

A CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL E A VULNERABILIDADE JURÍDICA DA COMUNIDADE LGBTQI+

THE CONSTITUTIONALITY OF SAME-AFFECTIVE MARRIAGE IN BRAZIL AND THE LEGAL VULNERABILITY OF THE LGBTQI+ COMMUNITY

Isabelle Rodrigues Monteiro de Resende¹

Vitoria Oscalim Aglio²

RESUMO

O presente artigo analisa o processo de regulamentação do casamento homoafetivo no Brasil, abordando o contexto histórico, social e jurídico dessa união. Desde a luta por direitos civis até a conquista do reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a temática se tornou uma pauta central no debate sobre a igualdade de direitos e combate à discriminação. O artigo explora as principais legislações e jurisprudências que garantem e regulam o casamento homoafetivo, discutindo os desafios enfrentados e os avanços conquistados. Com uma análise comparativa, o estudo evidencia a importância da proteção legal para a igualdade e dignidade das relações homoafetivas, refletindo sobre a relevância desse marco para a promoção da igualdade e o enfrentamento de discriminações históricas. O artigo destaca também os desafios e resistências ainda presentes no contexto social e jurídico brasileiro. Discutem-se as implicações da Resolução 175/2013 do CNJ e os impactos das decisões do STF e STJ no reconhecimento das uniões homoafetivas.

Palavras-chave: casamento homoafetivo. direitos civis. constitucionalização do Direito Civil. ativismo judicial.

ABSTRACT

This article analyzes the process of regulating same-sex marriage in Brazil, addressing the historical, social and legal context of this union. From the fight for civil rights to the conquest of the legal recognition of same-sex marriage, the theme has become a central agenda in the debate on equal rights and the fight against discrimination. The article explores the main legislations and jurisprudence that guarantee and regulate same-sex

¹ Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Juiz de Fora-MG

² Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Juiz de Fora-MG

marriage, discussing the challenges faced and the advances achieved. With a comparative analysis, the study highlights the importance of legal protection for the equality and dignity of homoaffective relationships, reflecting on the relevance of this framework for the promotion of equality and the confrontation of historical discrimination. The article also highlights the challenges and resistances still present in the Brazilian social and legal context. The implications of Resolution 175/2013 of the CNJ and the impacts of the decisions of the STF and STJ on the recognition of homoaffective unions are discussed.

Keywords: same-sex marriage. civil rights. constitutionalization of civil law. judicial activism.

1. INTRODUÇÃO

O casamento homoafetivo é um dos temas mais relevantes no campo dos direitos humanos e civis, representando um marco importante na luta pela igualdade e dignidade das relações entre pessoas do mesmo sexo. A possibilidade de formalizar a união e de constituir uma família com os mesmos direitos e deveres legais que casais heterossexuais é fundamental para a inclusão social e para o combate à discriminação. A união homoafetiva enfrentou, por muitos anos, desafios legais e preconceitos, apesar dos avanços no reconhecimento de direitos civis.

Ao longo do tempo, o conceito de entidade familiar veio se modificando para se adequar aos novos arranjos familiares. Para o Direito de família, todo vínculo que tenha por base o afeto é considerado como família. Na perspectiva do princípio da afetividade, família se torna um conceito aberto e é um ente despersonalizado, não cabendo ao Estado intervir nas relações. A evolução do Direito, por meio das transformações de pensamentos da sociedade, trouxe consigo mais conceitos para famílias diversas, como por exemplo, a família não-matrimonial, que é constituída fora do casamento e a família homoparental, assegurando-lhes assim seus direitos e garantias. Diante disso, nasce a necessidade do ordenamento jurídico de atender às demandas da sociedade.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 traz um rol exemplificativo do que é a família, todavia este rol não é taxativo, portanto não exclui a possibilidade de outras formas de entidade familiar.

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

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

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

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

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

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

Com a constitucionalização do Direito civil ao longo dos anos, vários institutos do Direito civil passaram a ser interpretados sob a luz da Constituição. A união homoafetiva advém do direito à igualdade, isonomia e liberdade.

Antes da união entre pessoas do mesmo sexo ser reconhecida, estas podiam ser facilmente dissolvidas por meio de processo cível, como empresas irregulares, sem a possibilidade do pleito de pensão alimentícia ou direitos sucessórios sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao direito das obrigações e tratadas como sociedades de fato, procedendo-se apenas a mera partilha dos bens constituídos durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição.

A negação de comprometer o conceito tradicional e religioso de matrimônio, impedia que abrigasse as uniões homoafetivas no âmbito do direito de família.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, as inseriu no âmbito do Direito das Famílias e as reconheceu como entidades familiares.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI nº 599 075 496, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, Data do julgamento: 17/6/1999, Ementa: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.

“O Superior Tribunal de Justiça - STJ definiu em recente julgamento que as questões relacionadas ao reconhecimento de uniões homoafetivas deverão ser analisadas sob a ótica do Direito de Família. O ministro Luis Felipe Salomão, responsável pelo voto de desempate, determinou que a justiça do

Rio de Janeiro analise o pedido de um casal homossexual que pretendia ver reconhecida a união estável de 20 anos. A decisão tem um importante efeito na medida em que faz com que as relações havidas entre pessoas do mesmo sexo sejam vistas como relações familiares já que deverão ser analisadas por juízes de varas de família. Os relacionamentos homoafetivos serão vistos como relações de amor, afeto enquanto se analisadas em varas cíveis, terminariam por ser tidas como sociedades de fato havidas entre os parceiros, onde se trata apenas das questões financeiras e patrimoniais. Esse é o principal efeito da decisão do STJ: a percepção de que as uniões de pessoas do mesmo sexo podem originar entidades familiares e não sociedades.” (AMARAL, 2008).

As inúmeras manifestações pelo Brasil demandando direitos civis da população LGBTQIA+ acarretaram na conquista do reconhecimento da união homoafetiva, tendo como base nos princípios da Constituição Federal da vedação à discriminação, da igualdade e da dignidade humana.

Com isso, o STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 julgadas em 2011, reconheceu o direito de constituir união estável a casais do mesmo sexo. Todavia, por motivos de diferentes entendimentos se havia ou não a obrigação de celebrar o casamento civil, muitos cartórios ainda deixavam de realizar o ato, submetendo cada caso à análise judicial. Apenas com a posterior determinação do CNJ, por meio do regulamento nº 175/2013, que todo cartório passou a ser obrigado a registrar os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A problemática deste trabalho científico consiste em pesquisar e analisar a possível questão da inconstitucionalidade da resolução do CNJ pela extrapolação de sua competência, ao determinar que os cartórios registrassem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da ausência de lei anterior, e dos problemas que a comunidade LGBT+ poderia estar sujeita a enfrentar em razão de uma lacuna na regulamentação deste importante direito civil.

Metodologia

O método de abordagem utilizado no presente trabalho foi o civil-constitucional, bem como o dedutivo, a fim de depreender se houve extrapolação de competência por parte do CNJ ao determinar que os cartórios do país celebrassem casamentos homoafetivos, mesmo sem lei anterior prevendo tal direito.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO

Historicamente, o casamento foi compreendido como uma instituição exclusiva para a união entre homens e mulheres, pautada em normas religiosas e sociais. No entanto, as mudanças nas estruturas familiares e o fortalecimento dos movimentos LGBTQIAP+ trouxeram a necessidade de revisão dessa perspectiva. O processo de reconhecimento do casamento homoafetivo começou, no Brasil, através da união estável, estabelecendo a possibilidade de reconhecimento de direitos para casais do mesmo sexo.

O marco jurídico para o reconhecimento do casamento homoafetivo no Brasil ocorreu em 2013, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 175, que proíbe os cartórios de se recusarem a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou a converter uniões estáveis homoafetivas em casamento. Essa medida foi um avanço significativo, visto que a Constituição Brasileira de 1988 não menciona expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Durante séculos, a sociedade foi marcada por normas e valores tradicionais que excluíam ou estigmatizavam relacionamentos homoafetivos. Apenas nas últimas décadas houve avanços significativos para a aceitação e legalização dessas uniões, impulsionados por movimentos sociais que reivindicam direitos igualitários. Entre os principais movimentos e instituições estão:

1. Aliança Nacional LGBTI+: Essa organização atua em várias frentes para proteger e promover os direitos das pessoas LGBT+. A Aliança trabalha com campanhas de conscientização, apoio legal e pressiona o governo para garantir os direitos civis e sociais, incluindo o direito ao casamento igualitário e à adoção.

2. ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos): Uma das maiores redes LGBT+ do Brasil, a ABGLT reúne diversas organizações regionais e trabalha por políticas públicas que promovam a igualdade de direitos, como o reconhecimento legal das uniões homoafetivas e o combate à discriminação.

3. Grupo Gay da Bahia (GGB): Fundado em 1980, é uma das organizações LGBT+ mais antigas do Brasil. Além de lutar contra a homofobia e denunciar a violência contra a comunidade LGBT+, o GGB também reivindica direitos para casais do mesmo sexo, incluindo o casamento civil, direito à herança e à adoção.

4. Antra (Associação Nacional de Travestis e Transexuais): Focada nos direitos de travestis e transexuais, a Antra também luta pela inclusão e pelo

reconhecimento dos direitos de casais homoafetivos. A organização busca garantir acesso a direitos civis, especialmente para mulheres trans e travestis, que enfrentam uma série de barreiras na sociedade.

5. Paradas do Orgulho LGBTQ+: Realizadas em várias cidades brasileiras, como São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador, as Paradas são eventos de grande visibilidade para as reivindicações LGBTQ+. Embora sejam momentos de celebração, esses eventos também servem como espaços de protesto e exigência de direitos iguais para casais homossexuais.

6. Instituto Brasileiro de Diversidade Sexual (IBDSEX): Este instituto trabalha para promover a diversidade e a inclusão social no Brasil, incluindo o fortalecimento dos direitos de casais homoafetivos. A organização colabora com outras entidades para pressionar por políticas públicas que garantam o reconhecimento e a proteção dos direitos de casais do mesmo sexo.

Esses movimentos têm desempenhado um papel crucial na conquista de direitos importantes para a comunidade LGBTQ+ no Brasil, como o reconhecimento legal da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de adoção e a defesa contra a discriminação.

2.1 O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO PELO STF

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, equiparando a união estável homoafetiva à união entre casais heterossexuais. Esse julgamento foi um marco jurídico, assegurando direitos civis e abrindo caminho para o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O STF argumentou que o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) é essencial a todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual. Para o tribunal, a dignidade humana exige que o Estado reconheça e valorize as uniões homoafetivas, evitando qualquer forma de marginalização ou invisibilidade social e jurídica dessas relações. Conforme afirmou o relator, ministro Ayres Britto, a dignidade é o “valor-fonte” da Constituição, e seria injusto negar direitos que conferem dignidade a pessoas em relações homoafetivas.

2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Outro ponto de destaque foi o princípio da igualdade, disposto no artigo 5º da Constituição, que assegura que todos são iguais perante a lei. O STF entendeu que a exclusão de direitos para casais homoafetivos configura discriminação inconstitucional, violando a isonomia. Nesse sentido, o relator destacou que a Constituição não legitima distinções entre casais com base em orientação sexual, e que estender os direitos de união estável aos casais homoafetivos é uma medida necessária para garantir a igualdade.

2.4 INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O STF argumentou que o conceito de família deve ser interpretado de forma ampla, observando o artigo 226 da Constituição, que estabelece que a família é a base da sociedade. Embora a Constituição fale da “união estável entre homem e mulher”, o STF destacou que esse artigo não impede que outros tipos de família sejam reconhecidos. Na decisão, o tribunal adotou uma visão pluralista e inclusiva, considerando que a sociedade evoluiu para comportar múltiplas formas de família, entre elas as uniões homoafetivas.

2.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O tribunal também invocou o direito à liberdade, interpretado como o direito de cada pessoa de constituir família de acordo com suas escolhas afetivas, sem interferência estatal ou social baseada em preconceito. Esse entendimento reflete o princípio de autonomia privada, que protege a escolha de parceiros e a construção de uma vida em comum como uma manifestação da liberdade individual.

2.6 COMPROMISSO COM OS DIREITOS HUMANOS

Por fim, o STF considerou os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica. Esses tratados reforçam a igualdade de direitos e a proibição da discriminação, inclusive por orientação sexual. Segundo o tribunal, o Brasil, ao ratificar esses tratados, assumiu a obrigação de proteger os direitos de todas as pessoas e garantir a igualdade.

3. O CASAMENTO LIGADO À PROcriação

A ideia de que o casamento está inerentemente ligado à procriação tem raízes históricas e culturais, mas, ao longo do tempo, essa associação tem sido questionada e reinterpretada. Sociólogos, antropólogos e teóricos do direito argumentam que o casamento é, na verdade, uma instituição social multifacetada, que pode abranger aspectos como companheirismo, aliança econômica, e suporte emocional.

Filósofos como Michel Foucault³, em sua análise das instituições e do poder, apontam que a ligação entre casamento e procriação foi historicamente reforçada como um meio de controlar a sexualidade e organizar a sociedade em torno de certos padrões familiares. No entanto, ele questiona se isso é uma condição essencial da união conjugal.

Nas palavras de Foucault:

A delimitação do parceiro legítimo: o cristianismo, diferentemente do que se passava nas sociedades gregas ou romanas, só o teria aceito no casamento monogâmico e, no interior dessa conjugalidade, lhe teria imposto o princípio de uma finalidade exclusivamente procriadora. A desqualificação das relações entre indivíduos do mesmo sexo: o cristianismo as teria excluído rigorosamente, ao passo que a Grécia as teria exaltado — e Roma, aceito — pelo menos entre homens.

Além disso, estudos contemporâneos, como os de Judith Butler e Anthony Giddens, observam que, em sociedades modernas, a definição de família e casamento tem se expandido para incluir uniões onde a procriação não é o foco.

Butler, por exemplo, com a teoria queer, defende que o casamento pode ser visto como uma escolha de convivência e amor, independentemente de intenções de ter filhos. Além disso, a escritora, assim como Foucault escreveu sobre o estabelecimento do funcionamento da instituição do casamento, no qual homens e mulheres teriam papéis impostos. Já Giddens, em *A Transformação da Intimidade*, descreve como o casamento contemporâneo é cada vez mais pautado pela “pure relationship” — uma relação baseada no amor e no compromisso mútuo, em vez de obrigações procriativas.

Ainda, sobre o estabelecimento de funções dentro do casamento, para Anthony Giddens (1993, p. 53-58), a eficácia do casamento dependia justamente dessa divisão, que consistia no delineamento rigoroso do papel da mulher, com a criação da maternidade, e a ampliação do espaço do homem.

Juristas e estudiosos de direitos civis também têm desmistificado a ideia de casamento atrelado à procriação, especialmente em discussões sobre casamentos homoafetivos. O argumento comum é que, ao restringir o casamento apenas para casais

³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II, O Uso dos prazeres (1984)**. Trad. Sob a direção de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: editora Graal, 1984. V. 2.

com o potencial de gerar filhos, estaria se ignorando o valor do vínculo afetivo e social que ele representa.

Essa desmitificação está também embasada em dados sociológicos que mostram que muitos casais heterossexuais optam por não ter filhos, enquanto famílias constituídas por casais homoafetivos ou pessoas solteiras adotam e criam crianças. Dessa forma, o casamento é, cada vez mais, entendido como uma união onde o bem-estar, a realização pessoal e o apoio mútuo são os principais pilares, não necessariamente a procriação.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Caberia ao legislador atuar como verdadeiro fiscal dos anseios sociais, tutelando aqueles direitos que conferem aos cidadãos o efetivo exercício da sua cidadania. O Direito de Família não se afasta desse ideal. É ramo de Direito Privado que, uma vez constitucionalizado, obedece aos princípios que regem os Direitos Fundamentais, orientados para a máxima inclusão social, baseados na dignidade da pessoa humana.

Na interpretação do Direito civil à luz da Constituição Federal, Tepedino (2006) destaca que o Direito de família deve se submeter aos princípios constitucionais, mudança necessária que se deu devido à evolução social, que deixou de tratar a família como uma instituição, para ter uma tutela baseada na personalidade e na dignidade de seus integrantes.

O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como quisera o Código Civil de 1916, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional. (TEPEDINO, 2006, p. 52).

De acordo com Perlingieri (2008), o ordenamento jurídico deve ser como uma unidade, estando as leis ordinárias alinhadas de forma sistemática com a Constituição.

No entendimento de Calderón (2017, p. 56), a edição do Código Civil de 2002 não isola o Código civil dos preceitos constitucionais, porque a releitura da codificação deve ser permanente e um novo código privado não reduz o papel da Carta Magna durante sua interpretação. Além disso, segundo Schreiber (2016, p. 14-15), não há muita novidade no “novo código civil”, já que seu projeto foi elaborado na década de 1970, durante o período mais duro da ditadura militar brasileira. Para ele, o código é desatualizado para uma sociedade em mudanças, e não está alinhado com a

Constituição Federal. “Mais do que nunca, impõe-se a releitura do direito civil à luz da Constituição” (SCHREIBER, 2016, p. 16).

Perlingieri (2008, p. 533-534) indica que, no processo do controle de constitucionalidade, o judiciário utiliza a Carta Maior para decidir as controvérsias, como juízo de constitucionalidade das leis, independente da instância. A norma constitucional é uma norma-princípio e sua utilização se dá considerando sua hierarquia no ordenamento e conforme razoabilidade no caso concreto.

É inviável separar a operação do Direito da sociedade. Cabe ao legislador observar e seguir os anseios sociais, instituindo direitos que conferem aos cidadãos o efetivo exercício da sua cidadania. O Direito de Família não se afasta desse ideal. É ramo de Direito Privado que deve obedecer os princípios constitucionais, orientados para a máxima inclusão social, baseados na dignidade da pessoa humana.

O que se tem observado, contudo, é a inércia legislativa em incluir, no universo jurídico, a realidade de muitas populações, mantendo-os à margem do direito, mesmo que comuns e frequentes, em virtude de preconceitos.

5. A FAMÍLIA PELO CÓDIGO CIVIL E A NECESSIDADE DE SUA REFORMULAÇÃO

O Código Civil foi elaborado sob uma perspectiva patrimonialista, mas também tutela a dignidade da pessoa humana dentro das relações jurídicas, sejam elas familiares, consumeristas ou empresariais, prevenindo lesões e a responsabilidade por danos.

Pietro Perlingieri (2008) explica sobre o processo de despatrimonialização do direito civil pela sua superação, em favor de valores existenciais do ser humano. Todavia, ainda há no nosso Código Civil uma primazia dos interesses patrimoniais sobre os pessoais.

Em se tratando do tema do casamento civil homoafetivo, o Código Civil atual se mostra excludente e desatualizado, ao não prever este modelo de entidade familiar, nem o da união estável homoafetiva.

O atual Código civil reconhece como família *“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”* e descreve o casamento em seu art. 1.514, quando *“se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”*

A aversão à união homoafetiva vem de uma tradição religiosa e patriarcal, que ainda normatiza a “família tradicional”, como modelo único de aceitação, isto é, aquela formada por pai, mãe e filhos.

Conforme Maria Berenice Dias (2010a, p.2), o Estado e a Igreja limitavam a sexualidade ao casamento, portanto, as relações que não se enquadravam eram consideradas ilegítimas.

O paradigma da família fundada no matrimônio entre homem e mulher tem passado por uma ressignificação jurídica. A doutrina, bem como a jurisprudência, tem apontado no sentido da afetividade como fator constitutivo das entidades familiares. E baseado nos direitos à liberdade e igualdade que as modificações jurídicas se iniciaram. Tanto a emancipação feminina, quando a da comunidade LGBT+ permitiu repensar os moldes da família tradicional, o que implicou na adaptação do Direito de Família às novas mudanças.

As mudanças sociais e jurisprudências que as acompanham trouxeram a definição de família homoparental, que é aquela formada por casais do mesmo sexo.

De acordo com Ferreira (2023) “apesar da possibilidade, aberta pela Constituição, de novos modelos familiares, nossas leis ainda giram em torno da chamada família tradicional, formada por um casal heterocisnormativo e seus descendentes”.

Melo (2020, p.31) entende que neste contexto, as famílias homoafetivas são vistas como anormais.

Ainda, é interessante destacar a tese defendida por Ribeiro (2023), segundo o qual às famílias não heteronormativas “é negada a adequada tutela jurídica” e, “entre as diversas consequências da negativa de acesso dessas entidades à moldura do Direito de Família, está a sua marginalização e a sua invisibilização também em matéria sucessória”.

Portanto, o que vemos, é que o novo Código Civil, apesar das mudanças, ainda mantém uma herança patriarcal do código anterior, perpetuando um modelo de família tradicionalmente heterossexual e excluindo as realidades das famílias homoafetivas, às quais não se encaixam em seu padrões.

Com isso, a reformulação do Código Civil e do direito de família se mostra necessária, para que abranja de forma inclusiva as famílias homoparentais, encerrando a controvérsia sobre a possibilidade do casamento homoafetivo.

6. A OMISSÃO DO LEGISLATIVO

Pesquisas mostram que ao longo dos anos, houve 21 projetos de lei favoráveis à união estável ou o casamento civil homoafetivos propostos perante à Câmara dos Deputados e o Senado Federal, contudo nunca chegaram a ser aprovados pelo Congresso Nacional, o que leva a perceber uma omissão legislativa diante deste tema tão relevante no cenário nacional.

Percebemos o quanto esta população é estigmatizada e discriminada na sociedade brasileira quando direitos básicos reivindicados por ela ainda hoje permanecem sem regulamentação.

De Melo (2020) argumenta que um grande fator determinante para esta situação é a escassa representação política da comunidade LGBTQIA+ no Congresso Nacional, em razão da exclusão social, além da desigualdade socioeconômica sofrida.

Dessa forma, foi necessário ocorrer o fenômeno do ativismo judicial, tão questionado por parte da população brasileira, para que a comunidade LGBTQIA+ obtivesse o direito de constituir família, já que ainda hoje, não há positivação legal para o casamento homoafetivo.

A questão controversa implica na competência dos órgãos do Poder Judiciário para constituir direitos.

Para Eduardo Appio (2005), é possível selecionar os temas em que a atuação judicial seria legítima, como na proteção das minorias, em “áreas morais sensíveis da nação como o aborto e a união entre pessoas do mesmo sexo”.

Ainda que não seja rejeitado o exercício da revisão judicial sobre os atos dos demais poderes, ainda há uma conotação negativa acerca de uma intromissão na função legislativa, em detrimento da distribuição constitucional das competências.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho:

[...] não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu [...] se necessário, até contra legem, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causar espécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu art. 20.3, diz que o Executivo e o Judiciário obedecem à lei e ao direito. [...] esse aditamento remete, na verdade, para além da lei, para um direito supra-legal, que, sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais.

Com razão, aponta também o advogado Albano Ricardo Stefanello: “Direito é o equilíbrio entre a justiça e a lei”, de modo que ele sempre deva garantir que as leis sigam a evolução social e atendam as demandas e necessidades da população.

Segundo a tese de Lima (2016, p. 269), o STF, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar, se preocupou em realizar uma interpretação conforme a Constituição, em honra aos direitos da igualdade e da liberdade e os princípios da dignidade humana.

A autora aponta que nos votos, os ministros defensores da decisão não negam o exercício de ativismo, mas entendem que o julgado consistiu num exemplo de atuação judicial legitimada pelos paradigmas de proteção das minorias e observância dos direitos fundamentais.

A relevância do tema se verifica no fato da vulnerabilidade jurídica que as pessoas atraídas romanticamente pelo mesmo sexo enfrentam, diante da negligência do Legislativo. Neste diapasão, evidenciou-se a necessidade do Poder Judiciário agir para tutelar direitos, tal como a necessidade desta temática ainda ser debatida na sociedade.

Eduardo Appio (2008) compreende que, nesta correção da interpretação da Constituição, os juízes estão “constitucionalmente autorizados a empregar uma abordagem ativista na interpretação das leis e atos de governo”, quando se reportam a um tratamento discriminatório de minorias que não possuem condições de barganha junto aos órgãos de representação política.

Em conclusão, Lima indica que suas pesquisas sobre o tema não concluíram pelo ativismo do STF, afirmando que este é apenas condicionado pelas demandas que lhe são dirigidas.

Maria Berenice Dias⁴ argumenta que ao menos até que o legislador perceba o descaso do Estado com as relações homoafetivas a responsabilidade é do Poder Judiciário e na falta de normatização, deve o julgador recorrer à aplicação da analogia. Ao final conclui:

“Está na hora de o Estado, que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, passar a reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.”

O direito ao casamento, indiscutivelmente um dos direitos humanos fundamentais, engloba a liberdade sexual, a afetividade e a formação de um núcleo familiar, com todas as implicações legais, incluindo a proteção do cônjuge sobrevivente mediante pensão e herança.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Uniões homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver.

Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/75/Uni%C3%B5es+homoafetivas%3A+uma+realidade+que+o+Brasil+insiste+em+n%C3%A3o+ver>

A ausência de uma lei sobre o casamento homoafetivo cria uma lacuna legislativa que pode gerar insegurança jurídica para os casais homoafetivos. A legalização do casamento homoafetivo por meio de decisões judiciais levanta a questão da separação de poderes, pois muitos defendem que essa mudança legislativa deveria ter sido promovida pelo Congresso. No entanto, observamos pela história que este falhou em positivar o direito à celebração do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

7. DA COMPETÊNCIA DO CNJ PARA EMITIR A RESOLUÇÃO 175/2013

Diante da omissão do legislativo ao criar uma lei que legalizasse o casamento civil homoafetivo no Brasil e da necessidade de ajuizamento de ações judiciais para que fosse concedido aos casais homossexuais o direito ao matrimônio, o CNJ elaborou uma regulamentação vedando aos cartórios de todo o país que negassem o registro de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A questão é: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tinha competência para emitir a Resolução 175/2013, que veda a recusa de autoridades competentes em habilitar, celebrar ou converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Apesar de o CNJ não ter competência jurisdicional para julgar casos, ele possui competência administrativa e regulamentar para supervisionar e controlar os atos dos órgãos do Poder Judiciário.

É importante destacar que a Resolução 175/2013 não legalizou o casamento homoafetivo, pois isso já havia sido feito pelas decisões do STF e do STJ. A Resolução apenas regulamentou a aplicação prática dessas decisões, visando garantir a efetivação do direito ao casamento para casais do mesmo sexo.

A emissão da Resolução mencionada foi fundamental para garantir a segurança jurídica e o acesso à justiça para casais homoafetivos. No entanto, as fontes mencionam que ainda há casos de resistência por parte de alguns membros do Judiciário, como juízes, desembargadores e promotores de Justiça, que tentam impedir a realização do casamento homoafetivo, mesmo após a Resolução do CNJ e as decisões dos Tribunais Superiores.

A Resolução 175/2013 foi editada para solucionar a falta de uniformidade nas corregedorias dos tribunais de justiça estaduais sobre a possibilidade do casamento homoafetivo. Alguns cartórios se recusavam a realizar o casamento homoafetivo, alegando que o STF havia reconhecido apenas a união estável.

O CNJ, por meio da Resolução 175/2013, reforçou as decisões do STF e do STJ, garantindo a aplicação da lei e da Constituição Federal, que asseguram a igualdade de direitos para casais homoafetivos, que é baseada na interpretação da Constituição Federal e do princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da CF.

A partir desse entendimento, não é admissível a discriminação por orientação sexual no acesso a direitos civis, o que inclui o direito ao casamento. Essa normativa garantiu que, mesmo sem uma legislação específica aprovada pelo Congresso Nacional, os casais homoafetivos no Brasil podem se casar legalmente, obtendo os mesmos direitos e deveres de casais heterossexuais.

8. OS RISCOS ADVINDOS POR FALTA DA REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

A ausência de legislação específica que garanta o direito ao casamento homoafetivo representa um risco significativo aos direitos fundamentais de casais do mesmo sexo. No Brasil, o casamento homoafetivo foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013, o que permite a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, essa permissão decorre de decisões judiciais e normativas, e não de uma legislação aprovada pelo Congresso Nacional, o que torna esses direitos mais vulneráveis.

A principal preocupação em torno dessa questão é que, sem uma lei formal, os direitos conquistados podem ser revogados ou alterados com mais facilidade. Como apontado pelo jurista Pedro Lenza (2016), a falta de uma lei específica gera insegurança jurídica, uma vez que o reconhecimento de direitos pelo Judiciário pode ser revisitado por novas composições da Suprema Corte ou do CNJ. Em outras palavras, o direito ao casamento homoafetivo permanece à mercê de decisões futuras, deixando casais homoafetivos em uma situação de incerteza quanto à continuidade de seus direitos.

Além disso, a ausência de legislação formal pode implicar em discriminação e estigmatização, ao reforçar a ideia de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é plenamente legitimado pela sociedade e pelo Estado. Segundo estudos de Souza e Azevedo (2020), a consolidação dos direitos civis e a promoção da igualdade plena dependem da criação de políticas públicas e de uma legislação

inclusiva, que reconheça oficialmente o casamento homoafetivo como uma forma legítima de união familiar.

Por fim, a falta de uma legislação formal pode dificultar o acesso a direitos e benefícios que são naturalmente concedidos a casais heterossexuais. Direitos como herança, adoção e pensão, por exemplo, podem ser questionados em função da falta de um respaldo legislativo, expondo casais homoafetivos a interpretações que podem variar conforme as mudanças nos contextos políticos e jurídicos.

9. PROIBIÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL

Em 2023, a bancada evangélica na Câmara dos Deputados do Brasil aprovou, em uma comissão, um projeto de lei que propõe a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, retomando uma proposta original de 2009.

Este projeto altera o Código Civil para impedir o casamento homoafetivo, justificando que a definição de casamento estaria ligada à procriação e, portanto, limitada a uniões heterossexuais. A medida foi aprovada pela Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família, e seu relator, o deputado Pastor Eurico (PL-PE), argumenta que o reconhecimento de casamentos homoafetivos deve ser decidido pelo Legislativo, e não pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que já assegurou o direito ao casamento homoafetivo desde 2011.

Contudo, há uma forte resistência a essa proposta, inclusive da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que a considera inconstitucional por violar direitos fundamentais.

Além disso, especialistas em direito familiar apontam que a Constituição garante a proteção de direitos já adquiridos, o que significa que casamentos homoafetivos já realizados permanecem válidos. No entanto, o projeto ainda precisa passar pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), onde as chances de aprovação são incertas devido ao entendimento jurídico consolidado em favor dos direitos LGBTQIA+.

10. IMPACTO SOCIAL E PERSPECTIVAS FUTURAS

A regulamentação do casamento homoafetivo representou um avanço significativo para a igualdade no Brasil, promovendo a inclusão e reduzindo a discriminação. Contudo, ainda existem desafios, como resistências de setores mais conservadores e a falta de leis específicas que protejam amplamente os direitos da comunidade LGBTQIA+.

A longo prazo, a perspectiva é que avancem na legalização do casamento homoafetivo, acompanhando a tendência global de maior inclusão e proteção aos direitos humanos. No entanto, a efetivação dessa tendência depende de pressões

políticas e da continuidade da luta por direitos igualitários, que devem incluir a criminalização da discriminação por orientação sexual e o reconhecimento de direitos plenos para casais homoafetivos.

11.A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI QUE ASSEGURA A UNIÃO HOMOAFETIVA

A Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara aprovou, em 13/11/2024, o projeto de lei de nº 580/2007, que assegura na legislação a união homoafetiva.

O projeto aprovado altera o Código Civil para incluir o entendimento do STF que em 2011, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. "É um direito fundamental, não só ao matrimônio, mas à cidadania, à dignidade das pessoas LGBTQIA+ nesse país", defendeu a deputada Erika Hilton sobre o projeto.

O Projeto, buscando atender a reivindicação dos grupos homossexuais, integrando-os no ordenamento jurídico e eliminar os preconceitos, foi criado pelo antigo deputado Clodovil Hernandez para incluir no Código Civil:

Capítulo XVIII-A

Do contrato de união homoafetiva

Art. 839-A. Duas pessoas do mesmo sexo poderão constituir união homoafetiva por meio de contrato em que disponham sobre suas relações patrimoniais.

Parágrafo único. É assegurado, no juízo cível, o segredo de justiça em processos relativos a cláusulas do contrato de união homoafetiva.

Art. 4.º Acrescente ao art. 1790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte parágrafo:

Parágrafo único. As disposições desse artigo, aplicase, no que couber, aos companheiros homossexuais.

Na reunião deliberativa realizada no dia 13/11/2024 na Câmara dos deputados, a relatora Erika Hilton conclui seu pronunciamento afirmando "este é só um passo na busca por cidadania, dignidade, equidade, justiça e paz".

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regulamento do CNJ objetivou assegurar aos casais homoafetivos a possibilidade de celebrarem o matrimônio. No entanto, este ainda não é um direito garantido pelo nosso ordenamento jurídico, uma vez que legislar não faz parte das competências do CNJ e este regulamento pode ser a qualquer tempo contestado, o que traz à comunidade LGBTQIA+ insegurança jurídica e vulnerabilidade.

A regulamentação do casamento homoafetivo no Brasil reflete uma conquista histórica na busca pela igualdade e pelo reconhecimento dos direitos de minorias sexuais. Ainda que a legislação e a jurisprudência tenham avançado, é fundamental fortalecer políticas de educação e conscientização social para garantir a inclusão e o respeito a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

A família homoafetiva e os desafios para seu efetivo reconhecimento.

Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/familia-homoafetiva-e-desafios-seu-efetivo-reconhecimento>. Acesso em: 28 set. 2024.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008.

BORGES, Guilherme. **“O casamento homoafetivo e os direitos fundamentais no Brasil.”** Revista Jurídica, 2019.

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 de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 612, de 29 de setembro 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. Brasília, Senado Federal, [2011]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.151, de 26 de outubro de 1995**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, [1995]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 28 set. 20

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei 580/2007. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br>.

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5197/2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/5.senado.leg.br/24>.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Brasília: CNJ, 2013.

DE MELO, T. B. R. **CASAMENTO HOMOAFETIVO E SUAS VULNERABILIDADES JURÍDICAS: UMA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL PELO JUDICIÁRIO A PARTIR DA OMISSÃO DO LEGISLATIVO**. João Pessoa: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Maria Berenice Dias, Porto Alegre, 01 set. 2010a. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf). Acesso em: 28 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. Revista Justiça e História, UNIÕES HOMOAFETIVAS - UMA REALIDADE QUE O BRASIL INSISTE EM NÃO VER: HOMOSEXUALS UNIONS - A REALITY THAT BRAZIL INSISTS ON NOT SEEING, p.5, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; LEAL, Rogério Gesta. **Estudos de Direito Civil: questões emergentes e contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDDENS, Anthony. **A Transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 22 out. 2024.

LOVATO, Raquel; RIBEIRO, Tânia. “Casamento Homoafetivo: Perspectivas e Desafios na Sociedade Contemporânea.” Revista de Direito, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, R. R. B. **A invisibilidade das famílias não tradicionais nas regras de sucessão intestada do Código Civil de 2002**. Revista Brasileira de Direito Civil, [S. l.], v. 32, n. 02, p. 129, 2023. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/841>. Acesso em: 28 set. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, A. B. E. **FORMAS DE FAMÍLIA NO BRASIL E SEUS ASPECTOS LEGAIS E CULTURAIS**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/formas-familia-no-brasil-seus-aspectos-legais-culturais.htm>. Acesso em: 29 set. 2024.

Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 / ADPF 132, Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011.

COMO CITAR ESTE DOCUMENTO:

Aglio, Vitoria Oscalim. RESENDE, Isabelle Rodrigues Monteiro de. **A constitucionalidade do casamento homoafetivo no Brasil vulnerabilidade jurídica da comunidade LGBTQI+**. Disponível em: _____. Acesso em: _____.