

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E O ATIVISMO JURÍDICO COMO
ESTABELECEDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR
DA ADPF 132 EM MEIO À CRISE REPRESENTATIVA DO PODER LEGISLATIVO**

**LEGAL ACTIVISM AS AN ESTABLISHER OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN
ANALYSIS FROM THE ADI 4277 AND ADPF 132 IN THE MIDDLE OF THE
REPRESENTATIVE CRISIS OF THE LEGISLATIVE POWER**

Maria Fernanda Barbosa Sant'Anna¹

RESUMO: Este artigo disserta sobre o Ativismo Judicial como consequência da crise representativa no legislativo usando como exemplo a decisão do STF na ADI 4277 e ADPF 132, no que se diz respeito à garantia de direitos fundamentais a casais homoafetivos e na relação do ordenamento jurídico com os princípios constitucionais. A partir disso, busca-se analisar a necessidade da atuação do Judiciário no meio legislativo e os respaldos constitucionais que garantem tal atuação.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; união homoafetiva. crise legislativa; direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article talks about Judicial Activism because of the representative crisis in the Legislative Power, using as an example the STF's decision in ADI 4277 and ADPF 132, regarding the guarantee of fundamental rights to homoaffection couples and the relation between the legal order and the constitutional principles. From this, the article seeks to analyze the need for action by the Judiciary in a legislative environment and the constitutional support that ensures such action.

KEYWORDS: judicial activism, homoaffection union, legislative crises, fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e

¹ Graduanda de Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL). E-mail: mariafernandabosa@gmail.com.

que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

Tal julgamento, no entanto, levantou alguns questionamentos sobre o ativismo judicial praticado pelo STF e se este estaria usurpando a função do Poder Legislativo, afrontando, assim, o sistema de tripartição dos Poderes.

No momento presente, o Ativismo Jurídico é uma ferramenta que pode ser interpretada de diferentes maneiras, tanto a seu favor, como contra a sua utilização jurídica. Para aqueles que o enxergam de forma negativa, muitas vezes, o Ativismo Jurídico é considerado uma afronta a Constituição por se tratar de uma sobreposição do Poder Judiciário em atuações que seriam pré-determinadas ao campo do Poder Legislativo, ao reverso há aqueles que o enxergam de forma positiva acreditando que tal acessório jurídico é essencial para as transformações da sociedade contemporânea e é um recurso plenamente constitucional de uso do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, este artigo visa a avaliar o Ativismo Jurídico no que se relaciona com os direitos fundamentais dos casais homoafetivos e de que forma eles foram impactados por esse instituto.

Sob essa ótica, os objetivos específicos avaliados aqui dividem-se nos pontos seguintes: a compreensão da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento da omissão do Poder Legislativo Brasileiro em relação ao guarda de Direitos Fundamentais; por último, a reflexão em análise da ADI 4277 e da ADPF 132.

2 OS CASAIS HOMOAFETIVOS DENTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A história da humanidade foi escrita em grande parte por suas relações sociais, em especial as relações afetivas, por via de regra, é importante estabelecer que as relações de afeto nunca tiveram um caráter uniforme de maneira que fosse plausível assumir que elas somente são constituídas pelo homem e pela mulher. Em sua doutrina Mônica Aguiar entende ser apodíctico a tese de que a homossexualidade parece ter sempre existido, chegando ela a ser parte evidente de várias sociedades, como a grega, por exemplo.²

Ainda assim, com advento da Idade Média, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino passaram a ser figuras influentes na formação do pensamento moral da sociedade, esses, defendiam que a atividade sexual deveria ser somente destinada à reprodução, o que contribuiu,

² AGUIAR, Mônica. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre - RS: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 88.

juntamente com as ideias da Igreja, para tornar a prática da homossexualidade um pecado comparável ao do homicídio.

Neste pesar, as Ordenações Manuelinas vindas do século XVI fixaram pena de morte para o pecado dasodomia por meio da fogueira “para que de seu corpo não haja memória”, instituindo, inclusive, recompensa para os delatores.³

Destarte, com a evolução da humanidade surgiram várias tentativas de se procurar diferenças biológicas ou psicológicas entre pessoas heterossexuais e homossexuais, nenhuma delas apresentou resultado conclusivo, sendo em grande parte a atitude que procura segregar os homossexuais como portadores de determinadas doenças mais relacionada a tentativa de legitimar a exclusão social dos homossexuais do que ao fazer científico autêntico.⁴

Nesse panorama, pode-se dizer que, mesmo diante das mais variadas formas que sexualidade pode se apresentar em seu espectro, a homossexualidade foi uma das que ganhou maior visibilidade pejorativa.

Pode ser dito que até os anos 70, os homossexuais tiveram que viver sob imensa pressão social, devido a enormes perseguições e preconceitos. Sob à luz da religião, inúmeros tratamentos médicos eram direcionados a esse grupo. Os tratamentos foram muitos e variados, desde mudanças bruscas de temperatura corporal, a eletrochoques e o pior dos tratamentos que foi a lobotomia, onde se retirava um pedaço do lóbulo frontal do paciente. (TREVISAN, 2018 p.177-178)⁵

No âmbito mundial, somente nos anos 80 o direito tardiamente passou a conceder status jurídicos às uniões homoafetivas, sendo a Dinamarca o primeiro país a reconhecê-las em 1989, seguida da Noruega em 1993 e da Suécia em 1995⁶. Mas, o primeiro país a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda em 2001⁷.

No entanto, o legislador brasileiro não trilhou a mesma estrada, uma vez que se apresentou com receio de desagradar seu eleitorado de maioria conservadora e religiosa, contribuindo para a exclusão da homossexualidade do sistema jurídico dentro do Brasil.

3 A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO LACUNA CONSTITUCIONAL

³ VAINFAS, R. Homoerotismo feminino e o santo ofício. In. Del Priore, Mary; Bassanezi, Carla; Bassanezi, Carla. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 118.

⁴ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **O direito à autonomia ético-existencial da pessoa homossexual na Constituição da família como decorrência dos princípios da igualdade e da liberdade** (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009, p. 18.

⁵ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil da colônia à atualidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 43-44

⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 06, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 485.

O Código Civil em seu artigo 1.723 estabelece parâmetros para que a união estável seja entendida como entidade familiar, vejamos: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002⁸). É imprescindível para a compreensão desse artigo que se realize uma comparação entre a união estável e o casamento, que foi, durante anos, a única forma institucional para se constituir uma família.

Por esse motivo, quando se fala em união estável, é necessário saber que o instituto do casamento surgiu como um norte referencial, tanto para o legislador quanto para o intérprete, servindo como parâmetro para aplicação dos outros institutos como os da família. Nesse sentido, a união estável, como proposta pela CF de 1988, foi à nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, mas despida das formalidades exigidas para o casamento.

Com isso, estabelece-se que o direito de “contrair união estável” – por mais que seja limitado a relações heteroafetivas – não rejeita a possibilidade de que uniões sejam estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo de fato.

Entendido isso, é necessário estabelecer que a união homoafetiva é uma realidade brasileira como atestada no censo de 2010⁹, que apurou a existência de mais de 60 mil casais homoafetivos. Além disso, a Pesquisa Nacional de Saúde de 2019 indica que 1,2%, ou 1,8 milhão das pessoas acima de 18 anos declaram-se homossexual, e, 0,7%, ou 1,1 milhão das pessoas acima de 18 anos, declara-se bissexual, tem atração por mais de um gênero ou sexo binário.¹⁰

Então daí se pergunta: Por que a diversidade sexual é necessária para o estabelecimento de uma união estável se as uniões podem se estabelecer mesmo em igualdade de sexos? Por que as relações homoafetivas foram omitidas da constituição? Por que nada foi feito pelo legislativo para preencher essa lacuna? Bem, a resposta é mais simples do que parece, e se resume em tradição e religiosidade, assim como na necessidade do Poder Legislativo do Brasil apelar para

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

⁹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro, 2012.

¹⁰ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saúde de 2019**: orientação sexual autoidentificada da população adulta. Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios. Rio de Janeiro, 2022.

ambos os fatores para se ver eleito.

4 O ATIVISMO JURÍDICO E SUA NECESSIDADE NO BRASIL

O processo de ativismo judicial no Brasil está associado a uma participação mais vasta do Judiciário na concretização de direitos fundamentais, com um aumento na interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Diante disso, o Judiciário está se empenhando com suas ações à atender as querelas sociais que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como a eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. Esse processo é reflexo de um Poder Legislativo que sofre com as dificuldades de uma crise representativa.

Normalmente, o ativismo jurídico se instala em situações de retração do Poder Legislativo, isto é, quando o Legislativo não tem capacidade de realizar as demandas sociais de minorias. Entretanto, nos últimos anos, observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida social brasileira, um Ativismo Judicial, que representa como o papel criativo dos tribunais trazem uma contribuição nova para o direito no que se consta a procura de resguardar os direitos fundamentais de grupos minoritários e responder a pendências que podem ser consideradas “tabus sociais” da sociedade brasileira.

Geórgia Lage Pereira Carmona (2012¹¹), citando os ensinamentos de Luiz Roberto Barros, afirma sobre a legitimidade do Ativismo Jurídico:

A legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais.

Conforme exposto acima, é possível afirmar que a legitimidade – exercida pelo Poder Judiciário – está expressa na própria Constituição Federal, assim os juízes que atuam para proteger os direitos fundamentais fazem isso conforme preconiza a Lei e não por causa própria. Da mesma maneira, a mesma Carta Magna consagra a vontade majoritária, e, consequentemente, o ativismo judicial seria então um instrumento para promover a democracia. (CARMONA, 2012)¹².

¹¹ CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?** Artigo publicado em maio de 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-co-mo-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 08 set. 2021.

¹² CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?** Âmbito Jurídico, maio de 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-co-mo-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>.

Luis Roberto Barroso (2009, p.14)¹³, menciona que o Ativismo Judicial é uma decisão do juiz, haja vista que é uma interpretação constitucional expansiva.

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

O Poder Legislativo, por regra, tem como função elaborar e aprovar projetos de lei como consta no Título IV, Capítulo I da Constituição Federal. Entretanto, é aparente o descaso da atuação do Poder supracitado no que se refere ao estabelecimento de direitos sociais de grupos não majoritários.

5 A CRISE DO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Um dos motivos principais para a necessidade de uso do Ativismo Judicial no Brasil é a crise do Legislativo em seu funcionamento político. Em primeiro lugar, nosso sistema de eleição é baseado no voto que o eleitor dá à pessoa do candidato. Com isso, tende-se à valorização muito maior das características pessoais do candidato, do que da sua visão política e ideológica para o país.

A consequência disso é evidente. Vota-se pela simpatia do futuro parlamentar e não pela sua eficiência. Ademais, o apelo aos interesses religiosos majoritários quase sempre são decisivos para a escolha parlamentar, o que afasta muitos membros do Poder Legislativo de propostas que vão de contra a o tradicionalismo cristão.

Com um poder político representativo desregulado e viciado em apoiar ideais de grupos de alto poder econômico e social, é formado no Brasil um Estado democrático representativo que não procura diminuir as desigualdades ou promover justiça para grupos que estão em minoria. Com isso, cria-se a necessidade de se estabelecer um Estado Democrático de Direito que proteja o país do abuso aos direitos fundamentais.

judicial-no-brasil-co-mo-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/. Acesso em: 08 set. 2021.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, ed. 04.

Fevereiro 2009. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 08 set. 2021.

A Constituição Federal de 1988 – que surge como instrumento garantidor de direitos fundamentais – não se sustenta por si só, cabendo ao Poder Judiciário a atribuição de zelar pela segurança jurídica, com a finalidade de que a concretização de direitos fundamentais seja efetiva. Com isso, é evidente o papel do Judiciário na materialização de uma postura contramajoritária mediante a garantia de direitos fundamentais e de proteção das minorias.

No contexto da união estável homoafetiva, cabe citar a inércia na tramitação do Projeto de Lei nº 612, de 2011¹⁴, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que torna possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (casamento homoafetivo). A influência da chamada bancada evangélica fez com que a proposição não fosse a plenário para votação. Diante disso, no dia 20 de dezembro de 2018 a proposição foi arquivada ao final da legislatura, nos termos do § 1º do art. 332 do Regimento Interno¹⁵, isso é, o projeto foi automaticamente arquivado porque esteve em tramitação há duas legislaturas.

A ineficiência legislativa em garantir direitos fundamentais às pessoas homossexuais, fez com que o STF – por meio de duas ações de controle de constitucionalidade (ADI 4277 e ADPF 132) – reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva, assim agindo para proteger os princípios constitucionais que fundamentam o Estado brasileiro e rogar pelos direitos fundamentais garantidos pela constituição.

6 A DECISÃO DO STF (ADI 4277 E ADPF 132)

Admitir, apenas, que casais heteroafetivos possam ter acesso à união estável se mostra retrógrado e discriminatório e evidencia que, de fato, a carta constitucional brasileira acarreta a esse tópico uma lacuna constitucional que promove uma ineficiência jurídica.

Nesse âmbito, devido à ausência de ação legislativa para alterar tal artigo, existe uma necessidade de conferir interpretação ao ordenamento jurídico segundo os princípios fundamentais, no que diz respeito ao artigo 1.723 do Código Civil, no que se trata do instituto da união estável. O doutrinador Sérgio Sérulo da Cunha (2006, p.191)¹⁶ afirma que entre as várias funções dos princípios perante o direito uma delas é supletiva é permitir suprir a falta de

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-612-2011>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno. Resolução nº 93, de 1970**. Texto editado em conformidade com a Resolução no 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções, até outubro de 2019. Brasília, 2019.

¹⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo. Saraiva. 2006.

norma na ocasião de lacuna ou de omissão da lei.

Surge, portanto, a necessidade do poder judiciário de promover uma interpretação criativa principiológica ao artigo 1.723 do Código Civil. Dessa forma, no ano de 2011 os ministros do STF - Supremo Tribunal Federal julgaram a ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito

A ADPF n. 132 e a ADIN n.4277 pretendiam a obrigatoriedade da declaração do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além da aplicação dos mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis aos companheiros de uniões entre pessoas do mesmo sexo, sob o preceito de que tal reconhecimento é fruto dos princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, segurança jurídica e impedimento de discriminações.

O Ministro Ayres Britto, relator das ações, votou no sentido de que a interpretação do artigo fosse realizada de acordo com os princípios da Constituição Federal, visando excluir qualquer interpretação no sentido de impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O relator aduziu que o artigo 3º, inciso IV da Carta

Magna (1988)¹⁷ proíbe discriminação em relação à sexo, raça e cor, não podendo assim qualquer pessoa pode ser discriminada em função da sua preferência sexual.

Após discutido isso, o relator passou a tratar o conceito jurídico de família à luz da Constituição Federal, dando especial atenção ao seu artigo 226 (1988)¹⁸, que trata da família como “base da sociedade”. Neste ponto do voto ele disse que:

(...) a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas. (Relator: Ministro Ayres Britto, 2011¹⁹).

No que se diz respeito à entidade familiar, ele afirmou que não há “hierarquia ou diferença de qualidade jurídica” entre a entidade familiar e a família. Para o relator,

(...) o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se prefere, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. (Relator: Ministro Ayres Britto, 2011²⁰)

¹⁷ BRASIL [Constituição 1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

¹⁸ Idem.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 maio de 2011. **Diário da Justiça eletrônico**: Brasília, 05 maio 2011.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 maio 2011. **Diário da Justiça eletrônico**: Brasília, 05 maio 2011.

O Ministro Luiz Fux (2011²¹), fundamentou seu voto amplamente na garantia de direitos fundamentais. Ele afirmou que “trata-se de questão concernente à violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária”. Ele acrescentou que a homossexualidade é um fato da vida, uma orientação sexual (não uma opção) e uma característica da personalidade do indivíduo. Para ele “os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”. Para o referido Ministro, com base no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal (1988²²), pode-se dizer que não há vedação às uniões homoafetivas. Assim sendo, ele alega que:

O silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. (...) o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré estabelecido. (Relator: Ministro Luiz Fux, 2011²³).

O Ministro Gilmar Mendes (2011)²⁴ ratificou em seu voto que o fato de a Constituição Federal prever a união estável entre homem e mulher não exclui a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo. Ele acrescentou que a ocorrência de a Constituição não ter tratado da união homoafetiva acarretou uma lacuna na legislação. Ele reconheceu a existência da união estável homoafetiva “por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional”, sendo este, para ele, um caso nítido de proteção dos direitos fundamentais.

Diante disso, a Resolução n. 175 do CNJ, editada em 14 de maio de 2013²⁵, discorre sobre “a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, ao decidir a respeito da Resolução n. 175, o CNJ levou em consideração a decisão do STF que, por maioria, decidiu que se o legislador quisesse poderia ter utilizado expressão restritiva não permitindo assim com que ocorresse o casamento

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 maio 2011. **Diário da Justiça eletrônico**: Brasília, 05 maio 2011.

²² BRASIL [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 maio 2011. **Diário da Justiça eletrônico**: Brasília, 05 maio 2011.

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

entre pessoas do mesmo sexo, o que não foi o caso. Desta maneira, não há o que questionar sobre a possibilidade do casamento entre homossexuais 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. (2013)

Nesse aspecto, é importante ressaltar 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 a manifestação da opinião do oficial.

Assim sendo, Carvalho (2013²⁶) acredita que o Conselho Nacional de Justiça foi outro exemplo do Poder Judiciário agindo para garantir direito à parcela da sociedade, direitos esses que deveriam ser assegurados pelo Poder Legislativo:

A resolução do CNJ evidencia de forma clara a omissão do Poder Legislativo em tratar deste tema, cuja inércia, não obstante as diversas manifestações da sociedade civil, reflete a homofobia e o preconceito ainda presentes na atuação de grande parte dos parlamentares que os impede de promover direitos à população LGBT. (...) A decisão do CNJ evidencia a desigualdade jurídica em que se encontram os casais homoafetivos, a quem são aplicadas as mesmas obrigações constitucionais e infraconstitucionais que à maioria da população, sobretudo no que diz respeito às obrigações tributárias, cíveis e penais, mas que não têm garantidos os mesmos direitos reservados aos casais heteroafetivos. Assim, resta evidente que os direitos são promovidos de forma desigual aos cidadãos, e no caso específico da população LGBT, este segmento da sociedade possui menos direitos garantidos que o restante da população heterossexual. A falta de atuação do Poder Legislativo perpetua a desigualdade jurídica em que se encontra a população LGBT e o desrespeito ao artigo 5º da Constituição Brasileira. (CARVALHO, 2013¹⁸).

O que se verifica com a Resolução n.175 é que quando o legislador “cochila” e passa a não regular certas matérias, mesmo frente à demanda social, o Judiciário entra em função com um assegurador de direitos fundamentais para os grupos sociais que foram desfavorecidos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁶ CARVALHO, Henrique Rabello. **Resolução mostra desigualdade jurídica com homossexual**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 04 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/henrique-carvalho-regra-cnj-mostra-desigualdadejuridica-homossexual>. Acesso em: 18 set. 2021.

Devido à análise sobre a situação das relações homoafetivas no Brasil, conclui-se que o Judiciário foi uma peça essencial para a garantia de que os princípios constitucionais fossem materialmente garantidos no Brasil. Também se entende que sua participação foi um ato de ativismo jurídico que ocorreu devido à ineficiência legislativa de garantir os direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA +.

Diante disso, infere-se que o STF – ao reconhecer a constitucionalidade da família baseada no afeto entre casais homoafetivo – assim como o Conselho Nacional de Justiça – ao determinar o cumprimento desse direito por todos os cartórios – demonstraram a evolução do pensamento jurídico brasileiro, colocando em primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana e mostrando a sua capacidade de agir em lugares de atuação do legislativo mediante a necessidade social.

É válido mencionar que não se procura neste artigo desvalorizar o Poder Legislativo, ou depreender que ele deve ser substituído. Aqui se estabelece que o Poder Legislativo passa por uma crise em sua representatividade e que sua atuação atual demonstra-se inviável com o regime democrático em que o país se estabelece. Desse modo, sugere-se que tal Poder necessita de reformas, e que – enquanto ele não tentar preservar e resguardar os direitos fundamentais de uma minoria que clama por uma vida digna – o Judiciário se demonstra plenamente eficiente em garanti-los através do Ativismo Judicial, como exemplificado através da ADI 4277 e ADPF 132 e da Resolução nº175 do CNJ.

Por fim, considera-se que a ação do STF em efetivar o tratamento digno para uma minoria – essa composta por homossexuais que se encontram numa posição de discriminação sob a suposta alegação de inferioridade moral – é um avanço inimaginável para o pensamento de uma sociedade fortemente aferrada no catolicismo e representa uma brilhante atuação do Poder Judiciário. Assim, é exprimido que, enquanto o Poder Legislativo se demonstra incapaz de proteger os direitos fundamentais dos brasileiros, o Poder Judiciário não só pode como deve utilizar do Ativismo Jurídico para promover a tal garantia.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, R. A. R. C. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

BARROSO, L.R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas; Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, 4. ed. fev. 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011**. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-612-2011>. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno. **Resolução nº 93, de 1970**. Texto editado em conformidade com a Resolução no 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções, até outubro de 2019. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Diário da Justiça eletrônico: Brasília, 05 maio 2011.

CARMONA, G. L. P. **A propósito do ativismo judicial**: super poder judiciário? Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-co-mo-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 21 out. 2022.

CARVALHO, H. R. Resolução mostra desigualdade jurídica com homossexual. **Revista Consultor Jurídico**, 04 de jun. de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/henrique-carvalho-regra-cnj-mostra-desigualdadejuridica-homossexual>. Acesso em: 18 set. 2021.

CUNHA, S. S. da. **Princípios constitucionais**. Saraiva, São Paulo. 2006.

DIAS, M. B. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística. **Pesquisa nacional de saúde de**

2019: orientação sexual autoidentificada da população adulta. Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios. Rio de Janeiro, 2022.

OLIVEIRA, C. B. de. **O direito à autonomia ético-existencial da pessoa homossexual na constituição da família como decorrência dos princípios da igualdade e da liberdade** (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009.

PAMPLONA FILHO, R; GAGLIANO, P. S. **Novo curso de Direito Civil:** Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TREVISAN, J. S. **Devassos no paraíso:** A homossexualidade no Brasil da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VAINFAS, R. Homoerotismo feminino e o santo ofício. In. Del Priore, Mary; Bassanezi, Carla; Bassanezi, Carla. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001. p.115-140.