínio de Reconhecimento jurídico pelo viés de respeito aos princípios constitucionais e, por isso, eles utilizam, a todo momento, os princípios trazidos pela Constituição de 88. Além disso, fazem o exercício da analogia de institutos (o instituto já existente no ordenamento e aquele identificado na situação concreta). Há trechos que exemplificam o modo como é argumentado o Reconhecimento jurídico por princípios (primeiro trecho abaixo) e o Reconhecimento jurídico por analogia (segundo trecho abaixo):

“A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º)”⁵⁰.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.70.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.193.

“É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, 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 fosse possível”⁵¹. (Grifos meus).

No entanto, o Ministro Gilmar Mendes foi o único a discernir sobre as vantagens e desvantagens da argumentação em prol do Reconhecimento jurídico por meio de princípios e por meio da analogia entre institutos, como é possível ver nos seguintes trechos:

“Como já destaquei anteriormente, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, **mas sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.**

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, a priori, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.185.

homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta lembrar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa⁵². (Grifos meus).

Após uma construção elaborada de como deve ser realizado o Reconhecimento jurídico com ênfase no respeito aos princípios constitucionais –, os quais, por uma interpretação sistemática da Constituição, com a colaboração do caput do artigo 5º da Carta Magna, permitem a integração das necessidades da população homossexual ao direito brasileiro –, o Ministro faz considerações sobre os prejuízos do exercício de equiparação de duas situações diferentes, visto que os efeitos jurídicos podem impactar diferentes esferas do direito, sem um controle prévio dos Ministros.

Contudo, ao realizar a crítica a esse tipo de argumento, o Ministro o fortalece, visto que esses pontos identificados por ele não foram expressados pelos outros Ministros, o que ensejaria uma lacuna argumentativa do STF sobre o assunto, o que poderia motivar recursos que dificultariam ainda mais a eficácia do direito constituído pela Suprema Corte.

Portanto, em relação ao ponto (II) de Reconhecimento jurídico, para ter-se melhor compreensão de como ele funciona e de como ele foi construído por toda a Corte, toma-se o voto do Gilmar Mendes como exemplo. Neste voto, o argumento está desenvolvido de modo a prever suas dificuldades de implementação e suas vantagens em razão do contexto social e político da época.

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.182.

III.III Desenvolvimento do Ponto (III) da Proteção Jurídica

O ponto (III) de Proteção já deve ter sido observado tanto no ponto (I) da Identificação quanto no ponto (II) de Reconhecimento jurídico. Isso ocorre porque (i) muitos Ministros, ao tomarem como pressuposto a identificação de vulnerabilidade da população LGBTQIA+ para o início de seus votos, já começaram a elaborar os argumentos com o viés de reconhecimento e proteção estatal, o qual foi apresentado pelo pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Ademais, pode-se ver a todo momento, até mesmo em julgamentos posteriores aos do caso da União Homoafetiva, que há uma sobreposição entre os pontos (II) e (III) de Reconhecimento jurídico e Proteção, o que é compreensível, pois esses dois pontos são interdependentes.

Ou seja, o Reconhecimento jurídico é parte importante para os efeitos jurídicos de proteção dada pelo Estado e a proteção é um efeito diretamente consequente, que advém logo em seguida ao Reconhecimento jurídico. Por isso, é razoável a conexão entre os dois pontos.

No entanto, o ponto (II) do Reconhecimento jurídico é visto pelos Ministros como uma obrigação estatal que não é cumprida por uma inércia do Legislativo sobre o assunto. Em decorrência disso, deve ser implementada pelo Supremo, visto que, em caso de a Corte deixar para o Legislativo regular sobre o tema, a lacuna legislativa, a ausência de uma resposta do Estado, a inexistência da proteção estatal continuará vigente por muito mais tempo. Logo, segundo os Ministros, é dever deles assegurar essa proteção para que as atitudes discriminatórias contra a população LGBTQIA+ cessem e para que o STF não coadune com a discriminação indireta cometida pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, como exemplificam os trechos abaixo do voto do Ministro Gilmar Mendes:

“É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí,

certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo”⁵³.

“Por isso, essa questão da proteção por um modelo institucional de garantia de direitos fundamentais básicos é aqui extremamente relevante, à semelhança do que foi esse exemplo da regulamentação do divórcio”⁵⁴.

O raciocínio desenvolvido pelos Ministros coloca esse dever de proteção estatal da população homossexual do país. Esse dever advém de uma garantia de direitos fundamentais, os quais, se não são provenientes de uma legislação devido à inércia do Legislativo, devem ser providos pela Corte Suprema, para que a população diretamente afetada não continue sofrendo com a violência social.

III.IV Desenvolvimento do Ponto (IV) da Igualdade material

Todo o raciocínio desenvolvido pelos Ministros tem por trás o ideal da Igualdade material protegido pela Constituição, no caput do artigo 5º⁵⁵. Esse ideal, por sua vez, é explicitado pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello. No entanto, os pontos que esses Ministros explicitam estão presentes, de modo implícito, nos argumentos de todos, visto que o ideal da Igualdade material está muito presente, principalmente, nos pontos (II) do Reconhecimento jurídico e (III) da Proteção Jurídica, tanto por meio de princípios quanto por meio da analogia de institutos. Isto porque o reconhecimento dos direitos da minoria é elaborado a partir da ideia de que esses direitos não são considerados de modo igualitário a outros direitos do ordenamento.

Ou seja, os Ministros identificam que o reconhecimento jurídico e a consequente proteção estatal têm como intuito o tratamento igualitário da minoria com a maioria, que já é protegida pelo Estado. Desse modo, a Igualdade material não precisa, necessariamente, estar presente explicitamente nos argumentos dos

⁵³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.182.

⁵⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.183.

⁵⁵Art. 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: (...).

Ministros, já que ela é a base fundamental para a construção dos pontos (II) e (III) de Reconhecimento jurídico e Proteção jurídica.

Os trechos explícitos encontrados no acórdão sobre a Igualdade material são os seguintes:

“Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas”⁵⁶.

“Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as pôr em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades”⁵⁷.

“Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um”⁵⁸.

“Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos

⁵⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.61.

⁵⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.66.

⁵⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.94.

fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação⁵⁹.

“Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva⁶⁰.

Parte IV

Impacto da lógica argumentativa do caso da União Homoafetiva sobre julgados posteriores

IV.I Caso do benefício previdenciário para casais homoafetivos (Recurso Extraordinário 477.554-MG, Relator Min. Celso de Mello, julgamento dia 1º de julho de 2011)

A análise desse caso também é de fundamental importância em virtude de ter sido julgado no dia 25.07.2011, ou seja, apenas dois meses depois do julgamento do

⁵⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.119.

⁶⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j.05/05/2011, p.229.

caso da União Homoafetiva (julgado no dia 05.05.2011). Assim, trata-se de mais uma situação na qual o STF se deparou com a discriminação por orientação sexual e teve o dever de julgar logo em seguida a um precedente muito importante para a Corte, tanto em questão de ônus argumentativo, como em questão de cobrança social.

Ao analisar o acórdão, pode-se observar que a decisão anterior, da União Homoafetiva, teve bastante influência, uma vez que, primeiro, há várias referências acerca da maneira como o STF lidou com a discriminação por orientação sexual; e, segundo, porque a linha de raciocínio adotada pela Corte no caso paradigma também está presente neste caso.

Em relação às referências, elas são observadas nos seguintes trechos:

“E, ao fazê-lo, observo, desde logo, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento, ao **apreciar a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF**, ambas de relatoria do eminente Ministro AYRES BRITTO (...).⁶¹ (Grifos meus).

“Cabe registrar, finalmente, que **os precedentes a que me referi no início desta decisão (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF)** refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva **proteção às minorias**”.⁶² (Grifos meus).

À vista dessas referências, podemos observar que o Ministro Celso de Mello se utiliza delas para diminuir seu ônus argumentativo. Ou seja, o Ministro se utiliza da força normativa do precedente, em outras palavras, “importa” o raciocínio do julgado anterior, para revelar o entendimento jurisprudencial da instituição. Essas referências indicam a relevância do caso paradigma para a Corte e reforçam a segurança jurídica que o julgamento da União Homoafetiva trouxe tanto para a jurisprudência do STF quanto para a própria sociedade, que já sabe o que esperar

⁶¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.2.

⁶²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.14.

do Supremo quando um caso de discriminação por orientação sexual chegar até os Ministros.

Contudo, analisando com base no raciocínio seguido pelo STF, de primeiro fazer a identificação da situação discriminatória; segundo, realizar o reconhecimento do direito da minoria; e terceiro, assegurar a Proteção jurídica desse direito, realizando esse exercício a partir do rompimento do princípio da Isonomia, para assegurar seu restabelecimento, podemos depreender que, na decisão, estão presentes pontos que se assemelham a essa lógica argumentativa.

Em relação ao primeiro ponto, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, apresenta fundamentos que permitem identificar a situação de vulnerabilidade da população LGBTQIA+. A argumentação do Ministro se estrutura a partir da indicação de que a "orientação sexual" não dever ser um fator de discriminação, como é possível observar nos seguintes trechos, principalmente no primeiro:

"Ao assim decidir a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que **ninguém**, absolutamente ninguém, **pode ser privado de direitos** nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica **por motivo de sua orientação sexual**".⁶³ (Grifos meus).

"Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que **os julgamentos desta Corte Suprema**, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão**".⁶⁴ (Grifos meus).

O Ministro assegura o entendimento da Corte sobre a possibilidade de se identificar uma situação discriminatória contra uma população vulnerável. E, para isso, defende que a "orientação sexual", por não poder ser um fator de

⁶³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.3.

⁶⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.15

discriminação, deve ser reconhecida como um aspecto capaz de assegurar a proteção estatal necessária para frear qualquer agressão contra a população minoritária.

Desse modo, após a identificação da circunstância de discriminação por "orientação sexual", o Ministro argumenta a favor do Reconhecimento jurídico do direito da minoria de não sofrer qualquer forma de violência. Nessa argumentação, o Ministro utiliza como instrumento os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade. Estes instrumentos, por sua vez, possibilitam a construção de uma segurança jurídica do reconhecimento de que o direito da minoria, do caso concreto, está de acordo com outros direitos do ordenamento. Essa percepção é apresentada pelo trecho:

"Vale referir, tal como eu próprio já o fizera em decisão anterior (ADI 3.300-MC/DF), que **o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito**, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares".⁶⁵ (Grifos meus).

"Já enfatizei, em anteriores decisões, que **o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade,**

⁶⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.4.

do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade".⁶⁶ (Grifos meus).

Ademais, é de clara compreensão que o Ministro se utiliza de igual argumentação do caso paradigma, como mostra o seguinte trecho:

"E, ao fazê-lo, observo, desde logo, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento, ao **apreciar a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF**, ambas de relatoria do eminente Ministro AYRES BRITTO proferiu decisão em que **reconheceu, como entidade familiar, a união entre pessoas do mesmo sexo**, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, **além de também haver proclamado, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros na união estável entre pessoas do mesmo sexo** (Informativo/STF nº 625)".⁶⁷ (Grifos meus).

"Desse modo, **a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade (...)**".⁶⁸ (Grifos meus).

"Isso significa que **a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugalidades**

⁶⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.8.

⁶⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.2.

⁶⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.6.

homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, **hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais**".⁶⁹ (Grifos meus).

Desse modo, pode-se perceber que, além de se utilizar de princípios constitucionais para assegurar o Reconhecimento jurídico do direito da minoria, o Ministro também usa a argumentação de analogia de dois institutos jurídicos semelhantes, sendo aquele instituto reconhecido no caso concreto e outro já existente no ordenamento.

No entanto, um argumento relevante que se apresenta nesse julgado é o fato de o Ministro Celso de Mello, assim como o fez na decisão do caso paradigma da União Homossexual, utilizar-se, como instrumento para assegurar o Reconhecimento jurídico do direito da população LGBTQIA+, do direito à felicidade, como apresenta o seguinte trecho do seu voto:

"Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, IV), que **o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza**, presente o contexto em exame, **o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar**".⁷⁰ (Grifos meus).

Esse argumento se apresenta como relevante, pelo fato de, no julgamento do caso da União Homoafetiva, o Ministro Celso de Mello ser o único ao utilizar o Direito à felicidade como instrumento para o Reconhecimento jurídico do direito da minoria. Logo, o fato de o Ministro utilizar esse argumento mais uma vez revela

⁶⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.6.

⁷⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.11.

a constância na sua fundamentação e oferece segurança acerca de como o Ministro argumentará em casos futuros que lidam com o mesmo tema.

Dessa forma, juntamente com a fase de Reconhecimento jurídico do direito da minoria, o Ministro Celso de Mello já argumenta a favor da Proteção jurídica desse direito. Segundo ele, seguindo o mesmo raciocínio do caso paradigma, há a necessidade de o ordenamento jurídico, a partir do reconhecimento feito, assegurar a Proteção jurídica da minoria, para que cessem as ocorrências de atitudes discriminatórias ou para que, pelo menos, a minoria tenha um 'refúgio' caso esses comportamentos ocorram. O Ministro afirma em vários momentos que um dos papéis da Corte consiste em garantir essa proteção, atuando de modo contramajoritário num contexto em que a sociedade e o próprio Congresso continuam omissos à realidade fática das uniões homoafetivas.

Nesse sentido, como é possível depreender dos seguintes trechos:

"Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional"⁷¹.

"Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-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**, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República"⁷². (Grifos meus).

⁷¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011, p.16.

⁷²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. AgR no RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011, p.16.

O Ministro explicita a mesma preocupação que já havia sido apresentada no caso paradigma sobre a segurança que o direito brasileiro pode conceder para a minoria afetada pelas atitudes discriminatórias.

É importante também ressaltar que, assim como no caso da União Homoafetiva, novamente, o Ministro Celso de Mello utiliza bastante o princípio da Isonomia, colocando em evidência a necessidade de uma igual Proteção jurídica para os homossexuais, a fim de se assegurar a Igualdade material entre essa população e o resto da sociedade. Isso é possível ser observado no seguinte trecho:

“Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e 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”.⁷³ (Grifos meus).

Assim, pode-se perceber que, no presente julgado, o Ministro percorre todo o raciocínio desenvolvido no caso da União Homoafetiva, mostrando que essa lógica argumentativa foi muito pertinente para o tribunal lidar no futuro com casos parecidos.

Essa mesma análise foi realizada com os seguintes casos, todos tratando da percepção do benefício da pensão IV.III por morte para casais homoafetivos:

- Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554- MG, Relator Min. Celso de Mello, julgamento dia 16 de agosto de 2011.
- Recurso Extraordinário 607.562- PE, Relator Min. Luiz Fux, julgamento dia 25 de novembro de 2011.
- Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.562- PE, Relator Min. Luiz Fux, julgamento dia 18 de setembro de 2012.
- Recurso Extraordinário 687.432-MG, Relator Min. Luiz Fux, julgamento dia 8 de agosto de 2012.

⁷³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. AgR no RE 477.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011, p.3.

- Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 687.432-MG, Relator Min. Luiz Fux, julgamento dia 18 de setembro de 2012.

A conclusão a que se chegou tanto no Recurso Extraordinário 477.554- MG, já analisado nesse capítulo, quanto nestes outros cinco casos, foi exatamente a mesma. Inclusive, especificamente no caso do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 687.432-MG, o Ministro Relator Luiz Fux não chega sequer a fazer uma articulação de argumentos, limitando-se a utilizar ementas e outros trechos dos julgados anteriores.

O fato de o Ministro Luiz Fux apenas “copiar e colar” trechos de precedentes demonstra como estes já estão consolidados, haja vista que, se no começo os Ministros ainda têm o esforço de argumentar de acordo com o caso paradigma, com o passar dos julgados, o caso da União Homoafetiva se consolida de tal forma que somente é necessário citá-lo na decisão. Logo, em todos esses cinco analisados, o caso da União Homoafetiva teve um impacto no sentido da *modus decidendi* dos Ministros.

IV.II Inquérito contra o parlamentar Marco Feliciano (Inquérito 3.590-DF, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento dia 12 de agosto de 2014)

Nesse julgado, há uma mudança relevante no entendimento do STF perante uma situação de discriminação por orientação sexual. O raciocínio desenvolvido pelos Ministros nesse caso é totalmente diferente da forma como argumentaram no caso paradigma da União Homoafetiva. Isto porque, apesar de a situação tratar de uma discriminação por orientação sexual, os Ministros a identificaram tão somente como uma conduta moralmente reprimível. Além disso, não houve o Reconhecimento jurídico de uma categoria de discriminação da orientação sexual e, por conseguinte, não houve proteção dos direitos da minoria afetada, devido à ausência de uma “lei prévia”. Isso ocorre, provavelmente, por se tratar de um inquérito penal.

É importante ressaltar do que o caso trata. O parlamentar Marco Antônio Feliciano publicou em sua conta no Twitter a seguinte frase: “A *podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição*”. Esta afirmação, claramente e como afirmado pela Procuradoria da República do Estado

de São Paulo, induz à discriminação dos homossexuais em virtude da orientação sexual.

No entanto, os Ministros não identificam uma situação de discriminação por orientação sexual, em virtude de no art. 20 da Lei 7.716/1989⁷⁴- que foi utilizado pela Denúncia da Procuradoria de São Paulo - não conter, explicitamente o crime de discriminação por orientação sexual, mas somente por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Ou seja, diferentemente do julgamento da União Homoafetiva, no qual os Ministros se utilizaram da expressão "*quaisquer outras formas de discriminação*" do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, para a identificação de uma violência discriminatória, no presente caso, do Inquérito contra Marco Feliciano, os Ministros focaram sua atenção somente para a literalidade do art. 20 da Lei 7.716/89, conforme relatado no trecho do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator):

"Procede a defesa no que articula a atipicidade. **Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual**⁷⁵. **Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã.** O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal - inciso XXXIX do artigo 5º".⁷⁶ (Grifos meus).

Pode-se argumentar que a situação fática desse caso é diferente da relativa ao caso da União Homoafetiva, em virtude de o presente caso tratar de um recebimento de denúncia, de acordo com os parâmetros dos arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal, enquanto o outro se relacionava com o Direito de

⁷⁴ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

⁷⁵O termo "opção sexual" utilizado pelo Ministro Marco Aurélio, o Relator do caso, é entendido como "orientação sexual", até mesmo porque, pela literatura sobre Direitos LGBTQIA+, este segundo termo é o mais adequado.

⁷⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inquérito 3.590/DF, Rel. Min.Marco Aurélio, j. 12/08/2014, p.6.

Família. Entretanto, a utilização do argumento da “ausência de lei anterior que definisse a discriminação por orientação sexual” parece aproximar os dois casos.

Afinal, no caso da União Homoafetiva também não havia uma lei anterior que se considera a união estável ou entidade familiar homoafetiva como um instituto jurídico passível de proteção estatal e os Ministros fizeram uma interpretação extensiva para incluir o critério de “orientação sexual” no artigo 3º, inciso IV, da Constituição. Isto é, no caso da União Homoafetiva os Ministros fazem o esforço de reconhecer a situação de violência que a comunidade LGBTQIA+ sofre e, conseqüentemente, tentam encontrar um instituto jurídico capaz de proteger a situação de vulnerabilidade dessa população, argumentando que a ausência de uma lei sobre o fato é um desrespeito às normas de direitos humanos e aos princípios constitucionais. Logo, para a Proteção jurídica (Ponto III), os Ministros superam o argumento da ausência de lei e de que o STF estaria legislando no lugar do Congresso Nacional.

Porém, no caso do Inquérito contra o parlamentar Marco Feliciano, os Ministros não ultrapassam o argumento da ausência de lei prévia, respeitando o princípio da legalidade do Direito Penal. O raciocínio desenvolvido no acórdão do caso paradigma encontra um obstáculo para ser aplicado, qual seja, a falta de norma anterior, que impede os Ministros de, até mesmo, começarem a desenvolverem o ponto (I) da lógica-argumentativa, que é a identificação da situação fática de discriminação por orientação sexual.

Existem, no entanto, dois argumentos possíveis de serem utilizados em defesa da maneira como os juízes lidaram com o presente caso. Um deles consiste no entendimento de que, na esfera penal, o princípio segundo o qual “não há crime sem lei anterior” deve ser levado à risca pelos Ministros, impossibilitando-os de legislar sobre essa esfera do Direito brasileiro. O outro argumento seria no sentido de que, no caso do inquérito, os Ministros tiveram que fazer uma ponderação entre dois princípios constitucionais: o princípio da liberdade de expressão e o da dignidade da pessoa humana.

Pode-se considerar que o argumento sobre o princípio do Direito Penal de que “não há crime sem lei anterior” não deveria ser aplicado ao caso pelos Ministros, visto que, se eles seguissem o entendimento predominante no caso da ADPF 132 e ADI 4.277, com o exercício da identificação da situação discriminatória (ponto I), o Reconhecimento jurídico do direito da minoria (ponto II) e sua conseqüente proteção estatal (ponto III), os Ministros compreenderiam a

necessidade desse raciocínio para o caso, até porque a discriminação tratada é de modo mais direto, violador de direitos⁷⁷. Ou seja, como a violência apreciada no caso em questão é mais grave, acredita-se que os Ministros deveriam ter utilizado uma argumentação que enfatizasse a necessidade de garantias maiores à população afetada pela publicação de Marco Feliciano. Em decorrência disso, considera-se que os Ministros deveriam, pelo menos, ter sugerido a adequação do art. 20 da Lei 7.716/89 pelo Congresso, ou, ter utilizado o art. 3º, inciso IV, da Constituição (que foi aplicado no caso paradigmático) para argumentar a favor do recebimento da Denúncia, mesmo que esta norma não tenha sido referida na Acusação.

Quanto à realização de ponderação entre princípios constitucionais, no caso, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, destacam-se os seguintes trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

“Eu me lembro sempre de uma passagem do Freud, que dizia que por trás de toda interdição existe um desejo, portanto acho que essas são manifestações extremamente problemáticas do ponto de vista do seu conteúdo. **Acho que é um comentário preconceituoso, é um comentário de mau gosto e extremamente infeliz.**

Porém, penso também que a liberdade de expressão não existe para proteger apenas aquilo que seja humanista, aquilo que seja de bom gosto ou aquilo que seja inspirado. Na frase feliz de Rosa de Luxemburgo, **a liberdade de expressão é aquela que protege os nossos adversários, é aquela que protege quem pensa diferentemente de nós**”.⁷⁸ (Grifo meus).

“**Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio**, de hate speech, como observou a Doutora Deborah Duprat. **Mas a verdade é que**

⁷⁷Entende-se aqui que, apesar de não existir a tipificação do crime contra a discriminação por orientação sexual, como está disposto no artigo 20 da Lei 7.716/89 (“Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”), a atitude do Parlamentar deveria ser englobada como uma prática de discriminação *suis generis*.

⁷⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inquérito 3.590/DF, Rel. Min.Marco Aurélio, j. 12/08/2014, p.7.

essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional”.⁷⁹ (Grifos meus).

Considera-se que a decisão a favor da liberdade de expressão é incoerente, tendo em vista o precedente referente ao caso da União Homoafetiva. Esta incoerência decorre principalmente do uso que foi dado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana naquele caso, como uma maneira de reconhecer o direito da minoria e sua Proteção jurídica (Pontos II e III). Em outras palavras, no caso da União Homoafetiva, o princípio da dignidade humana parecia, pelos argumentos dos Ministros, pertencedor de um valor jurídico insuperável, com alta carga normativa, em relação aos outros princípios constitucionais. Ademais, esse princípio foi o fundamento dado pelos Ministros para a aceitação da categoria de discriminação “orientação sexual” e a consequente proteção jurídica da minoria reconhecida como vulnerável, mesmo sem expressa previsão legal. Portanto, o STF, ao decidir pela prevalência do princípio da liberdade de expressão, parece entrar em contradição com seu julgado paradigma anterior e com todos aqueles que seguiram seu raciocínio.

A única parte da decisão do Inquérito contra o parlamentar Marco Feliciano que utiliza o raciocínio seguido pelo caso paradigma da União Homoafetiva é a apresentada pelo voto do Ministro Luiz Fux no seguinte trecho:

“Então, talvez seja muito importante deixar explícito, em primeiro lugar, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar legitimação da união homoafetiva, entendeu que a homoafetividade é um perfil, é um traço da personalidade, e que, portanto, ela não poderia trazer nenhum discrimine ao Princípio da Isonomia, **de sorte que essa fala infeliz do parlamentar, ao mesmo tempo, ultraja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Isonomia, conforme ficou assente na ratio decidendi da nossa conclusão sobre a legitimidade das uniões homoafetivas**”.⁸⁰ (Grifos meus).

⁷⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inquérito 3.590/DF, Rel. Min.Marco Aurélio, j. 12/08/2014, p.8.

⁸⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inquérito 3.590/DF, Rel. Min.Marco Aurélio, j. 12/08/2014, p.10.

O Ministro chega a apresentar a lógica de restabelecimento de um *status quo* isonômico entre as partes, que foi rompido pela atitude discriminatória de uma delas, assim como foi mostrado no caso paradigma, na tentativa de trazer de volta a Igualdade material entre o agressor e a vítima.

Todavia, o restante da argumentação desenvolvida no caso mostra uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸¹ em casos referentes à discriminação por orientação sexual, tanto por concluir que não houve uma situação discriminatória, devido à ausência de lei nesse sentido, quanto por desconsiderar o valor normativo dado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

IV.III Caso do crime de pederastia (ADI 291, Relator Min. Roberto Barroso, julgamento dia 28 de outubro de 2015)

O caso do Crime de Pederastia, julgado quatro anos após o caso da União Homoafetiva, revela como a lógica argumentativa dos juízes se desenvolveu ao ponto de se solidificar nos precedentes seguintes. Isto é, o termo “orientação sexual”, diferentemente do que ocorre no caso da União Homoafetiva, já é usado pelos Ministros como uma categoria de discriminação da qual incidem normas de direitos humanos e/ou princípios constitucionais, sem necessariamente passar por uma argumentação exaustiva.

Isso é depreendido pela primeira afirmação no acórdão, que diz:

“Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e **discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados**”.⁸² (Grifos meus)

⁸¹Não houve voto contrário neste caso.

⁸²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 291/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, p.1.

Nela se observa que (i) há a identificação de uma categoria de comportamento proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro; (ii) há a explícita referência ao reconhecimento de um direito da minoria por meio da categoria de discriminação “orientação sexual”, a qual identifica a situação de vulnerabilidade do grupo afetado. E, por fim, (iii) a afirmação já esclarece que a categoria abarca o *direito à liberdade, como a liberdade existencial do indivíduo*.

Outro exemplo claro de como o raciocínio argumentativo está presente no modo como os Ministros lidam com casos de discriminação por orientação sexual é mostrado pelo seguinte trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o Relator do caso:

“De resto, em precedente recente e histórico, o Supremo Tribunal Federal **reconheceu a impossibilidade de discriminações com base na orientação sexual, por reconhecê-la como uma projeção da liberdade e da dignidade do indivíduo**. Assim, o Tribunal conferiu proteção jurídica às uniões estáveis homoafetivas (...).”⁸³ (Grifos meus).

Pode-se observar, neste trecho, que o Barroso ao expressar que “O STF reconheceu a impossibilidade de discriminações com base na orientação sexual” evidencia o processo em que o conceito de discriminação colaborou para a identificação de uma situação de violência contra um grupo minoritário. E ao afirmar que “(...) por reconhecê-la (a orientação sexual) como uma projeção da liberdade e da dignidade do indivíduo”, explicita que o termo “orientação sexual” tornou-se uma categoria de discriminação sobre o qual direitos como o da liberdade e da dignidade do indivíduo incidem, de modo a assegurar a Proteção jurídica da minoria afetada.

Além disso, há uma peculiaridade neste presente caso em relação ao modo como os Ministros garantem a Proteção jurídica à categoria selecionada, que também foi apontada no próprio caso paradigma e nos julgados anteriores ao do Crime de Pederastia, como é possível depreender no seguinte trecho:

⁸³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 291/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, p.36.

“Essa forma de enunciar e descrever o tipo, com esses substantivos peculiares, revela uma discriminação à liberdade sexual nas relações homoafetivas que, todavia, **já teve sua proteção garantida e tutelada por esta Corte ao lhe reconhecer o status de entidade familiar quando presentes os requisitos para tanto (...)**”.⁸⁴ (Grifos meus).

Essa Proteção jurídica foi assegurada por um precedente da Corte, com a analogia a uma mesma Proteção jurídica feita a favor do instituto jurídico da “entidade familiar”. Ou seja, diferentemente do caso da União Homoafetiva, em que a Proteção jurídica foi realizada por meio do rol de direitos humanos e/ ou princípios constitucionais, no caso do Crime de Pederastia, há presente o argumento dos Ministros de assegurar a Proteção jurídica por meio de um entendimento já consolidado na Corte sobre a situação fática de discriminação por orientação sexual. Além disso, há também a tentativa de os Ministros elevarem a condição do instituto jurídico da “entidade familiar homoafetiva” para o mesmo patamar de proteção do instituto da “entidade familiar heteroafetiva”. Isto, por sua vez, mostra como há um ônus argumentativo menor nesse caso para o exercício de promover a custódia jurídica para os casos de discriminação por orientação sexual.

Outro exemplo da permanência do raciocínio constituído na ADPF 132 no caso do Crime de Pederastia está presente no seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

“Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o **reconhecimento**, que emerge do quadro das liberdades públicas, **de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório (ou punitivo), a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não**, que integram a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, **a esta Suprema Corte**, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de

⁸⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 291/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, p.59.

tratamento discriminatório, **velar pela integridade dessa proclamação**, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, **ao proferir este julgamento** – que já se mostra impregnado de densa significação histórica –, **estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação**, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática”.⁸⁵ (Grifos meus).

Neste trecho é possível perceber que o Ministro faz a identificação de uma atitude discriminatória por parte do Estado brasileiro, ao constatar uma conduta proibida pelo ordenamento cometida por autoridades estatais. Logo depois, o Ministro constata a necessidade de uma Proteção jurídica que deve ser realizada pelo trabalho da Corte em enquadrar a situação concreta analisada aos direitos humanos e/ou princípios constitucionais “da liberdade, da igualdade e da não discriminação”.

Por fim, um último exemplo está presente no trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

“Justamente, a aplicação prática do art. 235 do CPM o transforma em um instrumento de criminalização e discriminação de uma determinada opção sexual, **de modo a violar a isonomia**”.⁸⁶ (Grifos meus).

Nele podemos depreender que ainda está presente na argumentação dos Ministros a tentativa de restituir uma situação isonômica entre as partes, com o intuito de assegurar a Igualdade material entre elas. Este é um dos pontos mais importantes da argumentação presente no caso da União Homoafetiva e que se apresenta no caso do Crime de Pederastia também, visto que, todo o raciocínio desenvolvido no caso paradigma é elaborado com esta finalidade: a busca pelo respeito ao princípio isonômico, sendo que a primeira categorização de uma

⁸⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 291/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, p.79.

⁸⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 291/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, p.42.

conduta proibida já parte de uma análise do rompimento de uma relação igual entre os envolvidos.

Dessa forma, este trecho mostra que os Ministros, também no caso do Crime de Pederastia, partem do mesmo tópico do caso paradigma: a análise de uma atitude que descumpra com o respeito à Isonomia. E argumentam juridicamente sobre o fato com o anseio de restabelecer essa relação isonômica anteriormente presente, sendo este o ponto final do raciocínio.

Parte VI

Considerações Finais

Em primeiro lugar, antes de iniciar a pesquisa, havia a percepção de que os votos dos Ministros, assim como geralmente vemos, seriam de onze ilhas, em que cada um abordaria o assunto de modo muito diferente do outro e chegariam em uma única conclusão, porém com caminhos argumentativos totalmente distintos. No entanto, depois de realizada a pesquisa, depreendeu-se que esse não foi o *modus decidendi* dos Ministros. Houve a percepção de que os Ministros seguiram a mesma linha de raciocínio, argumentando de modo bastante parecido, como se, antes de votarem, os Ministros conversassem sobre o assunto, sobre como decidiriam. Logo, de modo muito inesperado, foi possível identificar a *ratio decidendi* do caso, já que, diferentemente de muitas outras decisões do Supremo, em que vemos nitidamente as onze ilhas, sem comunicação e sem seguirem um único pensamento, no caso da União Homoafetiva, os argumentos eram muito parecidos.

Em segundo lugar, a hipótese de que a tese formulada no caso da União Homoafetiva constituiu um modelo argumentativo para os julgados posteriores que envolvem o mesmo tema foi comprovada. Isso porque, em todas as outras decisões posteriores a 2011 (data de julgamento do caso da união Homoafetiva), além de mencionarem esse precedente, utilizaram-se de seus argumentos para fundamentar as decisões. Além disso, percebeu-se que havia uma compreensão de todo o Tribunal da importância de seguir-se a jurisprudência consolidada sobre o assunto da discriminação por orientação sexual. Ou seja, é possível depreender que o julgamento da União Homoafetiva proporcionou um modo de pensar, uma lógica argumentativa sobre o modo como deve ser encarado, pelo STF, casos de discriminação por orientação sexual. Por isso, a maioria dos julgados selecionados

e analisados têm decisões muito parecidas, com a distinção somente do caso do Inquérito contra o parlamentar Marco Feliciano.

Por fim, em terceiro lugar, com a análise do caso da União Homoafetiva a partir do viés da doutrina atual sobre o Direito da Antidiscriminação, podemos compreender que muitas vezes os Ministros seguem o que a doutrina evidencia como pertinente a ser analisado por um jurista, principalmente em relação ao uso dos Direitos Fundamentais para consolidar a Igualdade material entre o agressor e as vítimas atingidas. Isso, de modo muito explícito, é apresentado a todo momento pelos Ministros, de forma a esclarecer uma interpretação sistemática tanto do artigo 5º da Constituição, quanto dos princípios constitucionais advindos de outros artigos importantes.

No entanto, de acordo com a doutrina, não houve nos votos dos Ministros, interpretação extensiva do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, por meio da qual seria possível entender que os critérios proibitivos de discriminação seriam flexíveis, não fixos. Isso é perceptível pelo fato de os Ministros se utilizarem bastante da interpretação da categoria "sexo" como a capaz de englobar a categoria "orientação sexual", o que, pelo viés da doutrina está equivocado, porque "sexo" é muito diferente de "orientação sexual".

Contudo, pode-se depreender, sem o viés da doutrina, que os Ministros, por mais que não declarem explicitamente que consideram o artigo 3º, inciso IV da Constituição como uma norma passível de interpretação extensiva, na prática e no resultado final, é isso que eles fazem. Desse modo, pode-se concluir que deveria existir um maior esforço dos Ministros para explicar que estão fazendo uma interpretação extensiva do artigo 3º, inciso IV da CF.

E, além disso, os Ministros se utilizam muito da interpretação da expressão: "quaisquer outras formas de discriminação" do artigo 3º, inciso IV da Constituição, acreditando que essa expressão permitiria a inclusão da categoria da "orientação sexual" como um critério proibitivo. Porém, isso não é realizado de modo evidente, no sentido de os Ministros esclarecem como estão incluindo a categoria de "orientação sexual" ao ordenamento. Em outras palavras, depreende-se da análise dos votos que havia margem para que os argumentos dos Ministros fossem aprofundados com a utilização de conceitos doutrinários.

Ainda assim, a conclusão é de que o Supremo possui um modelo decisório para lidar com casos de discriminação por orientação sexual e isso pode indicar que em casos futuros sobre o mesmo tema o STF irá utilizar o mesmo *modus*

decidendi. À vista disso, a presente pesquisa também abre caminho para que seja realizada uma análise de como é o *modus decidendi* do Supremo em relação a julgados que tratem de outras formas de discriminação, por exemplo, a de gênero, a racial, a de idade, etc, identificando as especificidades de cada caso de discriminação, igualando-se ou diferenciando-se uns dos outros.