

A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 175/13 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Alessa Aparecida de Almeida Jorge¹

RESUMO

O trabalho tem o objetivo de analisar a constitucionalidade da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a proibição de recusa da habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. O trabalho foi desenvolvido através da pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental. Será realizada a análise do julgamento conjunto da ADIs 132/RJ e 4277/DF do STF e do RESP nº 1.183.378/RS do STJ, além de analisar a competência do CNJ, verificando se o órgão extrapolou ou não sua competência regulamentar na edição da resolução.

Palavras-chave: Direito de Família. União estável homoafetiva. Casamento civil homoafetivo. Competência do Conselho Nacional de Justiça. Constituição Federal de 1988.

THE CONSTITUTIONALITY ANALYSIS OF NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE RESOLUTION No. 175/13

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to analyze the constitutionality of Resolution No. 175/2013 of the National Council of Justice, which provides for the prohibition of refusal of qualification, celebration of civil marriage or conversion of stable union into same-sex marriage. The work was developed through qualitative, bibliographical and documentary research. The analysis of the joint judgment of STF ADIs 132 / RJ and 4277 / DF and STJ RESP No. 1,183,378 / RS will be performed, as well as analyzing the competence of the CNJ, verifying whether or not the agency has exceeded its regulatory competence in the edition. of the resolution.

Keywords: Family Law. Homoaffektive stable union. Homosexual civil marriage. Jurisdiction of the National Council of Justice. Federal Constitution of 1988.

¹ Graduanda em direito pela Faculdade Doctum – Campus Juiz de Fora

1 INTRODUÇÃO

O instituto da família, assim como a sociedade, passam por processos de evolução, mudando seu significado, conceito e sua formação. Em decorrência das transformações sociais, atualmente existem diversas formações familiares, destacando-se aquela formada por pessoas do mesmo sexo. Nos dias atuais, a formação familiar é construída com base no afeto, solidariedade social e na ética, havendo sua proteção expressa pelo art. 226 da Constituição Federal de 1988 (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 36).

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

A expressão “homem e mulher” mencionada nos dispositivos acima é utilizada como justificativa para negar aos casais homoafetivos, o direito a se casarem ou instituírem a união estável.

No dia 05/05/2011 ocorreu o julgamento conjunto da ADI 132/RJ e ADI 4277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, a ADPF 132/RJ foi impetrada pelo governador do estado do Rio de Janeiro na época, Sérgio Cabral, pedindo a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, aplicando o regime de união estável às uniões homoafetivas. Já a ADI 4277/DF foi impetrada pelo Procurador Geral da República, pedindo o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e a extensão dos direitos e deveres da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. No julgamento conjunto das duas ações, foi decidido por unanimidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a aplicação das mesmas regras e consequências da união estável à união estável homoafetiva.

No dia 25/10/2011, ocorreu o julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiram por maioria pela inexistência do óbice referente à identidade de sexo para a constituição do casamento civil.

Como consequência dos julgamentos mencionados, o Conselho Nacional de Justiça, em 14/05/2013 editou a Resolução nº 175, dispondo sobre “a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”, proibindo os cartórios de recusarem a realizá-los aos casais homoafetivos. Após a edição da resolução, surgiram questionamentos de sua constitucionalidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do poder judiciário, sua composição, funcionamento e competência estão previstas no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, estando suas atribuições de caráter regulamentar previstas no § 4º do citado artigo, sendo autorizado a expedição de atos regulamentares no âmbito de sua competência (SLAIB FILHO, 2005, p. 276-277).

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

O assunto a ser tratado neste artigo foi desenvolvido através de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, tendo como objetivo responder ao seguinte questionamento: O Conselho Nacional de Justiça extrapolou sua competência ao editar a Resolução nº 175?

2 QUESTIONAMENTOS À RESOLUÇÃO Nº 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Resolução nº 175/13, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, em justificativa aos julgamentos mencionados, proibiu que os Cartórios de Registros recusassem a realizar a habilitação, a celebração de casamento civil ou conversão

de união estável em casamento dos casais homoafetivos. Após a edição da resolução, houve reações tanto favoráveis quanto contrárias sobre a questão da constitucionalidade do CNJ em regulamentar a matéria.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019) entendem que, devido à falta de texto normativo sobre o tema, o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo são admitidos por força da interpretação conforme a Constituição realizada pela jurisprudência (FARIAS; RONSENVALD, 2019, p. 179) e sua restrição acarreta na falta de proteção da família homoafetiva (FARIAS; RONSENVALD, 2019, p. 82).

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

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

Em virtude das polêmicas que envolvem o tema, é importante realizar uma análise dos julgamentos utilizados para justificar a edição da resolução, além da competência do CNJ na edição de atos regulamentares, ou seja, de seu poder regulamentar, conferido pela Carta Magna.

3 JULGAMENTO DA ADI 132/RJ E ADI 4277/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378/RS

3.1 Julgamento da ADI 132/RJ E ADI 4277/DF e do RESP Nº 1.183.378/RS

A sociedade está em constante processo de mudança, o instituto da família também acompanha esse processo evolutivo, sua formação e o seu significado mudaram com o tempo, assumindo diferentes conceitos, de acordo com o lugar, tempo e cultura. Atualmente a família se apresenta em um modelo igualitário e democrático, construída pelo sentimento de afeto, pela ética e solidariedade social.

Neste contexto, o Código Civil de 2002 veio em substituição ao Código Civil de 1916, trazendo inovações e realizando alterações nos institutos jurídicos, como o instituto da união estável, reconhecimento de outras formações de entidades familiares, igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, facilitação na obtenção do divórcio. O novo código representou um grande avanço em relação ao Código Civil de 1916, cujas disposições eram voltadas para as entidades familiares vigentes à época: patriarcal, hierarquizada, heteroparental, de unidade produtiva e reprodutiva.

A família baseia-se na contemporaneidade da sociedade, fundamentando-se no afeto, na solidariedade recíproca dos seus membros e na proteção de suas dignidades (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 36).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 e parágrafos, considera o instituto da família como base da sociedade, devendo ter a proteção especial do Estado, porém as formas de entidades familiares, elencadas no mencionado dispositivo legal, não podem ser entendidas como as únicas que merecem a proteção constitucional, devendo ser consideradas apenas como um rol meramente exemplificativo. A proteção dada pela Constituição deve ser para toda entidade familiar construída com fundamento no afeto, na solidariedade recíproca e na dignidade de seus membros (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 36).

A união estável é um instituto jurídico reconhecido no art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988² que reconhece como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, para fins de proteção do Estado. O Código Civil também regulamentou o instituto da união estável nos art. 1.723 a 1.727, merecendo destaque o art. 1.723³ que também reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, tendo como requisitos a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

Já o casamento, também possui previsão tanto na Constituição Federal, no art. 226, §§ 1º, 2º e 6º, como no Código Civil, do art. 1.511 a 1.570. O casamento é um instituto em que ocorre a união entre duas pessoas, formando um vínculo jurídico entre elas, estabelecendo uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres (BRASIL, 2002). Segundo o art. 1.514 do mencionado diploma legal, o casamento será realizado quando o homem e a mulher manifestarem a sua vontade em estabelecer o vínculo conjugal perante o juiz (BRASIL, 2002). A menção ao termo “homem e mulher” também está presente nos arts. 1.535⁴ e 1.565⁵ do referido diploma legal.

Os textos normativos acima estabelecem, de forma expressa, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, ou seja, pessoas de sexo diferentes, não abarcando as relações entre pessoas do mesmo sexo. Diante desta situação, surgiram diversas ações judiciais para a reivindicação de direitos decorrentes das uniões homoafetivas, resultando em diferentes decisões judiciais para situações parecidas.

Neste contexto, foi impetrada pelo governador do estado do Rio de Janeiro na época, Sérgio Cabral, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº

² “Art. 226. § 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.”

³ “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.”

⁴ “Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

⁵ “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”

132 do Rio de Janeiro, com pedido de liminar da validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis e a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. A ADPF teve como pedido a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, pela interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, e dos incisos II e V do art. 19 e art. 33, todos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei nº 220/75), devido à falta de norma regulamentadora sobre o tema.

Os argumentos jurídicos pautaram-se na violação aos preceitos fundamentais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, tendo como pedido a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, conferindo-lhes a proteção jurídica dessas uniões. A ação teve como justificativa as diversas decisões judiciais que negavam às uniões entre pessoas do mesmo sexo, os direitos conferidos às uniões estáveis.

Outra demanda relativa ao tema proposto foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, movida pela Procuradoria Geral da República, proposta como ADPF 178/DF, sendo depois convertida em ADI por entendimento do Ministro Gilmar Mendes. A ação tinha como pedido o reconhecimento obrigatório das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela união estável e que os direitos e deveres dessa união sejam estendidos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, pedindo também sua distribuição por dependência a ADPF 132/RJ, que já havia sido proposta pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral.

Em 05/05/2011 foi realizado o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF por entender o relator, Ministro Ayres Britto, que as ações possuíam coincidência de objetos, convertendo a ADPF 132/RJ em ADI e relatando as ações de forma conjunta, sendo a sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluzo. O julgamento tinha a finalidade de analisar o pedido de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como nova forma de entidade familiar, conferindo uma interpretação conforme a constituição ao art. 1.723 do Código Civil.

O Recurso Especial nº 1.183.378 foi pleiteado por duas mulheres que alegaram estar vivendo, há três anos, um relacionamento estável, requerendo a

habilitação para o casamento em dois Cartórios de Registro da cidade de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, tendo o pedido negado em ambos. Assim, ajuizaram a habilitação na Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, o pedido foi julgado improcedente, por entender que o casamento, segundo o Código Civil, só pode ocorrer entre homem e mulher. As mulheres apelaram alegando ofensa ao art. 1.521 do Código Civil, argumentando que não há impedimento explícito para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, porém a decisão de 1ª instância foi mantida.

O julgamento do Recurso Especial ocorreu no dia 25/10/2011, sendo decidido por maioria, pelo afastamento do óbice referente à identidade de sexo ao casamento civil e o prosseguimento do processo de habilitação para o casamento das requerentes. Em seu voto, o relator Ministro Luis Felipe Salomão argumentou que o que a lei não proíbe de forma expressa é considerado permitido no direito privado, nesse entendimento é autorizada a habilitação para o casamento pelas recorrentes. Além disso, destacou que a expressão “homem e mulher” mencionada nos arts. 1.514, 1.535 e 1.565 do Código Civil, não poderia ser entendida como única forma para se constituir o casamento, destacando que a expressão acima foi afastada do art. 1.723 do Código Civil e art. 226, § 3º da Constituição Federal pelo próprio Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para garantir que a união estável seja reconhecida às uniões homoafetivas e este entendimento deve ser estendido para que seja possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

3.2 Análise dos julgamentos

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, votaram por unanimidade pela procedência das ações com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, reconhecendo às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

O relator, Ministro Ayres Britto, em seu voto argumentou que a Constituição Federal não diferencia a família que é constituída formalmente, das demais formações familiares e nem a família formadas por pessoas de sexo diferente das

formadas por pessoas do mesmo sexo, compreendendo que o conceito de família na constituição é aberto (STF, 2011, p. 41). Julgou prejudicada, em sede liminar, a ADPF nº 132/RJ, a conhecendo como ADI, julgando procedentes as duas ações, interpretando o art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição, com a exclusão de qualquer significado que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sendo feito o reconhecimento segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O Ministro Luiz Fux considerou a união homoafetiva como entidade familiar, devendo essa união possuir tratamento jurídico idêntico ao das uniões heteroafetivas. Argumentou que não lhes conferir tal tratamento, se revela uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e isonomia (STF, 2011, p. 41). Defendeu a adoção da interpretação da Constituição Federal e das leis de acordo com as relações fáticas presentes nas sociedades contemporâneas, votando pela interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil.

A Ministra Carmen Lucia argumenta que é razoável a interpretação da norma em discussão de acordo com os princípios constitucionais, como forma de assegurar o exercício da liberdade de escolha, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, devendo ser conferidos a essa união os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis (STF, 2011, p. 41).

O Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares e julgou pela procedência das ações, devendo ser aplicado o que é disposto para uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo às uniões homoafetivas até que editem norma específica que regulamente essas uniões (STF, 2011, p. 112).

Ministro Joaquim Barbosa também julgou pela procedência das ações, sustentando que os direitos garantidos às uniões entre pessoas do mesmo sexo são pautados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação (STF, 2011, p. 119).

Já em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes mencionou a falta de proteção das minorias, que constantemente veem seus direitos sendo violados e criticou os limites da interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil da forma em que estava sendo apresentada, não podendo a interpretação violar a expressão

literal do texto de lei, porém, mesmo apontando as críticas relativas à interpretação, acompanhou seu voto com o do relator (STF, 2011, p. 147).

O Ministro Marco Aurélio também votou pela procedência do pedido, conferindo interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil e o mesmo regime da união estável às uniões homoafetivas.

Ministro Celso de Melo argumentou em seu voto, que a orientação sexual não pode servir como fundamento para restrição e violação de direitos (STF, 2011, p. 226). Defendeu a prática do ativismo judicial nos casos de omissão e lentidão do poder público no cumprimento de suas obrigações (STF, 2011, p. 261). Votou pela procedência da ação e obrigatoriedade do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos conferidos às uniões estáveis e, conseqüentemente, estendendo a essas relações, os mesmos direitos e obrigações das uniões estáveis heteroafetivas.

Em uma análise geral, verifica-se que a afetividade mereceu destaque para a consideração das uniões homoafetivas como entidade familiar, sendo defendido pelos ministros que o Supremo Tribunal Federal deveria acompanhar a evolução social e agir, diante da inércia do poder legislativo, realizando a interpretação do texto constitucional como forma de garantir a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e segurança jurídica às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O relator Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378, entendeu que a expressão mencionada nos dispositivos legais não corresponde a uma vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e considerá-la como uma vedação implícita seria uma afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, não discriminação, igualdade, pluralismo e livre planejamento familiar, não podendo o Superior Tribunal de Justiça conferir uma interpretação à lei que não seja reconhecida pela Constituição.

O Ministro Raul Araújo teve seu voto vencido e argumentou que não seria possível conhecer do recurso, haja vista que a Suprema Corte reconheceu apenas a união estável homoafetiva e o julgamento em questão é referente ao casamento civil, instituto diverso do reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Alegou que

somente o Supremo Tribunal Federal seria competente para o julgamento do mérito, tendo em vista que o casamento é disciplinado pela Constituição Federal.

4 A RESOLUÇÃO Nº 175/13 E A COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

4.1 A Resolução nº 175/13

A Resolução nº 175 foi publicada em 14 de maio de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça dispendo sobre “a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo”, pautando sua criação na justificativa da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI 132/RJ e ADI 4277/DF que reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal dado às uniões estáveis homoafetivas, a eficácia vinculante da decisão à administração pública e aos demais órgãos do poder judiciário, além de considerar o julgamento do RESP 1.183.378/RS, que ficou decidido pela inexistência de óbices legais para celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Neste contexto, o CNJ, em seu art. 1º, proibiu que as autoridades competentes recusassem a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, estabelecendo em seu art. 2º a sanção de comunicação imediata ao respectivo juiz corregedor para providências cabíveis em caso de recusa.

A resolução nº 175 do CNJ obriga os cartórios a realizarem o casamento civil e a conversão da união estável em casamento de casais homoafetivos, na votação, a maioria dos ministros do Conselho Nacional de Justiça votou pela possibilidade da realização do casamento civil e da conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, porém merece destaque as decisões contrárias, como a do Conselheiro Francisco Sanseverino, representante do Ministério Público, que discordou da conversão da união estável em casamento em virtude da questão não ter sido reconhecida na decisão do STF, discordando também da extensão ao casamento. Já a Conselheira Maria Cristina Peduzzi, também discordou

argumentando que a regulamentação em questão não foi delegada ao CNJ pela Constituição Federal, mas reconhece a sua necessidade (AURÉLIO, 2011, p. 88).

Percebe-se que a finalidade do Conselho Nacional de Justiça foi de regulamentar a atuação dos Cartórios de Registro, em virtude das divergências que estavam ocorrendo, tendo aceitação da celebração do casamento e da união estável entre casais homoafetivos em cartórios de determinados estados, enquanto outros estavam negando sob o argumento de ausência normativa.

4.2 Atribuições do Conselho Nacional De Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do Poder Judiciário, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, na denominada Reforma do Judiciário, que trouxe importantes mudanças ao cenário jurídico, como a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da súmula vinculante, além de alterações no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A composição, funcionamento e atribuições do Conselho Nacional de Justiça estão previstos no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, é composto por quinze membros, cujo mandato possui a duração de dois anos, sendo admitida uma recondução, sendo presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2014, p. 574-575).

Atua como um órgão administrativo, com a função de fiscalização administrativa e financeira, além de atuação orçamentária, disciplinar e regulamentadora, destacando-se: zelar pela autonomia do poder judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; análise da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do poder judiciário; receber e conhecer das reclamações realizadas contra membros ou órgãos do poder judiciário e dos serviços notariais e de registro, podendo aplicar sanções e; rever, de ofício ou por provocação, processos disciplinares de juízes ou membros de tribunais que foram julgados em menos de um ano (SLAIB FILHO, 2005, p. 276-277).

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão público responsável por assegurar a transparência e o controle administrativo e processual dos atos do poder judiciário. Partindo dessa função, o CNJ, na Resolução nº 175, teve como

intenção regulamentar a atividade dos serviços de cartórios do país, padronizando a aceitação da celebração do casamento e da conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O CNJ já teve sua legitimidade questionada, com a impetração da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367 pela Associação dos Magistrados Brasileiros que argumentava que a criação do órgão violava a autonomia e autogoverno dos Tribunais, o princípio da separação dos poderes, a violação do pacto federativo, tendo em vista que o poder judiciário ficaria submetido a um órgão pertencente à União, tendo como pedido a inconstitucionalidade de sua instituição (SLAIB FILHO, 2005, p. 284). A presente ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, em que foi afirmado a constitucionalidade do órgão e o reconhecimento de sua atuação na investigação de processos administrativos e disciplinares que possuam envolvimento de magistrados.

Outra ação foi envolvendo seu poder regulamentador, sendo impetrada a Ação Direta de Constitucionalidade nº 12 do Distrito Federal, impetrada pela Associação dos Magistrados do Brasil, cujo pedido foi pela declaração de constitucionalidade da Resolução nº 07/05 do CNJ, que disciplina sobre o nepotismo no âmbito do poder judiciário, sendo reconhecida sua constitucionalidade pela Suprema Corte.

Percebe-se, pela decisão das ações acima expostas, que a legitimidade e o poder regulamentador do CNJ foram plenamente reconhecidos pelo STF.

Na a atribuição regulamentadora do Conselho Nacional de Justiça, vale destacar o disposto no Art. 103-B, § 4º, I da Carta Magna:

§4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

O dispositivo destacado estabelece de forma clara a competência de expedição de atos regulamentares pelo órgão, sendo permitida a edição desses atos nos limites de sua competência. Os atos regulamentares podem impor deveres e

obrigações dentro da esfera do poder judiciário, porém não possuem capacidade de inovação legislativa (SLAIB FILHO, 2005, p. 289).

As limitações de sua atribuição regulamentadora são duas, a primeira é *stricto sensu*, não podendo os atos possuírem caráter geral e abstrato em virtude de reserva legal; a segunda é *lato sensu*, encontrando barreiras também na reserva de lei, que proíbe a restrição a direitos e garantias individuais (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2006, p. 3).

A dinamicidade com a qual a sociedade evolui se transforma ou modifica é constante durante o tempo, devendo nosso ordenamento jurídico acompanhar esse desenvolvimento para continuar atendendo aos anseios sociais. As Constituições devem ser alteradas, evoluindo junto com a sociedade, podendo ocorrer sua mudança pelo meio formal, disposto na própria Constituição, como por exemplo, através de Emendas Constitucionais, ou pelo meio informal, através da denominada mutação constitucional, ocorrendo a alteração de entendimento de determinado dispositivo da Carta Magna, sem a alteração de seu texto (GALLO, 2003, p. 8-10).

O ativismo judicial vem ganhando destaque nos últimos tempos, com a atuação ativa do Poder Judiciário, na decisão de temas que geram grandes debates sociais, políticos e jurídicos e que geralmente resulta da inércia do poder legislativo e executivo nas garantias a direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

Essa atuação busca, através de interpretações jurídicas, atender aos anseios sociais, adequando o ordenamento jurídico à sociedade atual, considerando o seu processo evolutivo.

Existe uma intensa discussão sobre a legitimidade e os limites do poder judiciário em sua atuação ativa em decidir sobre questões que entram na esfera de atuação do poder legislativo.

A atuação por meio do ativismo judicial é conferida ao poder judiciário, apesar do Conselho Nacional de Justiça pertencer a esse órgão, sua competência se limita a regulamentação de caráter administrativo não podendo extrapolar a esfera do poder judiciário, por força da limitação conferida pela Constituição Federal de 1988.

Quando há a edição de atos normativos que são contrários aos princípios e normas da Carta Magna, estamos diante da inconstitucionalidade por ação, podendo ser manifestada formalmente, quando ocorre a edição atos em desacordo com as

formalidades ou procedimentos da Constituição Federal ou quando elaborada por autoridades incompetentes, poderá, ainda, ser materialmente inconstitucional, quando verificado que o conteúdo do ato contraria a Constituição. (SILVA, 2014, p.49).

O Partido Social Cristão (PSC), ao ajuizar a ADI nº 4966/DF, pedindo a inconstitucionalidade da Resolução nº 175, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, menciona que a competência atribuída ao CNJ, foi delimitada no art. 103-B, § 4º da Constituição Federal de 1988, atribuindo ao órgão a função de fiscalizar a atuação do Poder Judiciário, consistindo em uma competência administrativa, afastando, desta forma, sua competência para legislar.

Argumenta o impetrante que, na edição de atos regulamentares, o CNJ não possui plena liberdade para tratar de matéria diversa de sua competência, ao extrapolar os limites de suas atribuições definidas constitucionalmente, ocorreu uma invasão de competência que constitucionalmente é atribuída ao Poder Legislativo, o que indica uma ofensa a separação dos poderes.

O partido também argumenta que o CNJ justificou a elaboração da resolução no julgamento realizado pelo STF em que ficou reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo, porém o CNJ também extrapolou em relação ao que foi decidido pelos ministros do STF, tendo em vista que não foi mencionado na decisão sobre o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Defende que a resolução impugnada é eivada de vício de constitucionalidade, tendo em vista que ofende os art. 22, I⁶ e 59⁷ da Constituição Federal de 1988, pedindo a declaração de sua inconstitucionalidade. O relator da ação é o Ministro Gilmar Mendes e ainda não tem data prevista para sua votação.

⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁷ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

Diante dos argumentos apresentados neste trabalho, conclui-se pelo vício de constitucionalidade apenas quanto à obrigatoriedade da celebração do casamento.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Robson Barbosa de. **A (in)constitucionalidade da Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Rondônia, Cacoal/RO, 2016. Disponível em:

<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1812/2/MONOGRAFIA%20ROBSON.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário**. Disponível em: <

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/697/475>>. Acesso em: 22 out. 2019.

AURELIO, Amanda Luize Cabral. **ADI 4277: o conceito de Família para o Supremo Tribunal Federal e a sua correspondência com a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça**. 2015. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2015. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/publication/adi-4277-o-conceito-de-familia-para-o-supremo-tribunal-federal-e-a-sua-correspondencia-com-a-resolucao-175-do-conselho-nacional-de-justica/>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *Jurisprudência do direito constitucional*. IN: KALIL, Hugo Souto (ed). **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: o julgamento da ADPF 132**. Brasília: IDP, 2013, pp. 387-402. Disponível em:

<http://dSPACE.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1543/Jurisprud%C3%Aancia%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *Jurisprudência do direito constitucional*. IN: ROCHA, Carlos Odon Lopes da (ed). **Ativismo Jurisdicional: uma análise restritiva à luz do neoconstitucionalismo**. Brasília: IDP, 2013, pp. 78-102.

Disponível em:
<http://dSPACE.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1543/Jurisprud%C3%Aancia%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *Jurisprudência do direito constitucional*. IN: SOUZA, Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de (ed). **O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E A RESOLUÇÃO N. 175/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**.

Brasília: IDP, 2013, pp. 210-239. Disponível em: :
<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1543/Jurisprud%C3%A2ncia%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Resolução 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 de mesmo sexo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <
https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS**. Quarta Turma. Recorrente: RKO e LP. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 25 de outubro de 2011. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em: 1 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 12 de fevereiro de 2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluzo. 13 de abril de 2005. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 5 maio 2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.966/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3952299&prclID=4419751&ad=s#>
Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 10 out. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11ª edição. Salvador: Ed. JusPodvim, 2019.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Mutação constitucional**. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/555153>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. Projeto de Lei nº 6.583/13. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B942BE8871356A99C49CB28B5E8E6EB7.proposicoesWebExterno1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em: 01 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Niterói: Malheiros Editores, 2015.

SLAIB FILHO, Nagib. **Reforma da justiça: (notas à emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004)**. Niterói: Impetus, 2005

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>. Acesso em: 15 out. 2019.