

**FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JANAÍNA FERRO DE SOUSA PORFÍRIO LIMA

**O CASAMENTO HOMOAFETIVO E O ATIVISMO JUDICIAL: uma análise
conforme o ordenamento jurídico brasileiro**

**RECIFE
2016**

JANAÍNA FERRO DE SOUSA PORFÍRIO LIMA

**O CASAMENTO HOMOAFETIVO E O ATIVISMO JUDICIAL: uma análise
conforme o ordenamento jurídico brasileiro**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção de título de bacharel em
Direito, na Faculdade Damas de Instrução
Cristã.

Orientadora: Renata Cristina Othon
Lacerda Andrade

**RECIFE
2016**

Lima, Janaína Ferro de Sousa Porfírio.

O casamento homoafetivo e o ativismo judicial: uma análise conforme o ordenamento jurídico brasileiro. / Janaína Ferro de Sousa Porfírio Lima. – Recife: O Autor, 2016.

55 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dr^ª. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. União homoafetiva. 2. Poder judiciário. 3. Ativismo Social. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-442

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JANAÍNA FERRO DE SOUSA PORFÍRIO LIMA

O CASAMENTO HOMOAFETIVO E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE
CONFORME O DIREITO BRASILEIRO

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador(a):

RESUMO

A presente monografia faz uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, que estendeu a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, que trata das uniões estáveis, às uniões estáveis homoafetivas e da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou às autoridades a recusa de habilitação e celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. É feito um estudo sobre o casamento e a união estável na legislação brasileira, sobre as fontes no ordenamento jurídico brasileiro e sobre a doutrina que trata do ativismo judicial. Em seguida, ao tratar da decisão do Supremo Tribunal Federal e da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, faz-se uma análise sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, especialmente no Brasil, onde ficou demonstrado que, ao julgar essas ações, o Poder Judiciário invadiu a esfera de competência do Poder Legislativo.

Palavras-chave: Uniões estáveis homoafetivas. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This monograph analyzes the decision of the Supreme Federal Court that has extended the interpretation of Article 1723 of the Civil Code about common-law marriage, to homoaffective unions and Resolution No. 175 of the National Council of Justice, which has forbidden the authorities to refuse the habilitation and civil marriage or conversion from common-law marriage to same-sex's person marriage. It is made a study on marriage and common law marriage in Brazilian legislation, about sources in the Brazilian legal system and doctrine which deals with judicial activism. Then, considering the decision of the Federal Supreme Court and Resolution No. 175 of the National Council of Justice, it is analyzed the limits of the judiciary performance, especially in Brazil, where it was demonstrated that, when judging these lawsuits, the Judiciary has invaded the Legislative power competence.

Key-words: Homoaffective Union. Judiciary. Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
2. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	8
2.1 Conceito de casamento.....	9
2.2 Natureza jurídica do casamento e suas características	9
2.3 Requisitos de validade do casamento.....	11
2.3.1 Capacidade	11
2.3.2 Legitimação e Impedimentos matrimoniais	12
2.4 Formalidades do casamento	14
2.4.1 Habilitação para o casamento.....	14
2.4.2 Celebração do casamento.....	15
2.5 União estável.....	16
3. AS FONTES DO DIREITO	18
3.1 Fontes Materiais.....	19
3.2 Fontes formais.....	20
3.2.1 Legislação	20
3.2.2 Jurisprudência	23
3.2.3 Costume	24
3.2.4 Doutrina.....	25
4. O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 132 E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 178	27
4.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132	27
4.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 178, posteriormente conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277)	30
4.3 O julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF.....	322
4.4 A Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça.....	36
4.5 O controle de constitucionalidade	37
4.6 O julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI 4.277-DF e os limites do Poder Judiciário	43
5. CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

No dia 05 de maio de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, onde fizeram interpretação conforme a Constituição para estender a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil às uniões estáveis homoafetivas. A partir desse julgamento, portanto, aos casais homoafetivos foi estendido os efeitos da união estável, possibilitando-lhes, inclusive, pleitear a conversão dessas uniões em casamento, em virtude do que está disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que afirma 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”.

Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal e seu efeito vinculante e erga omnes, muitos juízes indeferiram pedidos de conversão de união estável homoafetiva em casamento por entenderem que a Constituição Federal menciona expressamente o reconhecimento da união estável entre ‘homem e mulher’, não se referindo a pessoas do mesmo sexo. Em virtude dessa disparidade de decisões, onde alguns juízes deferiam e outros indeferiam o pedido de conversão, o Conselho Nacional de Justiça, no dia 14 de maio de 2013, baixou a Resolução nº 175, onde vedou, em seu artigo 1º, às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão do Supremo Tribunal Federal e a edição da Resolução nº 175/2013 pelo Conselho Nacional de Justiça trouxe à tona um debate que se tem feito sobre os limites do Poder Judiciário que, ao interpretar as normas, acaba, muitas vezes, inovando no ordenamento jurídico. Muitos juristas enxergam essa atuação do Poder Judiciário com desconfiança, o que os leva a afirmar que estaria o Poder Judiciário adentrando na esfera de competência de outro Poder, neste caso, o Poder Legislativo.

A importância do tema está em analisar uma questão que, embora seja historicamente controversa e complexa, nas últimas décadas ganhou força em virtude da luta desses casais em ver reconhecido seu direito de constituir família e gozar dos mesmos direitos conferidos aos casais heterossexuais pela lei brasileira.

Além disso, o debate sobre a forma como foi reconhecida juridicamente a união estável e o casamento homoafetivos, no Brasil, e os limites de atuação do Poder Judiciário, ganha relevância na medida em que essa atuação tem se ampliado nos últimos anos, gerando estranheza e desconfiança.

A partir do que foi exposto, o problema a ser enfrentado é o seguinte: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça representam uma válida incursão na competência do Poder Legislativo, visando suprir uma lacuna da lei?

Diante do que foi exposto, a hipótese para o problema apresentado é a seguinte: o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça agiram de forma a extrapolar das competências que lhes são atribuídas pela Constituição Federal, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo.

Assim, tem-se como objetivo geral analisar o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal, a doutrina especializada em casamento no Direito Civil, em teoria geral do Direito e a doutrina especializada no tema ativismo judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça para, a partir desse estudo, justificar ou refutar a hipótese da presente monografia.

A presente monografia tem como objetivo específico inicial fazer um estudo do casamento e seus procedimentos, abordando seu conceito, características e requisitos de validade a partir do que está previsto no Código Civil de 2002 e naquilo que apresenta a doutrina especializada no assunto. Tal estudo será apresentado no primeiro capítulo do presente trabalho. O segundo objetivo específico será analisar as fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro. Esse tema será analisado no segundo capítulo da monografia. E, por último, o terceiro objetivo específico do presente trabalho será analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas, bem como a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, e fazer uma análise da doutrina sobre a atuação do Poder Judiciário e seus limites, demonstrando ou refutando a hipótese apresentada. Tal análise será feita no terceiro capítulo deste trabalho.

Para a construção do presente trabalho será utilizada como metodologia o método científico dedutivo, bem como a pesquisa bibliográfica, a análise da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, da decisão do Supremo Tribunal Federal, além da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça e de artigos científicos sobre o assunto.

2. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal aduz, em seu artigo 226, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Em seus parágrafos trata do casamento e das demais entidades familiares por ela expressamente reconhecidas.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
 § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) [...] (BRASIL, 1988).

O Código Civil (BRASIL, 2002), por sua vez, trata do casamento no artigo 1.511 e seguintes. No artigo 1.514, informa que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Já em seu artigo 1.723, prevê que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal, bem como o Código Civil, ao tratar do casamento e da união estável, restringem-no às relações existentes entre pessoas de sexo distintos, ou seja, entre o homem e a mulher.

Uma vez que esta monografia tratará mais adiante do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas, através da extensão interpretativa conferida ao artigo 1.723 do Código Civil aos casais homoafetivos que vivem em união estável, e o papel e os limites do Poder Judiciário, faz-se importante, primeiramente, analisar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao casamento e às uniões estáveis.

2.1 Conceito de casamento

Casamento é um contrato formal onde duas pessoas se comprometem a unirem-se de forma estável, ou seja, não casualmente, objetivando formar uma família. De acordo com o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 1.511, “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Fala-se, pois, na formalidade do contrato de casamento, uma vez que a lei exige que seja obedecido todo um rito para sua habilitação e celebração. Muito embora se trate de um contrato, não há de se perder de vista uma característica muito específica dessa espécie de contrato em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a afetividade entre os contratantes. De acordo com Maria Helena Diniz, “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”. (DINIZ, 2010, p. 37). Ele se considera realizado, segundo o Código Civil, no momento em que homem e mulher manifestam, diante do juiz, sua vontade em estabelecer um vínculo conjugal, sendo declarado expressamente pelo juiz que, a partir daquele momento, eles estão casados (BRASIL, 2002).

Além do casamento, a Constituição de Federal, reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988). Não obstante sejam todos reconhecidos como entidades familiares, o casamento é o único que exige esse contrato solene para produzir efeitos no mundo jurídico. Há necessidade, pois, além do processo de habilitação, que é feito através de um conjunto de atos, que haja expressa concordância dos contratantes em casar-se e da expressa declaração da autoridade competente. A liberdade para contratar, como nos contratos de forma geral, também se observa, portanto, no tocante a escolha da pessoa e do momento de contrair o matrimônio, liberdade essa limitada, obviamente, pelos limites impostos pela lei.

2.2 Natureza jurídica do casamento e suas características

Questão controversa na doutrina é a natureza jurídica do casamento. Teria ela natureza propriamente contratual ou somente natureza institucional? Observa-se, na doutrina, a prevalência de três correntes que buscam entender o fenômeno do casamento e sua natureza jurídica. A primeira teoria, a Teoria

Institucionalista, enxerga o casamento como uma instituição. Seria, portanto, carregado de um sentimento moral e religioso, distante da noção de contrato em si. De acordo com Maria Helena Diniz, aqueles que enxergam o casamento como uma instituição social, pensam que ele reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos nubentes (DINIZ, 2010, p. 41). Longe, portanto, de considerá-lo um mero contrato, pensando em contrato em seu teor patrimonialista, aqueles que se filiam a Teoria Institucionalista enxergam, antes de tudo, seu caráter de instituição indispensável à sustentação da sociedade. A segunda teoria, a Teoria Contratualista, enxerga o casamento como um contrato, embora reconheça haver uma natureza especial e com regras próprias de formação, de acordo com Flávio Tartuce (TARTUCE, 2012, p. 1043). Segundo o mesmo autor, essa visão é adotada pelo Código Civil Português, no seu art. 1.577, que diz ser o casamento “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida” (TARTUCE, 2012, p. 1043). Já a terceira teoria, a Teoria Mista ou Eclética, analisam o casamento do ponto de vista do seu significado perante a sociedade, o que de certa forma se coaduna com Teoria Institucionalista, e do ponto de vista das formalidades necessárias à sua formação, que caracterizaria um contrato especial. Para aqueles que seguem essa teoria, há que se considerar no casamento, além do seu caráter institucional, seu caráter também contratual com suas formalidades e requisitos essenciais, sem descuidar da parte patrimonial, que no casamento é de extrema importância. Importante reflexão faz Arnaldo Rizzardo ao dizer que:

O casamento, entretanto, não se resume a um rol de direitos e obrigações de cunho patrimonial ou econômico. Embora envolva esse teor em muitos aspectos, prevalecem os elevados interesses pessoais e morais que o impregnam. O fator determinante de sua celebração é a *affectio maritalis*, ou o amor que une os esposos (RIZZARDO, 2004, p. 22-23).

Como visto, para uma parte da doutrina, o casamento possui algumas características próprias dos contratos. É um ato formal na medida em que se exige que seja seguida a forma prescrita em lei para que possua validade no mundo jurídico; é bilateral, uma vez que necessita de duas pessoas para sua formação; pode ser desconstituído a qualquer momento pelo divórcio, além de ser *intuito*

personae, pois, de acordo com César Fiuza, “se baseia precipuamente na confiança e nos laços afetivos do casal”. (FIUZA, 2011, p. 1032).

2.3 Requisitos de validade do casamento

2.3.1 Capacidade

O Código Civil estabelece a idade núbil, ou seja, a idade em que a pessoa pode casar no Brasil. De acordo com o artigo 1.517 do Código Civil (BRASIL, 2002), o homem e a mulher com dezesseis anos já podem contrair matrimônio, desde que com a autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, até atingir os dezoito anos. De acordo com Paulo Lobo:

A idade núbil não excepciona a capacidade civil plena, pois o menor ou a menor de 16 a 18 anos podem casar, mas dependem da autorização dos pais, ou seja, do pai e da mãe, em conjunto. (...) A autorização conjunta dos pais é apresentada no pedido de habilitação e é exigível ainda que vivam separados. Somente pode ser dispensada a autorização de um dos pais se este tiver perdido o poder familiar (LOBO, 2011, p. 101).

O Código Civil traz uma exceção quanto a idade núbil ao dispor, em seu artigo 1.520, que “será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” (BRASIL, 2002). Quanto a essa exceção trazida pelo Código Civil, é importante ressaltar que, com a entrada em vigor da Lei 12.015/2009, não é mais possível afastar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez do menor de catorze anos, posição anteriormente defendida pela Doutrina, uma vez que tal Lei introduziu no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 217-A, o tipo penal “estupro de vulnerável”, segundo o qual “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos” (BRASIL, 1940). De acordo ainda com o parágrafo único do artigo 225, “procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável” (BRASIL, 1940). Tratando-se, pois, de crime de ação penal pública incondicionada, não há mais necessidade de representação da vítima para que o Ministério Público ofereça ação penal.

Embora não traga em seu texto legal um rol das pessoas capazes para o casamento, entende-se, combinando o artigo 1.517 e o artigo 1.520 com a parte geral do Código Civil (BRASIL, 2002), que trata da capacidade civil, que são capazes de contrair matrimônio os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, desde que com a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais; o maior de catorze anos e menor de dezesseis anos, desde que o casamento tenha a finalidade de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez; e os maiores de dezoito anos plenamente capazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

2.3.2 Legitimação e Impedimentos matrimoniais

A capacidade para o casamento não pode ser confundida com a legitimação para casar, que está ligada à questão dos impedimentos matrimoniais:

Não basta a capacidade do agente para se conferir validade ao negócio celebrado. É preciso ainda que não esteja circunstancialmente impedido de celebrar o ato, não obstante goze de plena capacidade. Em outras palavras, é necessário, além da capacidade, haver legitimidade, segundo noção desenvolvida pelos processualistas, adotada pelos cultores do Direito Civil. Denomina-se impedimento a falta de legitimidade para a prática de um ato específico (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014, p. 219).

No caso do casamento, o impedimento diz respeito à privação que certas pessoas, em situações específicas, tem em contrair matrimônio, seja por motivo de parentesco, seja porque já são casadas, entre outros motivos que serão convenientemente abordados.

O artigo 1.511 do Código Civil aponta taxativamente as pessoas que estão impedidas de casar. São elas:

Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

No primeiro caso, os motivos apontados pela Doutrina que justificam o impedimento para contrair matrimônio entre ascendentes e descendentes são morais e biológicos: procura-se evitar o incesto, no caso do parentesco natural ou

civil, e os problemas congênitos aos filhos, no caso do parentesco natural (TARTUCE, 2012, p. 1048). O impedimento em virtude da proibição da prática incestuosa e estende-se ao impedimento para casar dos irmãos, sejam eles naturais ou adotivos. O impedimento para casar dos afins em linha reta impõe-se por motivos também morais. O parentesco por afinidade se dá entre um dos cônjuges e os parentes do outro cônjuge. No caso da afinidade em linha reta, temos a proibição para o casamento entre genros e sogras e entre noras e sogros, padrasto e enteada, madrasta e enteado, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante. Tal impedimento não acaba com o fim do casamento, sendo para toda a vida, ou seja, mesmo que haja o divórcio, os parentes afins em linha reta não podem contrair matrimônio, pois, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 1.595 do Código Civil, “na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável” (BRASIL, 2002). No caso de tios e sobrinhas e tias e sobrinhos, faz-se necessário, para que o casamento seja possível, que uma junta médica ateste que o risco biológico não existe, de acordo com o Decreto-lei 3.200/1941. O impedimento que possuem as pessoas já casadas para contrair novo matrimônio encontra respaldo no Princípio da Monogamia, consagrado pelo Código Civil de 2002. De acordo com Flávio Tartuce, “o princípio da monogamia pode ser retirado do art. 1.521, VI, do CC, uma vez que não podem casar as pessoas casadas; o que constitui um impedimento matrimonial a gerar nulidade absoluta do casamento (art. 1.548, II, do CC)”. (TARTUCE, 2012, p. 1044). A bigamia constitui, inclusive, no Direito Brasileiro, tipo penal, podendo aquele que comete tal crime ser punido com até seis anos de reclusão (BRASIL, 1940). Por último, o Código Civil proíbe que o cônjuge sobrevivente case com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte (BRASIL, 2002). Tal impedimento é de natureza evidentemente moral.

Os impedimentos matrimoniais, por sua natureza restritiva de direitos, não podem ser interpretados de modo a estender-se para outros casos não previstos em lei. “Constituem tipos fechados (números clausus), expressamente previstos em lei”. (LOBO, 2011, p. 101). Por ser questão de ordem pública, o casamento entre aqueles que estão impedidos por lei de casar acarreta a nulidade, podendo ser promovida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, ou ainda ser declarada de ofício pelo juiz. “Após o casamento, se qualquer pessoa ou o Ministério Público promoverem o ajuizamento da ação direta, na qual fique provada a incidência de

qualquer dos impedimentos, o juiz deverá declarar a nulidade do casamento” (LOBO, 2011, p. 101).

Além dos impedimentos matrimoniais, o Código Civil prevê determinadas causas suspensivas do casamento. O Código Civil recomenda, nesses casos, que as pessoas não devem casar. No entanto, realizando-se o casamento nessas circunstâncias, não haverá nulidade. Afeta-se tão somente o regime de bens, que será o da separação total. Segundo o artigo 1.523:

Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo" (BRASIL, 2002).

2.4 Formalidades do casamento

2.4.1 Habilitação para o casamento

Para que ocorra o casamento, a lei exige uma série de formalidades. A primeira delas é a habilitação dos nubentes, que deve ser feita no Cartório de Registro Civil no lugar da residência dos nubentes ou de um deles apenas. Nessa fase, exige-se a apresentação da certidão de nascimento dos nubentes, a declaração de duas testemunhas maiores, podendo ser parentes, que afirmem conhecê-los e que não existe impedimentos que os impeça de casar. Além disso, o artigo 1.525 do Código Civil (BRASIL, 2002) exige a declaração do estado civil, do domicílio e residência atual dos nubentes e de seus pais. Caso um dos nubentes seja viúvo divorciado ou tenha tido o casamento anterior anulado, exige-se a apresentação da certidão de óbito do cônjuge falecido, certidão do registro da sentença de divórcio ou a certidão da sentença que declarou a nulidade ou anulação do casamento, respectivamente. Caso os nubentes sejam maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, exige-se a autorização por escrito das pessoas sob cuja

dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra. Tal documentação deverá ser apresentada ao Oficial do Cartório de Registro Civil, com audiência do Ministério Público. A habilitação para o casamento não precisa mais da homologação do juiz, como era feito anteriormente. Somente será submetida à apreciação judicial se houver impugnação do Oficial, do membro do Ministério Público ou de terceiro. Após essa fase, o oficial do Cartório de Registro Civil providenciará a publicação dos proclamas do casamento, que consiste na afixação, durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver, conforme prevê o artigo 1.527 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O oficial do Registro Civil tem o dever de esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento (art. 1.528 do CC). Ilustrando, deve o oficial informar a respeito dos impedimentos matrimoniais, sob pena de responsabilização civil (TARTUCE, 2012, p. 1055).

Após finalizadas essas formalidades e estando termos corretos, sem terem sido opostos fatos impeditivos do casamento, o oficial do Registro Civil extrairá o certificado de habilitação do casamento.

2.4.2 Celebração do casamento

Além dessas formalidades, essenciais a habilitação para o casamento, outra formalidade essencial exigida pela lei é a celebração do casamento, que será realizada “na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular (BRASIL, 2002). Realizando-se em lugar particular, deverá ser a celebração realizada com as portas abertas, garantindo-se, com isso, a publicidade do ato. Completa o artigo 1.535 que:

Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos

receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados (BRASIL, 2002).

2.5 União estável

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro como entidade familiar. Consiste a união estável, de acordo com o Código Civil, em união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002). Na união estável, o casal convive numa relação com aparência de casamento, embora com ele não se confunda, já que “cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia” (LOBO, 2011, p. 158). A Constituição Federal, além de conferir à união estável o estatuto de entidade familiar, determina que sua conversão em casamento deve ser facilitada pela lei (BRASIL, 1988).

A união estável, pois, embora possua o estatuto de entidade familiar e se revista da aparência de casamento, não necessita das formalidades exigidas para este, bastando, para que seja reconhecida, que esteja configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002). De acordo com Paulo Lobo, “a união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento”. Durante a maior parte da história brasileira, tais uniões não eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico, embora fizessem parte do cotidiano da sociedade. Diante de tal realidade e das dificuldades surgidas pela falta de normatização para regular essas uniões, a jurisprudência brasileira acabou por encontrar soluções para resolver questões ligadas à união estável, como a questão da repartição de bens a partir de sua dissolução, por exemplo. Questão relevante em qualquer união, seja ela a união estável ou o casamento, é a questão patrimonial. Como resolver a questão patrimonial com o fim da união estável se não havia lei que regulasse a sua dissolução? Para resolver a omissão da lei, na década de 60, o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas (BRASIL, 1964): a súmula 380 e a súmula 382. Essas súmulas previam, respectivamente, que: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio

adquirido pelo esforço comum” e “a vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato”. O Supremo Tribunal Federal, na omissão da lei, passou a considerar a união estável como uma união de fato, buscando, dessa forma, solucionar, pelo menos, a questão patrimonial no âmbito dessas relações. De acordo com Paulo Lobo, “Vê-se que, especialmente a Súmula 380, diante dos impedimentos constitucionais e legais anteriores à configuração do concubinato como entidade familiar, a solução não poderia ser encontrada no direito de família. Destarte, socorreu-se do direito das obrigações, a partir da figura da sociedade de fato, cuja dissolução levava à partilha do patrimônio, que se presumia adquirido com o esforço comum” (LOBO, 2011, p. 159). Como dito anteriormente, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, as uniões estáveis foram reconhecidas como entidade familiar, passando a ser reguladas pelo Direito de Família e não mais pelo Direito das Obrigações.

Depreende-se, portanto, do que foi analisado, que há expressa previsão legal do casamento e da união estável na legislação brasileira, que trata no Código Civil, pormenorizadamente, sobre seus requisitos. A Constituição Federal e o Código Civil optaram por restringi-los aos casamentos entre pessoas de sexo distintos, não fazendo alusão às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Visto o casamento e suas formalidades legais, bem como a união estável e sua previsão na Constituição Federal e sua disciplina pelo Código Civil de 2002, é importante, nesse momento, passar a analisar as fontes do direito a fim de compreender se a Decisão do Supremo Tribunal Federal e a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou um tema que, a princípio, seria de competência do Poder Legislativo, são considerados incursões legítimas do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Legislativo.

3. AS FONTES DO DIREITO

Ao pensar em fontes do direito, os juristas e teóricos do Direito atribuem a essa expressão significados diferentes, a depender da forma como enxergam o sentido das normas e sua aplicação.

Embora reconheça em sua Teoria Pura do Direito que a expressão fontes do direito é figurativa e tem mais de um significado, para Kelsen (1999), num sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito. Para ele, os métodos de criação das leis em geral, quando uma norma superior regula a criação de uma norma inferior, podem ser chamados de fontes do direito. Para a teoria kelseniana, é possível entender também como fonte do direito a norma hipotética fundamental que confere validade a todo o ordenamento jurídico.

Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. (KELSEN, 1999, p. 162, 163).

O termo fontes do direito, de acordo com o pensamento de Miguel Reale (2001), deve ser utilizado somente para designar os processos de produção das normas, observando-se que há uma estrutura de poder por trás desses processos, poder esse “capaz de assegurar por si mesmo o adimplemento das normas por ele emanadas (como é o caso do poder estatal no processo legislativo) [...]” (REALE, 2001, v. único, p. 129).

As fontes do direito seriam, nessa visão, os processos por meio dos quais as normas jurídicas se positivam com força obrigatória de forma legítima, isto é, entrando em vigor e com eficácia no contexto do ordenamento jurídico. Como estrutura normativa, teríamos, então, o processo legislativo, a atividade jurisdicional, os usos e costumes jurídicos, e o ato negocial.

Reale (2001) rejeita a tradicional divisão das fontes do direito em fontes formais e materiais. Para ele, quando nos indagamos acerca dos motivos, sejam eles lógicos ou morais, que levaram o legislador a editar determinada lei, bem como quanto ao problema de sua segurança e de sua justiça, entre outros, estamos diante

de uma pesquisa de natureza teórica e sociológica. Essas indagações, estariam, portanto, fora do campo da ciência do Direito.

Maria Helena Diniz (2009) aponta para a teoria egológica de Carlos Cossio, a qual se filia, segundo a qual o jurista deve observar tanto as fontes materiais como as fontes formais, devendo utilizar-se, para tanto, da expressão fonte formal-material. “[...] toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte material”. (DINIZ, 2009, v. único, p. 283).

Não obstante as divergências acerca do tema, é importante destacar, a fim de analisar a proposta desse trabalho, o que a doutrina tradicional entende como fontes materiais e formais.

3.1 Fontes Materiais

As fontes materiais, também chamadas de fontes reais, surgem da realidade social e de valores que influenciam a ordem jurídica. Por fonte material, pode-se entender os fatos sociais, sejam eles de origem histórica ou religiosa, os fatores políticos e econômicos de uma sociedade, bem como a moral e os valores ali existentes. Segundo Maria Helena Diniz, “o conjunto desses fatores sociais e axiológicos determina a elaboração do direito através de atos dos legisladores, magistrados etc”. (DINIZ, 2009, v. único, p. 287).

Dessa forma, tem-se que, uma vez que o Direito existe dentro do contexto da sociedade, os valores e demais fatores surgidos dentro dessa sociedade influenciarão em sua criação e em suas mudanças. Na lição de Maria Helena Diniz,

As fontes materiais não são, portanto, o direito positivo, mas tão somente o conjunto de valores e de circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do direito, contribuem para a formação do conteúdo nas normas jurídicas, que, por isso, tem sempre a configuração determinada por esses fatores [...]. (DINIZ, 2009, v. único, p. 287)

Embora alguns juristas apontem para a dificuldade de estabelecer essa divisão entre fontes materiais e formais, é possível notar, entre eles, o reconhecimento de que há uma influência cultural no fazer na produção do Direito. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), a consciência de que o direito é uma construção surge a partir do momento em que a ciência jurídica enxerga o direito

como um produto da cultura e não mais apenas como algo surgido unicamente da natureza ou do sagrado. É inegável, portanto, a influência que os fatores culturais de um povo, entendidos aí seus valores sociais, morais, econômicos etc, exercem na produção das suas normas.

3.2 Fontes formais

De acordo com Maria Helena Diniz (2009), as fontes formais podem ser estatais e não estatais. Essa divisão leva em consideração as atividades exercidas pelo Poder Legislativo na elaboração das leis e do Poder Judiciário em sua atividade jurisdicional como predominantes no ordenamento jurídico. Além disso, pode-se considerar como fonte formal as convenções internacionais quando dois ou mais Estados celebram um tratado. Já as fontes formais não estatais dizem respeito aos costumes (direito consuetudinário), a doutrina e as convenções particulares. Segundo ela, “as fontes formais seriam então os processos ou meios pelos quais as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, ou seja, com vigência e eficácia”. (DINIZ, 2009, v. único, p. 286).

Reale (2001), ao rejeitar o que alguns juristas chamam de direito material, acaba por considerar como fonte do direito apenas os processos de produção das normas jurídicas. Isso porque, segundo ele, a estrutura de poder por trás da produção dessas normas acaba por legitimá-las na medida em que asseguram o seu adimplemento. Para ele, portanto, fontes do direito são apenas as fontes formais.

À luz desse conceito, quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte *negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*. (REALE, 2001, v. único, p. 131)

3.2.1 Legislação

A relevância dada a uma fonte do direito em detrimento de outra está mais ligada à questão da tradição do ordenamento jurídico vigente em cada sociedade. Nos países latino-americanos e de origem germânica há uma predominância da tradição romanística (civil law), onde o processo legislativo

prevalece e a ele tem sido atribuído uma importância maior em relação às demais fontes, ao contrário do que acontece nos países onde prevalece a tradição anglo americana (common law), onde os usos, costumes e a jurisdição tem uma importância maior do a atividade legislativa. (Reale, 2001).

No ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romanística (civil law), a atividade legislativa tem um peso maior se comparada às outras fontes do direito. É um processo pelo qual são editadas e promulgadas normas jurídicas pelo Estado que terão observância geral. De acordo com o artigo 59 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

As normas contidas na Constituição Federal sobrepõem-se a todas as outras normas dentro do ordenamento jurídico, constituindo, pois, seu fundamento de validade, na medida em que regulam a produção dessas normas. Para Kelsen (1999), a regulamentação das normas jurídicas gerais pela Constituição “compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais - leis e decretos”. No que se refere às emendas à Constituição há uma inovação, através de um processo mais elaborado, onde novos preceitos obrigatórios são editados.

A lei complementar regula as leis referentes à estrutura estatal ou aos serviços do Estado, cuja aprovação exige quórum qualificado. De acordo com o artigo 69 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), para a aprovação das leis complementares é exigida a maioria absoluta do Congresso Nacional. Já a lei ordinária, cuja aprovação exige maioria simples do Congresso Nacional pode ser editada pelo Poder Legislativo da União, dos Estados e dos Municípios. As matérias por ela reguladas são residuais, ao contrário da lei complementar, cuja matéria necessita estar expressa na Constituição. De acordo com Maria Helena Diniz (2009), trata-se a lei ordinária de ato legislativo típico.

A lei delegada é elaborada e editada pelo Presidente da República. A delegação é solicitada pelo Presidente ao Congresso Nacional, de acordo com o artigo 68 da Constituição Federal e tal delegação terá a forma de resolução que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. Segundo Maria Helena Diniz, a lei delegada “deriva de exceção ao princípio do art. 2º da Constituição Federal”. (DINIZ, 2009, v. único, p. 291). Essa delegação permite ao Presidente da

República acelerar a criação de novas leis, evitando, dessa forma, que o período onde acontecem os debates parlamentares permitam manobras que acabam por anular os efeitos dessa lei.

As medidas provisórias, previstas no artigo 62 da Constituição Federal, possuem força de lei e permitem ao Presidente da República sua adoção em caso de urgência e relevância, devendo ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional, que tem o prazo de sessenta dias para convertê-las em lei, prazo esse que pode ser prorrogado uma única vez. A edição de algumas matérias por medida provisória é vedada pela Constituição, de acordo com o § 1º do artigo 62 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). São elas: matéria que trate de nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, de direito penal, processual penal e processual civil, da organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, planos plurianuais, de diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, na maioria dos casos, matéria que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, reservada a lei complementar e já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

O decreto legislativo é uma espécie de norma cuja finalidade é veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, como aquelas previstas no artigo 49 da Constituição Federal, bem como as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias, conforme previsto no § 3º do artigo 62 da Constituição (BRASIL, 1988). De acordo com Alexandre de Moraes,

Os decretos legislativos constituem [...] atos normativos primários veiculadores da competência exclusiva do Congresso Nacional, cujo procedimento não é tratado pela Constituição Federal, cabendo ao próprio Congresso discipliná-lo. (MORAES, 2014, v. único, p. 711).

As resoluções são atos do Congresso Nacional que tem a finalidade de regular matéria que seja da Competência do Congresso Nacional ou de qualquer uma das suas casas. Elas tem, segundo Alexandre de Moraes (2014), em regra, efeitos internos, podendo, excepcionalmente, ter efeitos externos.

São considerados fontes do direito também os decretos regulamentares, as instruções ministeriais, as circulares, as portarias e as ordens de serviço. Os decretos regulamentares, previstos no artigo 84, IV, da Constituição Federal

(BRASIL, 1988), visam a execução das leis na medida em que facilitam sua aplicação ao explicitar e detalhar seu conteúdo. Não podem, portanto, ampliar ou reduzir o conteúdo dessas leis. Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR., 2003, v. único, p. 236), os decretos que regulamentam leis [...] devem servir ao fiel cumprimento da lei, não podendo, em tese, contrariar-lhe os conteúdos prescritivos nem acrescentar-lhe outros”.

As instruções ministeriais estão previstas no artigo 87, parágrafo único da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e autorizam os Ministros de Estado a expedil-as no intuito de promover à execução de leis e outros atos relacionados às atividades de seu ministério. As circulares objetivam a ordenação do serviço administrativo de forma a uniformizá-lo. Já as ordens de serviço visam estipular ordens para a execução de certos serviços. As portarias são normas gerais que os órgãos da Administração Pública editam objetivando veicular comandos administrativos.

3.2.2 Jurisprudência

A jurisprudência pode ser compreendida como o conjunto de decisões dos tribunais que, ao aplicar as normas a casos semelhantes, acaba por uniformizar seu entendimento. Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003), ela não deve ser entendida como fonte do direito, mas apenas como uma fonte interpretativa do direito. Ele alude ao fato da tradição romanística, seguida pelo Brasil, caracterizar-se pela não-vinculação dos juízes aos tribunais superiores no que diz respeito às suas decisões, bem como a não-vinculação dos próprios tribunais às suas próprias decisões. Para ele, no sistema romanístico “[...] vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência”. (FERRAZ JR., 2003, v. único, p. 245).

Para parte da doutrina, no entanto, a jurisprudência pode ser considerada fonte do direito. Para Miguel Reale (2001), se considerarmos que uma norma é, no fundo, sua interpretação, não se pode negar que a jurisprudência é uma fonte do direito. “O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa "estrutura de poder", que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei”. (REALE, 2001, v. único, p. 160). O direito criado pela jurisdição, no entanto, não obriga os demais juízes, ele se limita à órbita

de ação ou competência do juiz. Há, portanto, uma harmonia de decisões dos tribunais que deve ser aplicada aos casos concretos.

Já para Elival da Silva Ramos (2015, p. 80), não é possível considerar as decisões judiciais como fontes do direito em sistemas de família romano-germânica, com algumas exceções.

Se tomarmos o conceito de fontes formais do direito, qual seja, compreendendo o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribuiu força normativa, com eficácia vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre os órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsias (jurisdição judiciária ou administrativa), há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânicas, ressalvas algumas exceções.

3.2.3 Costume

O costume jurídico resta caracterizado quando se observa a reiteração habitual de um comportamento durante um lapso de tempo e a consciência da obrigatoriedade desse comportamento dentro de uma sociedade (REALE, 2001). Há também uma necessidade que esse costume passe a ser ligado intencionalmente a valores existentes no direito. Para uma grande parcela de juristas, os elementos formadores do costume jurídico são o uso e a convicção jurídica que dele se tem.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), em seu artigo 4º, autoriza ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito nos casos de omissão da lei. Revela-se, portanto, o costume, uma fonte do direito subsidiária, que permite ao juiz utilizá-lo como fonte quando a lei for omissa.

O costume jurídico surge no seio da própria sociedade e se torna obrigatório porque as pessoas passam a enxergá-lo dessa forma. No entanto, cabe à parte prová-lo. De acordo com o artigo 376 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

Desse modo, aquele que alega o costume tem o ônus de prová-lo ao juiz, o que pode ser feito por testemunhas; por meio de cópias de decisões precedentes; mediante perícias que comprovem negócios estabelecidos com base no costume; por meio de contratos firmados com sucedâneo no costume. Enfim, por todos os meios permitidos em direito. (NUNES, 2005, v. único, p. 110).

Embora se pondere que não há necessidade de prova, uma vez que o juiz conhece o direito (DINIZ, 2009), não há que se perder de vista que, caso não haja notoriedade desse costume, é lícito exigir de quem o alega sua prova.

Não se pode negar, portanto, a importância do costume jurídico como fonte do direito, embora se reconheça sua subsidiariedade em relação às demais fontes.

3.2.4 Doutrina

A doutrina pode ser caracterizada como a atividade exercida pelos juristas, que contempla os ensinamentos dos professores, pelos pareceres dos jurisconsultos pela opinião dos tratadistas (DINIZ, 2009). Na lição de Silvio de Macedo, (2007, apud DINIZ, 2009, P. 324),

O termo *doutrina* advém do latim *doctrina*, do verbo *doceo* – ensinar, instruir. Etimologicamente, é o resultado do pensamento sistematizado sobre determinado problema, com a finalidade precípua de ensinar, impondo uma ortodoxia, ou seja, um pensamento tido como correto por determinado ponto de vista ou grupo.

As atividades da doutrina decorrem dos estudos feitos pelos juristas, que acabam por produzir definições de conceitos jurídicos, análise das leis, da jurisprudência e sua interpretação, auxiliando os aplicadores do direito em utilização no caso concreto, entre outros.

Nem todos os juristas consideram a doutrina como fonte do direito, dentre eles Miguel Reale (2001), que, apesar de reconhecer o seu relevante papel no desenrolar da experiência jurídica, afirma que o fato dela não se desenvolver dentro de uma estrutura de poder, que seria um requisito essencial, tira dela o conceito de fonte. Para outros (DINIZ, 2009), ela pode ser considerada como fonte do direito costumeiro, uma vez que resulta da repetida prática dos juristas acerca de determinado assunto.

Após analisar as fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro, ordenamento esse de tradição romano-germânica (civil law), onde se verificou que há uma predominância da legislação sobre as outras fontes, este trabalho passará a tratar da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o casamento homoafetivo, bem

como da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2013), analisando o papel exercido pelo Poder Judiciário nessa questão.

4. O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 132 E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 178

Após uma análise sobre o casamento no ordenamento jurídico brasileiro, suas características e formalidades, e sobre a união estável e sua previsão na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil, bem como após um estudo das fontes do direito, essa monografia passará a tratar das uniões e do casamento homoafetivos e a forma como eles passaram a ser tratados juridicamente no país a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, assim como com a edição da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, vinculando todas as decisões judiciais sobre o mesmo tema proferidas desde então.

Ao julgar essas duas ações, e com a posterior edição da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, aos juízes de todo o país e às autoridades competentes foi expressamente vedada a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2013). Passaremos, então, a analisar a ADPF 132, a ADI 4277, bem como seu julgamento.

4.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132

No dia 27 de fevereiro de 2008, o Governador do Estado do Rio de Janeiro protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 indicando como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade (artigo 5º, IV, da CF/88), o direito à liberdade (artigo 5º, II, da CF/88), o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV, da CF/88) e o princípio da segurança jurídica (artigo 5º, caput, da CF/88).

Além disso, apontou como atos do poder público também causadores de lesão o artigo 19, II e V e o artigo 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), quando interpretados de forma a discriminar os homossexuais, bem como as decisões judiciais que vinham sendo proferidas por tribunais estaduais, que

negavam às uniões entre pessoas do mesmo sexo o regime jurídico das uniões estáveis. Subsidiariamente, requereu que, caso a ADPF não fosse aceita, o pedido fosse acolhido como Ação Direta de Inconstitucionalidade para que fosse atribuída interpretação conforme a Constituição dos dispositivos acima mencionados do Decreto-Lei nº 220/1975.

Para o autor, a ação se baseou em dois fundamentos filosóficos: primeiramente, que o homossexualismo é um fato da vida, onde não há uma escolha por parte dos indivíduos, e que não fere direito alheio.

Deve-se destacar, ademais, que o homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorre – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos (ADPF 132, p. 5).

O segundo fundamento se baseia na ideia do papel que tem o Estado e do direito de garantir às pessoas o pleno desenvolvimento de sua personalidade, “permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos” (ADPF 132, p.5) Ao se omitir acerca do tema, estaria o Estado e o direito contribuindo para perpetuar o preconceito e a discriminação.

Além dos fundamentos filosóficos, a ação aponta fundamentos jurídicos, quais sejam, os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, bem como a lacuna da lei sobre a questão, onde deveria ser aplicada a regra de hermenêutica onde a analogia é empregada a fim de integrar a ordem jurídica. De acordo com o fundamento proposto

Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação constitucional” (ADPF 132, p. 5 e 6).

A partir desses fundamentos, a ADPF 132 passou a tratar da questão referente aos servidores estaduais do Estado do Rio de Janeiro que possuíam parceiros do mesmo sexo e que, embora tivessem com eles uma relação semelhante às uniões estáveis heteroafetivas, na maioria dos casos não conseguiam o reconhecimento dessa união por parte do Poder Judiciário e,

consequentemente, a eles não eram estendidos os mesmos direitos assegurados pelo Decreto-lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) aos casais heterossexuais.

De acordo com o artigo 19, II e V, e o artigo 33, I a X, e parágrafo único do Decreto-lei nº 220/1975 (RIO DE JANEIRO, 1975):

Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

Argumentou-se que essa incerteza sobre a aplicação de tais dispositivos aos casais homoafetivos traria uma insegurança jurídica não apenas para essas pessoas, mas para o próprio Poder Público Estadual, que, na omissão da lei e diante de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, acabava por proferir decisões administrativas que poderiam, no futuro, ser contestadas.

Em seu pedido principal, portanto, a ADPF 132 requereu a procedência do pedido para que o Supremo Tribunal Federal declarasse que o regime jurídico da união estável heteroafetiva fosse também aplicado à união estável homoafetiva, seja em decorrência direta dos princípios da igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica, seja em decorrência da aplicação por analogia do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro. Consequentemente, pediu que os artigos 19, II e V, e o artigo 33, I a X, e parágrafo único do Decreto-lei nº 220/1975 fossem interpretados conforme a Constituição para que os casais que viviam em união homoafetiva estável fossem por eles beneficiados, bem como que as decisões judiciais que negam a

equiparação jurídica à união estável homoafetiva fossem declaradas violadoras de preceitos fundamentais. Subsidiariamente, requereu, caso o Supremo Tribunal Federal entendesse pelo não cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que fosse a ação recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, para aplicar a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Decreto-lei nº 220/1975.

4.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 178, posteriormente conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277)

No dia 02 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República, protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 178 objetivando que fosse declarada a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, caso fossem preenchidos os mesmos requisitos exigidos para a união estável heteroafetiva, bem como que os mesmos direitos assegurados aqueles que figuram em união estável entre homem e mulher fossem estendidos aos casais homoafetivos nas mesmas condições. Essa ação foi distribuída por dependência à ADPF 132, analisada anteriormente.

A Procuradoria Geral da República defendeu, entre outras coisas, a ideia de igualdade entre os homossexuais e os heterossexuais, bem como que

a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só em privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade e dignidade (ADPF 178, p. 4).

Sustentou-se, então, a tese de que o reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo deveria ser extraída da própria Constituição de 1988, através dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da igualdade (artigo 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (artigo 3º, IV), da liberdade (artigo 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica. E, uma vez que inexistente norma infraconstitucional na legislação brasileira regulando o tema, deveriam ser aplicadas, por analogia, as normas que tratam da união estável entre homem e mulher. Como os princípios elencados são de aplicação imediata, defendeu-se que tal reconhecimento não necessitaria de mediação legislativa,

bastaria a aplicação dos princípios, que, com o não reconhecimento das uniões homoafetivas, estariam sendo violados.

Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais acima mencionados. (ADPF 178, p. 5)

Assim como a ADPF 132, a ADPF 178 chama a atenção para o comprometimento do exercício de direitos por parte dessas pessoas em virtude da falta de regulamentação legal, uma vez que o Código Civil, em seu artigo 1.723, ao tratar da união estável, limita-se a reconhecê-la entre os casais heterossexuais: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Além da violação aos princípios constitucionais acima mencionados, a ADPF 178 cita também os atos do poder público, comissivos ou omissivos, que negam reconhecimento a essas uniões, negando, conseqüentemente, a essas pessoas uma série de direitos, como aqueles decorrentes da sucessão, direitos a alimentos, direitos previdenciários, entre outros. Os atos do poder público citados fazem referência aos três poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Aduz, ainda, a ADPF 178 que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “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” (BRASIL, 1988), deve ser interpretado à luz dos princípios fundamentais da República, o que implica afastar qualquer interpretação preconceituosa ou que exclua o homossexual socialmente.

Requeru, então, ao final, que o Supremo Tribunal Federal declarasse a obrigatoriedade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que estivessem presentes os mesmos requisitos da união estável heteroafetiva, bem como que aos casais formados por pessoas do mesmo sexo fossem estendidos os mesmos direitos assegurados aos casais formados por homem e mulher que vivem em união estável.

Em despacho do dia 21 de julho de 2009, publicado no DJe nº 146 em 04 de agosto de 2009, o então Ministro Presidente Gilmar Mendes conheceu da ação

como ação direta de inconstitucionalidade, que passou a ser Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, nos seguintes termos

A petição da PGR, portanto, demonstra a inexistência de um objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da presente ADPF, o que torna, à primeira vista, a petição inicial inepta, conforme o que dispõe o art. 1º c/c o art. 4º da Lei nº 9.882/99. Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil. Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil. (DJe nº 146, 04/08/2009).

4.3 O julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF

No dia 04 de maio de 2011, deu-se início ao julgamento da ADPF 132-RJ e da ADI 4.277-DF, que foram julgadas conjuntamente, em virtude da “coincidência total ou parcial de objetos (art. 77-B RI/STF)” (BRASIL, STF, 2011), onde houve a encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com o intuito de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil.

Para o julgamento, foram solicitadas pelo relator, Ministro Ayres Britto, informações aos arguidos, quais sejam, o Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, bem como os Tribunais de Justiça dos Estados. É importante, para a análise do caso, conhecer seu entendimento sobre o tema, visto que, de certa forma, espelha a magnitude que o assunto tomou no país.

De acordo com o relatório, dentre os Tribunais de Justiça Estaduais que prestaram informações sobre as ações que tramitam em suas jurisdições é majoritária a posição em favor da equiparação entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável heteroafetiva. Essa posição foi defendida pelos Tribunais de Justiça do Acre, Goiás, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná. Foram contrários ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, Bahia e de Santa Catarina. Tribunais como o de Tocantins, Sergipe, Pará e Roraima apenas informaram inexistir em suas jurisdições processos que visem o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro informou acerca da Lei Estadual nº 5.034/2007, em vigor, que possibilita que seja averbado no rol de dependentes dos servidores públicos fluminenses, para fins previdenciários, os companheiros do mesmo sexo. Seu artigo 1º modificou o artigo 29, § 8º, da Lei 285/1979, que dispõe sobre o Regime Previdenciário dos Servidores Públicos do Estado e Município do Rio de Janeiro, que passou a ter a seguinte redação:

Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes. (RIO DE JANEIRO, 1979)

Em seu artigo 2º, assegurou o direito à averbação, para fins previdenciários, a condição de parceiros homoafetivos: “Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”. (RIO DE JANEIRO, 2007)

A Advocacia Geral da União se manifestou no sentido de que fosse conhecida parcialmente a ADPF para que fossem observados os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, exigências do bem comum, dando procedência a ação com interpretação conforme a Constituição com a finalidade de ser estendido o conceito de família aos parceiros que vivam em união homoafetiva. A Procuradoria-Geral da República defendeu que fosse declarada a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união homoafetiva, desde que essa união preencha os mesmos requisitos da união estável heteroafetiva.

Ingressaram na causa 14 amici curiae, entre eles, o Conectas Direitos Humanos, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, o Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG e o Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBT, o ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e a

Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, a maioria defendendo a tese do autor da ação, ou seja, o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva. De acordo com o relatório, grande parte dos argumentos desses amici curiae foram no sentido de demonstrar o ódio gerado pela discriminação sofrida pelos homossexuais.

Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen. (BRASIL, STF, 2011).

O Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, julgou procedentes as ações, com eficácia erga omnes e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, segundo o qual, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002), para estender aos casais homoafetivos, que se encontrem nas mesmas condições, as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Para chegar a essa conclusão, vários foram os argumentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar alguns desses posicionamentos a fim de compreender os preceitos constitucionais nos quais os Ministros se basearam para motivar sua decisão.

A proibição de preconceito, em conformidade com o inciso IV do artigo 3º da Constituição, segundo o qual constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988), deixa claro, segundo o Acórdão, que o sexo dos indivíduos não deve servir como “fator de desigualação jurídica” (BRASIL, STF, 2011). Aduzem, ainda, que a Constituição Federal silencia sobre o uso concreto do sexo dos indivíduos, o que remeteria a teoria kelseniana da norma geral negativa, “segundo a qual, o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. (BRASIL, STF, 2011).

O direito de relacionar-se com indivíduos do mesmo sexo como um direito à autoestima e à busca da felicidade estaria, ainda de acordo com o Acórdão, diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Tais direitos desembocariam, ainda, no direito à liberdade, uma vez que o uso concreto da sexualidade pelas pessoas estaria unicamente ligada à vida privada do indivíduo, sendo um reflexo da autonomia de vontade.

Outra questão relevante no debate foi o tratamento dado pela Constituição Federal à família. O caput do artigo 226 da Constituição Federal aduz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 1988). Ao falar em família, o caput do artigo 226 não excluiria a família formada por pessoas do mesmo sexo. “Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro”. (BRASIL, STF, 2011). A interpretação ao conceito de família não deve, de acordo com os Ministros, ser reducionista, visto que essa interpretação estaria em desacordo com os próprios princípios constitucionais.

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma automatizada família. [...] Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. (BRASIL, STF, 2011)

O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar e recomenda à lei facilitar sua conversão em casamento. Segundo o Acórdão, a referência aos termos homem e mulher deve ser interpretada no sentido de favorecer a igualdade no âmbito da convivência doméstica, dando proteção, especialmente, à mulher que, antes do reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontrava-se em posição de desigualdade dentro do ambiente doméstico. Há aí “um reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros” (BRASIL, STF, 2011). Não se deve, portanto, segundo ele, interpretar tal

dispositivo de forma a ir contra todos os preceitos existentes na Constituição Federal.

Ainda de acordo com a análise feita, não há que se diferenciar o termo família de entidade familiar no intuito de estabelecer uma hierarquia entre os institutos, uma vez que o termo, segundo o acórdão, é sinônimo de família. Na mesma esteira, a decisão aponta para a impossibilidade de negar um direito a alguém senão em virtude de um direito atribuído a outra pessoa ou em face da proteção de interesse alheio ou da sociedade como um todo, o que neste caso não ocorre.

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se profbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. (BRASIL, STF, 2011)

Aponta ainda o acórdão para o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988). O direito dos casais homoafetivos de constituírem família e de vê-las reconhecidas juridicamente, portanto, embora não haja expressa previsão constitucional, estaria protegido pelo regime e pelos princípios por ela adotados.

Alguns Ministros, entre eles, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, embora tenham discordado acerca da possibilidade de enquadrar-se as uniões homoafetivas nas espécies de família estabelecidas na Constituição, reconheceram que a união entre pessoas do mesmo sexo forma uma nova entidade familiar e que a matéria está aberta à futura conformação legislativa, mas que, no entanto, não impediria a imediata auto-aplicabilidade da Constituição ao reconhecimento dessas uniões.

4.4 A Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça

Mesmo após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável homoafetiva, estendendo a ela, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, até maio de

2013 muitos juízes se negaram a converter a união estável homoafetiva em casamento, o que fez com que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Resolução nº 175 tornando obrigatória a habilitação, celebração de casamento civil ou a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, nos seguintes termos

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. Ministro Joaquim Barbosa (BRASL, 2013).

Após a edição da Resolução nº 175, então, passou a ser obrigatório às autoridades procederem com a habilitação, celebração civil e conversão da união estável em casamento nos moldes do artigo. 1.723 do Código Civil.

4.5 O controle de constitucionalidade

Importante, neste momento do trabalho, fazer uma breve análise sobre o controle de constitucionalidade, meio utilizado pelo Governador do Rio de Janeiro e pela Procuradoria Geral da República para provocar um posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, que acabou por dar uma nova interpretação à Constituição Federal, reconhecendo juridicamente à união estável homoafetiva e estendendo seus efeitos para todo o país.

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, é considerada rígida no sentido de que, para que possa ser alterada, precisará passar por um processo legislativo mais complexo, cujas exigências são maiores do que o processo exigido para a edição das demais leis. Em seu artigo 60, a Constituição Federal dispõe sobre a forma como essa alteração pode ocorrer, bem como sobre as matérias que não poderão ser objeto de emenda, as chamadas cláusulas pétreas.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988).

Depreende-se, pois, do próprio texto constitucional, seu caráter de rigidez, onde se procurou limitar o poder conferido ao Legislativo para alterá-lo.

Dada a importância da Constituição no seio do Estado, claro fica seu posicionamento hierarquicamente superior em relação às demais normas. Segundo Paulo Bonavides,

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma. (BONAVIDES, 2016, p. 303).

Embora seja a Constituição norma fundamental que deverá orientar a edição das normas hierarquicamente inferiores, que não podem contrariar os dispositivos nela constantes, não são raras as vezes em que isso acontece. Muitas leis e atos normativos são editados em desconformidade com a Constituição, dando margem a que sejam utilizados os mecanismos por ela previstos para averiguá-las com o intuito de verificar sua adequação, mecanismos esses conhecidos como controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pode ser formal ou material. Como visto no capítulo anterior, onde foi feita uma análise sobre as fontes do direito, a Constituição prevê as regras e o processo adequados para a edição das leis ou atos normativos. O desrespeito a essas regras resulta na sua inconstitucionalidade formal e deve passar por um controle repressivo, que será feito através do Poder Judiciário. Há no processo legislativo, segundo Alexandre de Moraes (MORAES, 2014, p. 723),

uma garantia consagrada pelo princípio da legalidade, que determina, de acordo com o artigo 5º, II, da Constituição Federal, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Lei essa que deverá ser editada de acordo com o que está previsto pela própria Constituição. No controle de constitucionalidade material, é feita uma análise do conteúdo da norma, onde é verificado se há compatibilidade entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2016) adverte para o caráter delicado do controle material de constitucionalidade em virtude do teor de politicidade de que se reveste.

O controle concentrado pode ser preventivo ou repressivo. Ele é preventivo quando é exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, que evitam que uma norma inconstitucional entre em vigor ou passe a ter vigência. Ele é repressivo quando é exercido pelo Poder Judiciário - podendo, excepcionalmente, ser exercido pelo Poder Legislativo - que declarará a inconstitucionalidade da norma quando ela já tem vigência e eficácia, retirando-a do ordenamento jurídico. É a análise do controle de constitucionalidade repressivo que interessa a este trabalho, uma vez que, através dele, o Poder Judiciário atuou de forma a inovar no ordenamento jurídico, estendendo os mesmos efeitos da união estável heteroafetiva à união homoafetiva, embora a Constituição Federal a ela não se refira.

O controle de constitucionalidade repressivo, realizado pelo Poder Judiciário, pode ser exercido tanto da forma concentrada (também conhecida por via de ação) quando da forma difusa (também conhecida por via de exceção ou defesa). O controle por via de exceção (controle difuso) pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal, que analisará, no caso concreto, dentro da ação judicial, a adequação da lei à Constituição Federal. Seus efeitos se estendem somente às partes em juízo. Na lição de Luiz Dellore,

O que interessa à parte é a discussão de um caso concreto, sendo que a constitucionalidade será discutida apenas como uma questão prejudicial. Isto é, o pedido formulado na inicial não é a declaração de inconstitucionalidade. Apenas a causa de pedir e fundamentação da sentença é que apontarão a inconstitucionalidade. (DELLORE, 2013, p. 252).

Quando o controle difuso é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e ele declara, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei

ou ato normativo do Poder Público, o Senado Federal poderá suspender sua execução, no todo ou em parte, conforme previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal. Embora haja discussões doutrinárias acerca da natureza dessa atribuição, se discricionária ou vinculada, tanto o Senado Federal quanto o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o Senado não está obrigado a assim proceder, sendo, pois, um ato discricionário. (MORAES, 2014). No caso das questões constitucionais de repercussão geral, conforme previsto no artigo 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula vinculante, que terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Nesse caso, sendo editada a Súmula vinculante, não será mais necessário o pronunciamento do Senado Federal sobre a questão.

No controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, a finalidade é a declaração de inconstitucionalidade da norma com o intuito de invalidar a lei. Esse controle é feito através de uma ação de inconstitucionalidade prevista no texto constitucional. Ao contrário do controle difuso, no controle concentrado, o efeito é erga omnes. A Constituição Federal prevê, como espécies de controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, prevista no artigo 102, I, a, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva prevista no artigo 36, III, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 3º, a ação declaratória de constitucionalidade, artigo 102, I, a, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, §1º (BRASIL, 1988).

Como visto anteriormente, na análise acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas, o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Procuradoria Geral da República ajuizaram, inicialmente, arguição de descumprimento de preceito fundamental. Embora legitimados para propor as ações, o Supremo Tribunal Federal deferiu apenas seus pedidos subsidiários para conhecer das ações como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que, segundo o ministro Gilmar Mendes, não ficou demonstrada a existência de um objeto específico e bem delimitado, visto que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível, de acordo com a Lei nº 9.882/1999, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como

quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (BRASIL, 1988). Desta forma, as ações foram recebidas e julgadas como ação direta de inconstitucionalidade.

Faz-se importante, neste momento, discorrer brevemente sobre a ação direta de inconstitucionalidade tal como ela é concebida pelo nosso ordenamento jurídico para, em seguida, fazer uma análise sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações, a fim de compreender se, no caso analisado, foi utilizado um método de interpretação constitucional, método esse respaldado por sua função jurisdicional, ou se, ao estender os efeitos da união estável entre casais heterossexuais a casais homoafetivos, estaria o Supremo Tribunal Federal ferindo extrapolando sua competência e invadindo a competência de outro Poder, neste caso o Poder Legislativo.

De acordo com o artigo 102, I, a, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. O objetivo principal dessa ação é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, não podendo, de acordo com Alexandre de Moraes (MORAES, 2014), extrapolar sua finalidade de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição. Na lição de José Afonso da Silva,

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da incompatibilidade vertical das normas de orientação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. [...] Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público [...].” (SILVA, 2005, p. 47).

São legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. As ações analisadas neste capítulo, posteriormente recebidas como ação direta de inconstitucionalidade, foram propostas, como visto, respectivamente, pelo Governador do Rio de Janeiro e pelo Procurador Geral da República.

O processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade está previsto na Lei nº 9.868/1999. Sua aplicação deverá ser adequada ao que está disposto na Constituição Federal, podendo ser aplicado, subsidiariamente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1999). O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade deve ser realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sendo exigido o quorum mínimo de oito Ministros, devendo, para que seja declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a voto da maioria absoluta dos membros Tribunal. Votando pela inconstitucionalidade, os efeitos dessa declaração são, em regra, erga omnes, ou seja, para todos, podendo, no entanto, serem restringidos pelo Supremo Tribunal Federal para afastar sua incidência em relação a situações já consolidadas. (MORAES, 2014, p. 778). De acordo com o artigo 102, § 2º da Constituição Federal, as decisões definitivas de mérito em sede de ação direta de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, seja ela federal, estadual ou municipal.

No julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como visto, foi no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil. Para que seja possível a interpretação conforme a Constituição é necessário que haja uma norma com vários significados para que seja encontrada, dentre as várias significações existentes, aquela que tenha conformidade com a Constituição. (MORAES, 2014, p. 786). Tal análise será retomada posteriormente, bastando, por ora, mencionar o argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão e entender o significado da interpretação conforme. Na decisão, ora analisada, houve uma interpretação conforme sem redução do texto. Foi conferido ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação que lhe preservou a constitucionalidade.

4.6 O julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI 4.277-DF e os limites do Poder Judiciário

Como visto, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, julgar procedentes a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ, posteriormente conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, estendendo à união homoafetiva as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Para chegar a essa decisão, os Ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram seus votos, primordialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade, que proíbe a discriminação das pessoas em função do seu sexo, na proibição ao preconceito, constante na Constituição Federal, no princípio da liberdade, nele inserido a autonomia da vontade e a liberdade sexual, no direito à intimidade e à vida privada e no direito à busca da felicidade.

Além disso, foi defendido que o tratamento dado ao termo “família” pela Constituição Federal é no sentido de núcleo doméstico, “pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos” (BRASIL, STF, 2011). Foi feita, portanto, uma interpretação não-reducionista para compreender como família outros tipos além daqueles expressamente reconhecidos pela Constituição Federal.

Entendeu, ainda, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal que quando o artigo 226, § 3º, da Constituição fez referência à união estável entre homem e mulher foi apenas no sentido de dar proteção especial à mulher, atentando para o fato de que não há hierarquia entre as relações no âmbito doméstico. Entendeu, também, que inexistente hierarquia ou diferença entre os termos “entidade familiar e “família”, sendo, portanto, sinônimos. Alguns ministros, no entanto, entenderam que não há como enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família previstas expressamente na Constituição, caracterizando, pois, uma nova forma de entidade familiar.

O Supremo Tribunal Federal, ao estender as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva deu reconhecimento jurídico, através do controle de constitucionalidade, a uma relação que não está prevista na Constituição Federal e no Código Civil. Tal decisão traz à tona um debate que se tem feito mundo afora, mais recentemente no Brasil, sobre a atuação e os limites do Poder Judiciário. Até que ponto está autorizado o Poder

Judiciário a decidir de forma a inovar no ordenamento jurídico, estendendo os efeitos de tais decisões a todos e não apenas ao caso concreto? Embora essa atuação seja vista com maior naturalidade nos países de tradição anglo-saxônica, no Brasil, de tradição romano-germânica, ela vista com maior desconfiança pelos juristas.

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém dentro dos limites do juridicamente permitido. (RAMOS, 2015, p. 81-82).

A essa atuação do Poder Judiciário, que em alguns casos age para além da competência que lhe confere o ordenamento jurídico, tem-se chamado de ativismo judicial. O termo “ativismo judicial” foi utilizado primeiramente por Arthur Schlesinger, em 1947, em um artigo publicado na Revista Fortune, “*The Supreme Court: 1947*”, onde foi traçado o perfil dos juízes da Suprema Corte americana. (LINDQUIST; CROSS apud Continentino, 2012, p. 141). O termo vem sendo utilizado, desde então, numa perspectiva de crítica à forma de atuação do Poder Judiciário. No entanto, Marcelo Casseb Continentino (2012, p. 143) chama a atenção para a indefinição semântica do termo. “A indefinição semântica é uma constante, daí por que acho que o estudo de Keenan Kmiec (2004, p. 1441-1477) traz uma importante contribuição ao tema. Ele retrata a multidimensionalidade do termo [...]”. Observa-se, no Brasil, com maior assiduidade, o uso do termo como “sinônimo de extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário (CONTINENTINO, 2012, p. 145). E é nesse sentido que este trabalho analisará a crescente atuação do Poder Judiciário, que transborda das atribuições que lhes foi atribuída pela Constituição Federal e que causa estranheza a muitos juristas.

O artigo 2º da Constituição Federal consagra, no Brasil, o princípio da separação dos Poderes ao informar que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Tal princípio indica quais as principais funções que serão exercidas pelo Estado, objetivando atingir suas finalidades. Em função da sua independência, cada Poder

executa as funções que lhe são atribuídas pela Constituição, podendo, secundariamente e com menos importância, exercer funções que são, primordialmente, de outro Poder.

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmara, Parlamento) se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional. (SILVA, 2005, p. 109).

Quando o Poder Judiciário age de forma a extrapolar os limites que lhe são impostos pela própria Constituição está ferindo o princípio da separação dos Poderes. E é a essa extrapolação que muitos juristas brasileiros chamam de ativismo judicial. “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa” (RAMOS, 2015, p. 87). Há, nesse caso, uma descaracterização do papel que deve ser exercido pelo Poder Judiciário, que invade a competência atribuída constitucionalmente a outro Poder, qual seja, o Poder Legislativo, uma vez que, ao Poder Judiciário, compete, primordialmente, dirimir conflitos de interesse por meio de um processo, com fundamento em ordens gerais e abstratas, no intuito de buscar a pacificação social. Muito embora não se deixe de reconhecer que o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, produz, de certa forma, o Direito, é preciso reconhecer que essa criação pelo órgão jurisdicional não pode ter predomínio sobre a atuação legislativa.

É preciso destacar a diferença existente entre os termos ativismo judicial e judicialização da política, termos muitas vezes utilizados como sinônimos. A judicialização da política no Brasil está ligada às transformações que ocorreram no Direito a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou novos direitos e garantias, o que acabou por aumentar a demanda do Poder Judiciário, na medida em que as pessoas o procuram a fim de que sejam assegurados os direitos insertos na Constituição.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de

uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. (TASSINARI, 2013).

Ao passo que a utilização do termo ativismo judicial faz referência, como visto, à atuação do Poder Judiciário que ultrapassa os limites das suas atribuições, embora essa atuação seja vista, por alguns, como uma forma de concretizar os valores inseridos na Constituição. Luís Roberto Barroso, no artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, afirma que a ideia de ativismo judicial está ligada à participação intensa do Poder Judiciário na “concretização dos valores e fins constitucionais”, havendo uma maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, reconhece que essa atuação deve ser eventual, “em momentos históricos determinados”, uma vez que “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”.

Lenio Streck (2011, p. 589), um dos maiores críticos dessa postura ativista do Poder Judiciário nos ensina que

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando substitui o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado [...].

Há, portanto, uma forte distinção entre os termos ativismo judicial e judicialização da política, visto que ao primeiro termo está ligada uma ação do Poder Judiciário, uma postura que altera o direito, ao passo que o segundo termo se refere a um momento, a um contexto pós-Constituição de 1988.

Elival da Silva Ramos (2015, p. 104) esclarece que o ativismo judicial no âmbito do controle de constitucionalidade pode ferir o direito vigente sob diferentes aspectos: ao deformar a normatividade constitucional e ao deformar, às vezes de forma simultânea à normatividade constitucional, o direito infraconstitucional por ele fiscalizado. No caso do direito infraconstitucional, isso se daria com “a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou

de variante exegética a partir dele construída”. É necessário que a interpretação constitucional tenha compatibilidade com a amplitude de sentidos constantes na norma e que revele aderência à textualidade do dispositivo que será aplicado. (RAMOS, 2015, p. 121). Segundo Konrad Hesse (1991 apud RAMOS, 2015, p. 122), “onde o interprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”.

Observa-se na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas, decisão analisada neste trabalho, a utilização de diversos princípios como fundamentadores da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, é necessário que os princípios constitucionais sejam utilizados pelo Poder Judiciário da mesma forma que são usadas as demais normas da Constituição, “respeitando-se o limite de sua expressão textual e considerando-se as peculiaridades hermenêuticas que resultam de sua maior fluidez de sentido”. (RAMOS, 2015, p. 126).

Por outro lado, um argumento, defendido por alguns juristas, aponta para a ilegitimidade democrática das decisões judiciais que, ao inovar no ordenamento jurídico, invadem a competência do Poder Legislativo. Apontam para o fato de que essas decisões se insurgem contra os atos e contra a competência do Poder Legislativo, que possui legitimidade popular, uma vez que a escolha dos seus membros se dá através do voto popular. Obviamente, essa postura do Poder Judiciário é alimentada, muitas vezes, pela omissão dos demais Poderes, o que não deve justificar essa atuação. O alargamento das funções jurisdicionais contrapõe-se “ao processo democrático de formação de vontade como dimensão institucionalizada de liberdade fundamental”. (INGEBORG MAUS apud TASSINARI, 2013). A análise, portanto, dessa atuação do Poder Judiciário passa também, não resta dúvida, pelo debate acerca da sua legitimidade.

Warat dizia que os juristas estão inseridos em um imaginário gnosiológico. Nele, existe a crença de que os juízes criam direito, que os juízes julgam conforme a sua consciência e que decidir é o mesmo que escolher. Como venho dizendo de há muito, na esteira de Dworkin: não importa o que os juízes pensam a respeito dos fatos, da sociedade, etc; quando julgam, devem suspender tais pré-juízos. Não importa o que eu penso sobre determinado assunto. A resposta que tenho que dar é: de acordo com a Constituição e com o ordenamento jurídico, tal resposta é possível? A

Constituição permite isso? Entre minha consciência e a Constituição, tenho que ficar com a Constituição. Para quem não pensa desse modo, lamento informar que esse é ônus da democracia. (STRECK, 2011).

Claro está, portanto, que, conquanto exista entre os juristas uma certa similaridade ao pensar no que se tem chamado de ativismo judicial como uma atuação do Poder Judiciário que extrapola dos limites que lhe são impostos pelo Poder Judiciário no Brasil, por outro lado há um dissenso sobre o lado negativo e o lado positivo dessa postura. Em discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello por ocasião da posse do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Cezar Peluso na Presidência e Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal fica evidente a postura que defende essa atuação do Poder Judiciário.

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos.

No julgamento das ações, objeto deste estudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, que afirma ser “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002), estendendo os efeitos da união estável heteroafetiva aos casais homoafetivos. No entanto, é preciso considerar o que está disposto no artigo 226, § 3º, que afirma 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”. O artigo 1.723 do Código Civil, portanto, não está em desacordo com o que está disposto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que prevê o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher. Ao dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal alterou também o sentido existente no artigo 226, § 3º da própria Constituição

Federal, embora esse entendimento não tenha sido unânime entre os Ministros. Isso fica claro ao analisarmos o voto do Ministro Gilmar Mendes, que afirmou

Neste ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado: ‘§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso. Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição. (BRASIL, STF, 2011).

E mais adiante,

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer equiparações e as elucubrações – e certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exarcebar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas (BRASIL, STF, 2011).

O Ministro Gilmar mendes reconheceu a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamento jurídico distinto do relator, Ministro Ayres Britto, aplicando um modelo de proteção semelhante ao que trata da união estável. No entanto, é possível observar, dos trechos destacados, sua preocupação com os limites impostos à atuação do Poder Judiciário. Preocupação essa que se entende em grande parte da comunidade jurídica.

Posteriormente, ao editar a Resolução nº 175/2013, o Conselho Nacional de Justiça causou também estranheza e desconfiança, ao vedar às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, bem como que a recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis (BRASIL, 2013).

Embora não se discuta a necessidade de que os mesmos direitos que possuem os casais heteroafetivos - de terem reconhecida sua união estável ou de casarem e constituírem família - sejam assegurados aos casais homoafetivos, por tratar-se a homossexualidade de um fato da vida, como bem afirmou o Ministro Ayres Britto (BRASIL, STF, 2011), não se pode negar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é negativa, no sentido de que inovou no ordenamento jurídico, invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo, a quem caberia emendar a Constituição ou editar uma lei que reconhecesse esses direitos. Não há na Constituição Federal ou no Código Civil omissão sobre a questão. Há, na verdade, uma escolha política que reflete, de certa maneira, o que pensava uma grande parcela da sociedade brasileira sobre a união estável e o casamento no momento em foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Daí a necessidade de que a mudança fosse feita pelo Poder Legislativo, legítimo representante do povo.

Como se vê, há (houve) apenas uma justificativa para a decisão: a justeza da causa. Neste ponto, estaria de acordo. Nunca neguei que a causa fosse (e é) justa. Só que há tantas outras causas justas no Brasil e nem por isso o STF faz (ou fez) esse tipo de "atravessamento hermenêutico". A expressiva maioria dos juristas brasileiros aprovaram a decisão do STF. Portanto, aprovaram uma atitude ativista. O que farão os juristas quando o ativismo não for favorável às suas ideias ou teses? Sim, porque o ativismo não tem controle, pela simples razão de que é "ativista". Ativismo quer dizer "substituir o legislador nos juízos político-morais". (STRECK, 2011).

É preciso não se descuidar da crescente atuação ativista, e aqui a palavra será usada em seu sentido negativo, do Supremo Tribunal Federal, que tem tornado comum as interpretações que ultrapassam excessivamente o sentido de muitas das disposições previstas na Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

As uniões estáveis homoafetivas foram reconhecidas, no Brasil, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. O Supremo Tribunal Federal julgou procedentes as ações no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, a fim de estender às uniões homoafetivas os mesmos efeitos da união estável heteroafetiva.

Para chegar a esse entendimento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram seus votos, primordialmente, em alguns princípios, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Entenderam também que o termo “família” encontrado no artigo 226 da Constituição Federal tem o significado de núcleo doméstico, independentemente da forma como ela foi constituída, se formalmente ou informalmente.

Além disso, parte dos Ministros entendeu que, ao fazer referência à união estável entre homem e mulher, o artigo 226, § 3º da Constituição Federal não exclui a possibilidade de que esse entendimento seja estendido aos casais homoafetivos, uma vez que utilizar expressamente o termo homem e mulher significa, segundo a decisão, uma forma de dar proteção especial à mulher, uma vez que não existe hierarquia no âmbito doméstico.

Posteriormente, no ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, onde veda às autoridades a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O objetivo desta monografia foi analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas, bem como a edição da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, sob a perspectiva dos limites da atuação do Poder Judiciário.

Analisou-se, para tanto, no primeiro capítulo, a forma como está previsto o casamento na legislação brasileira, discorrendo brevemente seu conceito, natureza jurídica, os requisitos de validade do casamento e suas formalidades. Discorreu-se, também, sobre a união estável e sua previsão na Constituição Federal e no Código Civil. Em seguida, o segundo capítulo tratou das fontes do direito dentro

do ordenamento jurídico brasileiro, apontando para a preponderância da legislação na tradição jurídica brasileira (civil law). O terceiro capítulo analisou, primeiramente, a decisão do Supremo Tribunal Federal e a edição da Resolução nº 175 pelo Conselho Nacional de Justiça para, em seguida, passar a fazer um estudo sobre o controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal e os limites de atuação do Poder Judiciário ao utilizar esse instrumento.

O objetivo traçado no presente trabalho foi alcançado e a hipótese confirmada, uma vez que ficou demonstrado que o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça atuaram de forma a extrapolar os limites de sua competência, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo, a quem caberia legislar sobre a matéria.

Embora não se negue que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e a possibilidade desses casais casarem e constituírem família seja uma necessidade, uma vez que essa falta de reconhecimento atinge e prejudica uma parcela significativa da população brasileira, é preciso não perder de vista que essa questão deveria ter sido resolvida pelo Poder Legislativo através de uma lei. Não pode o Poder Judiciário tomar para si o papel que cabe ao Poder Legislativo, sob pena de se ferir o princípio da separação dos poderes, o princípio da segurança jurídica e até mesmo o Estado Democrático de Direito.

A importância deste trabalho está em trazer para o meio acadêmico a discussão dos limites do Poder Judiciário em países de tradição romano-germânica, especialmente no Brasil, num momento em que essa atuação tem crescido e causado estranheza nos juristas e nas pessoas de forma geral.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2016, 15:15.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016, 15:51.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 14 mai. 2016, 13:52.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, de 05 de maio de 2011. Diário da Justiça, Brasília, DF, 13/05/2011, ed. 89, p. 22.

_____. **Constituição (1988)**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Código civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, **Código de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Código penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula no 380 e 382.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 14 abr. 2016, 08:07.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 31. ed., São Paulo, Malheiros Editores: 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial: proposta para uma discussão conceitual.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 mai. 2016, 19:10.

DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**, 1. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense: 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. **Curso de Direito Civil Direito de Família**, 22. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva: 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo**, 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo, Editora Atlas S.A.: 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil 1 Parte Geral**, 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOBO, Paulo. **Direito Civil Famílias**, 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 30. ed., São Paulo, Editora Atlas S.A.: 2014.

NUNES, Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 5.034, de 29 de maio de 2007**. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/01f879fc4f1b7fc2832572f1005c70be?OpenDocument>>. Acesso em: 09 mar. 2016, 13:48.

_____. **Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979.** Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/16c3718b5e3b70f3032565a6005d7d8b?OpenDocument>>. Acesso em: 10 mar. 2016, 14:36.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 25. ed. São Paulo, Malheiros Editores: 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso,** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas).** Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em 30 mai. 2016, 21:44.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único,** 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário.** 1. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora: 2013. E-book. ISBN 978-85-7348-839-5.