

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

José de Queiroz Ferreira Filho

**O ATIVISMO JUDICIAL, O CASAMENTO HOMOAFETIVO E A
OMISSÃO LEGISLATIVA: UMA CONQUISTA DA MINORIA SEM O
RESPALDO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

RECIFE

2019

JOSÉ DE QUEIROZ FERREIRA FILHO

**O ATIVISMO JUDICIAL, O CASAMENTO HOMOAFETIVO E A OMISSÃO
LEGISLATIVA: UMA CONQUISTA DA MINORIA SEM O RESPALDO DA
SEGURANÇA JURÍDICA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias

RECIFE

2019

JOSÉ DE QUEIROZ FERREIRA FILHO

O ATIVISMO JUDICIAL, O CASAMENTO HOMOAFETIVO E A OMISSÃO LEGISLATIVA: UMA CONQUISTA DA MINORIA SEM O RESPALDO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias - UFPE
(Orientador)

Nome do Professor

Nome do Professor

Nome do Professor

AGRADECIMENTOS

Pela conclusão desta Monografia, agradeço, especialmente, à minha esposa Alzira Maria, que me deu apoio fundamental durante o curso de Bacharelado em Direito na FDR, sabendo dividir comigo as angústias do dia a dia, no que diz respeito à grande ajuda na conciliação de minhas atividades profissionais, estudantis e como pai de família, apoiando-me incondicionalmente. Agradeço aos meus filhos Bruno e Ana Beatriz, pelo amor e carinho diários, pois é por eles que luto a cada dia. Agradeço a Deus por me guiar sempre em busca dos objetivos assumidos, e por me mostrar os melhores caminhos a trilhar.

Agradeço ao Professor Alexandre da Maia, pois mesmo diante de tantas orientações de alunos excelentes, gentilmente me aceitou como orientando e contribuiu decisivamente para a elaboração deste estudo, seja com suas brilhantes aulas, seja com os comentários e sugestões acerca do desenvolvimento do trabalho.

Agradeço aos amigos que fiz durante o meu curso de Direito na FDR, sem citar nomes, pois todos contribuíram decididamente para que minha visão sobre a atividade jurídica cada vez mais se alargasse e me fizesse enxergar a importância do Direito para a melhoria da vida das pessoas e para a pacificação social, através do acesso à justiça.

Sem a contribuição dessas e de tantas outras pessoas este trabalho de conclusão de curso não teria sido concluído. Muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo tem por escopo, demonstrar a análise do casamento homoafetivo à luz do ordenamento jurídico nacional (constituição, leis e resolução do Conselho Nacional de Justiça-CNJ) e internacional (direito comparado), da doutrina, e da jurisprudência pátria, através de pesquisa bibliográfica, com foco especial no estudo do ativismo judicial acerca do assunto, em face da omissão legislativa em regulamentar o tema, o qual é tão importante nos dias atuais, no que diz respeito ao surgimento das famílias plurais, em especial, as formadas pelos casais homoafetivos. A Constituição de 1988 veio a assegurar em seu bojo textual, notadamente em seu Art. 5º, um rol não taxativo de direitos fundamentais, consagrados de forma nunca antes vista em outra constituição do país. Em seu Art. 226, deixa bem claro que a finalidade do casamento civil é a proteção da família, mas a mesma é taxativa ao se referir aos termos “homem” e “mulher”. De forma proativa, por intermédio de uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, com efeito vinculante, referente ao julgamento da ADI 4277 e a ADPF 132, que reconheceu a união estável para pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme ao Artigo 1723 do CC, o CNJ editou em 14 de maio de 2013, a Resolução 175, obrigando as autoridades competentes, a habilitarem e celebrarem o casamento, ou seja, os cartórios a emitirem a certidão e o juiz de paz a celebrar o instituto, não cabendo recusa. Porém, apesar da edição da Resolução 175, conforme interpretação dada pelo STF à Constituição e ao CC/2002, fica patente a falta de aceitação do casamento homoafetivo por muitos, seja no seio jurídico, através da negativa de magistrados e promotores, seja fora dele, através de opiniões políticas e de indivíduos em geral da sociedade. Observando-se o cenário posto, busca-se a partir da análise ao tema, inferir que se faz necessário a legalização do casamento homoafetivo através do processo legislativo, ressaltando-se a garantia da segurança jurídica, em face dos novos acontecimentos ocorridos no Brasil, como as recentes mudanças nos rumos da política nacional, a partir de 2019, que trouxe de volta ao poder, uma ala política de extrema direita, contrária aos anseios das minorias e mantenedora dos ideais conservadores e reacionários aos direitos de grupos minoritários, entre os quais, a comunidade LGBTQI.

Palavras-chave: Direitos sexuais, Direito de família, Direito Constitucional, Cidadania Sexual, Ativismo Judicial, Efeito Vinculante, Segurança Jurídica.

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto, demostrar el análisis del matrimonio homoafetivo a la luz del ordenamiento jurídico nacional (constitución, leyes y resolución del CNJ) e internacional (derecho comparado), de la doctrina, y de la jurisprudencia patria, a través de la investigación bibliográfica, en particular en el estudio del activismo judicial sobre el asunto, frente a la omisión legislativa en reglamentar el tema, el cual es tan importante en los días actuales, en lo que se refiere al surgimiento de las familias plurales, en especial, a las formadas por las parejas homoafectivas. La Constitución de 1988 vino a asegurar en su bozo textual, notadamente en su Art. 5, un rol no taxativo de derechos fundamentales, consagrados de forma nunca antes vista en otra constitución del país. En su Art. 226, deja bien claro que la finalidad del matrimonio civil es la protección de la familia, pero la misma es taxativa al referirse a los términos "hombre" y "mujer". En el marco de una jurisprudencia del STF, con efecto vinculante, referente al juicio de la ADI 4277 y la ADPF 132, que reconoció la unión estable para personas del mismo sexo, dando interpretación conforme al artículo 1723 del CC, el CNJ editó, el 14 de mayo de 2013, la Resolución 175, obligando a las autoridades competentes, a habilitar y celebrar el matrimonio, es decir, a las oficinas que expidan el certificado y al juez de paz a celebrar el instituto, sin que se rechace. Sin embargo, a pesar de la edición de la Resolución 175, según la interpretación dada por el STF a la Constitución y al CC / 2002, queda patente la falta de aceptación del matrimonio homoafetivo por muchos, ya sea en el seno jurídico, a través de la negativa de magistrados y fiscales, sea fuera de él a través de opiniones políticas y de individuos en general de la sociedad.

En el caso de que se produzca un cambio en la calidad de vida de la población, se debe tener en cuenta que, como los recientes cambios en los rumbos de la política nacional, a partir de 2019, que trajo de vuelta al poder, un ala política de extrema derecha, contraria a los anhelos de las minorías y mantenedor de los ideales conservadores y reaccionarios a los derechos de grupos minoritarios, entre los cuales, la comunidad LGBTQI

Palabras clave: Derechos sexuales, Derecho de familia, Derecho constitucional, matrimonio homoafetivo, ciudadanía sexual, activismo judicial, efecto vinculante, seguridad jurídica.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 08 |
| 2. DESENVOLVIMENTO | 12 |
| 2.1 A família: Um breve conceito jurídico..... | 12 |
| 2.2 O casamento homoafetivo frente à legislação brasileira..... | 15 |
| 2.3 A luta pela conquista do direito ao casamento homoafetivo sufocada pelo ativismo judicial..... | 17 |
| 2.4 A Resolução do CNJ e as mudanças no atual cenário político nacional as quais ensejam perigo à decisão obtida através do ativismo judicial..... | 18 |
| 2.5 A decisão do STF em controle concentrado constitucional referente ao julgamento da ADPF 132 e da ADI4277 gerou efeito vinculante e eficácia <i>erga omnes</i> . Até quando?..... | 22 |
| 2.6 A união civil e o casamento homoafetivo no direito comparado..... | 26 |
| 2.7 Cenários de avanços na consecução do direito ao casamento homoafetivo e a timidez do legislativo frente à ala partidária conservadora..... | 32 |
| 2.8 A Resolução 175 do CNJ e a legalidade constitucional do Conselho Nacional de Justiça na emissão de normas que venham a vincular o Judiciário e outros poderes ao cumprimento de seu comando..... | 33 |
| 2.9 O Casamento homoafetivo através da Resolução 175 do CNJ e a atuação do Ministério Público no Direito de Família..... | 38 |
| 2.10 A mudança na Legislação brasileira como corolário na manutenção de direitos conquistados, consubstanciando a almejada segurança jurídica no casamento homoafetivo | 42 |
| 3. CONCLUSÃO | 46 |
| REFERÊNCIAS | 51 |

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é tornar perceptível a necessidade de se posicionar o casamento homoafetivo, através de alterações na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, como garantia de não violação futura ao direito adquirido, tendo em vista que sua possibilidade de aplicação decorreu de jurisprudência do STF, ao julgar a ADPF 132 e a ADI 4277, consubstanciada pela Resolução 175 do CNJ, a qual não vincula ao cumprimento o Ministério Público e o próprio Judiciário, dado que são instituições independentes, podendo decidir então de forma restrita frente às demandas da comunidade homoafetiva.

Um segundo objetivo do presente estudo é demonstrar que a causa relativa ao casamento homoafetivo não está de todo resolvida, tendo em vista a falta de segurança jurídica, pois o direito ao casamento homoafetivo foi adquirido através de simples Resolução do CNJ, a qual não vincula o Ministério Público nem o Judiciário, e demonstra claramente a falta de manifestação do legislativo e das camadas participantes das ações em prol dos direitos LGBTQI, inserindo uma decisão unilateral do Judiciário em conceder a união e o casamento homoafetivo, sem discussão com os atores e público alvo de tais garantias.

Faz-se preciso inferir, que a referida Resolução, se observadas as regras de controle de constitucionalidade adotadas pelo Brasil, apresenta, a princípio, uma certa inconstitucionalidade formal orgânica, visto que há ausência de competência legislativa nesse ato, inclusive, de acordo com nossa Lei Maior, há a determinação para o CNJ, apenas o previsto no Artigo 103-B, § 4º: "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.". Conforme o explanado, a competência do CNJ limita-se a atividades meramente administrativas do Poder Judiciário.

Como podemos analisar o porquê das pessoas de mesmo sexo pretenderem se unir através de uma instituição milenar recalcada num padrão conservador, de influência judaico cristã, onde inicialmente o exercício da sexualidade estava estritamente ligado ao interesse social da possibilidade procriativa e a continuidade da família? Como podemos entender o porquê das pessoas homossexuais ainda ansiarem por um reconhecimento de direito a um instituto onde há hoje em dia, um exacerbado perfil patriarcal, patrimonial, hierárquico, verticalizado e heterossexual?

Para as perguntas, temos uma resposta, que podemos anotar como sendo o entendimento de que, mesmo com todo o preconceito existente, o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução para se constituir essencialmente num espaço de

companheirismo e de camaradagem, trazendo à relação um chamariz diferenciado, o do sexo recreativo sobre o reprodutivo, onde o amor entre as pessoas deva prevalecer, traço especial conferido pelo afeto.

Com a promulgação da Carta Magna Brasileira em 1988, desde então, há uma preocupação com a igualdade, cidadania e dignidade de todos os indivíduos.

Consoante a esse pensamento, existe a primazia para que se configure uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Entretanto, quando se trata dos direitos dos homossexuais, parece que esses princípios muitas vezes não são observados, por diversas questões ideológicas ainda remanescentes numa sociedade construída sob a base patriarcalista e estruturada em preconceitos dos mais extremados, contra as mulheres, idosos, crianças e adolescentes, indígenas e sobretudo, perante a minoria LGBTQ.

Exemplo desse preconceito vê-se com os institutos da união estável e do casamento, no ramo do Direito de Família. Perante tudo isso, a legislação não abarca os casais homossexuais nos referidos institutos familiares, devendo eles, sempre recorrerem ao judiciário, na esperança de serem acolhidos por tais estruturas jurídicas, através do princípio de acesso à justiça, e com isso, ver seus direitos garantidos.

O que os casais homoafetivos desejam é sobretudo ver seus direitos à liberdade sexual garantidos com base na união entre os casais, e por consequência a garantia também de seus direitos de família existentes em nossa legislação, que trata do casamento heteroafetivo, e por consequência, as garantias existentes nos institutos que tratam da dissolução dos vínculos matrimoniais, herança, alimentos, etc. Porém, esse direito ao casamento nunca foi reconhecido por nosso ordenamento jurídico. Alguns doutrinadores viam uma brecha em Constituição ao se falar numa suposta conversão da união estável em casamento, pois, como dispõe o Art. 226, §3º da Constituição Federal, se entende que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Todavia, cabia discutir se através do reconhecimento das uniões estáveis entre os gays, mesmo que somente na esfera jurídica, pelas jurisprudências, podiam ser convertidas em casamento. Era pertinente discutir a ideia de que, se a suposta diversidade de sexos, que foi colocada na Carta Magna, é somente um rol exemplificativo de união estável, ou se é taxativo, daí não podendo utilizar-se da analogia para julgar as ações declaratórias de reconhecimento de união entre homossexuais e, como consequência, ser negado o casamento homoafetivo.

Toda essa discussão veio a ser amenizada, quando em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal veio a julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, reconhecendo a união estável para pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme ao Artigo 1723 do CC, onde tais ações visavam obter o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em julgamento histórico, a Suprema Corte brasileira reconheceu o conceito ampliado do termo "família", com base no princípio constitucional da igualdade.

O STF, após o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, veio a entender que os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, estão em consonância com a união entre pessoas do mesmo sexo, não havendo motivos para a vedação para tal, e, portanto, não havia afronta aos princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar, pelo contrário, a decisão veio incluir estas pessoas no seio da família plural, igualando-se, portanto seus direitos e deveres aos das famílias heteroafetivas:

Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel **contramajoritário** e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos¹

No relatório, expôs o Ministro relator Carlos Ayres Britto, que o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, então, frente a omissão do Legislativo, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita

¹ SUPREMO

TRIBUNAL

FEDERAL.

Disponível

em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Assim sendo os casais homoafetivos passaram a realizar uma declaração de união estável e registrar em cartório, o que seria equivalente ao casamento, conforme preconiza nossa Constituição Federal. Porém, nem todos os cartórios dos Estados da Federação passaram a admitir a possibilidade de assentamentos do casamento homoafetivo, apenas 13 Estados se mostraram favorável ao entendimento, isso fez com que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se manifestasse, e no dia 14 de maio de 2013, emitisse a Resolução 175, obrigando as autoridades competentes a habilitarem e celebrarem o casamento, ou seja, os cartórios a emitirem a certidão e o juiz de paz a celebrar, não cabendo recusa.

Posto isto, o direito ao casamento homoafetivo decorre de uma uniformização de regras para os cartórios e juízes de paz, assim sendo, o procedimento está adstrito às regras do CNJ e não da lei em seu sentido estrito, pois tanto o Ministério Público, quanto o Judiciário podem entender de forma diferente, quanto ao assunto, dependendo do caso concreto.

O nosso Código Civil rege o processo de habilitação para casamento, e segundo o ar. 1.527, após Oficial receber a documentação exigida por lei, deve obrigatoriamente encaminhar ao Ministério Público, para que o mesmo proceda com o parecer.

Acontece que o *Parquet* não se vincula à Resolução 175 do CNJ, e pode entender de modo distinto, pois é órgão independente. Não há hierarquia entre ambos. Pode entender o Promotor de forma restritiva quanto ao casamento homoafetivo.

Assim como o Promotor, o Juiz de Direito é independente, também não está vinculado à decisão administrativa expedida pelo CNJ e pode dar uma interpretação restritiva à decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277.

Essa independência frente à Resolução do CNJ é assim explicitada pelo Professor Fábio Konder Comparato²:

[...] dizem-se independentes os magistrados, quando não há subordinação hierárquica entre eles, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição. Com efeito, ao contrário da forma como é estruturada a administração pública, os magistrados não dão nem recebem ordens, uns dos outros.

² COMPARATO, Fábio Konder. **O poder do judiciário no regime democrático**. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008

Conforme os pontos apresentados vislumbra-se que o ativismo judiciário foi mola propulsora para que os casais gays conseguissem o direito de celebrar a união homoafetiva e sua conversão em casamento. Porém, essa decisão não se consubstancia em força cogente para os órgãos que promovem à justiça em nosso país, no caso o Judiciário e Ministério Público. Eles são independentes e não estão presos hierarquicamente à Resolução 175 do CNJ.

Faz-se necessário a consolidação do casamento homoafetivo através de decisão vinculante do STF sobre o tema, ou então, criação de lei ordinária, que venha a modificar o que se dispõe em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a modificação do Código Civil, em seus Arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, além de nova redação ao Art. 216, em seus Parágrafos 1º, 2º e 3º, através de Emenda Constitucional, face a insegurança jurídica dessa Resolução em manter os direitos dos casais homoafetivos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 – Família um breve conceito jurídico.

O ser humano tem a necessidade constante de se agrupar, assim o faz para que possa ter o desenvolvimento pleno. Nessa sua busca pela felicidade, procura parceiros para que, juntos, possam formar uma instituição maior, ao que denominamos de família.

Para que venhamos a analisar juridicamente a evolução do conceito de família, temos que nos ater também à sua evolução histórica, tendo em vista, de que não podemos esquecer que se trata de uma estrutura milenar, existindo bem antes da sociedade organizada como temos nos moldes atuais.

Como uma entidade histórica, a família evolui assim como a própria sociedade, se amoldando aos momentos em que se insere, seja político, econômico, social e cultural, e sua evolução se confunde com a evolução dessa mesma sociedade.

Assim definido, podemos ensejar que a família evolui de acordo com o momento social, e esse perfil evolutivo se define pelo caráter de relacionamento existente entre os membros da família, em especial, entre homem e mulher, que tradição consagra como os que vêm a encabeçar cada núcleo familiar, numa concepção da época, porém, tal conceitualização não se sustenta nos dias atuais.

É importante arguir que, para que possamos adentrar o tema de discussão de validade do casamento homoafetivo através da Resolução 175, teremos que abordar também o conceito de família, para que venhamos a entender os rumos que a sociedade toma e nos impulsiona a

modificar entendimentos tidos como verdades absolutas e imutáveis. É de suma importância pensar o Direito andando lado a lado com as mudanças que ocorrem na sociedade, pois é através dele que estas novas relações serão reguladas.

A família enquanto instituição teve início com o fim das Ordenações Filipinas, herança da legislação portuguesa ainda da época colonial, através do Código Civil de 1916, do final do século XIX, e que ainda traduzia o rigor de uma sociedade colonial e escravocrata, e que legitimava a dominação do homem perante a mulher, enquanto cônjuges. O diploma foi finalizado em 1899, momento em que o país estava entrando numa era republicana, sendo então o primeiro Código Civil do Brasil.

O Código Civil de 1916, conhecido como Código de Beviláqua era patriarcalista, o onde dispunha que o homem devia ostentar a responsabilidade de mantenedor econômico, social, religioso e político da família, restando à mulher a submissão ao varão, às regras impostas pela sociedade da época. Portanto, a união da família girava em torno do pai, que garantia a subsistência do grupo. A mulher por sua vez, era a administradora do lar, mas não possuía voz ativa dentro do núcleo familiar, cabendo-lhe apenas a criação e educação dos filhos³.

De acordo ainda com a vigência da legislação da época, a família possuía uma finalidade patrimonial e somente a família matrimonializada possuía valor jurídico. Por sua vez, as uniões de caráter convivencial, não oficiais, não eram consideradas pelo ordenamento jurídico à época do Código Civil de 1916, mas, por óbvio existiam pessoas convivendo como marido e mulher sem terem casado. A sociedade naquela época era extremamente preconceituosa e conservadora, portanto, essas pessoas estavam sujeitas a toda sorte de discriminações.

O rompimento com a ordem institucionalizada na época se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que proporcionou mudanças de entendimento do conceito de família, instituto tido como a base da sociedade. Assim como frisado anteriormente, o conceito de família vai se modificando e se moldando às modificações sociais, assumindo diferentes valores e funções, sendo um fenômeno em permanente mudança e evolução.

A partir desse íterim, nossa Carta Magna de 1988 veio a iniciar um novo momento para a instituição família. Desta feita, na linha de evolução da sociedade, os valores que

³ GIMENES, Carolina Rodrigues. **A Constitucionalidade do Casamento Homoafetivo**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014

passaram a nortear o Direito de Família foram a Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, inc. III, CF/88), a Solidariedade Social e a Erradicação da Pobreza (Art. 3º, CR/88) e a Igualdade Substancial (Arts. 3º e 5º, CR/88).

Nesse novo contexto, tendo como marco de partida a Carta de 1988, muitas leis especiais foram criadas no intuito de garantir direitos, as quais diziam respeito a separação judicial e ao divórcio, leis relativas a União Estável conferindo aos companheiros direitos a alimentos, a meação e a herança, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, a normatização do reconhecimento do filhos havidos fora do casamento, lei 8.560/92, dentre outras.

Na contra mão da legislação civil do Código de 1916, a Constituição Federal de 1988 veio instituir um modelo de família fundado em princípios como a igualdade, a solidariedade, e da tão almejada dignidade da pessoa humana, o que resulta numa concessão especial ao Direito de Família, vindo inclusive a lhe conceder um Capítulo reservado, conforme visto no Capítulo VII do Título VIII.

É bom ainda frisar, nossa lei fundamental de 1988 conferiu preferência à unidade familiar formada pelo casamento (uma vez que estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento)⁴, contudo não marginalizou outras formas de família, igualmente dignas de tutela jurídica. Assim, a família pode ser inclusive aquela proveniente do casamento, além de outras como a formada por união estável, nos termos do Art. 226, §3º, CR/88. A família matrimonializada passou a não ser mais o único tipo de família tutelada pelo Direito.

Ainda analisando a evolução histórico-jurídica da família, chegamos agora ao Código Civil de 2002, promulgado em 10 de janeiro de 2002. Esta nova legislação que revogou o patriarcalista e atrasado Código Civil de 1916, veio a enterrar de vez tal poder baseado no poder do patriarcado, possibilitando em suas redações textuais a dissolução da sociedade conjugal por meio da separação e do divórcio; pela adoção, sem qualquer distinção entre os filhos biológicos e os adotados; pela regulamentação da união estável, bem como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações concubinas.

Assim sendo, podemos verificar que o *novel* diploma civil, em consonância com os preceitos irradiados pela Constituição Federal de 1988, trouxe à tona diversas modalidades de família: A família matrimonializada, formada pelo casamento, a família monoparental,

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1303

formada por apenas um dos genitores, a família anaparental, formada sem qualquer dos genitores, como por exemplo aquela constituída apenas pelos irmãos ou pelos tios e sobrinhos, a família mosaico, aquela formada pelos genitores guardiões, os novos cônjuges ou companheiros, bem como os filhos de um ou de outro ou ambos, a família convivencial por exemplo, a União Estável.

Observamos que todas essas modalidades de família são, em verdade, gêneros da espécie chamada família democrática. Que pressupõe justamente essa pluralidade de estruturas, sem previsão de hierarquia entre elas, tendo em vista que todas cumprem a finalidades a que se propõem: assistência mútua e solidariedade, sem papéis definidos por hierarquia.

Uma coisa há de ser observada: o afeto é formador de quase todas as famílias citadas, onde, nenhuma espécie de vínculo pode ser deixada de lado. Assim, depreende-se do ordenamento jurídico pátrio, em especial da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que o afeto, embora não expresso, transcendeu a figura de elemento ou origem da família, e se tornou um valor inerente às relações familiares e deve ser encarada como um princípio que se irradia por todo o Direito de Família⁵.

A partir dessa análise, podemos definir que a instituição família se adaptou às mudanças sociais, evoluindo do sistema patriarcal ao conceito de família democrática utilizado na atualidade, o que, conseqüentemente, vem a admitir que as famílias homoafetivas possam fazer parte desse momento de nossa história, em se tratando de Direito de Família.

2.2 O Casamento Homoafetivo frente à legislação brasileira

A Carta Magna de 1988 veio a assegurar em seu bojo textual, notadamente em seu Art. 5º, um rol não taxativo de direitos fundamentais, consagrados de forma nunca antes vista em outra constituição do país.

Contudo, somente no ano de 2013 foi assegurado às pessoas do mesmo sexo o direito de se unirem pelo casamento civil, através da Resolução 175 do CNJ, conforme anteriormente exposto. Tendo em vista que o princípio da igualdade veda quaisquer tipos de discriminações,

⁵ GIMENES, Carolina Rodrigues. **A Constitucionalidade do Casamento Homoafetivo**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014

seja por origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras (artigo 3º, inciso IV do da Lei Maior), tem-se por inconstitucional qualquer tipo de afronta ao dispositivo.

Antes, porém, da edição da Resolução 175, o STF já havia decidido a respeito do cabimento da união homoafetiva, no entanto, tendo em vista que o próprio STF não era unânime naquela decisão (dado os votos em contrário), nem todos os Estados aceitavam essa declaração de união estável como sendo válida, haja vista apenas 13 Estados da federação aceitaram realizar e equiparavam ao casamento essa união, via-se a clara insegurança quanto à manutenção daqueles direitos.

Passado esta fase, e buscando pacificar a controvérsia existente, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça emite a resolução nº 175, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, obrigando a todos os cartórios a realizarem o casamento homoafetivo. Essa resolução veio a reconhecer juridicamente a união estável entre a comunidade homoafetiva, inclusive, obrigando também a conversão da união estável em casamento.

Com isso houve uma vantagem, pois, podendo ser um casamento, pode-se também adotar o regime que melhor lhe interessar, seja da comunhão parcial de bens, da separação total ou da comunhão universal.

Essa medida veio a coagir os cartórios a realizarem os assentamentos, pois caso algum cartório se negasse a realizar o casamento homoafetivo, o casal podia procurar o Ministério Público ou o juiz corregedor, os quais irão obrigar o cartório que negasse o direito a realizar o casamento, sendo impostas também as medidas administrativas, baseadas em sanções.

Essa resolução teve muita aceitação na comunidade GLBTQI, com a realização de milhares de casamentos no Brasil, porém na contramão, atualmente já começam a surgir os primeiros divórcios de casais homoafetivos, o que nada foge da normalidade.

Porém, novos questionamentos surgem: é necessário que haja lei definindo o casamento homoafetivo, ou basta a resolução do CNJ? Esse é o núcleo central desse projeto. Para que os direitos da comunidade homoafetiva possa ser de fato respeitado, se faz necessário a existência de uma lei que venha a introduzir o casamento homoafetivo, em seu sentido estrito, sendo uma criação de processo legislativo?

2.3 A luta pela conquista do direito ao casamento homoafetivo sufocada pelo ativismo judicial.

As lutas dos gays por seus direitos é histórica, e o casamento homoafetivo é uma delas, e o resultado final não poderia ter advindo de uma atitude isolada de uma Suprema Corte, que se diz *contramajoritária*, em oposição ao legislativo, pois essa se diz fruto do processo eletivo, e portanto se vale desse conceito para conceder “direitos”, tanto os faz às minorias quanto a maioria.

O problema é que a solução encontrada foi a saída jurisprudencial, e logo em seguida, sustentada por uma Resolução do CNJ, que conforme a própria Constituição, não possui força cogente frente a outros órgãos externos ao Judiciário, posto que o Conselho foi criado através da EC 45 para controle administrativo e financeiro do Judiciário, apenas editando normas internas em caráter de regulamentos autônomos.

O Art. 5º da Constituição, em seu caput, quando garante o direito à igualdade, o faz de maneira irrestrita, assegurando a todos, sem distinção, direitos e obrigações iguais. Conforme o parágrafo primeiro desse dispositivo, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, de maneira que não há que se falar em necessidade de regulamentação para tal norma. Entretanto, não é por isso que a decisão do CNJ amoldar-se-ia confortavelmente às determinações de legitimidade e competência previstas na Carta Magna, pois trata-se de matéria controversa em variados campos de decisão.

Assim sendo, como frisado anteriormente, há grandes divergências quanto ao tema em âmbito jurídico, não especificamente quanto ao aspecto do direito material em si, haja vista essa questão não deve sequer ser colocada em debate, visto a clareza do texto constitucional quanto à igualdade entre os indivíduos, mas sim com relação à competência e legitimidade do órgão da qual emana a decisão, no caso o Conselho Nacional de Justiça e, também, da própria forma como emana - resolução.

A Constituição de 1988, em seu artigo 2º, infere que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Para assegurar essa independência e harmonia entre os Poderes, a própria Constituição Federal delimita a área de atuação de cada um deles, de modo que um não viole a competência do outro. Verifica-se, no entanto, que ao Poder Legislativo foi atribuída a competência legisferante, através do artigo 22, inciso I, cumulado com Art. 48, *caput*, os quais, em suma,

estabelecem, respectivamente, ser competência privativa da União legislar sobre direito civil e, assim sendo, cabe ao Congresso Nacional dispor sobre essa matéria.

Essa atitude do CNJ deve-se ao fato da morosidade do Poder Legislativo em editar leis, tendo o Poder Judiciário, por vezes, através de um posicionamento proativo, chamado ativismo judicial, a se destacar frente à sociedade em situações das mais diversas demandas em todo país, sendo que estas ações para muitos, lhes é atribuído como usurpação. Nas lições de BARROSO⁶:

(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p.6).

Após essas considerações, fica patente que houve pouca mobilização social em prol da aprovação do casamento homoafetivo através de um processo legislativo, e a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e da ADIN4277 foi quem motivou a edição da Resolução 175.

O que podemos enxergar com isso? Que o direito concedido pode ter sido a título precário, pois apesar da decisão do STF, em sede de julgamento de ADI ter efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, uma nova decisão sobre o assunto de validade do casamento homoafetivo, pode afetar direitos adquiridos, pois havendo um novo entendimento, acarretaria também, um novo efeito vinculante e nova eficácia *erga omnes*.

2.4 A Resolução do CNJ e as mudanças no atual cenário político nacional as quais ensejam perigo à decisão obtida através do ativismo judicial.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Diálogo Jurídico, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf> Acesso em: 03 de julho 2016.

A edição da Resolução 175 foi um marco no direito brasileiro, pois conferiu ao grupo LGBTQI o direito ao casamento, e não apenas ao reconhecimento da união estável, conforme decisão do STF no julgamento das ações que legitimou o CNJ a editar o regulamento.

Ocorre que tal decisão em editar a Resolução para tratar do tema em apreço foi confrontada por vários setores da sociedade, posto que surgiram entendimentos contrários à criação do instrumento regulatório para tal fim, uma vez que um regulamento autônomo do CNJ, órgão criado apenas para administrar o Judiciário brasileiro, não poderia vincular todos os entes públicos ao seu cumprimento, uma vez que, apenas o Judiciário estaria sob sua égide.

De acordo com o dispositivo constitucional, há uma determinação taxativa dos órgãos do Poder Judiciário, dentre os quais, pela sua leitura, não se inserem os cartórios. Estes são instituições privadas que desempenham atividades jurídicas próprias do Estado, cuja prestação é transmitida aos particulares por meio de delegação, uma vez que há, neste caso, descentralização da atividade.

Diante de tudo isso, o PSC (Partido Social Cristão) impetrou uma ADI no STF - ADI 4966, cuja relatoria é do Ministro Gilmar Mendes -, alegando violação ao Art. 22, I e ao Art. 59, ambos da Constituição. Na petição, o PSC sustenta que inexistente qualquer fundamento jurídico que conceda ao CNJ o poder de "substituir-se à vontade geral do Poder Legislativo" meramente por atos regulamentares⁷.

Ao que parece, a referida resolução, se observadas as regras de controle de constitucionalidade adotadas pelo Brasil, apresenta, a princípio, uma certa inconstitucionalidade formal orgânica, visto que há ausência de competência legislativa nesse ato.

Podemos com isso inferir, que a decisão do CNJ prolatada através de resolução, a depender da situação política do Brasil, pode ser revista pela elite política conservadora e dominante a qualquer tempo. Apesar de nosso judiciário ao que parece ter sido favorável naquele momento ao casamento homoafetivo, devido ao cenário político que coadunava com o empoderamento de grupos minoritários, após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, vê-se que decisões das mais díspares são tomadas através de nossa Suprema Corte, o que, a

⁷ **PSC questiona novamente resolução sobre casamento entre homossexuais. Disponível em:** <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI180136,81042PSC+questiona+novamente+resolucao+sobre+casamento+entre+homossexuais>. Acesso em 21 de março de 2019.

depender da situação abordada, a depender dos interesses, muitos assuntos tidos como superados por decisões do STF poderão tomar novos rumos.

Vemos que nossos três Poderes nunca foram tão independentes e harmônicos quanto prevê nossa Constituição. Eles funcionam de maneira a confundir-se, pois legislam, exercem atos executivos e julgam de forma indiscriminada sob o manto da necessidade da discricionariedade dos atos administrativos. Porém, o que vemos é uma verdadeira interferência exagerada na competência dos poderes, e uma delas é o ativismo judicial. Porém, temos que procurar a motivação dessa ação por parte do Judiciário, e muitos doutrinadores alegam que se dá por falta de atividade ou omissão do Legislativo e do Executivo.

No caso específico do casamento homoafetivo, observa-se que há muito tempo os gays buscavam o direito ao instituto, agora de forma unilateral do Judiciário adquirida. Porém fica esse direito ameaçado por dois lados. De uma vertente observamos a falta de uma norma jurídica que venha a dar sustentabilidade ao direito adquirido através do ativismo judicial, visto que uma Resolução do CNJ não garante força cogente que venha submeter vários atores ao seu julgo. A saber, o próprio Judiciário não está diretamente subordinado ao CNJ, visto que não existe hierarquia no seio do Poder Judiciário e suas instâncias, mas sim respeito às competências. Por outro lado, o Ministério Público também não se submete ao controle do CNJ, sendo órgão independente constitucionalmente, podendo divergir do entendimento dado através da Resolução 175.

Outro ponto a ser abordado, diz respeito à resistência de nosso legislativo em assentir juridicamente a legalidade do casamento homoafetivo, visto que o assunto ainda rende muita discussão no mundo jurídico e de sobremaneira, na vertente conservadora de nossa elite política.

Como podemos observar ao longo da história, nossa política sempre se pautou por preservar no poder as elites oligárquicas e patriarcais, o que vem a prejudicar de maneira acintosa o acesso a direitos por parte das minorias, quando assim invocados. Isso se perfaz pela necessidade desses grupos detentores do poder de não permitir acesso a direitos que venham a fortalecer as camadas mais necessitadas, evitando-se que estas venham a sair de seu jugo, a sair de sua influência.

Assim posto, verifica-se no Brasil o fenômeno da dominação tradicional, insculpida por Max Weber, onde infere este ser o poder da tradição, da ordem social em sua mais pura forma, das instituições que perduram no tempo, sendo a sua forma mais pura o patriarcalismo,

nessa dominação quem manda é o senhor, e quem obedece é o súdito⁸. O senhor diferentemente do líder é deificado através do tempo, dos costumes, se o senhor vai de encontro com algum aspecto consuetudinário ele põe em risco sua posição, já que abala a fonte de sua legitimidade, a tradição.

É esse tipo de dominação que aparece, mesmo modernamente, na obra de Sérgio Buarque de Holanda ao retratar a sociedade brasileira, por exemplo. Por mais que vivêssemos à época um dito Estado de Direito, apresentávamos características fortes de um patriarcalismo; características essas, que, arrisco-me a dizer, ainda são evidentes em nossa cultura.

Isso assim definido, possibilitamos observar que as bancadas que compõem nosso Congresso Nacional representa justamente essa elite nacional, que se baseia no fenômeno da dominação tradicional e do patriarcalismo através de décadas de história. Essas elites tradicionais, que se estruturam nos costumes e tradicionalismos, são verificadas pela existência de poderes nas diversas esferas de dominação econômica, social e política de nossa sociedade, sendo constadas através das denominações pelas quais são conhecidas historicamente: bancada da Bíblia, bancada da Bala, bancada Ruralista, etc.

Muitas vezes há formação de blocos parlamentares apenas para ocupar espaços de poder na estrutura do legislativo (mesas e comissões permanentes), sem a menor afinidade programática ou ideológica, e que se desfazem logo após cumprirem essa função, leva à completa desmoralização do sistema partidário e eleitoral.

Após o considerado anteriormente, podemos enfatizar que tais grupos políticos, que são maioria nas casas legislativas, representam interesses das elites de poder no Brasil, o que vem a enfraquecer em grau considerável a luta das minorias, sobretudo do grupo LGBT.

É só lembrar-se do caso anteriormente mencionado, a respeito da ADI4966, impetrada pelo PSC (Partido Social Cristão), que faz parte da Bancada Evangélica, que visa tornar inconstitucional o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4966, ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC) em 30 de maio de 2013, tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, criada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sob alegação de que esta estaria fora da competência normativa do CNJ, violando o devido processo legislativo e a separação de poderes.

⁸ Os três tipos de dominação legítima de Max Weber. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25863/os-tres-tipos-de-dominacao-legitima-de-max-weber>. Acesso em 23 de março de 2019.

Segundo o PSC, ao dispor sobre a questão, o CNJ violou direito líquido e certo de todos os seus filiados, especialmente de seus 19 deputados federais e um senador, de discutir e votar a matéria no âmbito do Poder Legislativo. O partido pede liminar para suspender os efeitos da resolução e, no mérito, pede que sua vigência seja suspensa até que o Congresso Nacional delibere sobre a questão. A referida ADI 4966 ainda não foi julgada pelo STF, e tem como relator o Ministro Gilmar Mendes.

Acontece que há projetos de Lei existentes sobre a matéria no Congresso Nacional, visando a regulamentação do casamento homoafetivo, porém nenhum deles até os dias atuais foi votado, mostrando a faceta conservadora de nosso Legislativo sobre o tema, consoante à Resolução 175, fazendo com que o Judiciário viesse a se manifestar positivamente sobre a demanda, gerando direito aos casais gays que querem realizar seu casamento em cartório, em igualdade de direitos com os casais ditos heteroafetivos.

2.5 A decisão do STF em controle concentrado constitucional referente ao julgamento da ADPF 132 e da ADI4277 gerou efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Até quando?

É do Poder Judiciário a palavra final sobre a constitucionalidade de leis no Brasil. O Poder Executivo e o Legislativo detêm controles prévios à vigência da norma, como, por exemplo, veto jurídico presidencial, comissões temáticas. Uma vez em vigor, cabe aos Tribunais aferir se o ato normativo é ou não compatível com a Constituição Federal.

Para o exame de matéria e lei, o ordenamento jurídico admite duas vias de controle: difusa e concentrada. Todo órgão judicial exerce, dentro de sua competência, o controle difuso. Nessa via, o juiz deixa de aplicar lei que, no caso concreto, revela conteúdo incompatível com a regra constitucional. Nesse caso, questiona-se a compatibilidade de modo indireto, em face de uma situação particular, por meio de um incidente processual.

Já o controle concentrado se limita ao Supremo Tribunal Federal (STF) quando a norma paradigma é a Constituição Federal e aos Tribunais de Justiça Estaduais, quando a norma paradigma é a Constituição Estadual. Nele, verifica-se a constitucionalidade do texto legal em si, isto é, da norma em abstrato. A análise, portanto, independe de aplicação a um caso concreto.

Os tribunais só podem declarar inconstitucionalidade por voto da maioria absoluta do Plenário ou do seu Órgão Especial. Assim, o quórum no STF é de 6 dos 11 ministros. Trata-se da cláusula de reserva de Plenário.

Quatro dispositivos, previstos na CF e regulados em 1999, servem ao controle concentrado: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). As ADIs, ADCs e ADPFs, em especial, aceleram a solução de controvérsias constitucionais.

A decisão quanto a elas, comumente, anula o ato desde a criação (*ex tunc*), vale para todos (*erga omnes*) e vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública. As três também admitem modulação de efeitos, por dois terços dos votos.

Com ao menos 5,6 mil casos, a ADI é a ação mais usada. A ação pode ter como objeto lei ou ato normativo federal, estadual e emenda constitucional, bem como atos normativos primários, tais como regimento interno dos Tribunais e resoluções do CNJ. Pode-se contestar todo o conteúdo ou parte dele. Função oposta tem a ADC, que cobra posição do STF sobre o ajuste de norma federal à Constituição.

A ação pode ter como objeto lei ou ato normativo federal, estadual e emenda constitucional, bem como atos normativos primários, tais como regimento interno dos Tribunais e resoluções do CNJ. Pode-se contestar todo o conteúdo ou parte dele. Função oposta tem a ADC, que cobra posição do STF sobre o ajuste de norma federal à Constituição.

A intenção é resolver incerteza gerada por leituras diferentes entre Tribunais. Se a lei é julgada procedente, juízes não podem mais se negar a aplicá-la sob pretexto de que seria inconstitucional.

Com uso crescente, a ADPF tornou-se o segundo canal mais comum. A ação pode questionar o ato normativo apenas em face de preceitos tidos como essenciais à CF, o que reduz o alcance ante a ADI, apta a contestar qualquer ponto. Também só pode ser proposta caso a questão não se adeque a nenhum dos três outros dispositivos, conforme o princípio da subsidiariedade.

A ADPF é, ainda, o meio pelo qual o STF aprecia lei anterior à Constituição vigente e lei municipal de especial relevância e que afete valor fundamental⁹. Por sua vez, a ADO volta-se para o controle das omissões inconstitucionais, se a autoridade responsável pela edição do

⁹ CNJ **Serviço: como funciona o controle de constitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87799-cnj-servico-como-funciona-o-controle-de-constitucionalidade>> Acesso em 23 de março de 2019.

ato normativo prevista na Constituição deixa de elaborá-lo. O que enseja a ADO é a lesão à efetividade de norma constitucional¹⁰.

Posto que a decisão do CNJ em editar a Resolução 175 foi a decisão prolatada pelo STF a partir do julgamento da ADPF 132 e da ADI4277, a qual possui efeito vinculante para o judiciário e eficácia erga omnes, conforme voto do Ministro Celso de Melo:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da 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 reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

Ocorre que a Resolução 175 está sendo respeitada pelos juízes e cartórios, mesmo com críticas a respeito de sua validade jurídica e constitucionalidade por parte de alguns juristas, e pela ala conservadora da sociedade, nela incluída os partidos políticos de direita e a igreja.

O PSC (Partido Social Cristão) impetrou uma ADI no STF - ADI 4966, cuja relatoria é do Ministro Gilmar Mendes -, alegando violação ao Art. 22, I e ao Art. 59, ambos da Constituição, e a petição assim disserta¹¹.

Artigo 22. A inovação do CNJ no ordenamento jurídico, ao tratar de uma matéria estranha a sua competência, o que fatalmente extrapola os limites encartados na Constituição da República, indica ofensa ao postulado nuclear da separação dos poderes e de violação ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa, argumenta o PSC. Para a legenda, não há qualquer fundamento jurídico capaz de reconhecer como possível que o CNJ possa, mediante a expedição de atos regulamentares, na especificidade das resoluções, substituir-se à vontade geral do Poder Le

¹⁰ CNJ **Serviço: como funciona o controle de constitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87799-cnj-servico-como-funciona-o-controle-de-constitucionalidade>> Acesso em 24 de março de 2019.

¹¹ **Resolução do CNJ sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo é questionada.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240588>> Acesso em 25 de março de 2019.

Por seu turno, é imprescindível a sustentação dos direitos das minorias, em todo e qualquer momento histórico. A Resolução 175 veio a inovar e aumentar o poder de proteção do Estado à comunidade LGBTQI, posto que sua redação foi além da decisão do STF no julgamento da ADPF132, que estabelecia apenas o reconhecimento da união estável às pessoas de mesmo sexo, com reconhecimento de direitos em igual condições dos casais heteroafetivos.

Ocorre que, para podermos manter direitos conquistados se faz necessário uma proteção contra uma violação futura a tais direitos. Essa proteção está estabelecida na chamada segurança jurídica, a qual falta ao emanado pela Resolução 175, mesmo sabendo de sua importância atualmente.

Conforme antes frisado neste estudo, a ADI 4966 foi impetrada pelo PCS (Partido Social Cristão), em 06 de junho de 2013, e ao ser distribuída, recebeu a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Passados quase seis anos, a ADI 4966 ainda não foi julgada pelo STF.

Acontece que o Brasil passou por mudanças políticas importantes a partir do ano de 2019, com a ascensão ao poder de uma ala política reconhecidamente de extrema direita, conforme se auto intitulam, e muitas demonstrações de intolerâncias contra as minorias foram demonstradas, sobretudo no que confere aos direitos do grupo LGBTQI.

Isso fez com que as pessoas fossem atormentadas pela perda de direitos. Muitas casais homoafetivos se casaram às pressas no final de 2018 e início de 2019 para assim não perderem o direito conquistado pela resolução 175. De acordo com a Arpen (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo), em dezembro de 2017, foram 614 casamentos LGBT em todo o estado. Já em 2018, no mesmo período, o número quadruplicou: foram 2.600 uniões. Além disso, novembro e dezembro (meses seguintes à eleição de Jair Bolsonaro) foram os meses que tiveram mais casamentos LGBT durante todo o ano¹². Aliado a isso, soma-se a crise vivida por nosso Judiciário, sobretudo nossa Suprema Corte, a qual, em muitas vezes, têm suas decisões pautadas pelo convencionalismo do momento político de forma a se ajustar aos interesses dos poderes envolvidos, apesar de sua orientação contramajoritária e independente.

¹² **O amor como ato político: a onda de casamentos LGBT antes da posse de Bolsonaro.** Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-01-15/casamentos-lgbt-bolsonaro.html>> Acesso em 25 de março de 2019.

Um novo entendimento da Suprema Corte não pode ser afastado, apesar do posicionamento dos Ministros a respeito do teor contido no julgamento da ADPF132, posto que, o que será discutido diz respeito a validade jurídica da Resolução 175, enquanto norma cogente frente ao próprio judiciário e administração pública direta e indireta.

Após o julgamento da ADI 4966, e sendo a decisão desfavorável à constitucionalidade da Resolução 175, voltaremos ao estado inicial da decisão da ADPF 132 pelo STF, onde teríamos apenas o reconhecimento da união estável, posto que a decisão quanto a ADPF, ADI e ADO comumente anula o ato desde a criação (*ex tunc*), vale para todos (*erga omnes*) e vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Assim estipulado, não restaria outra alternativa senão a edição de Emenda Constitucional, visando dar nova redação ao Art. 226 da Constituição e a edição de lei visando a modificação dos artigos do Código Civil de 2002 que tratam propriamente da celebração e homologação do casamento, inserindo no seu texto as pessoas de mesmo sexo.

2.6 A união civil e o casamento homoafetivo no direito comparado

Após as devidas explanações anteriores, passamos a analisar os principais avanços e mecanismos jurídicos que estão sendo adotados ao redor do mundo no sentido de implementar a cidadania desta parcela vulnerável da população. Independentemente da cultura ou do grau de desenvolvimento econômico ou tecnológico de um povo, nele existirão homossexuais. E em praticamente todos os povos, em maior ou menor escala, essa parcela da população tem direitos negados em função de sua orientação sexual.

Como denota Maria Berenice Dias, os países podem ser classificados em três grandes grupos quanto ao tratamento jurídico deferido ao comportamento homossexual, em seus variados aspectos. Neste sentido, há os países repressores, que ainda criminalizam e punem duramente a conduta homossexual; os indiferentes, que, embora não punam, tampouco implementam medidas favoráveis à causa; e os avançados, que adotam deliberadamente ações afirmativas, conquanto em graus distintos, para a promoção de direitos relativos à população homossexual.

Assim como no Brasil, o casamento homoafetivo recebe fortes preconceitos e resistência sobre diversos prismas, porém, muitos países já reconhecem legalmente tais direitos do público gay, inclusive com a edição de leis regularizando os casamentos.

Historicamente falando, a trajetória dos direitos das relações homossexuais começou com a concessão do registro civil da união. A Dinamarca foi o primeiro país que veio a

reconhecer as relações homossexuais, quando em 1989 permitiu aos casais o registro da união civil, estendendo-lhes os mesmos direitos dos parceiros heterossexuais, inclusive com troca do nome¹³.

A Holanda em 1998 conferiu vários direitos sociais aos casais homoafetivos, culminando com a autorização ao casamento no ano de 2001. Já em agosto de 1993, a Noruega, assim como a Dinamarca, permitiu o registro civil das uniões homoafetivas, assegurando direitos semelhantes, mas não iguais aos casais heteroafetivos.

A Suécia foi pioneira, e em 1994, legalizou de fato o casamento homoafetivo, garantindo os mesmos direitos concedidos aos casais heteroafetivos, inclusive facultando-se o uso do sobrenome do parceiro. No mesmo ano, Israel admitiu as parcerias homossexuais, vindo o a regular através de legislação.

Em sentido positivo, no ano de 1996, Islândia, Hungria e Groenlândia vieram a aprovar leis que concederam à união homossexual os mesmo direitos das pessoas casadas.

No ano de 1999, a França instituiu o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), autorizando que duas pessoas do mesmo, ou diferentes sexos pudessem firmar contrato para organizar suas vidas em comum. O citado PACS acabou por se tornar um instrumento de verdadeira alternativa ao casamento.

Já na Finlândia, no ano de 2001, a legislação garantiu aos maiores de 18 anos o direito de registrar uniões de pessoas de mesmo sexo em cerimônias civis comparáveis ao casamento, porém sem a permissão para a adoção nem a utilização de mesmo sobrenome, porém, em caso de separação ou divórcio, os direitos concedidos aos pares heterossexuais são os mesmos garantidos aos pares homoafetivos.

Seguindo a linha histórica, a Alemanha, no mesmo ano de 2001, permitiu o registro das uniões homossexuais junto às autoridades civis, com o nome de “parceria de vida”. No entanto, ainda no ano de 2001, o Reino Unido criou o registro de parcerias de casais homossexuais, porém sem que fosse concedido os mesmos direitos legais de um casamento heterossexual.

Seguindo a cronologia, vemos que no ano de 2004, Luxemburgo e Andorra aprovaram a concessão de direitos aos parceiros homossexuais. No ano de 2005, a Nova Zelândia criou lei da união civil, direito que no ano de 2006 também foi reconhecido pela República Tcheca,

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 85.

que vinha garantir alguns direitos de família aos parceiros, como por exemplo, garantia de cobertura de planos de saúde, pensão em caso de morte, etc.

No território suíço, a lei advém do ano de 2007, sendo uma lei federal. Antes, os cantões de Genebra, Zurique e Neuchâtel as uniões homoafetivas eram protegidas por normas estaduais. Na Oceania, podemos destacar que a Austrália ainda não possui norma de aplicação nacional sobre parcerias registradas, entretanto podemos observar que nos estados da Tasmânia, Victoria, Queensland, New South Wales Australian Capital Territory e South Australia, casais de mesmo sexo podem registrar suas parcerias domésticas. Timidamente, no ano de 2008, o Parlamento australiano admitiu, na legislação federal, o reconhecimento aos casais homoafetivos os direitos em áreas fiscais, segurança social e cuidados de saúde.

Partindo para a realidade do reconhecimento da união e casamento homoafetivo na América do Sul, vemos que o Uruguai foi o primeiro país a legalizar a união homoafetiva no ano de 2008, vindo em 2013 a sacramentar a aprovação do casamento em 2013. Já no Equador a Constituição de 2008 reconheceu a união homoafetiva. No Chile, a partir de 2015, apenas se reconheceu as uniões civis entre os casais de mesmo sexo.

No Brasil, por muito tempo houve completo silêncio a respeito da consolidação do reconhecimento da união estável e do casamento entre as pessoas de mesmo sexo. Inicialmente, no ano de 1995, foi proposto um Projeto de Lei da autoria da então deputada federal Marta Suplicy, que propunha a tímida regulamentação de parcerias civis registradas.

Tal projeto ficou por muito tempo parado, sem pauta para ser votado, ficando, portanto defasado pelo tempo, chegando portanto a ser arquivado posteriormente. Tal arquivamento se deu, além de motivos políticos conservadores, ao fato de tal Projeto de Lei não corresponder mais aos anseios da comunidade LGBTI.

A partir desse contexto, da ausência da ação do legislador em conferir o direito ao reconhecimento da união e casamento homoafetivo, restou ao Judiciário a garantia de tais direitos civis.

O casamento civil entre as pessoas homoafetivas, inicialmente foi aprovado na Holanda, em 2001, através de lei, com iguais direitos e consequências jurídicas do casamento heterossexual. Nesse país, a lei facultou transformar as uniões em casamento, como também, o casamento ser convertido em uma parceria. Em seguida, em 2003, veio à Bélgica a autorizar o casamento homoafetivo. Já em 2005, o Tribunal Constitucional da África do Sul concedeu ao Parlamento o prazo de um ano para que o casamento entre as pessoas de mesmo sexo fosse reconhecido como legal. No mesmo ano, Espanha e Canadá fizeram o mesmo.

Seguindo a linha do tempo, em 2009, entrou em vigor na Noruega e na Suécia, a lei que admitia o casamento entre pessoas de mesmo sexo. No ano seguinte, em 2010, outro país nórdico, a Islândia tomou o mesmo caminho, reconhecendo também o casamento homoafetivo. Em 2010, na América do Norte e Europa, México e Portugal vieram a aprovar o casamento homoafetivo. No mesmo ano na América do Sul, a Argentina seguiu o mesmo caminho. No ano de 2013, o Uruguai, que já havia reconhecido a união civil entre as pessoas de mesmo sexo, veio a legalizar o casamento entre elas.

Enfim, chegamos a situação brasileira, onde de forma tênue e a luz de decisões judiciais, o Brasil reconheceu através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o casamento homoafetivo, tal decisão baseada no entendimento do STF, quando, através do julgamento em 05 de maio de 2011, da ADI 4277 e da ADPF 132, veio a reconhecer a união estável para pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme ao artigo 1723 do CC.

Portanto, na América do Sul, apenas Argentina e Uruguai tem o reconhecimento do casamento homoafetivo consolidado através de lei. O Brasil reconheceu tal direito a duras penas, somente através do Judiciário. Esses três países são os únicos no continente a reconhecer o casamento entre as pessoas de mesmo sexo, em iguais condições aos casais heteroafetivos.

Como pudemos observar, não há avanços rápidos, os países caminham gradualmente para o reconhecimento de efeitos jurídicos e para a tutela das uniões homossexuais, indo desde a negativa de direitos – passando pela viabilização de mecanismos de registro de uniões estáveis – até a própria permissão para o casamento.

A análise que se faz, justifica-se por trazer à baila os avanços que tem sido perpetrado pelo mundo afora, a fim de arejar a discussão no Brasil e, porventura, oferecer subsídios para que o país possa dar melhor solução à problemática dos direitos oriundos do casamento homoafetivo, pois mesmo dispondo a Resolução 175 do CNJ que o casamento homoafetivo não poderá ser negado às pessoas que o demandarem, vislumbra-se que a norma que o regulamenta no Brasil, para muitos juristas não seria a norma cabível, sendo necessária a normatização sob o crivo do legislativo, no que se refere à criação de lei que regulamente o casamento homoafetivo, modificando-se a Constituição e o Código Civil.

Ao se propor tal adequação jurídica, verifica-se a necessidade de consolidar segurança jurídica às relações homoafetivas, evitando-se que por uma decisão do STF a curto ou longo prazo, venha a modificar o entendimento da Suprema Corte sobre a legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, haja vista que a decisão prolata quando do julgamento da ADI

4277 e da ADPF 132 gerou efeito vinculante, mas que tal situação só perdurará até que não se tenha um novo entendimento.

Vivemos momentos de tensão, onde os poderes constituídos estão em crise, e nesses momentos conturbados politicamente e ideologicamente se abre brecha para novos posicionamentos por parte de nosso judiciário, o qual por muitas vezes se posiciona politicamente frente a algumas demandas de outros poderes, deixando de seguir entendimentos consagrados na esfera de sua competência e tomando outros rumos através de novas interpretações sobre casos e fatos jurídicos antes decididos.

Em 17 de maio de 1990, a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença pela Organização Mundial da Saúde. A data passou a representar um verdadeiro marco para a população LGBT, tornando-se o Dia Internacional do Combate à Homofobia e símbolo das lutas pelos direitos humanos.

No Brasil, como já tratado em diversos pontos deste trabalho, foi aprovada em 2013 a resolução 175 pelo CNJ, que obriga os cartórios de todo o território nacional a celebrar o casamento civil e a converter a união estável homoafetiva em casamento. A união estável já havia sido liberada em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas ainda não era efetiva em todo o País.

Após um ano depois da aprovação, em 2014, já foi registrado um aumento de 31,2% na realização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nesse mesmo ano, as uniões homoafetivas representaram 0,4% do total de casamentos feitos no País – vale lembrar que os dados sobre casamentos LGBT vêm sendo levantados pelo IBGE há apenas dois anos.

Recentemente, no início de abril de 2016, a Colômbia também aprovou a união entre casais do mesmo sexo. A medida é um dos avanços sociais mais importantes do país depois da aprovação, em novembro de 2015, da adoção por cônjuges homossexuais. A Colômbia é o quarto país da América Latina a tomar essa decisão, depois de Argentina, Brasil e Uruguai.

O primeiro país do mundo a legalizar o casamento gay, assim como o divórcio e o direito de adoção de crianças por esses casais, foi a Holanda, em dezembro de 2000. Em junho do ano passado, foi a vez dos EUA aprovarem a legalização, tornando-se o 22º país do mundo a tomar a decisão. Antes disso, alguns Estados americanos já reconheciam casamentos gays como sendo legais, como no caso de Washington, porém outros resistiam em legalizar os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, até que em 26 de junho de 2015 a decisão da

Suprema Corte americana aprovou por cinco votos a quatro a legalidade do casamento homoafetivo, tornando-o legal em todos os 50 estados americanos.

É válido salientar que em muitos destes países o direito das uniões e casamentos são provenientes da adoção de leis que regulam tais institutos, enquanto que em outra parte, é advindo de decisões do judiciário, através do ativismo judicial, impondo determinações aos estados e instituições a fim de realizarem a efetivação dos direitos relativos às demandas em estudo.

Podemos observar que gradualmente os países vêm adotando uma postura defensiva dos direitos das pessoas gays em sintonia com o que se propõe o princípio universal da igualdade entre as pessoas, porém, nem todos seguem na mesma linha, existindo estados que adotam posturas intolerantes quanto às uniões e casamento homoafetivo, inclusive adotando barreiras legais a tais direitos.

Como frisado, nem tudo são flores. A Nigéria recentemente no ano de 2016, através da polícia, prendeu algumas pessoas por manterem relações homossexuais na cidade de Benin capital daquele país. Junto com o Egito, Gâmbia, Arábia Saudita, Iraque, Rússia, Irã e Indonésia, é um dos Estados que reprimem mais ativamente os homossexuais, segundo o relatório anual da Associação Internacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (ILGA).

O estudo, conforme o relatório, faz uma radiografia dos direitos das pessoas LGBTQI no mundo todo, alerta também para o crescente número de países que adotam leis antigays. Essas normas, aludindo a razões como a *moralidade* ou a proteção dos menores, restringem a liberdade de expressão e as informações relacionadas a minorias sexuais ou a relações afetivas que esses Governos consideram “não tradicionais”, onforme anteriormente dissertado neste estudo.

No que se refere aos países que legalizaram a união e casamento homoafetivo, que somam vinte e três, neste século XXI, a saber: Holanda (2001), Bélgica (2003), Canadá e Espanha (2005), África do Sul (2006) Noruega e Suécia (2009), Argentina, Islândia e Portugal (2010), Dinamarca, Brasil, França, Nova Zelândia e Uruguai (2013), Escócia, Inglaterra, Luxemburgo e País de Gales (2014), Irlanda, Finlândia e Estados Unidos (2015) e Colômbia (2016).

Podemos destacar que alguns deles adotaram leis para regulamentar o instituto, onde temos como exemplo, a Dinamarca, o Canadá, a Espanha, a Bélgica. Nestes países houve de fato uma materialização da norma disciplinando o casamento homoafetivo. Outros, como no

caso do Brasil, o judiciário foi a mola propulsora para a concessão do direito, em face da omissão do Legislativo e pelas forças opressoras de uma sociedade pautada pelos costumes eivados na homofobia e no conservadorismo.

2.7 Cenários de avanços na consecução do direito ao casamento homoafetivo e a timidez do Legislativo frente à ala partidária conservadora.

Conforme frisado em parágrafos anteriores, podemos inferir que durante séculos os gays não possuíam o direito de contrair o casamento no Brasil, até o advento da Resolução 175 do CNJ, que veio a obrigar cartórios de registro civis a realizar as formalidades legais previstas no Código Civil¹⁴.

O parecer em lide, teve como escopo para a sua emissão, o entendimento do STF, quando, através do julgamento em 05 de maio de 2011, da ADI 4277 e da ADPF 132, veio a reconhecer a união estável para pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme ao artigo 1723 do CC, vigendo que tais ações visavam obter o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Nesse ínterim, podemos colocar como um julgamento histórico, onde a Suprema Corte brasileira reconheceu o conceito ampliado do termo "família", com base no princípio constitucional da igualdade.

Portanto, através desse julgamento, houve a consolidação de que os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem que esta venha a afrontar os caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

A partir disso, como antes frisado, veio o CNJ a reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, um instituto muito mais amplo no que diz respeito aos direitos aos casais, do que simplesmente o reconhecimento da união estável, já admitida pelo STF. Porém, apesar dos avanços conseguidos, observamos que grande parte de parcelas da população brasileira ainda é contrária ao casamento das pessoas gays, dado o grande

¹⁴ **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em 02 de abril de 2019.

preconceito enraizado culturalmente ao longo dos tempos, seja por motivos religiosos, seja pela falta de tolerância entre as pessoas. Estes fatores apresentados, que tolhem o direito daqueles que querem se expressar sexualmente, não é privilégio do nosso, se assim podemos chamar, apenas 23 (vinte e três) países toleram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre eles o Brasil.

2.8 A Resolução 175 do CNJ e a legalidade constitucional do Conselho Nacional de Justiça na emissão de normas que venham a vincular o Judiciário e outros poderes ao cumprimento de seu comando

Como frisado anteriormente neste trabalho, foi através de uma decisão do CNJ que o casamento homoafetivo foi legalmente instituído no país, onde antes, por decisão do STF havia apenas a possibilidade do reconhecimento da união civil homoafetiva. Mesmo assim, esse direito de reconhecimento da união civil, não era totalmente disponibilizado, pois muitos juízes e cartórios se negavam a realizar o casamento civil entre as pessoas de mesmo sexo.

Com base nessa negativa de muitos juízes e serventuários da justiça em realizar os casamentos, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 175 de 14 de maio de 2013, com base nos acórdãos prolatados pelo STF no julgamento da ADP 132/RJ e da ADI 4277/DF que proferiu eficácia vinculante ao Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, e seguindo também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, determinou que fosse vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Ainda determina a Resolução 175, que recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Conforme discutido em parágrafos anteriores, as Resoluções do CNJ tem força de Lei? Antes de adentrarmos novamente o tema, convém analisar o CNJ enquanto órgão constitucional.

Para entendermos sua natureza e suas funções, vê-se por bem identificar três importantes modelos de governo no Poder Judiciário nos Estados Democráticos. O primeiro é marcado à atribuição a um órgão de caráter judicial, no caso um Tribunal Supremo ou uma Corte Suprema, que venha a acumular a função jurisdicional e a de governo do Judiciário

(administração), exercendo um controle interno. Tal modelo é comumente difundido na América, sobretudo pela influência norte-americana.

No segundo modelo, há uma fundamentação deste na atribuição das funções do governo do judiciário a um órgão do Poder Executivo, que normalmente é consignado tal tarefa ao Ministério da Justiça. É de bom alvitre consignar que tal modelo é próprio da Europa Continental, que vem desde o nascimento do Estado de Direito, mesmo que muitos países do continente tenham evoluído para a criação da fórmula dos Conselhos.

O terceiro modelo envolve a discussão travada no presente trabalho, que se assenta na criação de um órgão colegiado e autônomo (Conselho de Magistratura), que veio a surgir em muitos países europeus, após a Segunda Guerra Mundial, denotando com isso uma garantia da independência da magistratura face às interferências constantes do Ministério da Justiça.

O controle interno de nosso Judiciário surgiu através da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2008, vindo a se corporificar no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de inspiração europeia, conforme explicitado no terceiro modelo citado no parágrafo anterior, e de natureza administrativo-constitucional. Sua natureza constitucional remete à sua presença na Constituição da República Federativa do Brasil, e seu aspecto administrativo devido às atribuições previstas no Art. 103-B, §4º da CF/88.

Ele, o CNJ, tem sua formação estrutural híbrida, através da existência de quinze membros, nomeados para mandato de dois anos, admitida uma recondução. Dessa formação, nove membros são oriundos do Judiciário e os outros seis, estranhos ao meio judiciário, são provenientes do Ministério Público (dois membros, um da União e outro estadual), dois advogados e dois cidadãos, conforme estipula o Art. 103-B, com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009¹⁵.

Consoante previsto em nossa Constituição, a missão principal do CNJ é a de exercer a função de controle administrativo e orçamentário do Poder Judiciário, podendo vir a apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por seus membros e órgãos, a ainda, avocar processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados a menos de um ano, dentre outras atribuições dispostas no Art. 103-B, da CF/88.

Alongando o tema, o CNJ tanto adota decisões concretas, de caráter administrativo, dirigidas a um ou vários destinatários determinados, quanto edita normas jurídicas, ou seja,

¹⁵ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça**: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado. Belo Horizonte: Forum, 2011, pag. 48.

disposições de caráter geral, alcançando destinatários indeterminados e visando a interpretação ou desenvolvimento legal. Assim posto, passaremos a observar que a Resolução 175, que dispõe sobre o casamento homoafetivo, consiste em um instrumento de veiculação de decisão deliberativa tomadas por seus conselheiros, com o que podemos chamar de características próprias de caráter normativo e secundário do ordenamento.

A atribuição regulamentar do CNJ está submetida aos mandamentos constitucionais e ao restante de nosso ordenamento jurídico, e cabe ao Supremo Tribunal Federal originalmente, as ações propostas contra as decisões do Conselho, conforme o Art. 102, I, “r”, CR/88¹⁶.

E muitas vezes, o STF tem que se pronunciar a respeito das decisões do CNJ, tendo em vista que muitas delas possuem destaque e grande relevo jurídico e social, e assim como a Resolução 175, as mesmas são exorbitantes, importando analisar os seus limites e qual a repercussão e impacto na ordem jurídica do Brasil.

É fato, que no julgamento da ADPF 132 e da ADIN 4277, o STF acolheu o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos, em iguais condições de direitos aos casais homoafetivos. Porém, podemos observar que ao editar a Resolução 175, o CNJ determinou aos juízes, cartórios e administração pública direta e indireta, a celebração do casamento, vedando-se sua proibição.

Vê-se que o CNJ foi além do que decidira o STF, mas andou bem em tal decisão, pois veio a preencher uma lacuna existente devido à omissão do legislador, pois está em alinhamento com nossa Constituição. A CR/88 dispõe expressamente que tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido estará juridicamente permitido. Diante da mais completa inexistência de norma proibitiva do casamento homoafetivo conclui-se de forma quase que automática pela sua possibilidade jurídica e que sua proibição implícita decorre de puro preconceito.

Até porque disciplinar a impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo significaria intromissão indevida do Estado na vida e na intimidade do cidadão, sendo certo que a intimidade e a privacidade são direitos constitucionais de primeira grandeza, que gozam

¹⁶ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça**: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado. Belo Horizonte: Forum, 2011, Pag. 48.

do status de cláusula pétreia, nos termos do Art. 60, §4º, inc. IV, e de auto aplicabilidade, nos termos do Art. 5º, §1º, CR/88.

Ainda que porventura a Constituição dispusesse sobre a proibição do casamento homoafetivo seria inútil frente a outras regras estabelecidas por ela própria impossibilitando tal artimanha. Isso porque é vedada a discriminação em função do sexo, nos termos do Art. 1º, inc. III, da CR/88 (logo também por opção sexual), bem como é permitido à toda pessoa dispor livremente sobre sua sexualidade, fato que decorre do direito à privacidade e à intimidade, constituindo em direito subjetivo ou situação jurídica ativa¹⁷.

Conclui-se por proposital o silêncio normativo quanto ao casamento homoafetivo de modo a permiti-lo. Certo também, que mesmo com o entendimento do Judiciário, vemos que muitos atores jurídicos ainda resistem em aceitar tal reconhecimento, talvez pelo simples fato de não existir norma que venha a regular o casamento homoafetivo, e em muitos casos, a negativa também se dá em razão de puro preconceito e por razões religiosas.

Com negativa da aceitação da norma imposta pelo CNJ, um promotor do Estado de Santa Catarina, entrou com uma ação para anular sessenta e três casamentos realizados naquele Estado, tendo como premissa para tal decisão, o fato de que a Resolução 175 não tem força cogente frente o MP, mas apenas o judiciário e aqueles atores constantes no bojo do referido regulamento.

Recentemente também, foi veiculada pela mídia, a notícia de que o atual presidente da República, homofóbico confesso, planejava anular a decisão do CNJ, através da mudança de entendimento do Conselho. Como o Conselho é formado hibridamente, por pessoas que têm sua indicação para compor seu quadro através de decisão política, tal intenção possui grande chance de sucesso, infelizmente.

A respeito da tentativa de anulação do casamento homoafetivo, juristas observam que não haveria essa possibilidade perante o Judiciário, haja vista que a Suprema Corte já decidiu por duas vezes o reconhecimento de união estável entre duas pessoas de mesmo sexo. É um direito garantido, difícil de ser modificado. Porém, conforme antes frisado, o STF não ratificou a habilitação do casamento, isto feito através do CNJ. Some-se a isso, que em tempos atuais nossa Suprema Corte está passando pelos seus tempos mais difíceis, onde não

¹⁷ GIMENES, Carolina Rodrigues. A Constitucionalidade do Casamento Homoafetivo. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014

há consenso entre seus membros sobre determinados temas jurídicos, a exemplo da prisão após decisão em segunda instância.

Outrossim, temas jurídicos já pacificados historicamente, voltam a ser discutidos como se nunca houvessem sido analisado. Foi o que ocorreu recentemente, quando no dia 14 de março, o presidente do STF Ministro Dias Toffoli abriu um inquérito criminal para apurar ofensas aos ministros da Corte. Tal ação fere a primazia do sistema acusatório em detrimento do sistema inquisitório, quando de ofício, e baseado no seu regimento interno, iniciou inquérito para apurar ofensas e ameaças a seus componentes, extrapolando seus limites enquanto juiz, infringindo seu próprio regimento, o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, pois delegou funções de relator a um ministro sem o devido sorteio, e não consultou o Ministério Público acerca da possibilidade jurídica das medidas adotadas, tendo em vista que o Parquet é o titular da ação penal.

Além disso, nesse mesmo caso, o presidente do STF interpretou extensivamente o Regimento Interno da Corte, mandando a polícia intimar, ouvir, e realizar buscas em domicílios de pessoas sob argumentos de acusação genéricos, inclusive cerceando o direito de uma imprensa livre e plena, quando nesse mesmo inquérito censurou um site e uma revista. Nesse caso, o STF tomou para si a função de investigador, se tornando também, nesse mesmo interim, acusador e julgador. Excluiu-se a figura do titular da ação penal, o Parquet, o Ministério Público. Registre-se: voltamos no tempo e retornamos ao Processo Penal Inquisitório.

Esse caso serve só para ilustrar que no Direito há diversas formas de se interpretar um mesmo fato, e em determinadas situações de crise, damos uma guinada ao passado, em resposta a determinados interesses. Essas crises deveriam ser bem analisadas e decididas sob o censo do bom direito e do Estado Democrático de Direito.

O exemplo acima descrito mostra que nossa Suprema Corte é composta por juristas que tem suas convicções baseadas muitas vezes no livre entendimento, desprezando a literalidade das normas e tecendo novos entendimentos, que muitas vezes retroagem no tempo, sob um contexto de prejuízos a direitos universalmente garantidos.

2.9 O Casamento homoafetivo através da Resolução 175 do CNJ e atuação do Ministério Público no Direito de Família

Inicialmente, podemos definir que o Direito de Família trata de assuntos que afetam, direta ou indiretamente, a vida de todos. Temas como casamento, união estável, divórcio, alimentos, guarda de filhos, partilha de bens e direito de visita são experiências vivenciadas por grande parte da população.

O Ministério Público, enquanto fiscal da lei, participa dos processos da área da família sempre que houver envolvimento de crianças e adolescentes ou adultos civilmente incapazes. Desta forma, é necessária a intervenção do Promotor de Justiça nos processos de separação e divórcio de casais com filhos menores de 18 anos, manifestando-se inclusive a respeito da guarda e definição da pensão alimentícia. O Promotor de Justiça pode, também, propor investigação de paternidade.

Aliado a isso, existem outras situações onde o *Parquet* é chamado a intervir ou participar. Declarações de óbito e registros de nascimento fora do prazo, habilitações de casamento e interdições judiciais - declarações de que uma pessoa é incapaz para a prática de atos civis - e internações involuntárias também requerem a manifestação do Membro do Ministério Público nos processos.

Todas as situações onde a atuação do MP está condicionada, nos mostra a abrangência do *Parquet* no Direito de Família, daí a importância da análise da participação da instituição no seio da discussão do casamento homoafetivo.

Como antes frisado, a Resolução 175 foi editada pelo CNJ visou homologação do casamento homoafetivo após decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 com eficácia vinculante à administração pública direta e indireta e ao Judiciário, e conforme o Art. 1º, veda-se às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Poderemos observar a generalidade do termo “*autoridades competentes*” na redação do artigo em comento. Quem estaria incluído nesse rol de autoridades competentes? De fato, tem-se em tese que quem tem capacidade para celebrar e homologar sejam Oficiais de Registro Civil e Juízes de Paz. Mas e a figura do Ministério Público estaria aí representada, dentre as chamadas *autoridades competentes* pela resolução 175.

Ao analisar o funcionamento do Ministério Público, podemos entender que este é um órgão independente, que não está vinculado a nenhum dos Poderes (Executivo, Legislativo e

Judiciário). De acordo com a Constituição da República, é uma instituição permanente que possui autonomia e independência funcional.

A permanência quer dizer que ele não pode ser extinto. A autonomia administrativa, orçamentária e funcional o permite ser o único responsável pela gestão de seus recursos financeiros e pessoais. Já a independência é uma característica importante para que ele exerça a função fiscalizadora do poder. Caso o MP fosse subordinado a qualquer um dos poderes, sua atuação seria questionável e parcial. A propósito, ele não pode ter suas atribuições repassadas a outras instituições.

Os procuradores e promotores do órgão estão subordinados a um chefe somente no âmbito administrativo. Cada um deles é livre para seguir suas convicções dentro da lei. O MP é um órgão de múltiplas funções. A Constituição de 1988 reservou a ele a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. A defesa da ordem jurídica e do regime democrático está atrelada à fiscalização do poder público em todas as esferas e das leis.

O Ministério Público é responsável por garantir que todos se comportem de acordo com a legislação vigente. Isso vale para os governos e para os particulares, sendo considerado essencial à função jurisdicional do Estado. Ele participa ativamente dos processos da justiça brasileira, contribuindo para sua boa administração. Certamente, não é possível intervir em todas as ações, apenas quando for de seu interesse. E quais são eles? Os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os interesses sociais são aqueles difusos e coletivos: meio ambiente; patrimônio histórico, turístico e paisagístico; consumidor; portadores de deficiência; criança e adolescente, comunidades indígenas e minorias étnico-sociais.

Os interesses individuais indisponíveis são aqueles próprios de cada pessoa, mas com relevância pública. O indivíduo não pode abrir mão deles, como direito à vida, saúde, liberdade e educação. Todos esses interesses que definem as diferentes áreas de atuação do Ministério Público¹⁸.

Então, conforme anteriormente indagado, podemos sem dúvida alguma responder que, baseado na sua autonomia funcional e independência perante os poderes constituídos, o MP

¹⁸ **Entenda o que é o Ministério Público e Como Funciona. Disponível em:** <<https://www.conamp.org.br/blog/entenda-o-que-e-o-ministerio-publico-e-como-funciona/>> Acesso em 11 de abril de 2019.

não está adstrito ao cumprimento da Resolução 175, sendo a mesma um regulamento autônomo que vincula apenas os agentes subordinados ao Judiciário.

Como fiscal da lei, em que atua na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público é chamado a participar de várias ações na seara do Direito de Família. Porém, no tocante às ações, interessante a opção do novo CPC de trazer as regras básicas em um capítulo próprio, composto pelos arts. 693 a 699, dentre os quais se destaca o Art. 698, ao prever que o Ministério Público somente intervirá nas ações de família quando houver interesse de incapaz, e mesmo nas hipóteses de autocomposição, deverá ser ouvido antes da homologação do acordo.

Em interpretação sistemática, a partir do Art. 693, é forçoso concluir que a ideia da nova lei é no mesmo sentido do que já era previsto em alguns atos normativos internos acerca da mencionada racionalização da intervenção do *Parquet*, rezando que nas ações de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, quando não houver parte ou filho incapaz, não se exigirá a intervenção do Ministério Público, independentemente de haver litígio ou consenso entre as partes.

Esse tratamento processual dado pelo Art. 693 é apenas consequência da verdadeira revolução que os princípios trazidos na Carta Magna fizeram no direito de família, mudando-o substancialmente, alterando o próprio conceito de família até então previsto na lei civil, tanto que se afirma que hoje temos um modelo que busca a realização plena do ser humano.

Isso revela que o casamento, no sistema jurídico atual, deixou de ser regrado inteiramente por normas cogentes ou de interesse público, com primazia do interesse social sobre o dos cônjuges e, em muitos aspectos, está mais caracterizado como uma relação jurídica de interesse privado e caráter dispositivo do que fora no passado.

É por isso que por meio de atos normativos internos do próprio MP ficou reconhecido o entendimento de que não é obrigatória a fiscalização preventiva do Ministério Público e sua manifestação nas habilitações de casamento e nos pedidos de conversão de união estável em casamento, salvo se houver impugnação, justificação de fato necessário à habilitação, pedido de dispensa de proclamas, questões relativas a capacidade, suprimento, impedimentos ou causas suspensivas, regime de bens obrigatório e pacto ante nupcial realizado por menor.

Assim colocado, poderíamos supor que estaria tudo resolvido. Que poderíamos dizer que estaria afastada a possibilidade da negativa de habilitação do casamento homoafetivo por parte do Ministério Público. Temos que observar o que o Art. 1.526 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 12.133 de 2009) trás:

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz.

Não é bem o entendimento de muitos membros do *Parquet*, pois mesmo existindo entendimentos internos a respeito da não intromissão na homologação do casamento civil entre as pessoas, muitos promotores ainda agem nesse tipo de ação, inclusive cerceando direitos já reconhecidos como líquidos e certos.

Uma prova disso foi o que ocorreu no estado de Santa Catarina, onde no mês de junho de 2018, o promotor Hering Limongi, que atua na 13ª Vara da Promotoria da Capital entrou com uma ação de impugnação do casamento de um casal homoafetivo, sob alegação de que a Constituição Federal do Brasil diz só poder existir esse tipo de união entre homem e mulher. No ano de 2018, o referido promotor havia impugnado sessenta e nove casamentos homoafetivos entre 2015 e 2018, sendo oito só em 2018, sob o argumento que está agindo em respeito à Constituição Federal de 1988¹⁹.

A imprensa tentou uma resposta junto ao promotor a respeito de suas motivações, mas ele apenas responde com a seguinte nota:

No caso em tela, a Carta da República - Art. 226, § 3º - é de solar clareza: no Brasil, casamento somente existe entre homem E mulher. E a Resolução - nº 175 do CNJ, que autorizou o enlace entre pessoas do mesmo sexo - não pode, jamais, se sobrepor à Lei, notadamente à Lex Máxima.

Cumprе salientar que por causa de sua conduta em relação ao assunto, o promotor Henrique Limongi chegou a ser alvo de uma reclamação disciplinar junto ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por parte da OAB/SC, mas o caso foi arquivado

¹⁹ **Promotor tenta anular casamento entre engenheira e médica em SC.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/promotor-tenta-anular-casamento-civil-entre-engenheira-e-medica-de-sc.ghtml>. Acesso em 11 de abril de 2019.

porque foi entendido pelo Conselho que o referido promotor agiu dentro do limite de sua independência funcional²⁰.

O caso mencionado deixa muito claro que a Resolução 175 não tem força cogente frente ao Ministério público, sendo o caso de negativa da homologação do casamento homoafetivo apenas uma ponta do iceberg. Junto a isso, podemos relacionar outros fatores no direito de família que caberia a intervenção do MP, como por exemplo: adoção de menores, alimentos, guarda de filhos, partilha de bens e direito de visita.

Um entendimento discordante do Ministério Público acerca da validade jurídica de um casamento homoafetivo homologado através da Resolução 175 traria enormes prejuízos emocionais e materiais às famílias envolvidas.

2.10 A mudança na Legislação brasileira como corolário na manutenção de direitos conquistados, consubstanciando a almejada segurança jurídica no casamento homoafetivo.

Quando falamos em direitos conquistados, podemos ensejar que tais direitos deverão ser mantidos de forma permanente, sem possibilidades de prejuízos na sua consecução, gozo e manutenção. O Brasil, conforme antes frisado, tem seu sistema jurídico baseado no sistema *romano-germânico*, ou *civil law*, onde o direito por tradição é codificado, tendo portanto como característica principal o caráter escrito, diferindo portanto do sistema jurídico anglo-saxão (*Common law*), que infere normas gerais a partir de decisões judiciais proferidas a respeito de casos individuais.

Conforme a tradição jurídica brasileira, baseada nessa codificação das normas, muitos juristas não aceitam a legalidade do casamento homoafetivo, sob a análise de que vem a ferir nossa Constituição, já que não foi conferido pelo processo legislativo, mas simplesmente criado por Resolução, através da decisão do CNJ, um órgão puramente administrativo do judiciário brasileiro.

A decisão do CNJ, através da Resolução 175, foi tomada em análise à decisão proferida pelo STF em 05 de maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal veio a julgar

²⁰ **Promotor tenta anular casamento entre engenheira e médica em SC.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/promotor-tenta-anular-casamento-civil-entre-engenheira-e-medica-de-sc.ghtml>. Acesso em 11 de abril de 2019.

a ADI 4277 e a ADPF 132, reconhecendo a união estável para pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme ao artigo 1723 do CC, onde tais ações visavam obter o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Com o cenário instável de interpretações de nossa Suprema Corte, o que sempre ocorreu num contexto histórico, vê-se a necessidade de extinguir todas as polêmicas que o caso enseja, através da normatização do casamento homoafetivo em termos constitucionais e infraconstitucionais, evitando-se com isso, a ausência de segurança jurídica para os casais de mesmo sexo que se valeram do instituto para a realização de seus casamentos, pois o que vemos é que a maioria dos operadores do direito sinalizam para o seguinte entendimento, quase que universal no Brasil: o STF deixou se ser árbitro para virar político, não competindo ao tribunal o entendimento pessoal.

A sentença não é o lugar para o juiz dizer o que ele acha, é para ele dizer o que a lei diz, um amoldamento desta ao caso concreto. E aí o que acontece é a insegurança jurídica. Como fazer então, para que, no caso específico do casamento homoafetivo, possa haver a devida estabilidade de entendimento, quanto à aceitação desse instituto frente à demanda dos casais homoafetivos? Assim posto, e para erradicar entendimentos contrários à legalidade do casamento homoafetivo, se faz mister destacar a necessidade de mudança da Constituição e do Código Civil Brasileiro, através do processo legislativo.

Muitos são contrários a aceitação de que o CNJ possa criar normas que venham vincular outros Poderes ao cumprimento delas. Entendem, assim como esse trabalho tenta demonstrar, que o Conselho foi criado para elaborar apenas regulamentos autônomos no âmbito do Poder Judiciário. Tal órgão, de notável inspiração europeia, foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo responsável pelo intitulado controle externo do Judiciário no Brasil. A ele incumbe a fiscalização da atuação administrativa e orçamentária do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Para efetivar a regulamentação do reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo, há a necessidade de modificação da Constituição e de artigos do Código Civil de 2002. Inicialmente se faz necessário a modificação, através de Emenda Constitucional, do Art. 226 da Constituição Federal de 1988, dando mais abrangência aos termos utilizados em seus parágrafos, conforme a redação abaixo:

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

§ 1.º O casamento é civil e é gratuita sua celebração. Ele será realizado entre duas pessoas e, em qualquer caso, terá os mesmos requisitos e efeitos sejam os cônjuges do mesmo ou de diferente sexo.

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

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre duas pessoas, sejam do mesmo ou de diferente sexo, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Em continuidade, se faz também mister a alteração de artigos do Código Civil de 2002, para reconhecimento do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com a seguinte redação:

Art. 1º. Esta lei altera os artigos 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” (NR).

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (NR)

Art. 1.727. As relações não eventuais entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, impedidos de casar, constituem concubinato.

Art. 3º Todos os dispositivos do Código Civil, Lei 10.406 de 2002, relativos ao casamento civil e a união estável serão válidos para relações entre pessoas do mesmo sexo da mesma forma que é para a relações entre pessoas de sexos diferentes.

Faz-se necessária abrangência nas modificações, contextualizando-se as reformas do instituto à luz da Constituição e infraconstitucionalmente, através de novas redações do Art. 226 da Constituição Federal de 1988 e dos artigos do CC/2002 anteriormente mencionados, visando com isso recepcionar todas as pessoas e sem deixar margem a novas interpretações.

Feitas as análises das necessidades de modificações, que ensejam proporcionar o casamento homoafetivo em forma de lei, vê-se a necessidade premente da aprovação nas casas e posterior promulgação através no Chefe do Executivo das normas em apreço, com o fito de tornar inequívoca a interpretação acerca do tema, sem deixar caminhos para admissibilidades de entendimentos contrários à aceitação do instituto por aqueles que se dizem conservadores e que com tais posições acabam por ferir direito certo, como antes já consagrado pelo STF e pelo CNJ.

A legalização do casamento igualitário é uma tarefa muito simples, porém, devido à ala conservadora de nossa sociedade política a torna uma realidade de difícil concretização. Em caso específico, o único trabalho que o Congresso deve fazer é mudar algumas palavras de um artigo da Constituição e, depois, adaptar o texto do Código Civil.

É um processo fácil e rápido. A aprovação do casamento igualitário não impede a solução de outros problemas. Porém, a legalização do casamento igualitário está relacionado à saúde por garantir o direito à dependência no plano de saúde do parceiro; está relacionado à direitos de família e sucessórios, à Educação, pois o Estado estará educando a sociedade, combatendo o preconceito; está relacionado à segurança, pois a reeducação ajuda a reduzir a homofobia social que tanto ameaça a vida de homossexuais no Brasil e também aumenta o respeito e a integração social dos homossexuais.

Tal legalização, com a mudança do texto constitucional e do Código Civil visa, sobretudo, garantir direitos adquiridos e a conquistar, reduzindo os efeitos negativos de interpretações pessoais daqueles que aplicam e manejam o direito, trazendo a devida segurança jurídica aos efeitos do casamento homoafetivo na sociedade brasileira.

3 CONCLUSÃO

Analisando o contexto histórico da sociedade, e em contradição ao argumento daqueles que defendem os ideais conservadores do casamento, podemos observar que finalidade deste instituto não é a procriação propriamente dita, porque se assim fosse, o casamento deveria ser proibido às pessoas estéreis, aos anciãos e às mulheres depois da menopausa. As pessoas se casam porque se amam, têm um projeto de vida em comum e querem receber a proteção da lei.

Algumas pessoas casam e nunca procriam, porque não podem ou não querem, enquanto outras têm vários filhos sem casar nunca. Casais heteroafetivos estéreis não têm negados seus direitos ao casamento civil, união estável e/ou adoção conjunta, donde capacidade procriativa não é critério diferenciador. Não é necessário ter filhos nem querer ter filhos para ter seu direito ao casamento civil e à união estável reconhecido e protegido pelo Estado.

Sob outro prisma, podemos inferir que a legalização do casamento igualitário não vai destruir a família porque vai permitir a inclusão social e a garantida de proteção do Estado a milhares de famílias que hoje estão excluídas. A Constituição Federal, em seu Art. 226, deixa em claro que a finalidade do casamento civil é a proteção da família. O Supremo Tribunal Federal, em 2011, através de uma decisão histórica, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, através de sentença que reconheceu o direito ao reconhecimento da união estável entre casais de mesmo sexo, e sua conversão em casamento, através do julgamento da ADI 4277 e a ADPF 132.

Seguindo a linha de raciocínio, e indo mais além, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou em 14 de maio de 2013, a Resolução 175, a qual consolida o entendimento do STF a respeito do reconhecimento da união estável, no julgamento das já mencionadas ADI 4277 e da ADPF 132, e de forma pioneira, autorizou aos cartórios e ao Judiciário, a celebração do casamento e o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo.

Essa decisão gerou grande desconforto no seio de parte da comunidade jurídica, que entende ser inconstitucional a forma de edição da norma. Isto porque a muitos entendem que o CNJ extrapolou as suas competências constitucionais, a editar uma Resolução para tratar de tema que deveria ser legislado, para que pudesse ter força de lei.

O fato é que, na ausência de normas que garantam direitos a determinados seguimentos sociais, de cunho coletivo e difuso, ou mesmo se tratando de direito individual, o Judiciário haverá de se manifestar, não se omitindo em decidir, pois conforme é de

conhecimento no mundo do direito, ao juiz é vedado o fenômeno do “*Non Liqueat*”, (do latim *non liquere*: "não está claro") é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar. É discutível se poderia ser uma fórmula de sentença com a qual o juiz, por uma incerteza no direito (como uma lacuna) ou na reconstrução dos fatos, não decidia a causa.

Assim sendo em sentido contrário, o Ativismo Judicial tem sua importância configurada quando uma minoria, uma coletividade ou mesmo um indivíduo, tem sua demanda satisfeita pela Justiça, através de uma decisão que não se baseia estritamente na Lei em seu sentido material, mas sim em seu sentido mais amplo, e por vezes em entendimentos que diga o direito conforme a situação jurídica a ser analisada e julgada, embasadas no direito subjetivo e no jusnaturalismo.

Não se pode negar, portanto, a importância do Ativismo Judicial na conferência de direitos às pessoas, porém, não há de ser a regra, tendo em vista que tal comportamento do Judiciário pode gerar crise na teoria da separação dos poderes.

Posto isto, no caso concreto da legalização do casamento homoafetivo, vê-se que, da forma em que o instituto foi consagrado, suscita-se indagações e dúvidas acerca de sua validade jurídica, onde só se observa uma via para a pacificação do entendimento, a qual se dá pela via legislativa, com nova redação para o Art. 226 e Arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, do Código Civil.

O objetivo deste estudo foi, essencialmente, o de desenvolver uma perspectiva crítica, amparada na pesquisa e coleta de dados em publicações diversas, ou seja: livros, periódicos, artigos impressos e na internet, referente às posições doutrinárias, jurisprudenciais e dogmáticas acerca do casamento homoafetivo, ensejando que a norma que hoje autoriza a realização do instituto de direito civil não é a cabível, apesar de vir a atender uma demanda importantíssima da comunidade LGBTQI, que seria o direito ao afeto sem restrições.

Argumentou-se que o STF através do julgamento da ADPF 132 em conjunto com a ADI 4277, reconheceu a união homoafetiva em iguais direitos aos casais heteroafetivos, em sintonia com o disposto no Art. 226 da CF/88. Por sua vez, após a decisão da Suprema Corte, a qual possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o CNJ editou a Resolução 175, após deliberação de seus membros, compelindo o Judiciário e Cartórios a habilitarem o casamento.

Também foi analisado o conceito histórico do instituto jurídico “família”, e seu desenvolvimento perante as mudanças da sociedade, ensejando ser ele um elemento jurídico em permanente adequação aos novos rumos da sociedade, seja ele econômico, social e cultural. A família passou de um conceito baseado no patriarcalismo, durante a vigência do Código Civil de 1916, para o que podemos chamar de família democrática, sob a vigência da CF/88 e do Código Civil de 2002, deixando de ser uma instituição hierarquizada e verticalizada, para se tornar um conceito horizontal e democrático.

Demonstrou-se que o casamento no Brasil está normatizado em sua essência, para regular as relações entre as pessoas heteroafetivas, assim podendo ser observado nas redações do Art. 226 da CF/88 e dos artigos do Código Civil que trata da celebração e homologação do instituto.

Podemos analisar a lacuna na lei ordinária a respeito do casamento homoafetivo de forma a aceitar a teoria Kelseniana de que tudo que a lei não proíba é permitido. Na minha concepção isso seria puro sofismo. Temos que enfrentar o problema de frente e indagar o porquê de nosso Legislativo, apesar dos Projetos de Lei no Congresso Nacional, nunca ter regularizado o tema. Sabemos que por mais que se invoque o efeito vinculante e a eficácia erga omnes da decisão do STF, existe uma dúvida que paira no ar. Até quando? Até uma decisão contrária da mesma Corte num futuro julgamento da ADI4966?

Dependendo de um novo julgamento adverso, através do controle concentrado constitucional, um novo entendimento do STF no julgamento da ADI4966 traria efeitos nefastos que atingiriam as pessoas que estarão na mesma situação do fato em estudo, sejam eles erga omnes, ex tunc e vinculantes.

Argumentou-se também a falta de luta do público LGBTBI pela implementação do casamento homoafetivo, onde, analisando casos individuais e não coletivos, o STF entendeu por bem, de acordo com a análise da Constituição, a admissibilidade do reconhecimento da união estável entre as pessoas de mesmo sexo.

Essa falta de manifestação pelo direito ao casamento da comunidade LGBTQ foi uma tônica que a meu ver, que enfraqueceu o poder de cobrança frente ao Legislativo para que os projetos de lei sobre o casamento e união homoafetivo pudessem ser aprovados e virassem lei, anulando a insegurança jurídica sobre o tema.

Outro ponto abordado, diz respeito ao atual cenário político instalado no Brasil, onde está difundido um clima de desestabilização das conquistas obtidas pelas minorias. Afirmções do tipo: nenhum palmo de terra para índios e quilombolas, suspensão da reforma

agrária, reforma previdenciária com retiradas de direitos para os velhos, fim da proteção ao trabalhador, etc, tudo isso facilita para que voltemos ao *status quo* que uma direita conservadora deseja. Dentro desse cenário, podemos analisar que a comunidade LGBTQI cedo ou tarde, também será alvo dessa diminuição de direitos, os poucos já conquistados. Mas, esperamos que isso não ocorra, apesar de todas as situações mostrarem que o caminho para a manutenção e conquistas de direitos será árduo.

A Resolução 175 de fato não enseja um ponto final na discussão, pois é alvo de constantes ataques. O porquê desses ataques não podemos de fato determinar, mas temos alguns indícios. O primeiro deles diz respeito às questões religiosas, a mais importante. Segundo, podemos atestar a grande intolerância e discriminação ainda reinantes em nossa sociedade brasileira em relação a grupos minoritários. Em especial ao grupo LGBTQI.

O objetivo deste estudo foi, essencialmente, o de desenvolver uma perspectiva crítica, ensejando que a referida Resolução 175 não alcança, enquanto norma cogente, todos os atores jurídicos envolvidos na validação do casamento homoafetivo, pois, enquanto norma tida como de caráter regulamentar autônomo, ela não vincula, por exemplo, o Ministério Público ao seu cumprimento, sendo importante destacar, que o *Parquet* é peça importante na administração da justiça, conforme a Constituição de 1988, sendo responsável por garantir que todos se comportem de acordo com a legislação vigente. Isso vale para os governos e para os particulares, sendo considerado essencial à função jurisdicional do Estado.

E como fiscal da lei, poderá observar que o regramento que ordena a homologação do casamento homoafetivo, mesmo sendo um direito natural de qualquer pessoa, não está disposto na forma jurídica que deveria existir no mundo do Direito. A Resolução 175 não deveria tratar do tema, sendo necessário uma mudança na Constituição e nos artigos do CC/2002 pertinentes ao instituto do casamento, incluindo de vez as pessoas homoafetivas, e não deixando-as a margem da interpretações que não cessam, e com isso erradicar de vez as incertezas jurídicas e proclamando a segurança jurídica nas relações entre os casais homoafetivos.

Finalizando, ensejou-se falar que a Resolução 175 foi editada com base numa decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e ADI4277, onde na ocasião, os ministros do STF acolheram a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva em iguais condições e direitos das relações heteroafetivas. Tal decisão em sede de controle concentrado constitucional tem eficácia vinculante e *erga omnes*.

O problema mais uma vez reside no fato de que, nesse julgamento não se decidiu sobre a viabilidade da homologação do casamento homoafetivo, mas tão somente o reconhecimento da união estável, tendo o CNJ, através da edição da Resolução 175, determinado então que o casamento fosse homologado pelos juízes e registrado pelos cartórios.

Ocorre que, em um possível julgamento da ADI4966, que ainda tramita no STF, ação proposta pelo PSC – Partido Social Cristão, um entendimento contrário ao que propôs a Resolução 175 poderia trazer prejuízos imensuráveis aos casais homoafetivos, visto que com uma nova decisão, irá se anular o ato desde a criação (*ex tunc*), valendo para todos (*erga omnes*). Ou seja, de fato haverá prejuízo de ordem material e moral para as pessoas alcançadas pelos efeitos de uma sentença desfavorável à constitucionalidade da Resolução 175, num possível julgamento da ADI4966.

Assim sendo, a saída para assegurar segurança jurídica no que concerne ao casamento homoafetivo seria sua legalização através do Legislativo, com a modificação do texto Constitucional em seu Art. 226, e com as respectivas mudanças de redação dos artigos do Código Civil de 2002, que trata do casamento.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GIMENES, Carolina Rodrigues. **A Constitucionalidade do Casamento Homoafetivo**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

COMPARATO, Fabio Konder Comparato. **O poder do judiciário no regime democrático**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200008. Acesso em 30 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 15/03/2019.

ANDRADE, Mileni Martins de. **Casamento homoafetivo: a luta pela igualdade**. 2014. Disponível em: <http://mileniandrade.jusbrasil.com.br/artigos/113831499/casamento-homoafetivo-a-luta-pela-igualdade>. Acesso em 30 de junho de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**, Revista Diálogo Jurídico, Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.833.htm. Acesso em 15/12/2015.

ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. O Casamento Homoafetivo ainda não está garantido no Brasil: a Resolução nº 175 do CNJ não tem efeito vinculante para o Ministério Público e para os Juízes de Direito. Disponível : <http://www.serjus.com.br/on-line/noticia.php?id=154> Acesso em: 02 de julho de 2016.

Partido questiona resolução do CNJ sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239066&caixaBu> Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

HOLLAND, Carolina. **Promotor tenta anular casamento civil homoafetivo entre engenheira e médica de SC**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/promotor-tenta-anular-casamento-civil-entre-engenheira-e-medica-de-sc.ghtml> Acesso em: 15 de abril de 2019.

PSC questiona novamente resolução sobre casamento entre homossexuais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI180136,81042PSC+questiona+novamente+resolucao+sobre+casamento+entre+homossexuais>. Acesso em 21 de março de 2019.

Os três tipos de dominação legítima de Max Weber. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25863/os-tres-tipos-de-dominacao-legitima-de-max-weber>. Acesso em 23 de março de 2019.

CNJ Serviço: como funciona o controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87799-cnj-servico-como-funciona-o-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em 23 de março de 2019.

Resolução do CNJ sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo é questionada. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240588> Acesso em: 25 de março de 2019.

O amor como ato político: a onda de casamentos LGBT antes da posse de Bolsonaro. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-01-15/casamentos-lgbt-bolsonaro.html> Acesso em: 25 de março de 2019.