

DO JULGAMENTO DA ADI N. 4.277/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EFEITOS DO JULGADO E SUA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Rogério Soares de Souza¹

Christiane Splicido Guirra²

Resumo: O presente artigo analisa os efeitos do julgamento da ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF no tocante ao reconhecimento das uniões estáveis entre pares homoafetivos e sua posterior regulamentação pela Resolução nº 175/CNJ. Após apresentação de breve panorama mundial sobre o tratamento do tema e da análise dos argumentos expostos no julgamento da ADI nº 4.277/DF, examinar-se-á a incidência desse novo contexto à luz do princípio da separação dos poderes e da vedação ao retrocesso, uma vez que a regulamentação em vigor não é emanada de órgão legislativo.

Palavras-Chave: União estável. Homoafetivo. Regulamentação. Separação dos poderes. Vedação ao retrocesso.

Sumário: 1. Introdução. 2. Panorama mundial das uniões homoafetivas e seu tratamento. 3. Da abordagem e tratamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal: Do julgamento da ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF. 4. Da Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça, como desdobramento das ADPF nº 132/RJ

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba/MG. Analista Judiciário junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Docente Universitário do Centro Universitário e Faculdades Projeção.

² Advogada e Professora Universitária. Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Projeção na Unidade de Ceilândia (desde 2018). Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2011).

e ADI nº 4.277/DF. 5. Da observância aos princípios da separação dos poderes e vedação ao retrocesso ante o julgamento da ADPF nº 132/RJ, ADI nº 4.277/DF e Resolução nº 175. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO



m 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal concluía o julgamento da emblemática Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277/DF, que, encampando os mesmos pontos suscitados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, conferia interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil, vedando, em razão de sua aplicação, qualquer proibição de discriminação das pessoas em razão da opção sexual, em especial no tocante às uniões estáveis havidas entre pares homoafetivos.

Pouco mais de dois anos depois, em 14 de maio de 2013, a questão voltava a lume, com a edição da Resolução nº 175 pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Referida resolução, complementar à decisão do STF, solucionou uma série de questões práticas e, de certa forma, pôs fim a várias celeumas que circundavam o tema.

Ocorre, entretanto, que passados alguns anos do julgamento da referida ADI e Resolução do CNJ, não sobreveio implemento normativo de iniciativa do Legislativo acerca do tema, que, como é sabido, desperta posicionamentos dos mais diversos, debates os mais candentes e desafia capital político de seus defensores, nem sempre dispostos a discutir o tema, por receio da repercussão perante o eleitorado.

Com efeito, o presente trabalho tem por finalidade analisar o panorama das uniões e casamentos homoafetivos no

contexto mundial, seu tratamento à luz do julgamento da ADI nº 4.277/DF pelo STF e posterior regulamentação pelo CNJ, bem como sob o enfoque do princípio da separação dos poderes, enunciado na Carta Magna, e do princípio da proibição do retrocesso.

2. PANORAMA MUNDIAL DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E SEU TRATAMENTO

Da mesma forma que as opiniões sobre a união entre pessoas do sexo são polarizadas, veremos que a recepção do tema no mundo apresenta posições extremas, que vão do trata tratamento isonômico à criminalização, e, em casos mais radicais, à aplicação da pena de morte.

Dentre os países do mundo que reconhecem as uniões homoafetivas, destaca-se a Dinamarca, que em 1989, regulamentou a união civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo a primeira nação a tratar do tema. Posteriormente, no ano de 2001, Holanda e Alemanha também regulamentaram as uniões de pares do mesmo sexo, seguidas de Bélgica, em 2003; Espanha e Canadá, em 2005; África do Sul, no ano de 2006; Noruega, em 2009; Suécia, em 2009; Portugal, Argentina e Islândia, no ano de 2010; Brasil, em 2011; Dinamarca, em 2012³; Uruguai e Nova Zelândia e França, em 2013; Inglaterra, País de Gales, Escócia e Luxemburgo, no ano de 2014, e, por último, Finlândia, Irlanda⁴ e Estados Unidos, em 2015.

Por outro lado, países como Senegal, Marrocos, Argélia, Tunísia, Líbia, Egito, Eritreia, Etiópia, Quênia, Uganda,

³ Sendo permitido o casamento na Igreja Evangélica Luterana, oficial do Estado.

⁴ A Irlanda foi o único país a decidir o tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo via referendo, realizado em 22.5.2015. Curiosamente, o “sim” à 34ª emenda constitucional (“o matrimônio pode ser contratado de acordo com a lei por duas pessoas, sem distinção de sexo”) venceu por 62% a 38%, em um país onde a Igreja Católica possui um domínio hegemônico sobre a moral pública (84,2% da população declaram-se católicos e mais de 90% das escolas do ensino básico estão sob a tutela da Igreja).

Tanzânia, Maláui, Zâmbia, Angola, Namíbia, Botsuana, Zimbábue, Moçambique (todos esses na África), além de Síria, Uzbequistão, Turcomenistão, Afeganistão, Paquistão, Bangladesh, Mianmar e Malásia, criminalizam as práticas homoafetivas.

Por fim, em posição mais extremada, países como Maurítânia, Nigéria, Sudão, Arábia Saudita, Iêmen, Somália e Irã aplicam a pena de morte em caso de práticas homossexuais.

Percebe-se, assim, um mosaico de visões heterogêneas sobre o tema e desdobramentos os mais diversos, que vão desde a completa equiparação dos pares homoafetivos em direitos, passando pela criminalização das práticas homossexuais e, em casos mais extremos, como os destacados acima, sua repressão com a pena capital.

3. DA ABORDAGEM E TRATAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ E ADI Nº 4.277/DF

Inicialmente, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF nº 132/RJ, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que tinha por fundamento a interpretação dos incisos II e V do art. 19 e incisos I a X do art. 33, do Decreto-lei nº 220/75⁵ (Estatuto dos Servidores Cíveis do RJ),

⁵ Art. 19 - Conceder-se-á licença:

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

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

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

família, compreendendo:

I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral,

ao argumento de que referidos dispositivos implicavam em efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou orientação homossexual, além de negar-lhes direitos pacificamente reconhecidos aos heterossexuais.

Além da violação de diversos princípios - igualdade, segurança jurídica, liberdade, razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana -, o requerente ponderava, ainda, que a homossexualidade constitui “fato da vida” que não viola qualquer norma jurídica e nem afeta a vida de terceiros; a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões estáveis homoafetivas às heteroafetivas e a necessidade de suspensão dos processos e efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. Como pedido subsidiário, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu que, caso a ADPF não fosse considerada cabível, que ocorresse seu recebimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade, e, ao final, que se desse interpretação conforme à Constituição Federal aos dispositivos do Decreto-lei nº 220/75 e ao artigo 1.723⁶ do Código Civil.

Em sede de informações, foram juntados aos autos pareceres de Tribunais de Justiça estaduais favoráveis (a exemplo do TJAC, TJGO, TJRS, TJRJ e TJPR) à equiparação das uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas e contrários a ela (TJDFT e TJSC). A par disso, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro notificou a edição da Lei Estadual de nº 5.034/2007, que dispunha sobre a possibilidade de averbação de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes para fins previdenciários dos servidores públicos fluminenses, o que acarretou, ao final, na perda parcial do objeto da ADPF.

com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

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

⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Considerando-se a colidência de temas, a ADPF nº 132/RJ e a ADI nº 4.277/DF foram reunidas para julgamento conjunto, tendo havido, em audiências públicas, a oitiva de vários *amicus curiae* que se inscreveram em razão da relevância e divergência de opiniões sobre o tema. Objetivava-se, em ampla maioria, a declaração da obrigatoriedade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares, desde que atendidos os requisitos para sua configuração - previstos na legislação civil -, e a extensão desses direitos e deveres dos companheiros aos pares homoafetivos.

O feito foi distribuído à relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, que, em seu voto, verificou a necessidade de análise conjunta da ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF, no tocante à interpretação do art. 1.723 do CC, bem como de interpretação conforme para “viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos em comparação com a tutela juridicamente conferida às uniões estáveis de servidores heterossexuais”.

Além disso, o ministro relator declarou a perda parcial do objeto da ADPF nº 132/RJ, em razão do advento da lei fluminense nº 5.034/07, que passou a equiparar servidores homoafetivos e heteroafetivos para fins de licenças e benefícios previdenciários.

Em seu voto, o Ministro Ayres Britto ainda ponderou a necessidade de proteção das uniões estáveis homoafetivas, uma vez preenchidos os requisitos configuradores desse tipo de entidade familiar, prevista no art. 1.723/CC. Assim, para que, em princípio, se verificasse a existência de uma união estável, necessária seria a comprovação de um convívio público, contínuo e duradouro, estabelecido com o objetivo de constituir um núcleo familiar.

Mereceu destaque pelo relator que o termo “sexo” é descrito na Constituição Federal em seu sentido anátomo-fisiológico, ou seja, aquele dirigido à distinção ou dicotomia homem-

mulher, tal como ocorre nos artigos 5º, inciso XLVIII, 7º, inciso XXX e 201, inciso. II e § 7º, não se prestando como fator de desigualdade jurídica e nem se confundindo a concepção instintiva das relações afetivas – o instinto sexual ou libido – que pode se expressar nas diversas formas de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, segundo ele, intencionalmente omitidas pela Carta Magna, que preferiu não se imiscuir na privacidade e intimidade das pessoas.

Obtemperou, ademais, que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, nivela ou iguala o sexo à ordem social, à idade, à raça e à cor da pele, considerando-o, pois, como dado empírico, que não se confunde com merecimento ou dignidade das pessoas, razão pela qual não cabe à lei regulamentar tal aspecto. Considerou, ainda, a necessidade da adoção de um constitucionalismo fraternal, permeado pela adoção de ações e políticas públicas afirmativas da igualdade civil-moral e do combate ao preconceito, como meios de integração de minorias e categorias desfavorecidas, a exemplo dos homoafetivos.

Por fim, o ministro relator pronunciou, como resultado, a perda parcial do objeto da ADPF nº 132/RJ – pelos motivos descritos acima – e, na parte remanescente, por seu conhecimento. No mérito, tanto a ADPF com a ADI foram julgadas procedentes⁷, para excluir do artigo 1.723 do Código Civil qualquer

⁷ Ementa: 1. 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. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA

SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA “NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS

significado ou interpretação que impeça o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares.

Embora julgados desse jaez da ADI nº 4.277/DF sejam permeados de discussões e pontos de vistas dissonantes, referido

TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 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.

caso foi julgado à unanimidade. Entretanto, da análise dos votos proferidos pelos ministros componentes da Excelsa Corte, verifica-se mais um paralelismo do que uma confluência de idéias, ou seja, foram adotadas várias linhas de raciocínio que, ao final, desembocaram em um resultado comum.

O Ministro Luiz Fux, em síntese, citou outras leis que reconhecem direitos aos pares homoafetivos, a exemplo da Lei nº 5.260/08, do Estado de São Paulo; Lei Complementar nº 1.012/07, de Santa Catarina; Lei nº 7.517/03, da Paraíba e Lei Complementar nº 308/05, do Rio Grande do Norte.

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski citou os anais da Assembleia Constituinte, onde teriam sido vedadas as uniões estáveis homoafetivas. Salientou, por esse motivo, a inviabilidade de interpretação extensiva do artigo 1.723 do Código Civil, para conferir direitos a companheiros do mesmo gênero. Destacou, contudo, que as uniões estáveis homoafetivas se consubstanciariam em uma quarta espécie de entidade familiar, ao argumento de que o rol constante do art. 226 da Carta Magna seria meramente exemplificativo, admitindo a inclusão de outros modelos familiares.

Concluiu, pois, que não se estaria a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante interpretação analógica, dando, com base nesse enfoque, provimento à ADPF e à ADI.

O Ministro Gilmar Mendes, salientando que a questão central em análise dirigia-se à “legitimidade constitucional de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo” - desdobrando-se na possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva – registrou sua preocupação com a possibilidade de a decisão do Supremo Tribunal Federal prejudicar o amadurecimento do debate sobre o assunto na sociedade, dilema esse

sempre presente nos votos com efeitos de equiparação irrestrita.

Verifica-se, portanto, uma evidente distinção entre os votos do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Ayres Britto, conquanto, ao final cheguem ao mesmo resultado. Enquanto para este último não há lacuna legal - a partir de uma interpretação que supere a literalidade do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, para aquele ministro há uma “lacuna axiológica” que demanda solução provisória do Supremo Tribunal Federal.

Merece destaque, por fim, o voto do Ministro Celso de Mello, que inicialmente fez um escorço histórico para demonstrar que a homossexualidade sempre foi tratada entre nós “sob o signo da mais cruel das repressões”, razão pela qual destacou a necessidade que o julgado seria o marco para proclamar que “absolutamente ninguém pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.”

Salientou, ainda, que o reconhecimento da união homoafetiva efetiva o princípio da igualdade e assegura a liberdade pessoal e a autonomia individual, conferindo primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo demonstrado concordância com o relator no que toca à força inclusiva do artigo 226, § 3º, da Carta Magna, postulado que consagra o “direito à busca da felicidade” – derivado do princípio da dignidade humana, inexistindo lacuna axiológica a ser colmatada.

O Ministro Celso de Mello ressaltou, ainda, que o afeto passou a ser o paradigma conformador do conceito de família, e não mais a formalidade do casamento, assumindo valor jurídico constitucional. Destacou, por fim, que o reconhecimento das uniões homoafetivas ajusta-se aos princípios de Yogyakarta (conferência realizada na Indonésia em novembro de 2006, com recomendações aos Estados nacionais sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos no que diz respeito à orientação sexual e identidade de gênero), dentre os quais o de constituir família independentemente desses aspectos.

Como dito, o julgamento em análise resultou numa miríade de argumentos, pontos de vistas e fundamentos que paralelamente confluíram, por unanimidade, no acolhimento da pretensão voltada à interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil. Assim, restou assentada a possibilidade de pessoas do mesmo gênero, que ostentassem convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família, tivessem essa relação reconhecida como união estável, beneficiando-se de todos os direitos que essa espécie de matriz familiar proporciona.

Como decorrência lógica dessa orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, estaria a possibilidade de conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento, a teor dos comandos insertos tanto na Constituição Federal⁸, quanto na própria legislação civil⁹, que conduziam a essa conversão.

Contudo, essa recomendação não restou assimilada, de pronto, pela praxe cotidiana, gerando inúmeras discussões e questionamentos sobre a validade da decisão da Excelsa Corte¹⁰, o que culminou na necessidade de regulamentação do tema pelo Conselho Nacional de Justiça.

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

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

⁹ Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

¹⁰ Cite-se, como exemplo, o caso do magistrado do Tribunal de Justiça de Goiás que, contestando a decisão proferida na ADI nº 4.722/DF, questionou a competência do STF para alterar normas da Constituição Federal, ao argumento de que a aplicação do artigo 226 se restringe a uniões estáveis formadas entre o homem e a mulher. Com base nesse raciocínio, cancelou, de ofício, o contrato de união estável apresentado por um par homoafetivo e determinou a comunicação a todos os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos e do Registro Civil da comarca de Goiânia para que nenhum deles fizesse a escrituração de declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo. O magistrado determinou, ainda, que qualquer requerimento de registro somente teria validade se precedido de autorização judicial.

4. DA RESOLUÇÃO Nº 175, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, COMO DESDOBRAMENTO DAS ADPF Nº 132/RJ E ADI Nº 4.277/DF

Em razão da resistência inicial de magistrados e oficiais de registro civil em instaurar o procedimento de habilitação para o casamento, a declaração ou escrituração de união estável, ou a conversão desta em casamento, foi necessária a intervenção do Conselho Nacional de Justiça.

Além da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF, o Conselho Nacional de Justiça também considerou a posição tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 1.183.378/RS, julgado em 25 de outubro de 2011¹¹.

¹¹ DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes,

um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não

Assim, editada a Resolução de nº 175, em 14 de maio de 2013, restou vedada à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de comunicação à respectiva Corregedoria de Justiça, para a tomada das providências cabíveis diante da recusa.

Todavia, faz-se necessária uma reflexão acerca da natureza jurídica dessa espécie normativa e seus reflexos no cenário jurídico, em especial sob o enfoque do princípio da separação dos poderes e da vedação ao retrocesso.

5. DA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E VEDAÇÃO AO RETROCESSO ANTE O JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ, ADI Nº 4.277/DF E RESOLUÇÃO Nº 175.

Como visto, atualmente a habilitação para o casamento de pessoas do mesmo gênero, a escrituração de uniões estáveis entre essas pessoas e até mesmo a conversão dessas uniões em casamento está lastreada em resolução normativa do Conselho Nacional de Justiça, não havendo, ainda, legislação específica a tratar do tema.

Assim, necessária a reflexão acerca desse quadro à luz do princípio da separação dos poderes e da vedação ao retrocesso. Poderia o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, diante da omissão do legislador ordinário, regulamentar a questão? Essa regulamentação, tal qual emanada do Conselho Nacional de Justiça, tem força de lei e, como tal, preserva essa conquista obtida pelos homoafetivos diante de

pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (REsp nº 1.183.378/RS, 2010/0036663-8, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. em 25.10.2011, DJe de 01.02.2012)

legislação superveniente, voltada à sua supressão?

A hipótese se enquadraria no que se denomina ativismo judicial ou pro-atividade do Judiciário, ante a omissão e letargia do Legislativo no tratamento do tem?

Para o Ministro Luis Roberto Barroso, “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”¹².

Ou seja, estaria o Supremo Tribunal Federal a aplicar diretamente a Constituição a situações não contempladas de forma expressa em seu texto, independentemente da manifestação do Legislativo, bem como impondo condutas ou abstenções ao Poder Público – tais como as impostas pelo Conselho Nacional de Justiça – em matéria de políticas públicas.

Assim, não nos parece haver qualquer violação ou ofensa ao princípio da separação dos poderes, eis que o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, no tocante às uniões estáveis e casamentos de pessoas do mesmo sexo, não estão atuando como legisladores, mas tão somente colmatando lacunas deixadas pelo legislador ordinário que, em última análise, violam princípios constitucionais e direitos fundamentais ao deixar de estenderem aos homoafetivos, em razão de uma opção de natureza sexual, direitos e garantias conferidos aos heteroafetivos.

Ou seja, diante da omissão do legislador no tocante à regulamentação e previsão taxativa da possibilidade de uniões estáveis e casamentos homoafetivos – tema sensível, evitado pelos legisladores por receio de prejuízo em seu capital político – coube ao Judiciário o enquadramento e esclarecimento da questão à luz de uma leitura constitucional, o que não importa, ao

¹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

nosso sentir, em violação à separação dos poderes e nem retira do Legislativo eventual iniciativa posterior nesse sentido.

Todavia, questionamos: essa iniciativa posterior poderia colidir com a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante às uniões e casamentos homoafetivos? Poderia lei emanada do Legislativo suprimir a vedação contida na Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou às autoridades competentes a recusa à habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo?

Como se sabe, o princípio da vedação ao retrocesso traduz a ideia de que a legislação superveniente deve observar e respeitar as conquistas e avanços sociais anteriormente alcançados, seja através de uma postura positiva, garantidora desse direito, seja negativa, no sentido de se abster de atuar visando assegurar essa realização.

Cunhado por Joaquim José Gomes Canotilho, esse princípio, também denominado evolução reacionária, “impõe que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas, deve ser considerado constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, o anulem ou o aniquilem”¹³.

Ou seja, o retrocesso vedado por esse princípio se dirige àquele imposto em razão da superveniência de leis, atos normativos de natureza legislativa, o que, a princípio, excluiria sua incidência no tocante à norma regulamentadora das uniões estáveis e casamentos homoafetivos, qual seja, uma resolução emanada do Conselho Nacional de Justiça.

Destacamos, outrossim, que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF (que tratava da vedação ao nepotismo),

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 347.

reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça têm natureza jurídica de lei, por se tratar de ato normativo primário que retira seu fundamento de validade do texto constitucional, podendo introduzir, por esse motivo, comandos gerais, abstratos e impessoais no ordenamento jurídico.

Naquela assentada, o relator, Ministro Ayres Britto, esclareceu que as resoluções do Senado Federal, as medidas provisórias e decretos-regulamentos autônomos do Executivo, os regimentos internos dos Tribunais e as resoluções do Conselho Nacional de Justiça, por possuírem natureza dúbia – já que retiraram fundamento de validade da Constituição Federal, sem interposta espécie legislativa, bem como foram aquinhoados com a possibilidade de editar instrumentos normativos que podem inovar no ordenamento jurídico.

Para o Ministro, a lei, emanada do Legislativo, seria o protótipo do ato normativo primário, sendo admitidos temperamentos, já que não somente ela veicula atos normativos primários. Ou seja, assim como a lei, os atos normativos emanados dos órgãos constitucionais acima mencionados também são introdutores de instrumentos normativos primários no ordenamento pátrio.

De posse dessa premissa, de que a resolução emanada do Conselho Nacional de Justiça tem natureza de lei, seria obrigatória a manutenção da vedação imposta pela resolução de nº 175/CNJ e seu respeito pelo legislador ordinário, que ao editar qualquer medida legislativa que a anulasse ou aniquilasse, estaria violando o princípio da vedação ao retrocesso.

Contudo, caso essa natureza jurídica não fosse reconhecida às resoluções do Conselho Nacional de Justiça e futuramente fosse editada lei supressiva da conquista expressa na citada resolução, o tema obrigatoriamente teria de ser novamente submetido ao Supremo Tribunal Federal, pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

6. CONCLUSÃO

A partir do julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, as uniões estáveis homoafetivas passaram a ser tratadas de maneira isonômica em relação às heteroafetivas, desde que preencham os requisitos estabelecidos no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.

A par dessa nova realidade, outras leis, de iniciativa estadual, passaram a regulamentar questões relativas à concessão de benefícios, licenças e enquadramento de dependentes a esses pares, ampliando a igualdade proclamada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Em razão de resistências iniciais, foi necessária a edição de resolução normativa pelo Conselho Nacional de Justiça – nº 175, de 14 de maio de 2013 – vedando às autoridades a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Como se vê, referida resolução regulamentou de forma explícita a possibilidade do enlace entre pessoas do mesmo sexo, conclusão que, não obstante pudesse ser extraída do artigo 1.726 do Código Civil e do artigo 226, § 3º, segunda parte, da Constituição Federal, ainda despertava interpretações contrárias.

Ou seja, ainda que o tema careça de regulamentação legal, mediante iniciativa do Legislativo, seu tratamento atualmente se dá com base no julgamento do Supremo Tribunal Federal e posterior normatização, via resolução, pelo Conselho Nacional de Justiça.

Do que foi exposto, concluímos que referida regulamentação é suficiente a sustentar a conquista social obtida pelos pares homoafetivos, ficando franqueada, contudo, a possibilidade de implementação legislativa ampliativa sobre temas ou desdobramentos eventualmente não abarcados na resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Não verificamos vulneração ao princípio da separação dos poderes na abordagem do tema pelos citados órgãos judiciais, pois, como visto, não atuaram como legisladores, mas tão somente colmataram lacunas deixadas pelo legislador ordinário.

Isto porque, referindo-se a “homem e mulher” como componentes da união estável, o legislador deixava à margem - em evidente violação a princípios constitucionais e direitos fundamentais - aquelas pessoas que, por apresentarem opção sexual diversa, desejavam constituir família.

Como se viu, coube ao Judiciário, diante da omissão do legislador no tocante à regulamentação e previsão taxativa da possibilidade de uniões estáveis e casamentos homoafetivos, o enquadramento e esclarecimento da questão à luz de uma leitura constitucional, sem retirar do Legislativo eventual iniciativa posterior nesse sentido.

Contudo, a conclusão quanto à possibilidade de futura lei suprimir as conquistas obtidas nesse campo e sua aplicação à luz do princípio da vedação ao retrocesso demanda exame da natureza jurídica da resolução nº 175/CNJ. Pois, como foi exposto, já houve manifestação da Excelsa Corte no sentido de que essas resoluções têm natureza de lei, o que nos conduziria à conclusão de que eventual regulamentação futura, de iniciativa do Legislativo, não pode anular ou aniquilar a possibilidade de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, se outra for a conclusão no tocante à natureza jurídica da resolução do Conselho Nacional de Justiça, estaríamos sujeitos a nova legislação retrógrada, o que desafiaria nova análise pelo Supremo Tribunal Federal via controle concentrado de constitucionalidade. Só o tempo nos dará essa resposta.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 09 fev. 2016.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 fev. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- RIO DE JANEIRO. BRASIL. Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br>. Acesso em 22 jan. 2016.