



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**ATIVISMO JUDICIAL NO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DO
CASAMENTO HOMOAFETIVO BRASILEIRO**

ORIENTANDO - JEOVAINE LUIZ BAILONA FILHO
ORIENTADORA- MA.GOIACY CAMPOS DOS SANTOS DUNCK

GOIÂNIA
2021

JEOVAINE LUIZ BAILONA FILHO

**ATIVISMO JUDICIAL NO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DO
CASAMENTO HOMOAFETIVO BRASILEIRO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof^a Orientadora: Ma. Goiacy Campos dos Santos Dunck

GOIÂNIA
2021

JEOVAINE LUIZ BAILONA FILHO

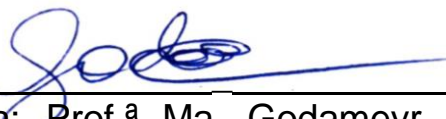
**ATIVISMO JUDICIAL NO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DO
CASAMENTO HOMOAFETIVO BRASILEIRO**

Data da Defesa: 22 de maio de 2021

BANCA EXAMINADORA



Orientadora: Prof^a Ma. Goiacy Campos dos Santos Dunck Nota 9,0



Examinadora Convidada: Prof.^a Ma. Godameyr Alves Pereira de Calvares Nota 9,0

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO.....	05
1 DIREITO DO CASAMENTO DIRETRIZES REGULAMENTADORAS DO ESTADO.....	07
1.1. CONCEITO DE CASAMENTO.....	07
1.2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO.....	09
1.3. A REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL	10
1.4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	11
1.4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
1.4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	11
1.4.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	12
1.4.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....	12
1.4.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	13
1.5. CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	13
1.6. A RESOLUÇÃO 175 DO CNJ.....	15
2 A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PARA RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	17
2.1 ADPF Nº 132 E ADI Nº 4277 EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	17
2.2 DA JUDICIALIZAÇÃO À REAÇÃO LEGISLATIVA.....	19
3 CONSERVADORISMO SOBRE A ÓTICA DO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	24
3.1 PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO DO SENADO FEDERAL Nº 106.....	24
3.2 INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HABILITAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO POR PROMOTORIAS.....	24
CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS.....	27

ATIVISMO JUDICIAL NO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO BRASILEIRO

Jeovaine Luiz Bailona Filho¹

RESUMO

Este trabalho relata como foi reconhecido o casamento homoafetivo como entidade familiar em sede dos tribunais, uma vez que são direitos inerentes do ser humano a vida privada, dignidade, igualdade, liberdade, entre outros. Dessa forma, o objetivo geral deste trabalho é apresentar o porquê da necessidade de promover ação judicial para ter o reconhecimento do casamento homoafetivo, mesmo após a decisão do STF. Para tanto, todo o conteúdo a ser apresentado, será elaborado por pesquisa bibliográfica, abordando obras literárias, doutrinadores, bem como artigos científicos, monografias proporcionadas pela internet, assim como reportagens; e jurisprudências.

Palavras-chave: União estável. Dignidade da pessoa humana. Afetividade.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto demonstrar, que as pessoas homoafetivas, desde que o direito nasce na sociedade, não têm direito reconhecido pelo Estado, só após os movimentos sociais, que alguns Estados regulamentaram o direito de casamento de casais homoafetivos.

A homoafetividade é caracterizada pela união, o vínculo de afeto e solidariedade entre pessoas do mesmo sexo.

No Brasil, com a vigência do Código Civil de 2002, a união estável é reconhecida pelo Estado, somente se as pessoas forem de sexos opostos, havendo a omissão legislativa em outros tipos de orientações sexual.

¹ Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. E-mail: jeovaine16@outlook.com

Em 2011, a omissão legislativa foi regulamentada pelo Poder Judiciário, o qual caracterizou o artigo 1.723 do Código Civil inconstitucional, também reformulando o entendimento do artigo 226, §3º da Constituição Federal, conforme os princípios fundamentais da Constituição Federal e a Declaração dos Direitos Humanos, não deve ter segregação entre cor, sexo e religião e suas ideologias.

Todavia, com o julgamento da ADI Nº 4277 e ADPF Nº 132, julgado e transitado em julgado, tratando a inconstitucionalidade da omissão legislativa em reconhecer as uniões homoafetivas e o desamparo dos direitos, ainda persistem determinadas promotorias, negarem por ofício, os casamentos homoafetivos que são habilitados em cartórios da comarca em que este promotor atua, assim indeferindo-os com fundamentos do texto Constitucional, do artigo 226, §3º.

Em virtude de tudo isso, em princípio, surge as seguintes dúvidas a serem solucionadas no transcorrer da pesquisa: Porque ainda há necessidade de promover ação judicial para o Estado em conceder a certidão de casamento homoafetivo? Porque o projeto de lei sobre a temática do casamento homoafetivo não é levado à votação no Congresso Nacional?

Para tanto, poder-se-ia supor, respectivamente, o seguinte: O ativismo judicial por ter um aspecto proativo do Poder Judiciário tem sua base pautada na ideia de proteção aos direitos fundamentais, não permitindo que o juiz se limite apenas ao texto da lei e, sim que busque respostas às necessidades de garantia e proteção aos direitos fundamentais. Conforme a Constituição Federal pode-se afirmar que o Poder Judiciário tem legitimidade para estabelecer a democracia e proteger valores e direitos através de prestações positivas, quebrando assim, o paradigma de que essas seriam diretrizes abstratas e inaplicáveis.

Em ideais políticos e o conservadorismo entre os parlamentares a aprovação de leis que vão ao contrário de doutrinas religiosas, são negligenciadas já que para determinados políticos seriam inviáveis em levar a discursão à frente.

Utilizando-se uma metodologia eclética e de complementaridade, mediante a observância da dogmática jurídica, materializada na pesquisa bibliográfica, abordando obras literárias, bem como artigos científicos, monografias disponibilizado pela a internet, assim como reportagens, em virtude da natureza predominante das normas jurídicas; do método dedutivo-bibliográfico, cotejando-se normas e institutos processuais pertinentes ao tema; do processo metodológico- histórico, utilizado sempre que as condições do trabalho exigirem uma incursão analítica dos textos

legais; e do estudo de casos.

Ter-se-á por objetivo principal apresentar a necessidade de promover ação judicial para ter o reconhecimento do casamento homoafetivo, mesmo após da decisão do STF.

Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de, primeiramente discorrer a lei e discursões sobre o casamento homoafetivo; em seguida, tratar as causas de indeferimentos das promotorias em habilitar as uniões homoafetivas por ofícios, mesmo o tema julgado pelo STF, bem como, apresentar a necessidade de judicialização para o reconhecimento da união homoafetiva.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e conseqüentes discussões a respeito do reconhecimento do casamento homoafetivo, o artigo foi dividido em três seções.

Na primeira seção trataremos sobre o direito do casamento - diretrizes regulamentadoras, como conceito, princípios constitucionais. Na segunda seção será explanado a respeito da necessidade da judicialização do reconhecimento do casamento homoafetivo na perspectiva constitucional. E, por fim, na última seção será discutido sobre alguns casos concretos de indeferimento do casamento homoafetivo por promotorias mesmo após decisão do STF.

1 DIREITO DO CASAMENTO DIRETRIZES REGULAMENTADORAS DO ESTADO.

1.1 CONCEITO DE CASAMENTO

O conceito do ato matrimonial pode ser estabelecido conforme os valores predominantes à época elaborada. Para Carvalho (2017, p. 57), o casamento é uma instituição histórica, milenar, sacralizada, que engloba valores culturais, sociais, religiosas, biológicas, morais e jurídicas. Por séculos foi regulado pela religião, inclusive no Brasil, já que era disciplinado pelo direito canônico até a proclamação da República e a edição do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil.

Ressalta-se que, durante a vigência do Código civil de 1916, o casamento era a única forma de constituir família legítima, o que somente foi modificado com a Magna

Carta de 1988 ao acolher outras formas de constituição da família Menciona o doutrinador Flávio Tartuce (2019, pág. 84), que “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.

Rosa (2020, p. 81), define:

O matrimônio é a união legal de duas pessoas com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres. Trata-se de um contrato especial do Direito de Família vinculado a normas de ordem pública que tem por fim promover o enlace de pessoas a fim de regular suas relações sexuais, cuidarem da prole que porventura tiverem e se prestarem mutua assistência, se houver necessidade.

O casamento, como todas as instituições sociais varia com o tempo e com os povos. Ressalta que, enquanto alguns defendem o casamento como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada, ou ainda a grande escola fundada pelo próprio Deus para educação gênero, existem os que condenam, como Schopenhauer, para quem, em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres. (GONÇALVES, 2019).

Pereira (2018) leciona que dominava, na concepção romana do matrimônio, mas, a ideia de relação jurídica do que de celebração, prevalecendo a situação fática da convivência, a *affectio maritalis*. O cristianismo, entretanto, elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos dos céus, transformando-se em uma única entidade, uma só carne-uma, indissolúvel pelo homem. Define o casamento, no seu conceito, como a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.

Todavia, o conceito da relação para além do tradicional “ homem e mulher” somente se fizeram possível contemporaneamente, considerando que, até hoje, a legislação ainda adota o conceito de que o enlace somente é possível aos que mantiveram relacionamentos heterossexuais. Ocorre que, com os avanços jurisprudenciais em 2013, o Conselho Nacional de Justiça por meio do provimento 175 passou a obrigar a todos os Cartórios do Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil a celebrar a união entre casais do mesmo sexo e, também, na VII Jornada de Direito Civil foi aprovada a redação do enunciado 601 no seguinte sentido: é “existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

O casamento, portanto, pode ser definido atualmente como a união legal de

duas pessoas, com diversidade ou igualdade de sexos, em razão da Resolução CNJ n. 175 / 2013, com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de interesses e igualdade de direitos e deveres.

1.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO

No que tange a proteção Constitucional do casamento faz-se necessário analisar o artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

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

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Carta Magna trouxe uma verdadeira revolução ao Direito de Família. Revolução esta consagrada e arrematada pelo Código Civil em vigor (Lei 10.406/02). A CF/88 alterou radicalmente o paradigma da família. O princípio da dignidade da pessoa humana provocou uma revolução no Direito Civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil.

Em seu artigo 226, a Constituição elencou a família como base da sociedade, merecendo assim especial atenção do Estado. A própria Constituição veio romper com o preconceito legal, instalando, no texto jurídico, uma nova concepção de família, pois, além de inaugurar a igualdade entre o homem e a mulher, ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável e as famílias monoparentais. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou

por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos.

Nesse contexto, o Direito de Família passou a encarar a entidade familiar como uma verdadeira identidade de afeto, carinho, amor.

Segundo Dias (2020), até o advento da República, em 1889, só existia o casamento religioso. Ou seja, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio. O casamento civil só surgiu em 1891. Ainda assim, seu caráter sagrado foi absorvido pelo direito, tanto que o conceito de família identificado com o casamento indissolúvel constava em todas as constituições do Brasil.

Outrossim, quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição de família: pelo casamento. A família tinha um viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. (DIAS, 2020).

Portanto, com o advento da Constituição de 1988 alargou o conceito de família. Trouxe um conceito de entidade familiar albergando relacionamentos para além do casamento.

1.3 A REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL

Apesar de não definir casamento, a lei civil regulamenta tal instituto a partir do artigo 1.511 e seguintes. Declina, o seu principal pressuposto, de o matrimônio estabelecer entre os cônjuges um estado de comunhão plena de vida, sustentado na igualdade de direitos e deveres do esposo, como já consagrado pelo princípio constitucional no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, sendo gratuita a celebração civil para as pessoas que declararem a sua pobreza, sob as penas da lei. Do mesmo modo, prevê seus efeitos ao atribuir encargos e ônus ao casal conforme o artigo 1.565 do Código Civil dispondo que “ homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

O Estado admite duas formas de casamento: o civil e o religioso com efeitos civis. O casamento civil é aquele realizado perante o oficial do Cartório de Registro Civil. É celebrado por um juiz de paz, na presença de testemunhas e dos nubentes e do oficial do registro, nas dependências do cartório ou em outro local. A gratuidade da celebração do casamento civil é preceito constitucional (art. 226, § 1º).

Em contrapartida, o casamento religioso com efeitos civis, a solenidade religiosa do casamento tem prestígio em razão da disputa entre a igreja e o estado

em matéria matrimonial. O casamento religioso tem tanta importância que a própria CF/88 admite efeitos civis a este ato (art. 226, § 2º), bastando o atendimento aos requisitos legais (art. 1515 e 1516). t da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73). A finalidade desse procedimento é constatar a capacidade dos nubentes para a realização do ato, a inexistência de impedimentos matrimoniais (art. 1521) ou de causas suspensiva (art. 1523) e dar publicidade.

1.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme os preceitos elencados na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, a Carta Constitucional de 1988 não apenas pluralizou o conceito de entidade familiar como também elencou uma série de princípios de caráter individual. Vejamos a seguir:

1.4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, inciso III da CF. Supra princípio ou super princípio, aquele que inspira não só o direito de família, mas todo ordenamento jurídico. Este princípio tem uma importância singular para o direito de família, tendo em vista que a dignidade diz respeito ao valor da vida de pessoa, bem como proteger a integridade das pessoas. Quando a importância desse princípio para o direito de família está previsto no inciso III da CF, ademais, a dignidade da pessoa se remete às relações pessoais, tem influência para o legislador como também para o aplicador de direito.

1.4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

No que se refere ao princípio da igualdade, a Constituição prevê que todos são iguais perante a Lei. Dessa forma, o princípio da igualdade não se presta a tão somente nivelar os cidadãos diante da norma legal, mas sim que a edição da lei não possa ser fonte de desigualdade.

O artigo 226, CF diz que “ a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos

igualmente pelo homem e pela mulher.

Nesse sentido, Gonçalves afirma:

[...] “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social. (2019, p. 23)

Logo, o princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei para todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

1.4.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade embora não se encontra expresso no texto constitucional é denominado por englobar a da comunhão plena de vida e estabilidade nas relações afetivas.

Para Madaleno:

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional. (2020, p. 191)

O afeto é o elemento essencial de todo e qualquer núcleo conjugal, familiar ou parental. Sem amor, carinho, companheirismo, não se pode falar em convivência familiar. Sendo assim, o afeto deve estar presente em todos os tipos de família, inclusive a homoafetiva.

1.4.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O Princípio da solidariedade familiar é definido como um valor ético, que compreende a fraternidade e reciprocidade. Falar em solidariedade remete ao respeito e consideração mútua que deverá ser exercida por todos os membros familiares. A solidariedade familiar nada mais é do que atribuir às pessoas unidas por laços de afetividade o dever de cuidarem umas das outras. Não é só solidariedade material, mas, a solidariedade psicológica, emocional, afetiva.

1.4.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, está prevista no art. 1.513 do Código Civil.

É livre a decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.

1.5 CASAMENTO HOMOAFETIVO

A família sempre foi identificada como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos sagrados laços do matrimônio. A ideia da Constituição no artigo 226, § 1º, ao assegurar a proteção especial à família e ao casamento, não aborda sobre a diversidade sexual do par.

Desta forma, quando se trata do casamento, sua validade e eficácia, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferentes conforme preleciona o artigo 1.511 a 1.570 do CC.

Logo, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo.

Assim, denomina-se família homoafetiva aquela constituída, mediante

casamento ou união informal, de pessoas do mesmo sexo, por isso também denominada isossexual (do grego iso, igual), com fundamento na afetividade de seus membros e merecedoras da proteção legal, possuindo os mesmos direitos e deveres da união estável heteroaferiva, pois, ainda não prevista na Constituição Federal, não pode ser excluída do *status* de família e ser merecedora da proteção do Estado. O preconceito e a discriminação quanto à orientação homossexual de alguém não solucionam as questões que emergem das uniões homoafetivas que, em regra não se diferenciam das uniões estáveis heterossexuais.

A Lei Maria da Penha (11.340 de 2006) reconhece expressamente a união homoafetiva ao dispor no artigo 5º, parágrafo único, que na proteção contra a violência doméstica " as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

Para Dias (2020, p. 619):

A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. São simplesmente nada mais, nada menos do que outras formas de viver, diversa do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos se alvo da exclusão social.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou por maioria a Resolução n.175 / 2013, vedando às autoridades recusarem a habilitação, celebração do casamento ou conversão da união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo, o casamento homoafetivo passou a ser admitido no Brasil, mesmo não existindo legislação que o regulamenta.

Com isso, extrai-se do entendimento transcrito que o casamento homoafetivo é a família formada por pessoas do mesmo sexo. Apesar de não prevista expressamente nos modelos exemplificativos da Constituição Federal, é reconhecida como entidade familiar com efeitos jurídicos e com as mesmas consequências da união heteroaferiva.

1.6 A RESOLUÇÃO N. 175 DO CNJ

A Resolução n.175 do CNJ, foi editada em 14 de maio de 2013, preleciona sobre " a habilitação, celebração do casamento civil, ou de conversão de união estável

em casamento, entre pessoas do mesmo sexo”, nos seguintes termos:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

A Resolução diz que:

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;

O julgamento do RESp n. 1.183.328/RS, aludido acima, ocorreu em outubro de 2011. Trata-se de recurso interposto por duas mulheres do Rio Grande do Sul que viviam em união estável e tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado tanto em primeira como em segunda instância, tendo esta alegado que não há possibilidade jurídica para o pedido, posto que somente o Legislativo tenha competência para instituir o casamento homoafetivo. No entanto, a Quarta Turma do STF decidiu que a dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição da República, não sofre alteração em razão do uso da sexualidade e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica do casamento.

Ao deliberar sobre a Resolução n. 175 o STF, por maioria, decidiu que se quisesse o legislador poderia ter utilizado expressão restritiva não permitindo assim com que ocorresse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que não foi o caso. Desta forma, não há o que questionar sobre a possibilidade do casamento entre homossexuais.

No que tange ao conteúdo das decisões citadas na Resolução n. 175 do CNJ, observa-se que elas abordam a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal

às uniões estáveis constituídas por pessoas homossexuais. Tais julgados não trataram do casamento civil, mas alguns operadores do direito, dentre eles BUENO (2013), acreditam que o fundamento dessas decisões, aplicáveis às uniões homoafetivas, também podem ser aplicadas ao casamento entre pessoas homossexuais.

Além disso, o referido autor acrescenta que as decisões tomadas pelo STF foram em sede de ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade. Assim sendo, conforme dispõe o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, as decisões proferidas em sede de ADI produzirão eficácia contra todos, bem como efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, tanto nas esferas federal como nas estadual e municipal.

Entretanto, nota-se que os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais não integram a Administração Direta ou Indireta, eles são exercidos em caráter privado, mas por delegação do Poder Público, o que não exclui, segundo BUENO (2013), “a submissão desses profissionais do Direito às decisões proferidas pelo Judiciário, em especial às dos Tribunais Superiores, às quais a Constituição atribui os efeitos acima mencionados”.

Nessa perspectiva, a Resolução n.175 afirma que o descumprimento “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”.

Estas “providências cabíveis” são as previstas na Lei n. 8.935/94:

Art. 32. Os notários e os oficiais de registro estão sujeitos, pelas infrações que praticarem, assegurado amplo direito de defesa, às seguintes penas:

I - repreensão;

II - multa;

III - suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta; IV - perda da delegação.

Nesse contexto, é importante observar que todos os cartórios do país vêm realizando a celebração do casamento entre homossexuais, uma vez que as Corregedorias de Justiça estão determinando o cumprimento, na íntegra, da Resolução n. 175 do CNJ, não cabendo à manifestação da opinião do oficial.

2 A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAfetIVO

2.1 ADPF Nº 132 E ADI Nº 4277 EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A igualdade como princípio está devidamente garantida na Carta Magna, mas, na realidade o que impera são as diferenças socialmente estabelecidas com base no que é definido como o padrão da sociedade. No que diz a respeito à orientação sexual, o padrão é o heterossexual. O preconceito em relação ao outro surge quando esse possui uma identidade que diverge da estabelecida. E onde existe a diferenciação, existe o poder, existe ele e nós, gerando uma oposição binária entre o heteroaletivo e o homoaletivo.

O surgimento do movimento LGBT e de suas lutas se faz necessária justamente em decorrência desse distanciamento entre ele e nós. Em âmbito jurídico, a norma está posta igualmente para todos, como assegura o princípio da igualdade da Constituição, mas quando ela se traduz para o contexto social, não é aplicada igualmente a todos. Quem se beneficia das normas são aqueles que detêm o poder, em teoria não estariam dentro das normas estabelecidas por quem detém o poder, a homoaletividade passou a ser mais aceita socialmente.

A sociedade reconhece a existência das relações homoaletivas, mas não de forma plena, pois, as violências físicas, psicológicas se mantêm. O preconceito e a discriminação são ainda comportamentos muito constantes, e não apenas lembranças, e permanece, também, a ausência de diversos reivindicados pelos homoaletivos.

Dentre inúmeras demandas do movimento LGBT, o reconhecimento das uniões homoaletivas é uma delas. Desde a década de 1980, na Constituinte, há tentativas de implementação da união de forma legal, sem, contudo, a obtenção de êxito quanto à matéria. Mantém-se, assim, a previsão da união entre pessoas de gêneros diferentes, mas não entre pessoas do mesmo gênero.

A união estável e o casamento são institutos protegidos pela Constituição e por normas infraconstitucionais. Porém, ao mesmo tempo em que a Constituição prevê esses institutos e preconiza a igualdade entre os sujeitos no que tange ao tratamento da lei, os sujeitos homoaletivos tiveram que passar por um processo de luta social para que suas relações começassem a ser reconhecidas judicamente.

Segundo Oliveira (2019, p. 224), o primeiro projeto que trata do reconhecimento das uniões homoafetivas foi proposto no ano de 1995, pela então deputada Marta Suplicy; todavia, até o momento, o Congresso Nacional não se manifestou de forma definitiva sobre o tema. Após mais de vinte anos da primeira proposição relativa ao reconhecimento da união, esse tema continua a ser invisibilizado pelo Legislativo Federal.

Em face da falta de legislação para a garantia da união estável ou casamento aos homoafetivos, o Judiciário passou a ser acionado pelos interessados no reconhecimento de suas uniões, cabendo ao juiz decidir se uma relação e as garantias legais provenientes dela poderiam ou não ser aplicadas às uniões em pessoas do mesmo gênero. Nessa perspectiva, a jurisprudência era hesitante, em alguns momentos os juízes reconheciam alguns direitos provenientes da relação contínua e duradoura, mas em outros casos os direitos eram simplesmente negados, com base na argumentação de que as uniões podem ser reconhecidas apenas entre homem e mulher, já que o texto constitucional e infraconstitucional cita essa binariedade.

Dessa forma, na omissão do Legislativo, o órgão máximo do Judiciário, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se manifestar por meio de duas ações propostas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pela Procuradoria-Geral da República: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, respectivamente.

Vejamos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA.

JULGAMENTO CONJUNTO. **Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.**

[...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à

Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001) (grifou-se).

No ano de 2011, mais precisamente no dia 5 de maio, o STF proferiu decisão favorável ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero, passando a vigorar, no ordenamento jurídico brasileiro, a leitura de que os mesmos direitos relativos à união estável já aplicada aos heteroafetivos deveriam agora ser estendidos aos homoafetivos. Essa decisão, além de se tornar um marco na garantia de direitos, trouxe visibilidade aos homoafetivos, que há décadas tinham lutando para que os mesmos direitos garantidos aos heteroafetivos também fossem assegurados a eles.

Após a decisão do STF, quem se manifestou foi o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), emitindo em 2013 a resolução n.175, favorável à conversão da união estável em casamento nas relações formadas entre pessoas do mesmo gênero. Desse modo, passou a ser permitido, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto a união estável quanto o casamento homoafetivo.

Todavia, esse processo de reconhecimento da união entre homoafetivos não se deu pela via legislativa, que em decorrência da representatividade se mostrava como a mais esperada para decidir sobre o tema. Logo, a decisão foi proveniente do Judiciário e, por mais que garanta a concretização desses institutos, não prevê legalmente a possibilidade da união estável ou casamento, permanecendo, no texto constitucional e nas normas infraconstitucionais, a alusão ao homem e a mulher como sujeitos que podem constituir uma relação com as devidas garantias legais.

Verifica-se, que a decisão do STF abriu espaço para que a questão ganhasse maior repercussão no Legislativo, visto que continuaram a ser apresentados projetos relativos a essa temática no Congresso Nacional, especialmente na Câmara dos Deputados.

Portanto, o reconhecimento da união estável homoafetiva é um assunto tratado no âmbito judicialização, uma vez que é um assunto eminentemente político, mas, que foi decidido pela via judicial.

2.2 DA JUDICIALIZAÇÃO À REAÇÃO LEGISLATIVA

Indiscutivelmente, a discussão sobre a união estável homoafetiva chegou ao STF por meio de duas ações propostas pelos legitimados a apresentá-las. O Governador do Estado do Rio de Janeiro apresentou a ADPF n.132 e a Procuradoria-Geral da República apresentou a ADI n.4.277. Na primeira ação foi realizado o pedido de aplicação do regime jurídico da união estável aos homoafetivos e, também, da interpretação com base na Carta Magna dos artigos 19, inciso II e V, e 33 do decreto lei n.220 /75, que trata sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

Em contrapartida, a ADI trouxe o pedido do reconhecimento de forma mais ampla, não abordando nenhum dispositivo de lei em específico; o que ela buscava era tornar obrigatório o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar quando fossem atendidos os requisitos que já existiam para o reconhecimento da união entre homem e mulher. Assim, a união entre homoafetivos passaria a ter, os mesmos direitos já garantidos aos heteroafetivos.

Em síntese, as duas ações foram recebidas e julgadas pelo STF como ADIs. A partir do julgamento delas, foi reconhecida por interpretação conforme a Constituição a união estável homoafetiva, excluindo qualquer interpretação do artigo 1.723 do Código Civil que pudesse impedir a aplicação dos direitos relativos à união estável. Esse reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero adveio do STF com base na votação de nove ministros. Não votaram o ministro Dias Toffoli, por estar impedido, e a ministra Ellen Gracie, por ausência justificada.

Em suma, as pessoas que participaram da discussão e votação como Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello entre outros, todos se colocaram de forma favorável ao reconhecimento da união, ocorre que, não foi seguida exatamente a mesma argumentação para se chegar a uma mesma conclusão.

Destarte que, os artigos 226, § 3º da Constituição Federal, e 1.723 do Código Civil abordaram explicitamente a união entre homem e mulher. Alguns ministros consideraram que o texto constitucional não é taxativo ao citar a binariedade, e sim exemplificativo, abrindo espaço para outras formas de união. Levando em conta esse sentido exemplificativo e não taxativo, esses ministros invocaram a interpretação segundo a Constituição para basear seus argumentos. Outros ministros não falaram de interpretação conforme a Constituição, mas, utilizou-se de princípios e direitos

fundamentais, que direcionam o texto constitucional, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, liberdade, não discriminação, igualdade.

Outro ponto que merece destacar em alguns votos foi o da felicidade. Para alguns ministros, se o Estado se omite sobre o tema, ele não resguarda possibilidade de que as pessoas que se relacionam com outras do mesmo gênero efetivem oficialmente essa união, sendo privados de sua garantia e da chance de concretizar metas e planos que poderiam alcançar a felicidade.

Outrossim, o ministro Luiz Fux levantou em seu voto um ponto interessante por refletir o cenário social e os preconceitos e discriminações em relação aos homoafetivos.

Existem alguns requisitos para que a relação seja considerada como união estável, são eles, a convivência contínua, pública e duradoura, estabelecida com o intuito de constituir família. Esta é a base para que uma união seja legalmente reconhecida, nos parâmetros do artigo 1.723 do Código Civil.

No entanto, dentre esses requisitos, a convivência pública não se mostra algo simples, em decorrência da falta de aceitação e respeito por parte da sociedade. Pensando na violência e intolerância e intolerância sofrida pelos homoafetivos, o ministro reafirma a importância dos mesmos requisitos seguidos, com exceção do princípio da publicidade da união.

Assim sendo, é importante abordar, ainda, a discussão de outros ministros acerca da origem da decisão sobre o reconhecimento da união. Muitos ministros destacam que o Legislativo foi inerte sobre essa questão e, em função dessa inércia, a atuação do Judiciário se faz necessário e importante para regular um assunto sobre o qual o Legislativo não se pronunciou de forma concreta e definitiva. Logo, os ministros destacaram a importância de o Legislativo se manifestar sobre o reconhecimento da união.

Para Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009, p. 19).

Em outras palavras o processo de judicialização é um fenômeno que ocorre

quando os juízes desempenham atribuições que não lhe cabem, isto é, quando tomam decisões judiciais de temas que devem ser discutidos no âmbito dos poderes políticos. A judicialização da política ou politização da justiça são fenômenos relacionados ao ativismo judiciário, porém não se confundem, é portanto, a transferência de discussões dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) para o Poder Jurídico.

Para Barroso (2013, p.8), a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, sendo que, em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Em suma, a judicialização da política ou o ativismo judiciário, se dá, pelo fato da população ter criminalizado a política. Ora, os escândalos midiáticos, políticos, criminais, a falta de representação, a corrupção arraigada na cultura brasileira fazem com que o Legislativo e o Executivo percam prestígio popular.

Diante disso, o Judiciário na maioria das vezes passa a ser visto como uma possível arena para a garantia de direitos, uma vez que minorias políticas e sociais, como é o caso dos LGBTs, por exemplo, dificilmente conseguem esse objetivo pela via legislativa.

A constante busca de decisões do Judiciário faz crescer sua importância no cenário político, deslocando algumas questões, que originalmente estariam no âmbito do Legislativo, para este outro poder. Cria-se, assim, a percepção de que o STF seria um espaço no qual existe possibilidade concreta de mudança do *status quo*. Nesse sentido, algumas discussões que não avançam no legislativo ganham repercussão quando chegam ao Judiciário.

A decisão do STF que oficializou a união estável homoafetiva no ano de 2011 é ponto central para o entendimento dessa interação entre os poderes e das transformações que aconteceram nos conteúdos das propostas levadas ao Congresso Nacional.

Assim sendo, foram analisados diversos projetos. Diante de um legislativo que não atuou no sentido de garantir o direito dessa minoria política, o caminho encontrado para o reconhecimento de direitos aos homoafetivos foi o Judiciário, como um contraponto ao que se espera de um sistema representativo.

Conseqüentemente, a judicialização da política passa a ser vista como uma avenida ao papel dos parlamentares, que muitas vezes classificam o Judiciário como

usurpador das competências legislativas.

Diante do que até aqui foi exposto, questiona-se: qual seria a óbice deste fenômeno judicialização.

Para Hirschl (2009, p.141), " não há mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial ".Segundo o autor, a politização da justiça é corriqueiramente abordada de modo pouco refinado como um resultado natural da prevalência do discurso dos direitos fundamentais.

Por essa razão, é possível observar, como primeiro problema, que, com a jurisdicionalização política há de ocorrer uma fragilidade para a harmonia do modelo da separação de poderes. A proximidade da judicialização da política com a democracia tem de ser sempre alvo de questionamento, já que esta minimiza o poder decisório da jurisdição representativa, dando lugar a um grupo de juristas não eleitos democraticamente, logo, sem representatividade alguma.

O segundo problema seria o fato de que, como a judicialização da política é algo que transfere para o Judiciário o poder de decidir sobre quaisquer questões trazidas a ele, faz com que o efeito "*blacksh*" se torne cada vez mais presente.

Marmelstein (2016, p. 3) define o fenômeno "*blacksh*" como:

O backlash é uma reação adversa não desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias frentes: a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juizes 'obedientes' e/ou bloquear a indicação de juizes 'indesejáveis'; tentativas de preencher o tribunal ('court-packing') por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juizes 'inadequados' ou 'hiperativos'; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a 'poda' dos poderes de controle de constitucionalidade.

Portanto, o aludido entendimento demonstra que o Estado Democrático de Direito é o que mais sofre, diante da insegurança jurídica, do desequilíbrio entre os poderes e da fragilidade ideológica jurídica de tentar decifrar como será que o povo irá reagir diante de tal decisão jurídica com o intuito de ganhar prestígio popular ter efetividade em suas decisões.

3 CONSERVADORISMO SOBRE A ÓTICA DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

3.1 PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO DO SENADO FEDERAL Nº 106

Existem ações que demonstram formas de resistência e oposição às conquistas obtidas após os pareceres do STF e STJ e Resolução do CNJ.

Dentre elas, pode-se destacar o Projeto de Decreto Legislativo – PDS nº 106/2013, de autoria do então senador Magno Malta, membro da Frente Parlamentar Evangélica – FPE, cuja proposta era a sustação dos efeitos da Resolução nº 175, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O PDS 106/2013 foi para consulta pública do site do senado e obtiveram 28964 votos a favor e 430.121 votos contra. No texto do projeto, o Senador Magno Malta alegou que a Resolução nº 175, de 2013, publicado pelo CNJ, invade o terreno do legislativo, pedindo a suspensão do mesmo.

Dessa forma, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania – CCJC, mas foi arquivado ao final do mandato do senador em 2018, de acordo com o parágrafo 1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado, além de não ter ganhado espaço nas discussões da casa, tampouco na sociedade.

3.2 INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HABILITAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO POR PROMOTORIAS

Muito se discute porque ainda há necessidade de promover ação judicial para o Estado em conceder a certidão de casamento homoafetivo.

Apesar de que, a jurisprudência seja pacífica quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares; o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já terem consolidado o entendimento de que não há qualquer impedimento legal ou constitucional com relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo; e que embora o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já tenha editado resolução (175/2013) apontando a absoluta inexistência de vedação legal à

homologação de casamento homoafetivo, existem promotorias que impugnaram a habilitação do casamento homoafetivo, como é o caso do promotor de Justiça Henrique Limongi, atuante na 13ª Promotoria de Justiça de Florianópolis.

Em se tratando de indeferimento do pedido de habilitação do casamento homoafetivo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO À HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO. SENTENÇA DE HOMOLOGAÇÃO DE CASAMENTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CASAL HOMOAFETIVO. TESE DE QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL VEDA A CONTRAÇÃO DE NÚPCIAS POR CASAIS DO MESMO SEXO. INSUBSISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DA ADPF N. 132 E DA ADI N. 4.277. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE RECONHECEU AS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES CUJA PROTEÇÃO JURÍDICA DEVE SER IDÊNTICA À CONFERIDA ÀS UNIÕES HETEROAFETIVAS. **RECHAÇO DE QUALQUER INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CASAMENTO POR CASAIS HOMOAFETIVOS PACIFICADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE ESTADUAL.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - AC: 00064088920178240091 CAPITAL 0006408- 89.2017.8.24.0091, RELATOR: ROSANE PORTELLA WOLFF, DATA DE JULGAMENTO: 31/01/2019, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL).(grifou-se).

O caso em apreço trata-se de um processo virtual de habilitação para casamento firmado por Anelise Alves Nunes e Adriele Roberta Schons, que restou impugnada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina na lavra do Promotor de Justiça- Dr. Henrique Limongi.

Segundo a reportagem apresentada no dia 19 de dezembro de 2018 no programa, Profissão Repórter, diversos casais no Estado de Santa Catarina estão tentando se casarem com receio do Presidente Jair Bolsonaro revogar o casamento homoafetivo, logo, estão se apressando para oficializar o matrimônio.

Ocorre que, o Promotor de Justiça 13ª promotoria de Florianópolis atualmente negou 128 pedidos homoafetivos dos quais receberam até o presente momento.

A justificativa do promotor em negar a habilitação do casamento é de que a justiça brasileira prestigia a entidade familiar desde que composta por homem e mulher.

Sendo assim, o parecer do promotor contraria a decisão unânime do STF, bem como a resolução nº 175 /2013 do CNJ: “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”.

Na mesma perspectiva, tem se o caso do casal Alexandre Bogas Fraga

Gastaldi, e Fabrício Bogas Gastaldi, que precisaram recorrer à Justiça após recurso do MPSC contrário ao casamento em Florianópolis.

Em janeiro de 2014, o casal entrou com pedido de habilitação para se casar em abril, e a autorização para a celebração no civil não saía, assim, acabou realizando uma cerimônia sem o documento em abril daquele mesmo ano.

No mês seguinte, o casamento foi autorizado, mas não sem oposição da promotoria. O MPSC negou, o juiz julgou e deu procedente, e conseguiram o documento de habilitação.

Contudo, o MPSC apelou contra o casamento depois, sem que o casal recebesse conhecimento disso. O casal mudou de residência e, desde então o Ministério Público ficou tentando encontrar os dois para dar prosseguimento ao processo.

Em resumo, o casal alega que ficou sabendo em 2018, 2019. Depois de todo esse tempo, o processo de casamento ainda estava tramitando. O casal teve que contratar um advogado, para ingressar com as contrarrazões. Ocorre que, dois meses atrás, o Ministério Público retirou à negativa e aceitou o casamento. O juiz já tinha dado a sentença, mas não tinha finalizado o processo.

Diante dos casos apresentado, os casais sejam heterossexuais ou homossexuais, que querem se casar devem procurar um cartório para dar início ao processo de habilitação. Após publicação na imprensa local com o pedido, cabe ao Ministério Público, em até 15 dias, fiscalizar se existe algum impedimento legal para a união. O MP pode impugnar o casamento, mas a decisão final é da justiça.

CONCLUSÃO

O estudo partiu de uma análise do tema tratado no Direito de Família, qual seja o casamento homoafetivo.

Pretendemos com este trabalho analisar a necessidade de promover ação judicial para ter o reconhecimento do casamento homoafetivo, mesmo após da decisão do STF.

Verificamos que, o ano de 2011 marcou, na história dos direitos fundamentais no Brasil, um verdadeiro divisor de águas. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4227, proposta pela Procuradoria- Geral da República com o objetivo do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo

como entidade familiar e a extensão dos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis às uniões homoafetivas e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 proposta pelo Governador do Rio de Janeiro em face da omissão da legislação que regula o serviço público em relação às uniões homoafetivas, buscando a equiparação da união homoafetiva à união estável, reconheceu à unanimidade, a possibilidade do reconhecimento dos direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Constatamos que a Magna Carta de 1988 propiciou uma intensa judicialização dos conflitos sociais, de modo que o desfecho final dessas controvérsias provém de decisões judiciais proferidas especialmente pelo STF.

Portanto, nota-se o deslocamento de problemas que poderiam ser solucionados na arena política, pelos representantes eleitos, e são transferidos para a esfera judicial. É nesse espaço de intensa judicialização das relações sociais que o STF demonstraria uma postura ativista, suprimindo lacunas ou ocupando espaços que até então figuravam no âmbito de atribuições dos demais poderes.

Logo, concluímos que o direito de reconhecimento da união homoafetiva, nunca foi visto com bons olhares perante o Estado, não obtendo amparo no direito e no meio jurídico. Ao decorrer dos anos, esse preconceito social, foi se dissipando aos poucos, com lutas e movimentos sociais LGBT.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acessado em 14 de março de 2021.

_____. *LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111340.html. Acesso em 17 de março de 2021.

BUENO, Octávio Ginez de Almeida. *O casamento homoafetivo e a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça: efetivação dos direitos da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3612, 22 maio 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24504>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*/ Dimas Messias de Carvalho. – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CÓDIGO CIVL. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 de novembro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 175*, de 14/05/2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em 17 de março de 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*/ Maria Berenice Dias- 13.ed.rev. ampl.e atual.-Salvador: Editora JusPODIVM,2020.

FERRAZ, Valença Carolina. *Manual do direito Homoafetivo* / coord. Carolina Valença Ferraz [et al.].- São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p.139-178, mai.2009.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família* / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil* organizado por Vanessa Elias de Oliveira.- Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. *Instituições de direito civil : direito de família* / Caio Mario da Silva Pereira. – 26. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo* / Conrado Paulino da Rosa.-7.ed.rev., ampl.e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2020.

STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011. PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. *JusBrasil*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em 17 de março de 2021.

TARTUCE, Flávio, *Direito civil: direito de família* – v. 5, 14. Edição, Forense, Rio de Janeiro, 2019.

TJ-SC-AC:00061678120188240091 CAPITAL 0006167-81.2018.8.24.0091, Relator: RUBENS SCHULZ, Data de Julgamento: 15/08/2019, Segunda Câmara de Direito Civil. *JusBrasil*. <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750992179/apelacao-61678120188240091-capital-0006167-8120188240091>. Acesso em 14 de março de 2021.



RESOLUÇÃO n° 038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O estudante **JEOVAINE LUIZ BAILONA FILHO**, do Curso de **DIREITO**, matrícula 2017.1.0001.2403-0, telefone: 62 98627-5765, e-mail: jeovaine16@outlook.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “**ATIVISMO JUDICIAL NO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO BRASILEIRO**” gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 22 de maio de 2021.

Assinatura do autor: *Jeovaine Luiz Bailona Filho*

Nome completo do autor: Jeovaine Luiz Bailona Filho

Assinatura do professor-orientador: *Ma. Goiacy Campos dos Santos Dunck*

Nome completo do professor-orientador: Ma. Goiacy Campos dos Santos Dunck