

## CASAMENTO HOMOAFETIVO: A CONSTRUÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO CONCEITO JURÍDICO E SUA AUSÊNCIA LEGAL

Leandro Carvalho Silva Checcucci<sup>1</sup>

Camilo de Lelis Colani Barbosa<sup>2</sup>

**RESUMO:** Artigo destinado à análise da construção jurídica do casamento homoafetivo, à luz da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, com ênfase na atuação contramajoritária das decisões proferidas pelo STF e STJ em 2011 bem como da Resolução nº 175 editada pelo CNJ em 2013. Discute-se o progresso legislativo e jurisprudencial quanto ao casamento homoafetivo, confrontando seus efeitos perante sua omissão legal. Na pesquisa, foi possível constatar a divergência interna no âmbito judicial e legislativo, pautada tanto nos limites legais da atuação de cada órgão, bem como no próprio conceito de “família” em si. Contudo, verificada a constitucionalidade do casamento homoafetivo, é necessário analisar as razões de sua ausência legal, e compreender sua instabilidade perante a Resolução 175/2013 do CNJ para, então, analisar as necessidades remanescentes a serem supridas.

**Palavras-chave:** casamento homoafetivo; direito civil; direito de família; função contramajoritária.

**ABSTRACT:** Article aimed at analyzing the legal construction of same-sex marriage, in the light of the performance of the Legislative and Judicial Powers, with an emphasis on countermajority in the decisions issued by the STF and STJ in 2011 as well as Resolution No. 175 edited by the CNJ in 2013. It is discussed legislative and jurisprudential progress regarding same-sex marriage, confronting its effects in view of its legal omission. In the research, it was possible to verify the internal divergence in the judicial and legislative scope, based both on the legal limits of the performance of each body, as well as on the very concept of “family” itself. However, once the constitutionality of same-sex marriage is verified, it is necessary to analyze the reasons for its legal absence, and to understand its instability before Resolution 175/2013 of the CNJ in order to then understand the remaining needs to be met.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Universidade Católica do Salvador.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito Civil.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO 2.1 EVOLUÇÃO JURÍDICO-CULTURAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ÂMBITO NACIONAL 2.2 DECISÕES RELEVANTES DE 2011 2.3 RESOLUÇÃO Nº 175/2013 3 A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO QUANTO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO 4 CONCLUSÃO**

## **1 INTRODUÇÃO**

A temática LGBTI+<sup>3</sup> é ampla e diversa, alocando em seu bojo um rol de pautas decorrentes de necessidades sociais de uma minoria<sup>4</sup> em contínua ascensão. Os últimos cinquenta anos revelaram um paulatino processo de reconhecimento civil deste grupo de contracultura historicamente marginalizado e oprimido, o que, por razões óbvias, provocou agitações sociais nos diversos setores.

Dentre os eixos coletivos, um que permanece em atual atraso é o campo jurídico, quando analisado sob o prisma da tutela de direitos em face deste grupo em comum. Ocorre que, ainda que transcorridos cinco décadas desde as primeiras eclosões do movimento, tal categoria social permanece desamparada nas mais diversas esferas legislativas. Incontáveis são as violações de direitos básicos, sobretudo quando analisadas em face da parcela transgênera do grupo em análise.

Em que pese a amplitude do movimento, o presente estudo busca estreitar uma abordagem no campo civil, mais especificamente tratando do amparo jurídico quanto ao casamento homoafetivo, ou seja, entre pessoas de mesmo gênero<sup>5</sup>. Desde já, resta evidente que a análise abarca apenas uma parcela da comunidade LGBTI+, tendo em vista que pessoas bissexuais e transgêneras podem contrair

---

<sup>3</sup> Lésbicas, Gays, Transgêneros, Intersexuais e demais orientações sexuais, identidades e expressões de gênero, segundo o Manual de Comunicação LGBTI+ da aliança nacional LGBTI.

<sup>4</sup> Segundo a Autora Lívia Gonçalves Buzolin, "O termo 'minorias sociais' é utilizado para se referir a grupos vulneráveis socialmente tais como mulheres, negros e pessoas LGBT, ou seja, grupos específicos que, por motivos diversos, não usufruem dos mesmos privilégios da maioria. Não se confunde com volume numérico de pessoas ou posicionamento político (maioria ou minoria partidária)." (LÍVIA, 2019, p. 22).

<sup>5</sup> "Conceito formulado nos anos 1970 com profunda influência do movimento feminista. Foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, baseando-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, levando em consideração, no entanto, que a maneira de ser homem e de ser mulher é realizada pela cultura. Assim, gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não somente decorrência da autonomia de seus corpos." (GÊNERO, 2009).

matrimônio com alguém de gênero oposto, não incorrendo em casamento homoafetivo.

Para tanto, analisa-se a construção cronológica dos primeiros conceitos jurídicos a respeito do tema, conferindo-lhe suas vantagens e falhas, em busca de uma viável, justa e indistinta solução ao embaraço legal que cerca o objeto de estudo.

## **2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO**

Uma vez compreendido que a temática LGBTI+ decorre de movimentos modernos de contracultura, faz-se necessário entender a natureza burocrática de seus avanços. Justamente por sustentar oposição a valores tidos como inquestionáveis, é que seu progresso é lento e gradual, não se comportando aos moldes comuns de pautas ordinárias.

Analisando de um ponto de vista inverso, descreve-se o direito comum decorrente dos costumes, que perpassa as seguintes fases: a) seu surgimento no âmbito social; b) sua institucionalização pela via legislativa e c) sua aplicação prática no cotidiano social através das atividades do Poder Judiciário. Tratando-se do tema em comento, não há que se falar na estrutura anteriormente apresentada. O mais importante fato a ser reconhecido nos estudos nacionais acerca do casamento homoafetivo é que suas primeiras e mais significativas operações na realidade jurídica decorreram não de propostas legislativas, mas de uma atuação heterogênea do Poder Judiciário (ou, do Conselho Nacional de Justiça, conforme será visto mais adiante).

As decisões que serão posteriormente elencadas acabaram por desencadear toda a primeira grande construção jurídica do casamento homoafetivo, que até então era instituto apartado dos trâmites legais ordinários. De plano, é indispensável compreender como surgiram tais pautas, quais suas intenções progressistas para, então, alçar as razões que levaram o Poder Judiciário a sobrepor-se diante de uma função originalmente destinada ao Poder Legislativo.

## 2.1 EVOLUÇÃO JURÍDICO-CULTURAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ÂMBITO NACIONAL

A pauta do casamento homoafetivo envolve o próprio conceito legal de família. É, portanto, a sedimentação de um direito subjetivo, e por isso extravasa tamanha dificuldade para ser efetivamente cumprida.

Da análise mais substancial acerca da positivação dos direitos LGBTI+ quanto ao casamento homoafetivo, conclui-se que a premissa inicial que originou tamanho conflito legal alcança todo o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, inaugurada em 1986 e que tinha por objetivo formular o texto final do que seria a Constituição Federal de 1988.

Considerando que o movimento tomou força ao final da década de 70 do século XX, a pauta ainda era muito recente e rejeitada pela sociedade como um todo. Ainda assim, a discussão acerca dos direitos do grupo foi matéria arguida ao longo de todo o processo de elaboração da Carta Magna, mesmo que em pouca expressividade e significativa carga negativa. Neste sentido:

Por exemplo, o termo 'homossexual' e seus correlatos ('homossexualismo', 'homossexualidade' e seus plurais) são citados cerca de 170 vezes nas Atas desta Subcomissão e, como os trechos indicam, na maioria das vezes nas falas de quem não queria ver o assunto discutido e associado a outras características alvo de preconceito – como a negritude –, ou não entendiam como de tanta importância quanto temas tidos como macroestruturais. Isto quando não atentavam conta “a moral e os bons costumes” (VILALON, 2015).

Portanto, quando da formulação da Lei Maior, existia uma resistência moral que dominava o entendimento majoritário dos atuantes do Direito, sendo certo que a sua discussão era escarça e sua positivação em forma de lei algo impossível de se realizar à época. Ocorre que o conservadorismo presente nas Assembleias em comento permanece atual, o que torna o casamento homoafetivo um conflito jurídico ainda sem fim.

Em 1988 a Constituição Federal já nasce omissa frente às necessidades legais quanto ao matrimônio civil entre sujeitos de mesmo gênero, o que despertou uma série de consequências na esfera ordinária das leis seja em tentativa de reparar

lapso, seja para agravá-lo em suas vias práticas. Neste sentido, faz-se necessária uma análise do intitulado “Estudo sobre direitos sexuais de LGBT no Brasil”, pesquisa realizada pelo Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça (Cejus), este, por sua vez, pertencente à extinta Secretaria de Reforma do Judiciário, iniciativa do Ministério da Justiça.

A pesquisa reporta em seu capítulo 4.3.1 (DIREITO DE FAMÍLIA E EFEITOS JURÍDICOS DAS CONJUGALIDADES HOMOERÓTICAS) todo o histórico de proposituras legislativas quanto ao tema civil das uniões homoafetivas. O projeto de lei que verdadeiramente inaugurou as propostas quanto ao casamento civil é a PL nº 1.151 de 1995, da então Deputada Federal Marta Suplicy (PT/SP) que, além da carreira política, trabalhou como psicanalista e sexóloga, e já havia participado ativamente de debates e programas que dialogavam sobre questões sexuais e de gênero. O projeto visava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo gênero e encontra-se sem movimentação desde 2001, quando foi arquivado.

No mais, as demais propostas versavam indiretamente sobre o instituto em questão, uma vez que o verdadeiro objetivo dos projetos era de comportar a união homoafetiva às hipóteses legais de plano de saúde, previdência e, sobretudo, adoção. Não havia de fato intenções objetivas de alterar os dispositivos legais que apartavam os casais homoafetivos dos heteroafetivos.

Não é demais ressaltar que o mesmo estudo revela proposituras de leis desfavoráveis aos membros da comunidade LGBTI+, como a PL nº 4.508 de 2008 elaborada pelo então Deputado Federal Olavo Calheiros e que buscava alterar o art. 1.618 do Código Civil, impedindo a adoção de filhos por casais homoafetivos. Este é um caso meramente ilustrativo de uma realidade que permeava o âmbito legislativo até o ano de 2010, vez que a maioria das propostas legais eram desfavoráveis e até mesmo atentatórias à dignidade da pessoa LGBTI+.

A par disso, conclui-se que, até o final da primeira década do século XXI, não houve qualquer avanço significativo acerca da temática de família e casamento homoafetivo capaz de alterar a realidade fática das pessoas que compõem tal ordem. Ainda que passados aproximadamente cinquenta anos da eclosão do movimento LGBTI+, o cenário jurídico-legislativo brasileiro se negava a consolidar qualquer ato relevante referente ao casamento civil entre pessoas de mesmo gênero.

## 2.2 DECISÕES RELEVANTES DE 2011

É imperioso afirmar que as pautas do movimento não cessaram, ao contrário: se solidificaram e lapidaram perante as necessidades cada vez mais urgentes de uma minoria social que revelava-se gradativamente ao mundo. A comunidade LGBTI+ expandiu-se na medida em que os anos passaram e seus membros foram rebelando-se a condições engessadas de gênero e sexualidade: as pessoas finalmente acolhiam para si o que sentiam de fato serem.

Portanto, sendo o Direito instrumento civil que necessita modelar-se aos termos da realidade, a pauta do casamento homoafetivo acabou por demandar a via judicial. Neste sentido, foram propostas ações que culminaram nas decisões a serem abordadas. Uma análise minuciosa revela que os temas tocados em tais decisões dizem respeito, principalmente, ao próprio conceito subjetivo de família, e sua positividade no *caput* do art. 1.723 do Código Civil que, por sua vez, faz referência ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, ambos transcritos a seguir:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002)

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

§ 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. (BRASIL, 1988).

Seguindo o critério cronológico, a primeira relevante decisão acerca do casamento homoafetivo trata-se do julgamento das ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.277/DF e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 132/RJ, cuja proposta em comum era a de interpretar o art. 1.723/CC de acordo com preceitos constitucionais a fim abranger sua vigência às famílias de cunho homoafetivo da seguinte forma: convertendo o regime de união estável em casamento civil, nos termos da norma infraconstitucional. A decisão foi procedente e inevitavelmente albergou a interpretação do art. 226, § 3º/CF, uma vez que seu texto é a verdadeira fonte que ensejou o artigo anterior do Código Civil.

Ambas as ações foram julgadas em conjunto pelo STF em maio de 2011 e revelaram divergência entre os Ministros. O cerne da discussão foi a construção de um conceito de família a ser utilizado como prisma do julgamento, que tinha por missão enquadrar ou afastar tal conceito ao de família homoafetiva. A natureza subjetiva do objeto em litígio, qual seja o reconhecimento de um direito, suscitou uma série de questionamentos interpretativos entre os Ministros, uma vez que foi questionado não apenas o entendimento individual de cada um, mas a própria competência da corte na formulação de tal conceito.

Por um lado, uma minoria de três Ministros entendeu que o conceito de família homoafetiva estava a par de novas entidades familiares, estas, por sua vez, não positivadas no texto constitucional, chegando à conclusão de que ambos os conceitos não dialogavam. Neste ponto, a minoria convergiu no entendimento de que a atuação da Corte é restrita ao texto constitucional, de forma que não cabia ao STF extrapolar o significado postulado na Carta Magna. Ainda assim, reconheceram que os princípios constitucionais são capazes de enquadrar a união homoafetiva no conceito de família, mas cabendo às vias legislativas definir os termos e dar cumprimento a tal hipótese.

O entendimento acima foi vencido pela maioria de seis Ministros que sistematizaram seus votos num sentido comum. É imperioso ressaltar que a discussão de competência deixou de ser assunto meramente formal e viabilizou as decisões de mérito dos Ministros, tendo em vista que foi utilizada na própria fundamentação da corte. Neste passo, uma maioria de seis Ministros entendeu e fundamentou a legitimidade da atuação pela corte, atuando em favor da ampla proteção e aplicação de preceitos constitucionais. A maioria, portanto, aderiu a entidade familiar homoafetiva ao idêntico *status* da heteroafetiva, abrangendo seus efeitos àqueles instituídos no Código Civil e na Constituição Federal quanto ao direito à conversão de união estável para o casamento civil.

A corte aliou-se ao chamado poder-dever contramajoritário, ressaltando a obrigação dos tribunais de tutelar direitos de minorias que não são capazes de se proteger politicamente. Sobre tal modalidade de atuação, é valioso o entendimento de Robert Alexy: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (2011, p. 446).

A atividade contramajoritária foi desempenhada pelo STF, tendo em vista o imobilismo legislativo quanto ao tema. Tal atribuição é efeito de propósitos constitucionais e visa amparar sujeitos vulneráveis às desvantagens do conservadorismo moral-social que inevitavelmente pulveriza a atuação legislativa. Neste aspecto, a maioria firmou entendimento de que a proteção de direitos fundamentais sobrepõe-se ao conteúdo lírico do texto constitucional.

Ainda no rol de decisões relevantes, prevalece o RESP (Recurso Especial) nº 1.183.378 julgado ao final de 2011 pela 4ª Turma do STJ, que superou o entendimento firmado pelo STF, sem, contudo, ignorá-lo. Trata-se, originalmente, da recusa de um Cartório de Registro Civil de Porto Alegre (RS) em celebrar o matrimônio civil entre duas mulheres que conviviam em união estável. O conflito originou o recurso em comento e resultou em entendimento complementar ao da Corte Suprema, desta vez interpretando o art. 1.521 do Código Civil de 2002, que trata dos impedimentos para casamento, e que é a seguir elencado:

Art. 1.521. Não podem casar:

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

Na presente hipótese analisa-se a identidade de gênero como um impeditivo inexistente no rol taxativo do elencado artigo. Ainda assim, foi vedado ao casal o direito de habilitar-se ao matrimônio.

No mesmo sentido da Corte anterior, o voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão buscou solucionar o conflito de competência do STJ. Nesta via, afirmou a função uniformizadora de jurisprudência, combinando-a com a função contramajoritária do Poder Judiciário, atribuindo ao Órgão ofício de resguardar os direitos infraconstitucionais, quais sejam aqueles assegurados de forma ampla pela constituição.



A decisão foi harmônica à proferida pelo STF acerca das ações supracitadas, reconhecendo-a como precedente já atuante na esfera federal. Ainda assim, houve divergência do Ministro Raul Araújo, que também entendeu não ser função do STJ extrair interpretações de conceitos constitucionais restritos, remetendo tal competência ao STF, por se tratar de matéria com natureza constitucional. O voto do Ministro foi vencido pela maioria, que, fundamentada no direito à dignidade humana, entendeu que a sexualidade não é elemento capaz de excluir famílias da proteção jurídica ao casamento, dando provimento ao recurso especial e reconhecendo direito a casais homoafetivos de habilitarem-se ao casamento civil.

As decisões supra elencadas formaram o início da primeira grande construção dos direitos LGBTI+ no tocante ao casamento homoafetivo, de forma que seus efeitos práticos consolidaram matéria jurisprudencial a ser aplicada em âmbito nacional. E foi neste sentido que o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) editou a Resolução nº 175 em 2013, conforme exposto em tópico posterior.

### **2.3 RESOLUÇÃO Nº 175/2013 DO CNJ**

Cumpra inicialmente evidenciar o surgimento do Conselho Nacional de Justiça, delimitando algumas de suas atribuições e competências, para uma melhor compreensão do alcance prático conquistado pela Resolução nº 175/2013.

Instituído constitucionalmente através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, popularmente conhecida por Reforma do Judiciário, a instituição é “*órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário brasileiro*” (DIRLEY, 2017, p. 1043). A conceituação do Autor dialoga com a de outros doutrinadores, como André Ramos Tavares (2020, p. 1.204) e Flávio Martins (2019, p. 306) no sentido de catalogar o CNJ no rol de órgãos do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de órgão administrativo cujo objetivo é de controle e aperfeiçoamento de todos os aspectos da supramencionada esfera de poder.

Importante ressaltar que, desde o projeto à aprovação e vigência da EC 45/2004, há ampla discussão doutrinária acerca dos limites de atuação do CNJ os agentes dos três poderes sobre a própria existência de tal órgão:

Muito polêmica foi a criação do Conselho Nacional de Justiça pela EC nº 45/2004. Não faltaram bons argumentos denunciando a inconstitucionalidade do CNJ como órgão de controle do Poder Judiciário, em violação ao princípio constitucional da separação e independência dos três poderes.

Todavia, na ação direta de inconstitucionalidade 3367 (Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-04-2005, Plenário, DJ de 22-9-2006), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, por entender que se trata de um órgão interno do poder judiciário - não de controle externo - de natureza meramente administrativa, de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura, não havendo nenhuma incompatibilidade com a cláusula pétrea da separação e independência dos Poderes. Para o STF, por se cuidar de um órgão de controle exclusivamente administrativo, a criação do CNJ não atenta contra o núcleo político do princípio da independência da função jurisprudencial, inapropriável pelo CNJ, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. (DIRLEY, 2017, p. 1042).

Neste sentido, frisa-se a natureza das resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Com fulcro no art. 103-B § 4º da CF/88, a Resolução Administrativa é ato normativo que busca disciplinar a matéria da sua competência.

Remetendo à temática estudada, a Resolução nº 175/2013 foi elaborada pelo então Presidente da instituição, o Ex-Ministro Joaquim Barbosa. Trata-se, portanto, de ato administrativo que disciplina a atuação dos cartórios, tabeliães e do próprio Poder Judiciário, ao instituir premissas que tutelam o casamento civil entre pessoas do mesmo gênero. A Resolução evidentemente cumpriu e decorreu das decisões anteriormente elencadas, de forma que consolidou e deu força de lei à atividade jurisprudencial já existente.

Ainda assim, quando de sua análise anterior ao editamento, houve divergência por parte da Conselheira Maria Cristina Peduzzi, acerca da competência do órgão para tal. A Conselheira entendeu que, em que pese ser materialmente possível (confirmando a constitucionalidade das decisões do STF e STJ), a conversão da união homoafetiva em casamento civil é direito a ser instituído por vias legislativas, em seu sentido formal. Portanto, atribuiu tal competência ao Congresso Nacional, nos termos do art. 22, I e XXV da CF/88.

Neste passo, o então Conselheiro Presidente Joaquim Barbosa sustentou a competência do CNJ no fato de que as decisões julgadas pelo Supremo interpretam “normas legais e, portanto, votadas pelo congresso nacional à luz da constituição”. E então questionou a necessidade de promulgação de nova lei para dar eficácia às

decisões do Supremo, afirmando tal hipótese como um contra senso. Em seguida, o Conselheiro Silvio Rocha confirmou a competência do Conselho, justificando-a com base em princípios isonômicos assegurados pela Constituição. Na fala do Conselheiro, *“se trata na pura aplicação do princípio da igualdade, em que removemos a diversidade de sexos que, culturalmente, não mais se coloca como um empecilho ou requisito para que as pessoas possam obter um direito fundamental que é o direito do casamento.”* (CNJ, 2013). Ressalta, em conclusão, que a atuação do CNJ é um avanço social em termos de *“remoção de obstáculos de exercício de um direito fundamental que é o direito ao casamento”* (CNJ, 2013).

O voto da Conselheira foi superado pelo restante dos membros, no que resultou o texto final que se tornou a Resolução em comento. Tal entendimento foi firmado pelos Conselheiros corroborando às seguintes decisões: o controle de constitucionalidade reconhecido pelo STF através das ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ e a decisão proferida pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.183.378/RS. Ou seja, a própria turma de conselheiros sedimentou seus fundamentos nas decisões anteriormente proferidas pelos demais tribunais do Poder Judiciário, de forma que sua atuação não tinha um objetivo coercitivo, mas sim de lapidar entendimentos recentes e inéditos no âmbito judiciário. Para além, o CNJ utilizou-se do quanto decidido em sua 169ª Sessão Ordinária, bem como de sua competência instituída nos termos do art. 103-B da Carta Magna para a edição da Resolução em análise:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

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 (BRASIL, 2013).

De imediato, é necessário observar que a Resolução extrapola o âmbito da união estável, versando expressamente sobre casamento civil, no sentido de atribuir-lhe *status* de igualdade ao casamento civil celebrado entre casais heteroafetivos. Neste passo, aproveita da natureza complementar extraída da decisão prolatada pelo STJ, sem deixar de pontuar o quanto decidido pelo STF. Não é demais mencionar que a Resolução nº 175 de 2013 do CNJ permanece em vigência até a presente data.

Em um período compreendido em dois anos, a união homoafetiva incorporou para si natureza jurídica que se mantém até então. Faz-se mister atestar, contudo, que as decisões acima elencadas são as únicas que garantem a isonomia civil entre casais hetero e homoafetivos, no que incorre ainda a sua respectiva ausência legal. O casamento homoafetivo, como fenômeno jurídico, foi construído não como lei, mas sim através de um paulatino processo contramajoritário do Poder Judiciário, de forma que sua omissão legal ainda perdura, conforme será melhor esmiuçado nos tópicos posteriores.

Ainda assim, atenta-se ao fato de que as decisões supramencionadas não foram unânimes em quaisquer instâncias. Os fundamentos de tais divergências, suscitadas pelos membros do STF, STJ e CNJ pautaram-se não na materialidade do direito, ou seja, não impugnaram a possibilidade do casamento homoafetivo ser instituído, mas versavam acerca dos limites e atribuições dos respectivos órgãos jurisdicionais. Neste passo, o grande questionamento norteador das discussões legislativas versa acerca da possibilidade das elencadas decisões ofenderem o texto constitucional e invadirem atividade inerente ao Poder Legislativo.

Formalmente, quando analisado do conceito constitucional *ipsis litteris* de família, o reconhecimento de casais homoafetivos é ato que desvia dos limites previstos na Carta Magna. Mas de um ponto de vista prático, cujo prisma é a

efetividade e cumprimento de princípios isonômicos previstos pelo próprio texto constitucional, entende-se que a atuação do Judiciário corrobora com os propósitos sociais instituídos pela Lei Maior.

Compreendido que a atuação legislativa é ausente e até mesmo desvantajosa aos casais homoafetivos, a modalidade judiciária de operação restou como a via mais prática de tais garantias. As divergências apontadas pelos Ministros e Conselheiros foram superadas quando da apuração de votos da maioria, mas suas repercussões ecoaram no âmbito legislativo, conforme será detalhado no tópico seguinte.

### **3. A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO QUANTO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO**

A cronologia fática quanto à atuação jurídico-brasileira acerca do casamento homoafetivo revelou uma inércia na atividade legislativa sobre o tema desde as primeiras reuniões de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, realizadas a partir 1986. Não bastando, uma parcela do próprio Congresso Nacional demonstrava interesses contrários àqueles almejados pelos casais homoafetivos, como o já mencionado projeto de lei nº 4508/2008 que buscava o impedimento de adoção por casais do mesmo gênero.

Neste passo, resta claro que a discussão subjetiva acerca do conceito de família ainda é tema heterogêneo no âmbito legislativo, de forma que os casais homoafetivos permanecem desamparados na esfera legal. Sendo este o cenário de tal espécie de Poder do Estado, é evidente que as decisões acima elencadas, juntamente à Resolução 175/2013 do CNJ provocaram ambíguas reações aos parlamentares, conforme a seguir demonstrado. Uma vez publicadas e vinculadas as decisões do STF e STJ, bem como editada a resolução administrativa do CNJ, uma série de ações e propostas legislativas foram opostas pelos membros do Congresso Nacional, revelando, em cada uma, interesses distintos.

A título exemplificativo, prevalece a propositura dos Projetos de Decreto Legislativo (PDC) de nº 224/2011 e 325/2011, elaboradas pelo Deputado Federal João Campos (PSDB/GO). Neles, o Parlamentar propõe a sustação da decisão proferida pelo STF na ADI 4.277/2011 e ADPF 132/2011, alegando violação da

competência do Poder Legislativo. Ambas as propostas encontram-se atualmente arquivadas, sem promover efeitos.

Em sentido semelhante, o Partido Social Cristão (PSC) impetrou Mandado de Segurança de nº 32.077 contra a Resolução nº 175/2013 do CNJ, requerendo a sustação de seus efeitos. A ação foi imediatamente extinta sem resolução de mérito pelo Min. Relator Luiz Fux, com base no equívoco ao questionamento da matéria, compreendendo que o correto remédio processual seria o uso de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, e não o mandado de segurança.

Neste passo, é relevante mencionar a reação do Poder Legislativo, em nível de pronunciamento, como bem aponta a Autora Livia Gonçalves Buzolin:

Quase todos os 40 parlamentares que utilizaram o plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Feral para realizar um discurso sobre o reconhecimento da família homoafetiva se referiam a algum tipo de movimentação do Poder Judiciário. Desse total, mais de 67% dos parlamentares revelaram sua reprovação a tais movimentações do Judiciário, enquanto que pouco mais de 27% dos parlamentares avaliaram positivamente a atuação desse Poder.

Os argumentos mais presentes nos discursos contrários são de duas ordens: a afirmação de que o Poder Judiciário errou, ou seja, não podia ter atuado da forma que fez em razão de ter contrariado a família “tradicional” brasileira; e alegação de que o Judiciário afrontou o Poder Legislativo ao usurpar sua competência, sendo necessária a aprovação de propostas legislativas que, de certa forma, revertam as decisões judiciais ou controlem o Poder Judiciário. (LÍVIA, 2019, 93).

Ainda que a maioria parlamentar fosse contrária aos avanços jurídicos quanto ao casamento homoafetivo, uma parcela significativa manifestou-se legislativamente em favor da ampliação de garantias ao grupo LGBTI+. É o caso, por exemplo, da PLS nº 612/2011, intitulada de “Casamento Homoafetivo” proposta pela então Senadora Marta Suplicy (PT/SP) que visa a alteração textual do código civil. É mister ressaltar que a ex-senadora é autora do Projeto de Lei nº 1151/1995 de semelhante teor, este já mencionado anteriormente por ser a primeira proposta legislativa a versar sobre casamento homoafetivo. Ocorre que, assim como sua proposta anterior, a PLS nº 612/2011 encontra-se arquivada e sem apuração de sua matéria, ainda que a consulta pública disponibilizada no site do Senado, aponte que 77% (43.659 votos) dos votantes aprovem o projeto, contra os 23% (13.234 votos) restantes o reprovem.

Neste ponto, a atualidade compreende um cenário idêntico ao de dez anos atrás. Em que pese as decisões tomadas pelo Judiciário quanto ao tema, nenhuma proposta legislativa (seja contra, seja a favor do casamento homoafetivo) logrou êxito de tramitação no Congresso. A possibilidade de habilitação ao casamento civil, bem como a conversão de união estável para casamento é distintamente assegurado às modalidades familiares. Por um lado, casais heteroafetivos estão amparados pela lei quanto ao direito fundamental de reconhecer sua entidade familiar para o Estado em todas as suas consequências práticas. Por outro, os casais homoafetivos são legitimados perante o Estado através de uma Resolução Administrativa amparada em duas decisões judiciais, ou seja, sem qualquer proteção de natureza legal.

O próprio caráter administrativo da Resolução nº 175/2013 (CNJ) reserva-lhe pouca estabilidade, de forma que sua revogação é muito mais alcançável que a de uma lei. Tal possibilidade se torna cada vez mais possível diante das recentes nomeações aos cargos de Conselheiro do CNJ, tendo em vista que desde 2019 três Conselheiros foram indicados pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro, cujas declarações acerca do casamento homoafetivo restam contrárias aos avanços jurídicos conquistados pela comunidade.

Este, aliás, é o preponderante teor político dos atores parlamentares atualmente. A persistência de uma maioria conservadora nas raízes legislativas é o que impede a incidência de novas propostas legais acerca do casamento homoafetivo, bem como a protelação daquelas que já se encontram em trâmite. A probabilidade de uma significativa alteração no código civil é baixa e as chances de êxito em uma proposta de emenda constitucional versando sobre o tema são quase nulas, tendo em vista a necessidade da aprovação de 1/3 dos parlamentares.

Neste ponto, confrontando a contradição jurídica, qual seja a eclosão de um direito diverso àquele instituído pela Carta Magna, toda e qualquer forma de impugnação a tal ocorrência remete aos cuidados do Poder Legislativo acerca da temática de casamento civil homoafetivo. Mas a realidade é que o próprio Congresso é o obstáculo maior na regular fundação do direito em pauta.

Diante de tudo, questiona-se: é necessário modificar apenas o Código Civil, ou promover uma alteração mais substancial, na esfera constitucional? Do ponto de vista formal, a segunda alternativa é aquela que solucionaria todo o conflito em si.

Ocorre que a chance de êxito na alteração espontânea, ou seja, pela via legislativa, é comprovadamente baixa e improvável. Visando um movimento de fora para dentro, o ideal seria a propositura legislativa, pela via popular, conforme preceituado pelo art. 14 da CF/88:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei mediante:

(...)

III – iniciativa popular. (BRASIL, 1988).

Ocorre que tal modalidade de exercício incorre somente na propositura de leis ordinárias no âmbito federal, estadual e municipal, sendo afastado no planejamento de emenda constitucional pela própria Carta Magna em seu art. 60:

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 Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 1988).

#### **4. CONCLUSÃO**

Diante de toda a discussão cronológica a respeito da temática de matrimônio civil entre pessoas de mesmo gênero, é possível aferir uma exaustiva lacuna legislativa quanto à sua institucionalização. Desde as primeiras Assembleias Nacionais Constituintes em 1986 até a presente data, tal necessidade resta parcialmente atendida, de forma a ensejar uma gritante desigualdade que em muito fere os princípios isonômicos propostos pela Carta Magna de 1988.

Passados dez anos das relevantes e proveitosas decisões do STF e STJ, bem como da Resolução nº 175 de 2013, não houve qualquer amparo legislativo a um grupo que, em que pese ser crescente, continua a figurar como alvo de desrespeito, hostilidade e intolerância perante a sociedade. É sim verdade que “os tempos mudaram”, e alguns membros da comunidade LGBTI+ conquistaram relevante *status* perante a coletividade, mas é imperioso entender que esta não é a realidade



do todo. Em verdade, qualquer um que faça parte desta minoria social já vivenciou algum nível de violência, que inclui a legislativa.

Em que pese a proposta do presente trabalho tangenciar tão somente na análise fática do passado e presente, é possível aludir algumas perspectivas acerca do futuro. Neste ponto, entendendo que o cenário é inerte por si só, e que a população não dispõe de prerrogativa legal para alçar diretamente a Emenda Constitucional, restam algumas alternativas a serem ponderadas. A primeira trata-se de medida não tão interessante, que por si só é arriscada: manter-se o legislativo imobilizado, enquanto a Resolução nº 175, surte seus efeitos. Tal hipótese, como já restou comprovado, é frágil e insuficiente para tutelar e assegurar os direitos desta categoria em estudo. Num plano não tão ideal, porém estável, existe a possibilidade do STF julgar demais ações que versem sobre o tema e editar uma súmula vinculante no sentido de autorizar o casamento civil homoafetivo, atribuindo ainda mais solidez às decisões já estudados.

Por fim, visando uma estabilidade legal, ainda que não totalmente protegida pela constituição, há a possibilidade da propositura de lei ordinária federal, por iniciativa popular, nos termos do art. 14, III da Constituição Federal. Ainda que haja as exigências formais e burocráticas estabelecidas no art. 61, § 2º da mesma Lei Maior bem como na Lei nº 9.709/98 que esmiúça tais procedimentos, esta parece a alternativa mais viável a ser adotada. Uma vez o projeto de lei propositado pela iniciativa popular tramita de forma distinta, e, portanto, esquivando-se da inércia por parte do Congresso, suas chances de êxito são mais altas. Uma vez aprovada e promulgada, a lei concederia um caráter menos desigual ao instituto jurídico analisado no presente artigo, equiparando-o ao matrimônio heteroafetivo.

Ainda assim, é forçoso concluir que a pauta em discussão é somente uma das inúmeras necessidades do grupo LGBTI+, sendo certo que outros membros de tal comunidade, especialmente os transgêneros, ocupam-se em requerer seus respectivos direitos coletivos e individuais que tanto são violados. Historicamente, trata-se de um movimento recente, e, portanto, em estágio inicial de progresso, de forma que a acomodação e o silêncio jamais devem ser tolerados.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo nº 224 de 25 de maio de 2011**. Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503973>

Acesso em: 21 mai 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo nº 325 de 06 de julho de 2011**. Susta os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/511719> Acesso em: 21 mai 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em: 19 set 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)

Acesso em: 19 set 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.151, de 20 de outubro de 1995**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>

Acesso em: 14 mai 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.508 de 16 de dezembro de 2008**. Proíbe a adoção por homossexual. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420940>

Acesso em: 21 mai 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 175 de 15 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em:

[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_175\\_14052013\\_16052013105518.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf)

Acesso em: 30 mai 2021.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Direito Homoafetivo, Criação e Discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo**. São Paulo, Ed. Thomson Reuters REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 612 de 2011**. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589> Acesso em: 21 mai 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.077 Distrito Federal**. Partido Social Cristão, Presidente do Conselho Nacional de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/DignidadeLGBT/stf-fux-cautelarms-2077> Acesso em: 30 mai 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8)**. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF. N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. Em segredo de Justiça. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Acórdão 25 outubro 2011. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2011. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/STJRecursoEspecial1183378RS.pdf> Acesso em: 30 mai 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF e ADPF 132/RJ**. Procuradora-Geral da República, Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Associação Eduardo Banks, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator Ministro Ayres Britto. Acórdão 05 de maio de 2011. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528&prclD=11872#> Acesso em: 30 mai 2021.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **169ª Sessão Ordinária do CNJ – 14 de maio de 2013 – Parte 01**. Youtube, 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cLSiREtbBbM>>

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário. **Estudo Sobre Direitos Sexuais de LGBT no Brasil**. Brasília, 2013.

HUMANOS, EQUIPE DO CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS. Et al. **Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Sexualidade, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais**. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador, Ed. JusPODIVM, 2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva Jur, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva Educação, 2020

VILALON, Eduardo Martins de Azevedo. **O MOVIMENTO HOMOSSEXUAL BRASILEIRO NA CONSTITUINTE DE 87-88: APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE AS DISCUSSÕES NA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://anaiscongressodivsex.files.wordpress.com/2015/03/49-eduardo-vilalon.pdf> acesso em: 16 mai 2021.