



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA
CURSO DE DIREITO

OSMILTON OLIVEIRA GALDINO

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O RECONHECIMENTO DO
CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO**

Imperatriz
2023

OSMILTON OLIVEIRA GALDINO

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O RECONHECIMENTO DO
CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia da Universidade Federal do Maranhão(CCSST/UFMA), como requisito parcial para obtenção do grau.

Orientador: Prof. Gabriel Araújo Leite

Imperatriz
2023

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Oliveira Galdino, Osmilton.

Constitucionalização do Direito : O reconhecimento do casamento civil homoafetivo / Osmilton Oliveira Galdino. - 2023.

42 f.

Orientador(a): Gabriel Araújo Leite.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2023.

1. Casamento homoafetivo. 2. Código Civil. 3. Constitucionalismo do Direito. I. Araújo Leite, Gabriel. II. Título.

OSMILTON OLIVEIRA GALDINO

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O RECONHECIMENTO DO
CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia da Universidade Federal do Maranhão (CCSST/UFMA), como requisito parcial para obtenção do grau.

Orientador: Prof. Gabriel Araújo Leite

Aprovada em 23 de agosto de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gabriel Araújo Leite

Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves

Prof. Dr. Thiago Vale Pestana

Imperatriz
2023

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus por me dar a força e a sabedoria para realizar este trabalho.

Agradeço ao Coordenador do Curso, Professor Gabriel, pela compreensão durante todo o curso

Agradeço aos meus professores, que me proporcionaram uma sólida formação acadêmica.

Agradeço aos meus colegas de curso, que sempre estiveram presentes para me ajudar e me incentivar.

Agradeço à minha família, que sempre me apoiou incondicionalmente.

Agradeço aos meus amigos, que sempre estiveram presentes para compartilhar minhas alegrias e tristezas.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

*“Jamais desista das pessoas que ama. Jamais desista de ser feliz. Lute sempre pelos seus sonhos. Seja profundamente apaixonado pela vida. Pois a vida é um espetáculo imperdível.”
(Augusto Cury)*

RESUMO

O presente trabalho visa à evidenciar que o entendimento jurídico atual do Supremo Tribunal Federal – STF se ancora nos aspectos da constitucionalização do direito civil acerca do reconhecimento do casamento civil homoafetivo, tornando-o de pleno direito. Para a realização do trabalho fez-se uma revisão da literatura sobre o tema em questão, desde um breve histórico do surgimento do constitucionalismo, analisando-se, mais especificamente, os aspectos que norteiam a constitucionalização do direito civil. Também se buscou no direito comparado com países pelo mundo tem tratado o reconhecimento do casamento homoafetivo. Por fim, analisou-se os desdobramentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, na qual o governo do Estado do Rio de Janeiro alegava que não reconhecer a união civil homoafetiva seria contrariar princípios basilares da Carta Magna nossa vigente, a saber: igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, estaremos visualizando o cenário provocado de pela Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, diante das previsões legais do Código Civil.

Palavras-Chave: Constitucionalismo do direito. Código Civil. Casamento homoafetivo.

ABSTRACT

The present work aims to show that the current legal understanding of our Supremo Tribunal Federal (STF) applies the aspects of the constitutionalisation of civil law regarding the recognition of same-sex marriage, making it fully entitled. For the accomplishment of the work a review of the literature on the subject in question was made, from a brief history of the emergence of constitutionalism, analyzing, more specifically, the aspects that guide the constitutionalism of civil law. Finally, the Arbitration for Non-Compliance with Fundamental Precept (ADPF) 132 was analyzed, in which the Rio de Janeiro government argued that not recognizing same-sex union would be contrary to the basic principles of our Constitution, equality, freedom and the principle of the dignity of the human person.

Keywords: Constitutionalism of Law. Civil Law. Same-sex marriage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

3.1 Exemplos da constitucionalização do Direito Civil na Constituição Federal

3.1.1 Dignidade da pessoa humana

3.1.2. Igualdade

3.1.3. Liberdade individual

3.1.4. Direitos da família

3.1.5. Direitos do Consumidor

4 O CASAMENTO ENQUANTO INSTITUIÇÃO CIVIL E SUA CARACTERIZAÇÃO FRENTE O DIREITO

5 O CASAMENTO HOMOAFETIVO NO DIREITO COMPARADO

6 O ENTENDIMENTO ATUAL DO STF ACERCA DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

7 RESOLUÇÃO DO CNJ VERSANDO SOBRE O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

8 ESTATÍSTICAS E DADOS

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERENCIAS

1 INTRODUÇÃO

Antes de se discutir acerca do casamento civil homoafetivo interpretado segundo o paradigma da constitucionalização do direito civil, mister se faz discorrer brevemente sobre os principais marcos históricos que norteiam o fenômeno da constitucionalização do direito, para em seguida discorrer acerca dos aspectos da constitucionalização do direito civil, e, por fim, analisar o emprego dos aspectos da constitucionalização do direito civil no ordenamento jurídico pátrio em um caso concreto no qual se pleiteava o reconhecimento, de pleno direito, do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil determina normas envolvendo o Direito privado. Isso significa que ele regula os direitos e deveres que regem as pessoas, os seus bens e as relações inerentes a elas — nascimento, casamento, contratos, obrigações, sucessão, dentre outros. Existem duas previsões que serão palco desta pesquisa, os artigos 1514, e 1723, local onde encontramos regulamentação das uniões, sendo o primeiro responsável pelo direcionamento no que concerne a vínculo conjugal, e o segundo responsável pela união estável. Nestes dois dispositivos, foram elencados os termos “homem e mulher”, o que fez surgir a necessidade de complementação, o que culminou com a ADPF 132 e a ADI 4277, que serão abordadas nessa pesquisa.

Foi utilizado o método de **pesquisa descritiva** com a finalidade de analisar a legislação correlatada, além de decisões de tribunais superiores que versem sobre a temática discutida. A finalidade é entender a realidade dos relacionamentos homoafetivos, compreender os infortúnios que eles enfrentam constantemente, buscando constatar a eficácia legislativa.

Para isso, a pesquisa será baseada em estudos de autores, como por exemplo Paulo Luís Netto Lobo, Marcia Dresch, Francisco Falconi, Maria Celina Moraes, entre outros pensadores que elaboraram trabalhos pertinentes ao assunto.

Partindo dos dados coletados na pesquisa bibliográfica, e contando com a jurisprudência atual, o trabalho analisará a realidade dos casamentos homoafetivos, para isso, será necessária uma pesquisa detalhada, visando extrair dados e informações diretamente da realidade dos casais homoafetivos.

O estudo terá caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental, ao mesmo tempo que será necessário o cruzamento dos

levantamentos com toda a pesquisa bibliográfica já feita.

No Segundo capítulo trataremos uma abordagem histórica, abordando acerca do surgimento do constitucionalismo que nada mais é do que a concepção de valorização da Constituição do país, bem como a delimitação do poder por meio de um documento legal que rege as regras e normas de uma nação, onde faremos algumas considerações importantes. No terceiro capítulo trataremos uma discussão acerca dessa constitucionalização sendo aplicada no âmbito civil.

Já no quarto capítulo, trataremos uma abordagem acerca do casamento como uma instituição civil, e veremos como é caracterizado frente ao direito, ao nosso ordenamento jurídico.

No capítulo cinco, faremos uma discussão acerca da legislação pertinente, faremos uma análise do comportamento legislativo nesse contexto, no direito comparado.

No capítulo seis, teremos uma análise a respeito do entendimento dos tribunais superiores (STF) acerca do casamento civil homoafetivo, onde serão abordados aspectos importantíssimos para compreender como essas decisões impactaram positivamente em nossa sociedade.

No sétimo capítulo, trataremos informações relativas a uma resolução do Conselho Nacional de Justiça no que concerne a casamento civil homoafetivo, que nos farão refletir acerca dessa realidade.

Na abordagem proposta no capítulo oito, estaremos observando estatísticas colhidas por uma pesquisa do IBGE no ano de 2018, que nos mostrará a diferença após a jurisprudência, na quantidade de casamentos homoafetivos.

No nono e último capítulo, faremos as considerações finais da presente monografia, deixando nossas impressões acerca o tema, e logo em seguida, virá o referencial teórico das explicações anteriores.

2 O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

O pós-guerra europeu fez surgir o constitucionalismo. Este surge como forma de minimizar todas as atrocidades da 2ª Grande Guerra. Guerra esta na qual os mais variados tipos de direitos humanos foram violados, direitos esses como a liberdade de expressão do pensamento, liberdade de crença religiosa, o direito à dignidade da pessoa humana, dentre outros. Foi após a 2ª Grande Guerra que os Estados passaram a se consubstanciar como Estados democráticos de direito, com vistas a esculpir no corpo de suas constituições uma gama de direitos humanos até então violados em ações da 2ª Guerra mundial.

Tem-se nessa época o Tribunal do direito constitucional, instalado na Alemanha, em 1951, como marco referencial desse novo modelo de constitucionalização do direito. Outra referência marcante foi a Constituição da Itália, datada de 1947, e posterior instalação da Corte Constitucional, em 1956. Esses instrumentos fomentaram a discussão teórica e jurisprudencial acerca do direito constitucional.

No Brasil, o direito constitucional renasce com a nossa Carta Magna, de 1988. Com ela, sai-se de um Estado autoritário e adentra-se em um estado democrático de direito. Por razões muito similares às razões europeias quando da constitucionalização do direito europeu, o Brasil promulga uma constituição garantidora de direitos humanos. Direitos estes muito violados durante o período autoritário pelo qual o Brasil passou desde o ano de 1964 até a promulgação da Carta Magna brasileira atual.

Desse modo, a constitucionalização do direito quer na Europa – berço desse novo direito – quer no Brasil surge como uma reação da sociedade com o propósito de se garantir no corpo de constituições direitos humanos tão facilmente violados durante Guerras ou durante regimes autoritários.

Assim, constituições que outrora eram basicamente políticas, ou seja, que se ocupavam de elencar a organização política dos seus Estados passam a acrescentar nos seus corpos regras e princípios gerais que devem nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nossa Carta Constitucional, em seu Art 5º, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, elenca uma série de direitos individuais e da coletividade, evidenciando, assim, tratar-se de uma Constituição garantidora do bem social. E assim, a

constituição passa então a ser o ordenamento jurídico maior, sob o qual toda e qualquer norma infraconstitucional deve se submeter.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2009, p. 01).

Desse modo, toda e qualquer legislação infraconstitucional se submete aos ditames constitucionais. Não há, portanto, que se falar em prevalência de norma infraconstitucional sobre norma em contrário expressa na Carta Magna. E, assim, qualquer interpretação de norma infraconstitucional deve, necessariamente, passar pelo crivo da norma constitucional vigente.

O constitucionalismo no Brasil, assim como nos demais lugares, tem como principal intuito garantir os direitos e deveres do povo, seguindo a linha do documento que rege o país. Essa limitação do poder tem como objetivo permitir que as garantias fundamentais sejam mantidas, bem como a ordem do Estado.

É imperioso destacar que a primeira experiência do Brasil como nação livre, após a declaração de independência em 1822, deu-se a luz do constitucionalismo clássico ou histórico, a luz da Declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789 que dispunha que toda sociedade para ter uma Constituição deve ter nela a garantia de direitos e a separação de poderes.

Com os avanços na área do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser suficientes, pois, se verificou que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontravam no relato abstrato do texto normativo, sendo necessária uma participação mais ativa do poder judiciário na interpretação e efetivação das normas jurídicas nos casos concretos apresentados, garantindo-se sempre os direitos e garantias do cidadão.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Ao longo da história, o direito civil caracterizava-se como sendo o ramo do direito mais distante do direito constitucional. Com o advento do constitucionalismo, constituições liberais cedem lugar a constituições sociais. Nas constituições liberais, tem-se o Estado mínimo, com intervenção mínima do Estado nas relações civis, daí resulta o distanciamento do direito civil dos corpos dessas constituições.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do estado mínimo. Ao estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais (LOBO, 1999, p. 03).

Ao passo que as constituições liberais cedem espaço a constituições sociais, o Estado mínimo sai de cena e entra o Estado Social. Este Estado Social disciplina em muito, em suas constituições, as relações dos indivíduos em sociedade, com vistas a oferecer ao corpo da coletividade um bem-estar social. Disso resulta que temas ligados aos mais variados ramos do direito são tratados nessas constituições sociais (direito ambiental, direito empresarial, direito previdenciário, direito penal etc). O direito civil não foge a essa regra e muitas das relações entre particulares agora são disciplinadas em constituições ditas sociais.

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil (LOBO, 1999, p. 03).

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948 reflete bem esse momento marcante da História, em que nações buscavam não verem repetidos os horrores praticados contra civis por ocasião da 2ª Grande Guerra. Assim, vejamos:

Abalados pela recente barbárie da Segunda Guerra Mundial, e com o intuito de construir um mundo sob novos alicerces ideológicos, os dirigentes das nações que emergiram como potências no período pós-guerra, liderados por Estados Unidos e União Soviética, estabeleceram, na Conferência de Yalta, na Rússia, em 1945, as bases de uma futura paz mundial, definindo áreas de influência das potências e acertando a criação de uma organização multilateral que promovesse negociações sobre conflitos internacionais, para evitar guerras e promover a paz e a democracia, e

fortalecer os Direitos Humanos (VUNESP, 2014, s.p).

A nossa Carta Magna, de 1988, é exemplo de Constituição Social. Uma Carta Magna que optou por constitucionalizar temas sociais juridicamente relevantes, e, em assim fazendo, interveio significativamente em setores da vida privada, nas relações entre particulares, ficando comprovada a constitucionalização do direito civil no quesito esculpir regras típicas de particulares, regras civis, no corpo da nossa constituição.

Porém, o fenômeno da constitucionalização do direito civil vai além da inserção dessas regras de trato civil na constituição. Necessário se faz, também, que as regras infraconstitucionais do ramo do direito civil sejam sempre interpretadas à luz das regras e princípios constitucionais.

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal, ela constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

O conteúdo conceitual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil.

É notório que as funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.

Dessa forma, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.

Certamente, a constitucionalização do direito civil no Brasil representa um avanço significativo para a proteção dos direitos individuais e a promoção da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios fundamentais que norteiam as relações civis no país. Dentre esses princípios, destacam-se a

dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não discriminação e a liberdade individual. Esses princípios têm influenciado a interpretação das leis e a tomada de decisões judiciais, tornando-se instrumentos importantes para a garantia dos direitos civis.

A aplicação desses princípios no âmbito do direito civil tem permitido avanços significativos, como o reconhecimento do casamento homoafetivo, a proteção dos direitos das mulheres e a ampliação dos direitos das famílias.

No caso do casamento homoafetivo, por exemplo, a Constituição estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Com base nesse princípio, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Posteriormente, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou aos cartórios que celebrassem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Esse reconhecimento é um reflexo direto da constitucionalização do direito civil e da interpretação dos princípios constitucionais de igualdade e não discriminação. A decisão do STF e a resolução do CNJ representam um avanço importante na proteção dos direitos civis e na promoção da igualdade para todos os cidadãos brasileiros, independentemente de sua orientação sexual.

É válido ressaltar que a constitucionalização do direito civil também tem impactado outras áreas, como o direito de família, os direitos do consumidor, os direitos das crianças e dos adolescentes, entre outros. Essa abordagem constitucional fortalece a proteção dos direitos individuais e coletivos, além de fomentar a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Diante desse contexto, é evidente a importância da constitucionalização do direito civil no Brasil para a garantia dos direitos individuais, a promoção da igualdade e a consolidação de uma sociedade democrática e inclusiva.

A constitucionalização do direito civil é um fenômeno que tem ocorrido em diversos países do mundo nas últimas décadas. Este processo consiste na incorporação de princípios e valores constitucionais ao direito civil, o que tem levado a uma mudança na forma de pensar e aplicar o direito privado.

Um dos principais motivos para a constitucionalização do direito civil é a necessidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais das pessoas. As constituições modernas consagram uma série de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à educação, à saúde, etc.

Estes direitos são fundamentais para a realização da pessoa humana e devem ser protegidos pelo direito.

A constitucionalização do direito civil também tem sido motivada pela necessidade de promover a justiça social. O direito civil tradicional era centrado na proteção dos interesses individuais, mas as constituições modernas consagram o princípio da função social da propriedade e da empresa. Este princípio significa que os direitos de propriedade e de empresa não podem ser exercidos de forma a prejudicar o interesse público.

A constitucionalização do direito civil tem gerado uma série de desafios, mas também tem trazido uma série de benefícios. Um dos desafios é o da compatibilização dos princípios e valores constitucionais com as normas do direito civil tradicional. Outro desafio é o da garantia da efetividade dos direitos fundamentais no plano privado.

Apesar dos desafios, a constitucionalização do direito civil é um processo positivo que tem contribuído para a melhoria da proteção dos direitos fundamentais das pessoas e para a promoção da justiça social.

Aqui estão alguns exemplos de como a constitucionalização do direito civil tem ocorrido em diferentes países do mundo:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagra uma série de princípios e valores que têm influenciado o direito civil, como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, a igualdade entre os sexos, a proteção do meio ambiente, etc.

Na Alemanha, a Constituição Federal de 1949 também consagra uma série de princípios e valores que têm influenciado o direito civil, como o princípio da democracia, o princípio do Estado de Direito, o princípio da proteção dos direitos fundamentais, etc.

Nos Estados Unidos, a Constituição Federal de 1787 não consagra explicitamente uma série de princípios e valores que têm influenciado o direito civil, como o princípio da liberdade individual, o princípio da igualdade, o princípio do devido processo legal, etc.

A constitucionalização do direito civil é um processo em curso, que ainda está sendo moldado pelo desenvolvimento do direito e da sociedade. No entanto, este processo é positivo e tem contribuído para a melhoria da proteção dos direitos fundamentais das pessoas e para a promoção da justiça social.

3.1 Exemplos da constitucionalização do Direito Civil na Constituição Federal

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe diversos exemplos de constitucionalização do direito civil, refletindo a importância dos princípios constitucionais na proteção dos direitos individuais e na promoção da igualdade. Alguns exemplos notáveis são:

3.1.1 Dignidade da pessoa humana

A Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito. Esse princípio orienta todas as questões relacionadas ao direito civil, garantindo a proteção da integridade física e moral de cada indivíduo.

3.1.2. Igualdade

O princípio da igualdade é fundamental no direito civil e está presente em diversos dispositivos da Constituição. Ele assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, incluindo raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, entre outros. Esse princípio tem sido determinante para a proteção dos direitos civis de minorias e grupos historicamente discriminados.

3.1.3. Liberdade individual

A Constituição garante a liberdade individual como um direito fundamental, assegurando o respeito à liberdade de pensamento, consciência, crença, expressão, locomoção, entre outros. No âmbito do direito civil, essa liberdade se manifesta em questões como o direito de contratar, o direito à propriedade e a autonomia da vontade.

3.1.4. Direitos da família

A constitucionalização do direito civil também trouxe avanços importantes para a proteção dos direitos da família. A Constituição reconhece a família como base da sociedade e prevê diferentes arranjos familiares, incluindo o casamento, a união estável e a família monoparental. Além disso, o reconhecimento do casamento homoafetivo pelo STF foi um marco importante nesse sentido.

3.1.5. Direitos do Consumidor

A Constituição também trouxe disposições específicas para a proteção dos direitos do consumidor no âmbito do direito civil. Dentre essas disposições, destaca-se a previsão de responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços por danos causados aos consumidores, garantindo a reparação em casos de violação de direitos.

Esses são apenas alguns exemplos da constitucionalização do direito civil no Brasil. A influência dos princípios constitucionais nessa área tem promovido avanços significativos na proteção dos direitos individuais, na promoção da igualdade e na consolidação de uma sociedade mais justa e inclusiva.

4 O CASAMENTO ENQUANTO INSTITUIÇÃO CIVIL E SUA CARACTERIZAÇÃO FRENTE O DIREITO

Antes de discutir sobre o casamento enquanto instituição civil, se faz necessário discorrer acerca da instituição família. A família é sem dúvida a mais antiga e mais importante instituição de que se tem conhecimento. Esta é responsável pela criação de novas gerações. Trata-se de um grupamento surgido até mesmo antes do Estado e seus alicerces fundam-se em uma sociedade altamente conservadora, sofrendo grande influência de tradições religiosas. Nesse contexto, a família era constituída basicamente por um homem mantenedor do lar e por uma mulher que cuidava desse lar.

Com o passar do tempo, especialmente, a partir da revolução industrial, o mercado carece cada vez mais de mão de obra abundante. Com isso, as mulheres, antes cuidadoras de lares, passam a fazer parte desse mercado de trabalho. Assim, a família passa a depender financeiramente da força de trabalho feminina. Surge então uma família com relações centradas muito mais na afetividade que na dependência financeira da mulher em relação ao marido.

Embora tenha ocorrido essa mudança de relação familiar, inclusive disciplinada pelo Código Civil da época, no Brasil ainda imperava o casamento civil bem conservador. O código Civil de 1916 abordava o casamento civil como sendo aquele resultante da união entre homem e mulher. *In verbis*:

Na vigência dessa lei, prevalecia a supremacia do homem, ou seja, este era considerado como o responsável financeiro do lar. A qual pode ser percebida em vários dispositivos, como no art. 233, o qual descrevia que cabia ao marido a chefia da sociedade conjugal, sendo o papel da mulher cooperar com o seu cônjuge, sendo seu dever cuidar do bem material e moral (art. 240) (DRESCH, 2016, p. 01).

Veja-se o que dispunha o Código Civil de 1916 em ser Art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação da Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

Contudo, a Constituição de 1988 surge como marco histórico do conceito de família para a legislação brasileira. Foi a Carta Magna de 1988 o marco significativo que ampliou o rol daquilo que a sociedade brasileira entende hoje como sendo

relações familiares. Até então a família era tida como o fruto resultante de uma relação patriarcal e de consanguinidade.

Imperava no Brasil até a Constituição da República de 1988 o modelo de família patriarcal e da consanguinidade. A Carta Constitucional promulgada em 1988 apresentou uma nova roupagem à família e ao Direito de Família com seu artigo 226 e 227, § 6º. No artigo 226, a família é taxada como alicerce da sociedade e merece amparo especial do Estado e inovou reconhecendo outras formas de famílias reconhecidas pelo Estado em seus parágrafos 3º e 4º, como a União Estável e a Família Monoparental. No artigo 227, § 6º da CF/1988 revolucionou o Direito de Família pátrio ao proibir expressamente de haver qualquer tipo de classificação ou discriminação dos filhos, sejam eles havidos ou não na constância do casamento e adotivos ou não (DRESCH, 2016, p. 01).

Ainda assim, a Carta Constitucional brasileira de 1988 não tratou do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O Mesmo se pode afirmar do Código Civil, datado de 2002. Conforme preceituado no Art. 1.723 desse diploma legal:

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, p. 01).

Depreende-se, assim, a despeito da considerável mudança de paradigma no que concerne a constituição de uma família brasileira nos dias de hoje, mudanças essas trazidas tanto pela Constituição Pátria de 1988 quanto pelo Código Civil de 2002, que o casamento civil homoafetivo encontra-se sem amparo em Lei civil pátria, o que pode ser confirmado quando fazemos a leitura de outro dispositivo do Código Civil, o artigo 1514: “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”.

Em nenhum dos artigos anteriores se vê menção ao casamento homoafetivo, o que demonstra um atraso legislativo no âmbito cível no que concerne a temática.

5 O CASAMENTO HOMOAFETIVO NO DIREITO COMPARADO

Quando se pesquisa sobre o reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, facilmente se constata que tal reconhecimento já é prática corriqueira em vários países do mundo.

No Canadá, um caso em específico – Halpern v. Canadá- motivou a Corte de Ontário a decidir no sentido de reconhecer uniões homoafetivas: Veja-se:

[...] o conceito tradicional, originário do common law, acerca do casamento como “a comunhão voluntária de vida entre um homem e uma mulher com a exclusão de todas as outras formas” não é compatível com os preceitos de uma sociedade livre e democrática que considera detentores de iguais direitos os casais, independente da orientação sexual, e redefiniu o casamento como “a comunhão de vida entre duas pessoas com a exclusão de todas as outras formas” (JUNIOR & BENIGNO, 2013, p. 15).

Na Europa, vários são os países que permitem a união homoafetiva, quer por meio da celebração do casamento quer por meio de uniões registradas. A estas, embora difiram do casamento propriamente dito, são conferidos muitos dos direitos inerentes ao casamento civil. A Holanda figura como pioneira no reconhecimento de uniões homoafetivas. Também na França já se tem o a aprovação de casamentos homoafetivos, inclusive como sendo lícito a esses casais adotarem crianças. O mesmo se pode afirmar da Bélgica, da Noruega, de Portugal, da Islândia e da Espanha

A corte-sul africana também decidiu reconhecer o a união homoafetiva, e para tanto se baseou em princípios constitucionais daquele país, a saber: princípio da dignidade humana, da igualdade, da proteção à intimidade e da não-discriminação por motivo de orientação sexual.

Depreende-se, analisando - se os argumentos favoráveis ao o reconhecimento das uniões homoafetivas nos países acima citados, que a base dessa argumentação favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ancora-se na completa impossibilidade de se conciliar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não discriminação de quem quer que seja por conta de sua preferência sexual princípios esse esculpido nas Cartas Constitucionais desses países) com o não reconhecimento de uniões homoafetivas. Fica evidente, portanto, a aplicação dos aspectos do fenômeno da constitucionalização do direito

civil nos casos ora citados.

Desde 1948, o direito à formação familiar é um direito humano fundamental, até mesmo pela sua presença na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 16 consagra que os “homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução”

Desde 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece, em seu art. 17, que “é reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação”

Esse mesmo direito à formação de uma família também foi declarado em 2006, encontrando-se presente nos Princípios de Yogyakarta, cujo princípio 24 dispõe que “toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero”³⁶. Importante destacar que as normas protetoras do direito internacional, em relação à família e ao casamento, também possuem força jurídica no ordenamento interno brasileiro³⁷, de tal modo que a proteção hoje existente, em relação ao casamento, é ampla no Brasil e no mundo.

No continente americano, há uma importante decisão no caso *Halpern v. Canadá*. Neste caso, os juízes da Corte de Ontário decidiram que o conceito tradicional, originário do common law, acerca do casamento como “a comunhão voluntária de vida entre um homem e uma mulher com a exclusão de todas as outras formas” não é compatível com os preceitos de uma sociedade livre e democrática que considera detentores de iguais direitos os casais, independente da orientação sexual, e redefiniu o casamento como “a comunhão de vida entre duas pessoas com a exclusão de todas as outras formas”.

Nos Estados Unidos da América, os Estados de Washington, Maine, Maryland, Nova Iorque, Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, Vermont, District of Columbia, Delaware e Minnesota legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo

Em se tratando de uma abordagem dos continentes da África, Ásia e Oceania, apesar da perseguição que há nesses continentes, contra os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, na África do Sul existe uma

importante decisão no caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*, no qual a Corte Constitucional da África do Sul decidiu que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconstitucional. Neste caso, após mais de uma década de convivência comum, com uma relação pública e amplamente conhecida por diversos amigos, duas mulheres tentaram legalizar o relacionamento através do registro de casamento.

Porém, necessitaram levar esse pedido aos tribunais locais, sob alegação de que a *common law* na África do Sul define o casamento como sendo a união entre “um homem e uma mulher”, com exclusão de toda e qualquer outra forma de união. A decisão da Corte Constitucional sul-africana baseou-se nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da proteção à intimidade e da não-discriminação por motivo de orientação sexual, todos contidos nas Seções 9, 10 e 14 da Constituição Federal da África do Sul. Outra questão tratada neste caso, foi em relação ao potencial de procriação que, segundo seus defensores, é a característica mais fundamental e inerente do casamento. Com base neste argumento, defendido pelo Cardeal da Igreja Católica Wilfrid Napier, o casamento simboliza e institucionaliza o potencial humano da procriação, sendo esta a atividade que mais aproxima, em semelhança, a criatura humana do seu criador e, por esse motivo, nenhum tipo de união entre pessoas do mesmo sexo merece ser protegida.

A Corte Constitucional sustentou, entretanto, que este pode ser um argumento inerente a uma específica e particular religião, mas do ponto de vista jurídico e constitucional não é a procriação a marca decisiva que caracteriza o casamento, mas sim o afeto e o dever de mútua assistência entre os cônjuges.

A decisão final deste caso foi no sentido de declarar inconstitucional a definição de casamento, dada pela *common law* da África do Sul, devendo as expressões “marido e mulher” serem lidas como “cônjuges”; dentro de doze meses após a decisão, o Parlamento da África do Sul deverá corrigir a *common law* conforme acima mencionado e, enquanto não for feita essa correção, os atos praticados em cartórios serão inválidos sempre que casais homossexuais tiverem excluídos seus direitos referentes ao casamento.

Na Ásia, já há notícia de casamento budista realizado entre duas mulheres em Taiwan, E na Oceania, a Nova Zelândia legalizou o casamento entre homossexuais.

6 O ENTENDIMENTO ATUAL DO STF ACERCA DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

Inicialmente, cumpre-nos trazer à tona o que motivou o entendimento da nossa Suprema Corte acerca do casamento civil homoafetivo. O caso teve início com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Nela, o Estado do Rio de Janeiro alegava que não reconhecer a união homoafetiva seria contrariar princípios basilares da Carta Magna, a saber: igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. A ADPF 132 ascende à Suprema Corte e lá é convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277. O titular da ADI 4277, Procurador-Geral da República, propõe que seja declarado inconstitucional qualquer interpretação do Art. 1.723 do Novo Código Civil que não permita a união civil homoafetiva de pleno direito. Veja-se Art. 1.723, (Código Civil de 2002):

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).

No julgamento, o relator, ministro Ayres Brito, asseverou que nossa Carta Magna Art. 3º, Inciso IV, proíbe qualquer discriminação em virtude de cor, raça, sexo, e, em assim sendo, ninguém deve ser discriminado por conta de sua preferencial sexual. Veja-se trecho do voto do Ministro Ayres Brito:

O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica. (FALCONI, 2011, p. 01).

Os Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Carmém Lúcia e Ellen Gracie seguiram o voto do ministro relator, Ayres Brito, com efeito vinculante, com vistas a proibir qualquer interpretação do Art. 1.723 do código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como sendo entidade familiar. Vejamos, então, trechos dos votos de alguns dos ministros:

Estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão. O que muda é a forma como as sociedades se enxergam e vão enxergar em cada parte do mundo. (Joaquim Barbosa);

Entendo que uniões de pessoas do mesmo sexo, que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, devem ser reconhecidas pelo direito, pois dos fatos nasce o direito. Creio que se está diante de outra unidade familiar

distinta das que caracterizam uniões estáveis heterossexuais. (Lewandowski);

O limbo jurídico inequivocamente contribui para que haja um quadro de maior discriminação talvez contribua até mesmo para as práticas violentas de que temos notícia. É dever do estado de proteção e é dever da Corte Constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concedida pelo órgão competente”, ponderou o ministro. (Gilmar Mendes);

“Aqueles que fazem a opção pela união homoafetiva não podem ser desiguados da maioria. As escolhas pessoais livres e legítimas são plurais na sociedade e assim terão de ser entendidas como válidas. (...) O direito existe para a vida não é a vida que existe para o direito. Contra todas as formas de preconceitos há a Constituição Federal. (Cármem Lúcia) (FALCONI, 2011, p. 01)

Desse modo, ao declarar inconstitucional qualquer interpretação do Art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como sendo entidade familiar, O STF assegura de pleno direito o casamento civil homoafetivo.

Em suma, em maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma unânime, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, assim, a união homoafetiva como um núcleo familiar. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Um ano antes, no Censo de 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) havia identificado 60 mil casais homoafetivos no país, a maioria formada por mulheres (53%). Em 2018, as Estatísticas de Registro Civil 2018 divulgadas pelo órgão constataram um aumento de 61,7% na procura pela formalização das uniões em relação ao ano anterior - e, novamente, o percentual foi maior entre as mulheres (64,2% do total). Assim, a decisão ajudou a assegurar a elas direitos já garantidos a todas as mulheres heteroafetivas, como participação em plano de saúde, pensão alimentícia, divisão de bens e licença-maternidade em caso de adoção ou reprodução assistida.

O foco da discussão foi o artigo 1.723 do Código Civil, que define como união estável aquela "entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Até então, casais homoafetivos que buscavam a formalização de suas relações podiam obter decisões favoráveis ou desfavoráveis da Justiça. O entendimento do STF, de natureza vinculante, afastou qualquer interpretação do

dispositivo do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 175/2013, determinando que os cartórios realizassem casamentos de casais do mesmo sexo.

É necessário abordar acerca da desregulação jurídica. O relator das ações, ministro Ayres Britto (aposentado), ressaltou, em seu voto, que a Constituição Federal (artigo 3º, inciso IV) veda qualquer discriminação em razão de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, afirmou.

O ministro assinalou que o artigo 226 da Constituição garante à família, “base da sociedade”, a proteção especial do Estado. A seu ver, trata-se da família “em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas”.

Para o ministro Luiz Fux, diversos princípios constitucionais garantem esse direito aos casais do mesmo sexo, como o da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, o conceito de família só tem validade se privilegiar a dignidade das pessoas que a compõem, e somente por força da intolerância e do preconceito se poderia negar esse direito a casais homossexuais.

Fux lembrou, ainda, que a união homoafetiva é um fato da vida, uma realidade social. “Daremos a esse segmento mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade”, concluiu.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia afirmou que o julgamento demonstrava que ainda há uma longa trilha para a conquista de novos direitos. “A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem”, afirmou. “Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. Todas elas merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito”.

É válido destacar a importância desses votos, pois em 2018, a decisão do STF recebeu o certificado MoWBrasil, oferecido pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco e foi inscrita como patrimônio documental da humanidade no Registro Nacional do Brasil. O ministro Ayres Britto representou a

Corte em cerimônia realizada no Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica, no Rio de Janeiro (RJ).

7 RESOLUÇÃO DO CNJ VERSANDO SOBRE O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

Seguindo o entendimento supra do STF, é que o Conselho Nacional de Justiça foi forçado a baixar Resolução versando sobre o tema. Assim, é que em 14/05/2013 o CNJ edita a Resolução 175, que assim dispõe:

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 (CNJ, 2013, p. 01).

2

A partir da Resolução citada acima, os cartórios ficam obrigados tanto a realizarem os casamentos homoafetivos quanto ficam obrigados a converterem uniões estáveis em casamentos.

Outra vantagem advinda dessa Resolução é que em se reconhecendo o casamento homoafetivo, os envolvidos podem escolher o regime de casamento que mais lhes interessa: comunhão parcial de bens, de separação total de bens ou da comunhão universal.

A negativa do casamento homoafetivo por parte dos cartórios pode ser imediatamente comunicada ao Ministério Público ou ao juiz corregedor. Este obrigará o cartório a realizar o casamento, sem prejuízos das sanções cabíveis.

Assim, resta, por conta do entendimento atual de nossa Corte Máxima e mediante Resolução do CNJ, assegurado, de pleno direito, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, entrou em vigor, no dia 20 de dezembro, quando foi publicada no Diário Eletrônico do CNMP, a Resolução nº 254/2022, que impede os membros do Ministério Público de se manifestarem contrariamente à habilitação, à celebração de casamento civil ou à conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo unicamente por essa condição.

A proposta foi aprovada, por unanimidade, em 29 de novembro, durante a 18ª Sessão Ordinária de 2022. O texto foi apresentado pelo conselheiro Paulo Cezar dos Passos e relatado pelo conselheiro Engels Muniz.

A resolução leva em consideração decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), além de norma do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O STF reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo. Em julgamentos relativos ao assunto, as decisões foram proferidas com eficácia vinculante à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

O STJ decidiu pela inexistência de impedimentos legais à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Já o CNJ, por meio da Resolução nº 175/2013, veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O instituto da família, assim como a sociedade, passam por processos de evolução, mudando seu significado, conceito e sua formação. Em decorrência das transformações sociais, atualmente existem diversas formações familiares, destacando-se aquela formada por pessoas do mesmo sexo. Nos dias atuais, a formação familiar é construída com base no afeto, solidariedade social e na ética, havendo sua proteção expressa pelo art. 226 da Constituição Federal de 1988.

A união estável é um instituto jurídico reconhecido pela nossa Carta Magna, em seu art. 226, § 3º e regulamentado no art. 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002, sendo o reconhecimento da união estável entre homem e mulher expressamente mencionado em ambas as disposições legais. O casamento civil pode ser entendido como a união entre duas pessoas, com a formação de um vínculo jurídico, havendo a igualdade de direitos e deveres (BRASIL, 2002). É regulado no art. 226, §§ 1º, 2º e 6º da Constituição Federal e do art. 1.511 a 1.570 do Código Civil, apresentando a expressão “homem e mulher” em alguns de seus artigos. A expressão “homem e mulher” mencionada nos dispositivos acima é utilizada como justificativa para negar aos casais homoafetivos, o direito a se casarem ou instituírem a união estável.

No dia 05/05/2011 ocorreu o julgamento conjunto da ADI 132/RJ e ADI 4277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, a ADPF 132/RJ foi impetrada pelo governador do estado do Rio de Janeiro na época, Sérgio Cabral, pedindo a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, aplicando o regime de união estável às uniões homoafetivas. Já a ADI 4277/DF foi impetrada pelo Procurador Geral da República, pedindo o reconhecimento da união estável

homoafetiva como entidade familiar e a extensão dos direitos e deveres da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. No julgamento conjunto das duas ações, foi decidido por unanimidade, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a aplicação das mesmas regras e consequências da união estável à união estável homoafetiva.

No dia 25/10/2011, ocorreu o julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiram por maioria pela inexistência do óbice referente à identidade de sexo para a constituição do casamento civil. Como consequência dos julgamentos mencionados, o Conselho Nacional de Justiça, em 14/05/2013 editou a Resolução nº 175, dispondo sobre “a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”, proibindo os cartórios de recusarem a realizá-los aos casais homoafetivos. Após a edição da resolução, surgiram questionamentos de sua constitucionalidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do poder judiciário, sua composição, funcionamento e competência estão previstas no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, estando suas atribuições de caráter regulamentar previstas no § 4º do citado artigo, sendo autorizado a expedição de atos regulamentares no âmbito de sua competência

A evolução da sociedade e a necessidade de mudanças no ordenamento jurídico para atender aos anseios sociais, fez surgir a alteração informal da constituição, denominada mutação constitucional e o ativismo judicial, que pode ser entendido como a atuação ativa do poder judiciário na decisão de questões que geralmente possuem discussões sociais, políticas e jurídicas, resultantes de omissão do poder legislativo.

A Resolução nº 175/13, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, em justificativa aos julgamentos mencionados, proibiu que os Cartórios de Registros recusassem a realizar a habilitação, a celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento dos casais homoafetivos. Após a edição da resolução, houve reações tanto favoráveis quanto contrárias sobre a questão da constitucionalidade do CNJ em regulamentar a matéria

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019) entendem que, devido à falta de texto normativo sobre o tema, o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo são admitidos por força da interpretação conforme a Constituição

realizada pela jurisprudência (FARIAS; RONSENVALD, 2019, p. 179) e sua restrição acarreta na falta de proteção da família homoafetiva (FARIAS; RONSENVALD, 2019, p. 82).

O Partido Social Cristão (PSC) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4966/DF, tendo como objeto a inconstitucionalidade do inteiro teor da resolução em análise, sob a alegação de que o Conselho Nacional de Justiça legislou ao editar ato normativo, extrapolando sua competência, apropriando-se de atribuições do Congresso Nacional.

Outra polêmica envolvendo o tema foi a proposição na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 6.583/13 (Estatuto da Família), pelo deputado federal Anderson Ferreira, do Partido Republicano. O projeto foi apresentado após o julgamento das ADI's pelo STF e da edição da Resolução nº 175 pelo CNJ e dispõe sobre a entidade familiar e seus direitos, possuindo um caráter conservador e restritivo, ao definir a entidade familiar como aquela formada pela união entre homem e mulher, através do casamento ou união estável ou pela formação de qualquer dos pais com seus descendentes.

Com isso, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, porém aguarda deliberação de recurso na respectiva mesa diretora para que seja realizada sua análise em plenário da Câmara.

Resolução nº 175 foi publicada em 14 de maio de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça dispondo sobre “a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo”, pautando sua criação na justificativa da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI 132/RJ e ADI 4277/DF que reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal dado às uniões estáveis homoafetivas, a eficácia vinculante da decisão à administração pública e aos demais órgãos do poder judiciário, além de considerar o julgamento do RESP 1.183.378/RS, que ficou decidido pela inexistência de óbices legais para celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Neste contexto, o CNJ, em seu art. 1º, proibiu que as autoridades competentes recusassem a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, estabelecendo em seu art. 2º a sanção de comunicação imediata ao respectivo juiz corregedor para providências cabíveis em caso de recusa. A resolução nº 175 do

CNJ obriga os cartórios a realizarem o casamento civil e a conversão da união estável em casamento de casais homoafetivos, na votação, a maioria dos ministros do Conselho Nacional de Justiça votou pela possibilidade da realização do casamento civil e da conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, porém merece destaque as decisões contrárias, como a do Conselheiro Francisco Sanseverino, representante do Ministério Público, que discordou da conversão da união estável em casamento em virtude da questão não ter sido reconhecida na decisão do STF, discordando também da extensão ao casamento. Já a Conselheira Maria Cristina Peduzzi, também discordou argumentando que a regulamentação em questão não foi delegada ao CNJ pela Constituição Federal, mas reconhece a sua necessidade (AURÉLIO, 2011, p. 88). Percebe-se que a finalidade do Conselho Nacional de Justiça foi de regulamentar a atuação dos Cartórios de Registro, em virtude das divergências que estavam ocorrendo, tendo aceitação da celebração do casamento e da união estável entre casais homoafetivos em cartórios de determinados estados, enquanto outros estavam negando sob o argumento de ausência normativa.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do Poder Judiciário, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, na denominada Reforma do Judiciário, que trouxe importantes mudanças ao cenário jurídico, como a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da súmula vinculante, além de alterações no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. A composição, funcionamento e atribuições do Conselho Nacional de Justiça estão previstos no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, é composto por quinze membros, cujo mandato possui a duração de dois anos, sendo admitida uma recondução, sendo presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2014, p. 574-575).

Atua como um órgão administrativo, com a função de fiscalização administrativa e financeira, além de atuação orçamentária, disciplinar e regulamentadora, destacando-se: zelar pela autonomia do poder judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; análise da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do poder judiciário; receber e conhecer das reclamações realizadas contra membros ou órgãos do poder judiciário e dos serviços notariais e de registro, podendo aplicar sanções e; rever, de ofício ou

por provocação, processos disciplinares de juízes ou membros de tribunais que foram julgados em menos de um ano (SLAIB FILHO, 2005, p. 276-277).

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão público responsável por assegurar a transparência e o controle administrativo e processual dos atos do poder judiciário. Partindo dessa função, o CNJ, na Resolução nº 175, teve como intenção regulamentar a atividade dos serviços de cartórios do país, padronizando a aceitação da celebração do casamento e da conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O CNJ já teve sua legitimidade questionada, com a impetração da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367 pela Associação dos Magistrados Brasileiros que argumentava que a criação do órgão violava a autonomia e autogoverno dos Tribunais, o princípio da separação dos poderes, a violação do pacto federativo, tendo em vista que o poder judiciário ficaria submetido a um órgão pertencente à União, tendo como pedido a inconstitucionalidade de sua instituição (SLAIB FILHO, 2005, p. 284).

A presente ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, em que foi afirmado a constitucionalidade do órgão e o reconhecimento de sua atuação na investigação de processos administrativos e disciplinares que possuam envolvimento de magistrados. Outra ação foi envolvendo seu poder regulamentador, sendo impetrada a Ação Direta de Constitucionalidade nº 12 do Distrito Federal, impetrada pela Associação dos Magistrados do Brasil, cujo pedido foi pela declaração de constitucionalidade da Resolução nº 07/05 do CNJ, que disciplina sobre o nepotismo no âmbito do poder judiciário, sendo reconhecida sua constitucionalidade pela Suprema Corte. Percebe-se, pela decisão das ações acima expostas, que a legitimidade e o poder regulamentador do CNJ foram plenamente reconhecidos pelo STF.

A análise realizada neste capítulo foi estritamente jurídica, não abrangendo a questão social que o tema envolve, cumprindo fazer uma análise restrita quanto à competência do Conselho Nacional de Justiça na edição da Resolução nº 175/13, não se questionando poder regulamentar do CNJ, que expede atos regulamentares em consonância com sua atribuição, mas sim os limites impostos pela nossa Carta Magna quanto ao seu poder regulamentador.

Desta forma, o CNJ possui atribuição para expedição de atos regulamentares dentro de sua competência, que é administrativa, fiscalizatória e disciplinar. Quanto

à conversão da união estável em casamento, o art. 226, § 3º da Constituição Federal autoriza o procedimento, como o citado dispositivo legal foi objeto de interpretação pelo STF, sendo afastada a expressão “homem e mulher” pra garantir os mesmos direitos às uniões homoafetivas. Desta forma, em virtude do julgamento das ADIs 132/RJ e 4277/DF, a obrigatoriedade dos cartórios em realizar a conversão da união estável homoafetiva em casamento encontra-se em consonância com o entendimento jurisprudencial, tendo em vista da eficácia erga omnes e efeito vinculante da decisão, não existindo vício.

As controvérsias surgem quanto à obrigatoriedade da celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo pelos cartórios, quanto a esse assunto, percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça atuou ativamente, disciplinando sobre regulamentação de atribuição do poder legislativo, pela via do processo legislativo. Sua atuação positiva também se mostra inadequada, tendo em vista que cabe ao poder judiciário realizar o ativismo judicial, porém não lhe é conferida essa atribuição, apesar de o órgão pertencer ao judiciário, pois o ativismo judicial gera mudança de entendimento a determinado dispositivo legal.

Em que pese ter justificado sua decisão no Recurso Especial 1.183.378/RS, esta não possui efeito vinculante, nem eficácia erga omnes e configura o entendimento de uma turma do Superior Tribunal de Justiça, que poderá ser alterado em outros julgados e, caso isso ocorra, poderá gerar insegurança jurídica.

Diante dos argumentos apresentados neste capítulo, depreende-se que existe a presença do instituto do vício de constitucionalidade apenas quanto à obrigatoriedade da celebração do casamento.

Os direitos dos casais homoafetivos devem ser efetivados, buscando a assegurar os direitos e garantias previstos em nossa Carta Magna, porém a efetivação de tais direitos deve ser realizada de forma adequada, pelo processo legislativo ou através da análise da questão pelo órgão poder judiciário de forma vinculante.

8 ESTATÍSTICAS E DADOS

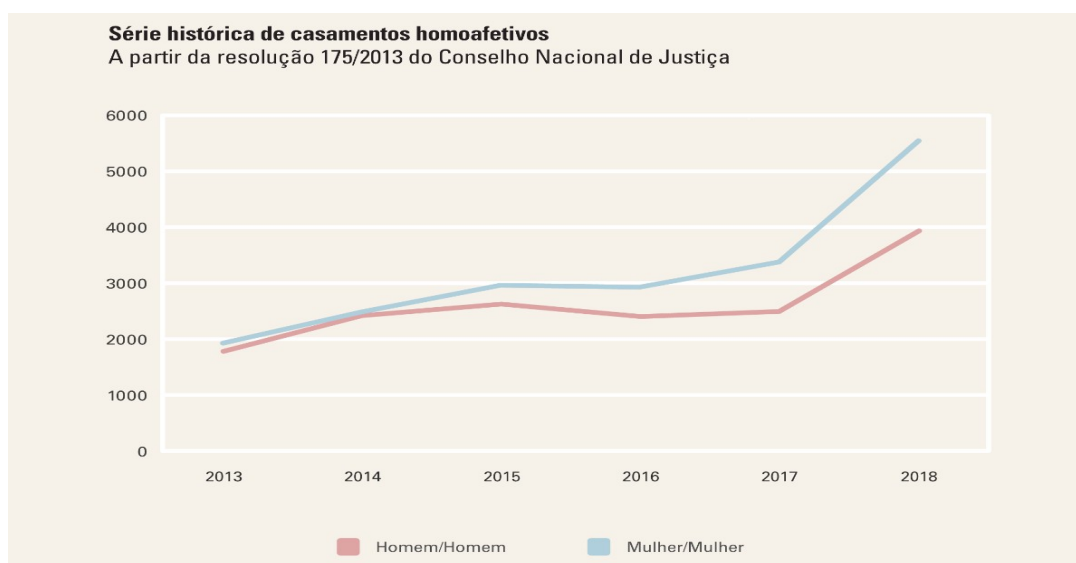
A comprovação, através de dados estatísticos, é um importante caminho para demonstração da eficácia de um determinado projeto, ou de alguma pretensão. Nesse sentido, é importante salientar os resultados de uma pesquisa feita em 2018 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), que demonstrou a evolução na quantidade de casamentos civis homoafetivos.

Os casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo dispararam em 2018 na comparação com o ano anterior. Segundo as Estatísticas de Registro Civil 2018, que o IBGE divulgou na época, 9.520 casais homoafetivos decidiram se unir formalmente no ano passado, frente a 5.887 em 2017, o que representa um aumento de 61,7%. Apesar do crescimento, o casamento entre homossexuais correspondia a somente 0,9% do total de uniões registradas no país.

De acordo com a pesquisa, os registros de casamento homoafetivo tiveram um aumento expressivo, sobretudo, nos últimos meses de 2018. Do total de 3.958 casamentos entre homens, 29,6% foram registrados só em dezembro. Entre casais formados por mulheres, 34% das 5.562 uniões também aconteceram no último mês de 2017. Entre casais formados por um homem e uma mulher, o número de casamentos registrados em dezembro corresponde a 11,3% do total.

Para melhor visualização, foi extraído o seguinte gráfico da pesquisa:

Gráfico 01. Série história de casamentos homoafetivos



Fonte: Estatísticas do Registro Civil/Agencia IBGE (2018).

O gráfico nos trás um comparativo entre os anos de 2013, até o ano de 2018, mostrando uma evolução na quantidade de registros de casamento homoafetivos, com o advento da resolução 175 do CNJ. O gráfico evidencia que a quantidade de casamento registrados quase dobrou em 5 anos, um avanço no que concerne a liberdade de manifestação sexual.

Ja em pesquisa mais recente, o IBGE divulgou um aumento do número de casamentos reigstrados em cartório no ano de 2021 um total de 932.502 uniões em todo o território nacional. Desse total, quase 10% eram de uniões homoafetivas, um número de 9.202 casamentos, sendo 3,6 mil entre homens e 5.602 entre mulheres. Esse valor é 43% maior do que o número de casamentos entre pessoas LGBTQIA+ em 2020, que foi de 6.433.

A liberdade de opção quanto à orientação sexual reflete uma escolha quanto a um estilo de vida, que há muito tempo não se baseia simplesmente em relações carnais, mas, principalmente, em relações afetivas. O afeto é o aspecto central das entidades familiares contemporâneas (PEREIRA, 2011: 193), na busca pela boa vida. Todavia, em algum momento da história humana, estabeleceu-se que as relações afetivas e carnais, principalmente estas, só poderiam ocorrer entre um homem e uma mulher, sendo considerado anormal qualquer comportamento destoante desse padrão.

Presume-se que esse giro tenha ocorrido na Idade Média. Na cultura, na literatura e na mitologia das sociedades egípcia e mesopotâmica antigas, as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo eram reconhecidas (ESKRIDGE, 1993: 1437). No entanto, as evidências são apenas indiretas, sendo uma delas a tumba do Faraó Ikhnaton, em que há representações dele em posições íntimas com seu companheiro, o que é significativo para a época, pois na maioria das tumbas a representação entre homem e mulher era normalmente muito formal (ESKRIDGE, 1993: 1437-1438). Evidências mais fortes e diretas são encontradas na cultura greco-romana. Há um registro no Symposium de Platão que sugere uma relação esposo-esposa entre Aquiles e Pátroco, embora não fosse claro o papel desempenhado por cada um (ESKRIDGE, 1993: 1442). Há relatos de que na antiguidade ateniense, os cidadãos (que eram apenas os homens adultos), “poderiam penetrar indivíduos socialmente inferiores, como mulheres, garotos, estrangeiros e escravos” (RUPP, 2001: 288). Os historiadores parecem entrar em

consenso de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo não era proibida, havendo, inclusive, tolerância social (ESKRIDGE, 1993: 1445-1446).

O termo homossexual e seus correlatos eram desconhecidos até fins do século XIX, quando surgiu para substituir a palavra inversão (SCHULTZ, 2006: 14; SAUER, 2010: 135; MOTT, 2006: 510; FISHER, 2007: 41). Na escrita árabe medieval já existia uma palavra para o que se chama atualmente lesbianismo (AMER, 2009: 215). Mesmo assim, a homossexualidade continuou, durante muito tempo, a ser vista como conduta desviante, perversão sexual, estigma, não como identidade sexual. Se já no Medievo a homossexualidade era vista como uma anomalia, uma doença (CHAVES, 2012: 64; OLIVEIRA, 2011: 93), a sexologia do século XIX a tornou, efetivamente, patológica. A Classificação Internacional de Doenças (CID) considerava a homossexualidade sob um diagnóstico psiquiátrico (CID-9), mas sua revisão (CID-10) deixou de considerá-la doença, e, sim, como sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais.

A tendência atual é considerar a homossexualidade ou homoafetividade resultado de um estilo de vida baseado na livre escolha individual sobre a própria orientação sexual (DIAS, 2011: 677; WEINRICH, 1987: 310). O resultado do exercício de uma liberdade fundamental, que, se não encontra reconhecimento expresso em normas positivadas, tem respaldo na dignidade humana e na garantia do bem-estar de todos

A atual Constituição brasileira não reconheceu formalmente a liberdade de escolha pela orientação sexual nem a união estável entre pessoas do mesmo sexo, embora não as proíba. Dados oficiais (IBGE, 2010) registram, no Brasil, cerca de 60 mil casais autodeclarados homossexuais. Mas, apesar desse número, inexistente uma legislação específica para esse grupo. O que há é um conjunto de decisões judiciais, devendo-se destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, que, interpretando a legislação infraconstitucional de acordo com a Constituição, fez história nos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132, em 2011.

Embora haja ausência de previsão legal específica, o reconhecimento pelo STF demonstra que falta de reconhecimento formal não quer dizer inexistência de direitos, nem impossibilidade de conceder tutela jurisdicional (DIAS, 2008: 16). Dizer o contrário constituiria violação à isonomia e à liberdade de escolha, e desrespeito a aos diferentes estilos de vida. O estilo de vida baseado em uma relação homoafetiva encontra-se, porém, cercado de preconceitos, embora, no moderno Direito das

famílias, também as famílias homoafetivas tenham o direito de consolidar laços familiares.

Em posse dessas informações, é possível concluir que a legislação e a jurisprudência foram essenciais para que esses números se concretizassem, e dessa forma, pudéssemos viver em uma sociedade mais livre e inclusiva.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se o direito comparado acerca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, fica evidente que há uma tendência mundial de se reconhecer, de pleno direito, tal união. Tanto é que vários países (África do Sul, Portugal, Suécia, Islândia, Noruega, França, Canadá Holanda etc), quando diante de conflito entre norma infraconstitucional e norma expressa em suas Cartas Constitucionais, versando sobre o casamento homoafetivo, têm decidido afastar qualquer possibilidade do não reconhecimento desse tipo de união.

E o Brasil segue essa tendência. Com o desfecho do caso concreto estudado no nosso ordenamento jurídico, vê-se que aspectos que norteiam o advento do constitucionalismo e por conseguinte do constitucionalismo do direito civil impulsionaram a decisão do STF acerca do reconhecimento da união homoafetiva. Embora a legislação civil infraconstitucional ainda não tenha amparado tal união, o paradigma que ora norteia nosso ordenamento jurídico força a que se interprete toda e qualquer legislação infraconstitucional à luz das regras e princípios elencados na Carta Constitucional.

No caso em tela, prevaleceram regras e princípios constitucionais como a proibição de sofrer qualquer discriminação em virtude do sexo, em virtude, portanto, de sua opção sexual, bem como se garantiu o princípio da dignidade da pessoa humana. Viu-se que a constitucionalização do direito civil opera em duas frentes: em uma, as regras infraconstitucionais devem necessariamente ser interpretadas à luz das regras e princípios constitucionais; na outra, regras disciplinadoras de relações puramente entre particulares são aos poucos introduzidas no corpo da Carta Constitucional.

O tópico ora estudado atende à primeira vertente da constitucionalização do direito civil: não se tem ainda legislação civil acerca do reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo, mas às existentes devem ser interpretadas à luz da Constituição vigente.

Como bem menciona BARROSO, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional.

Podemos ainda destacar que a família gradativamente perde o caráter religioso que possuía nas arcaicas sociedades agrícolas da pré-história, da antiguidade e de todo o período que antecedeu a indústria. Atualmente, a família começa a receber um novo formato muito mais baseado no afeto e na capacidade de assistência mútua entre os seus membros. Esta transformação é lenta, pois o paradigma proibitivo anterior foi construído sobre bases jurídico-religiosas que, por séculos, apoiavam-se em uma questão crucial: a segurança alimentar e a correlata necessidade de perpetuação do grupo social.

REFERÊNCIAS

AGENCIA IBGE. **Casamentos homoafetivos crescem 61,7% em ano de queda no total de uniões.** 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes>> Acesso em 16 de julho de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em 27 abril 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 25 de abril de 2023.

DRESCH, Márcia. A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em: 01 de maio 2023.

FALCONI, Francisco. **Ementas da ADPF n. 132 e da ADI n. 4277 DF – uniões homoafetivas.** 2011. Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/2011/10/21/ementa-da-adi-n-132-rj-unioes-homoafetivas/>>. Acesso em: 25 abril. 2023.

JUNIOR, Dempsey Pereira Ramos; BENIGNO, Eric Pires. CASAMENTO HOMOAFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO: TENDÊNCIAS SEGUNDO UMA VISÃO HISTÓRICA, ECONÔMICA E ANTROPOLÓGICA. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 13, n. 2, p. 581-609, jul./dez. 2013 - ISSN 1677-64402.

LOBO, Paulo Luís Netto. Constitucionalização do direito Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 101, jan./mar. 1999, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 30 abril 2023.

MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2023.

VUNESP. **Prova Objetiva de Atendente de Necrotério Policial da Polícia Civil de São Paulo**. 2014.

WIKIPEDIA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Humanos>. Acesso em: 01 de maio 2023.