

**OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA
IGUALDADE APLICADOS AO CASAMENTO HOMOAFETIVO: uma
análise da ADI 4966¹**

**THE PRINCIPLES OF HUMAN DIGNITY AND EQUALITY APPLIED TO
HOMOAFFECTIVE MARRIAGE: an analysis of ADI 4966**

Thiago Pereira Martins*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da ADI 4966, tendo por norte a constitucionalidade do seu objeto, a Resolução 175 do CNJ, que uniformizou o casamento homoafetivo, após a decisão do STF que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. A pesquisa irá perquirir também a função contramajoritária do Supremo na materialização dos Direitos Fundamentais, em especial a Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana. A construção dos argumentos favoráveis a Resolução se dará a partir do estudo da própria ADI, além da revisão dos argumentos da ADI 4277 e ADPF 132 que igualou a união homoafetiva a heterossexual, bem como de teses favoráveis e contrárias a constitucionalidade da presente ação, a fim de que seja reconhecida a improcedência do pedido.

Palavras-chave: ADI 4966. Função Contramajoritária do STF. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Igualdade.

ABSTRACT

The objective of this work is the analysis of ADI 4966, having as its guide the constitutionality of its object, Resolution 175 of the CNJ, which standardized same-sex marriage, after the decision of the STF that established the stable union between people of the same sex as an entity familiar. The research will also investigate the countermajoritarian role of the Supreme in the materialization of Fundamental Rights, in particular the Equality and Dignity of the Human Person. The construction of the arguments favorable to the Resolution will take place from the study of the ADI itself, in addition to the review of the arguments of the ADI 4277 and ADPF 132 that equated the same-sex union with the heterosexual one, as well as compatible and contrary theses to the constitutionality of the present action, to recognize the inadmissibility of the request.

Keywords: ADI 4966. Countermajoritarian Role of the STF. Fundamental Rights. Dignity of the Human Person. Equality.

Artigo submetido em 27 de dezembro de 2022 e aprovado em 11 de fevereiro de 2023.

¹O presente artigo é desdobramento do Trabalho de Conclusão de Curso com a mesma temática apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela PUC-MG. A monografia foi orientada pela Profa. Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes e foi aprovada com nota máxima e indicada a publicação.

* Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (PUC- MG). Egresso do Núcleo Acadêmico de Pesquisa – NAP. E-mail: thimar.1998@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), comparativamente, encontra-se na vanguarda para promoção dos Direitos LGBTIA+, sobretudo, em face das reiteradas omissões do Legislativo. Porém, como efeito *backlash* das decisões das Supremas Cortes, foi ajuizada a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4966, que traz consigo questionamentos formais-constitucionais como método de invalidar interpretações sobre preceitos fundamentais, geralmente, levantados pelos ministros para concessão e/ou reconhecimento de direitos a minoria sexual.

Dessa maneira, neste trabalho será analisada a ADI 4966, a partir da defesa de sua constitucionalidade, advogando como a defesa jurídica do casamento homoafetivo, uniformizado pela Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), está em consonância com os Direitos Fundamentais e a atuação contramajoritária do Supremo.

Pretende-se compreender como a supremacia de preceitos axiológicos de promoção da Igualdade e Dignidade dos indivíduos deve se substancializar em face de formalismos técnicos, em consonância a determinação constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

O método escolhido será o dialético, no qual serão analisadas teses a respeito da constitucionalidade da ADI 4966, sobre os aspectos materiais-constitucionais, bem como a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) para materialização de direitos desta minoria.

Em especial, serão estudados os argumentos levantados no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, na qual o Supremo garantiu a casais homoafetivos o gozo de todos os direitos concedidos às uniões estáveis heterossexuais, ao conferir interpretação conforme a Constituição do Art. 1.723 do Código Civil.

Continuamente, será investigada a competência do CNJ ao editar a Resolução nº 175, que homogeneizou a atuação de cartórios para celebração de casamentos homoafetivos, além de ter promovido maior eficácia ao julgamento do STF e materializada a ordem constitucional de facilitação da conversão de união estável em casamento.

Não obstante, serão perquiridas as antíteses, sobre os argumentos que entendem pela inconstitucionalidade da Resolução, por exorbitar a competência legiferante e o campo majoritário de disputas.

O cenário político também será debatido, em que o poder legiferante mantém resistência para discutir e votar matérias com este teor, além de mudanças na composição dos ministros com correntes conservadoras, que podem alterar ou mitigar direitos e conquistas até então obtidas.

Imperioso, dessa forma, reforçar o papel do Supremo como sede de apreço de demandas dos grupos minoritários e de sua atuação contramajoritária no exercício de Direitos Fundamentais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são marcados por diferentes teorias e conceituações de acordo com o momento histórico, a depender do marco utilizado, irão dar interpretações e finalidades distintas entre si. Porém, quando lidos pelo constitucionalismo atual, tais direitos podem ser compreendidos como os meios jurídicos, positivamente previstos, que são oponíveis a outro indivíduo ou até ao Estado, a fim de se materializar a Dignidade da Pessoa Humana, direito ainda mais polissêmico, que será devidamente analisado (CARVALHO, 2022, p.15).

Em outras palavras, os Direitos Fundamentais, de ordem jurídica, podem ser compreendidos como o compilado posto de normas jurídicas, que por sua importância e grandeza foram integradas à Constituição e retiradas da disponibilidade dos seus titulares, conforme preceitua Carvalho (2022, p. 15).

A consequência da positivação de Direitos tão caros aos indivíduos e também à coletividade, posto ser um dos basilares de um Estado democrático, é ascender tal posição de superioridade aos demais interesses, que não só figuram como uma defesa a seu possuidor, como, inclusive, retira deste a possibilidade de flexibilidade ou escambo de seu título.

Ainda que seus remotes históricos possam ser encontrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988, não se exaurem em si mesmos (SAKAMOTO, 2017 p. 17). Isso porque os Direitos Fundamentais devem ser ampliados ao máximo possível, a fim de que se atenda às demandas de seus salvaguardados, ainda que não previstas inicialmente pelo constituinte, dada a impossibilidade de se legislar criteriosamente todos os conflitos e necessidades humanas.

A ampla proteção dos Direitos Fundamentais é justificada também, porque estes não surgem inatos como entendiam o jusnaturalistas, mas de lutas e embates políticos, isto é, não há como desvincular que a proteção jurídica dessas necessidades, dá-se em razão das lutas dos movimentos sociais, visto os precedentes de diversos “embates políticos, jurídicos, culturais que vão planificando o terreno para que direitos antes considerados inexistentes sejam obtidos” (FIGUEIREDO, 2021).

Os mencionados embates são necessários, posto que os Direitos Fundamentais se desenvolvem a partir de reiteradas negações e omissões daqueles que possuem o poder, impondo, sobretudo, a grupos minoritários, restrições de vivências, subjugando-os, muitas vezes, como cidadãos inferiores.

As minorias referenciadas, não quantitativamente, mas qualitativamente, podem ser entendidas como aquelas que destoam da maioria social, e por algum atributo intrínseco ou extrínseco, possuem baixa representatividade social e política, sendo renegado a eles, a chance real de gozo dos direitos, que em tese seriam acessíveis a todos os demais, conforme Oliveira Junior (2019, p. 68).

O caráter assecuratório e ampliativo dos Direitos Fundamentais possibilita que as minorias possam se articular com as demais instituições, que não necessariamente o Legislativo, para materializar tais direitos, ainda que majoritariamente a população não deseje qualquer avanço neste ponto.

Nesta linha, contudo, os Direitos Fundamentais não devem ser lidos como meros norteadores ou restritos a esfera subjetiva e individual, mas “como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito”, segundo Barroso (2011, p. 118).

É por este raciocínio, que os Direitos Fundamentais se constituem como principal proteção às minorias, de violações institucionais e sociais quanto a sua existência mínima, tal qual vivenciado na história pela Alemanha nazista; Itália fascista ou no Brasil ditatorial de 64. No que tange, especificamente, ao grupo LGBTIA+², os princípios e direitos fundamentais que juridicamente possuem maior relevância seriam

Em primeiro lugar, o mandamento magno da igualdade, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da liberdade, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se,

² A sigla LGBTIA+ não é uníssona e acabada, haja vista a necessidade de que seja mutável e plural tanto quanto necessária a incluir indivíduos que se opõe a heteronormatividade. A referida sigla inclui as orientações sexuais: lésbicas, gays e bissexuais; e as identidades de gêneros: travestis/transsexuais e intersexos; o mais indica outras minorias abarcadas pelo movimento, como assexuais, polissexuais, agêneros, entre outros. Renan Quinalha sumariza a pluralidade de nomes que o movimento teve até chegar ao explicitado anteriormente, como o “MHB (Movimento Homossexual Brasileiro), GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes), GLT (Gays, Lésbicas e Travestis), LGBTI+ (incluindo pessoas intersexo), o LGBTQIA+ (incluindo pessoas queer e assexuais)” (QUINALHA, Renan. **Movimento LGBTI+**: Uma breve história do século XIX aos nossos dias. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2022).

não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional. Acrescente-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral. E, por fim, o princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos (BARROSO, 2011, p. 118).

A Constituição de 1988, portanto, não admite qualquer interpretação homofóbica, ainda que não específica³, de modo a possuir como uma de suas finalidades a promoção ética e social de todos, apesar de posições políticas majoritárias que se oponham a existência de minorias.

3 O PAPEL DO STF COMO CORTE CONTRAMAJORITÁRIA

“Eventual atuação contramajoritária do judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia” essa afirmativa proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2018) é elementar para compreender a função contramajoritária das Cortes Supremas quando apreciam Direitos Fundamentais.

A posição contramajoritária dos Tribunais pode ser analisada como uma decisão judicial que emana de um órgão colegiado pequeno, a do STF é composta por onze ministros, e não dos representantes eleitos no voto popular - o que acontece com o Executivo e Legislativo (SAKAMOTO, p. 77). Decisão esta que, muitas vezes, destoa dos atos políticos tomados pelos poderes eletivos.

De início, merece destaque o estudo da hipertrofia do Judiciário nos últimos anos, em especial das Supremas Cortes, que contemporaneamente detém poder e competem por tal *status*, com os demais poderes, ao contrário de outras épocas.

Esta mudança pode ser atrelada a importância de um Judiciário autônomo e forte pós 2ª Guerra mundial para salvaguardar o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais; soma-se a crise de legitimidade da esfera política tradicional e majoritária, pela carência de representatividade e funcionalidade; também a preferência do Poder Judiciário para decidir sobre questões controversas, a fim de evitar o desgaste político dos outros poderes em sua apreciação (BARROSO, 2018, p. 222).

A aproximação do Judiciário com os poderes políticos, acarretou a ele uma participação social não esperada, mas também justificável, porque tal poder não é descolado da política, até porque o Direito é criação do Legislativo, ou seja, da vontade popular, configurando o Direito, uma ferramenta política para seus interesses, no qual o “Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”, conforme afirma Barroso (2018, p. 234).

3 Durante a Assembleia Constituinte, João Antônio Mascarenhas, líder do grupo Triângulo Rosa, atuou para que fosse previsto na Constituição de 1988 a vedação da discriminação em razão da orientação sexual. “O termo ‘orientação sexual’ foi aceito pelas duas Sub-Comissões, mas excluído pela Comissão de Sistematização. Em novembro, João Antônio ainda achava que tinham 50% de chance de serem vitoriosos, em plenário. Contudo, apesar de intensa mobilização e dos esforços do deputado José Genoíno (PT/SP) e outros partidários, o termo foi definitivamente rejeitado pelo Plenário, em 28 de janeiro de 1988. A votação foi 130 a favor, 317 contra, com 14 abstenções e 98 ausentes”. (Robert Howes, 2010, p. 305). Em outra tentativa, a proposta para incluir o termo na Revisão Constitucional, foi igualmente sucumbente, sendo 250 votos contrários a inclusão, 53 favoráveis e 6 em abstenção (HOWES, Robert. João Antônio Mascarenhas (1927-1998): pioneiro do ativismo homossexual no Brasil. **Cadernos AEL**, v. 10, n. 18/19, 2010. Disponível em: <https://ojs.ifch.unicamp.br/index.php/ael/article/view/2516>. Acesso em: 20 jul. 2022).

De outra forma, a aplicação do Direito necessita da separação dos interesses políticos, através, principalmente, de mecanismos que evitem a ingerência do poder político sobre a atuação judicial (BARROSO, 2018).

Por tais razões, o Judiciário que não é vinculado a plano de governo, independe de votos para ocupar cadeiras ou das trocas de favores, tem sido a escolha de grupos marginais na garantia de Direitos Fundamentais, como LGBTIA+, negros, indígenas e outros, que não podem ficar à mercê de votação majoritária ou de pesquisa de opinião, como alerta Barroso (2018).

A preferência ao Judiciário pelas minorias não é em verdade opcional, mas a real oportunidade, já que é o que tem se mostrado na vanguarda para efetivação de seus anseios, muito em razão dos

partidos políticos no Brasil, em geral, não “tomam partido” (nem a favor nem contra): quando se trata de temas fraturantes, simplesmente não decidem. Os partidos não têm “encampado” as reivindicações (pró e contra) por trás dessa demanda. Isso é algo extremamente preocupante, pois, após lutas históricas pela abertura democrática, para o pluralismo político e liberdade de ideias, quando finalmente há uma estrutura estatal a garantir tudo isso, percebe-se que o sistema político não tem servido como principal canal de formação da vontade do Estado, ao contrário, temas polêmicos – como os citados acima – ou não são levados ao Legislativo, ou, quando são, este não decide, sendo a questão levada ao Judiciário, que vem aplicando diretamente a Constituição (BAHIA; VECCHIATTI, 2013).

A jurisdição constitucional, que é competente em demandas fundadas nas matérias da Constituição, tem se incumbido de decidir sobre questões sensíveis a grupos que percebem seus Direitos básicos negados pelos poderes que seguem, a priori, os ditames majoritários da sociedade. Por tal contexto, a função contramajoritária é balisada

em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais (BARROSO, 2018, p. 243).

Em situações que não versem sobre os Direitos Fundamentais ou procedimentos democráticos, o juízo deve cumprir a normatização realizada pelo legislador, desde que constitucional, segundo Barroso (2018).

A jurisdição constitucional deve ser encarada como uma interlocução da vocalização das demandas dos movimentos sociais e as esferas políticas (BARROSO, 2018, p. 32), até porque, os ideais democráticos e os Direitos Fundamentais não podem ser adstritos ao Legislativo ou Executivo, nem sucumbir ao voto de quatro em quatro anos, no âmbito federal.

Sobre o papel do Judiciário e, em especial, do STF, recaem críticas quanto a sua competência para decidir questões tão sensíveis, apontando que um ativismo judicial do referido Tribunal não apenas violaria a Constituição, como incorreria em um autoritarismo de magistrados. O Ministro Barroso distingue o exercício do Supremo através da judicialização, do ativismo judicial.

Segundo o autor, a judicialização implica que matérias relevantes e de difícil consenso acabam sendo decididos pelo Judiciário “como intuitivo, de uma transferência de poder para as

instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2018, p. 223)

O ativismo judicial que recebeu uma percepção depreciativa de exercício impróprio, nos EUA, pode ser compreendido como a participação mais incisiva e abrangente do poder judicial na materialização de valores e preceitos constitucionais, em maior interferência nos demais poderes.

Com substância na conceituação exposta, as críticas à ascensão do Judiciário, por vezes legítimas, repousam em várias teses:

A primeira consiste em uma crítica ideológica: o Judiciário é uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária. A segunda crítica diz respeito às capacidades institucionais dos tribunais – que podem não ser o melhor *locus* para a tomada de decisões envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade – e ao risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis decorrentes dessas decisões. Ambas as circunstâncias recomendam cautela e deferência. Uma terceira crítica diz respeito ao fato de que a judicialização limita, de um lado, a participação no debate aos poucos que têm acesso ao mundo jurídico – com seus ritos formais e custos elevados – e, por outro lado, oferece o risco de politização indevida da justiça. Ou seja: pode produzir apatia nas forças sociais ou levar paixões a um ambiente que deve ser presidido pela razão (BARROSO, 2018, p. 230).

O temor sobre o exercício do Judiciário em oposição ao senso majoritário, pode ser entendido pela noção de excessiva intervenção política de um poder que não foi eleito pelo povo e nem negocia com este suas demandas, o que poderia acarretar em uma “indesejável ditadura do Judiciário” (BARROSO, 2018), de modo que o exercício de tais atividades – sobretudo do papel representativo – poderia acarretar em um Judiciário populista (BARROSO, 2018).

Segundo Streck (2016), para que se garanta os Direitos Fundamentais, a jurisdição constitucional deve ser agressiva, mas faz ressalvas quanto a atuação ativista do Judiciário, entendida por ele como intrinsecamente danosa, pois irá refletir os valores pessoais dos magistrados, conferindo uma linguagem pública aos seus entendimentos particulares.

Neste viés, a Democracia é muito importante para ficar à mercê dos valores e predileções pessoais dos magistrados. O autor ao analisar especificamente a decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva, alerta para o risco de que “a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da “opinião” e da “vontade” daquele que julga a causa”, afirmando que uma decisão dessa magnitude não pode ser tomada pelas interpretações do Judiciário, deve-se esperar a vontade do legislador (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009).

O entendimento mais contido de atuação dos magistrados, beirando a um papel juiz “boca de lei”, retira deles o papel democrático do controle de constitucionalidade ativa ou omissa e renega, sobretudo, grupos minoritários a maior esquecimento que já ocorre no Legislativo, além de sucumbir a Democracia ao *bel* prazer da maioria.

Neste cenário de desconfianças a atuação do poder judicial, encontra-se também resistências quanto a aplicabilidade de tais decisões, posto que conforme elucida Cardinali (2020), o STF, muitas vezes, é incapaz de garantir o cumprimento da sua jurisprudência, criando um “efeito silenciador” e há também o efeito da ausência de debates sobre matéria em discussão. Continua que, as decisões judiciais transformadoras raramente, em si só, geram modificações sociais, haja vista que “o reconhecimento pelo Judiciário de um determinado

direito é, portanto, apenas o prelúdio na luta pela efetivação e concretização daquela decisão” (CARDINALI, 2020).

A limitação transformista se coaduna com um fenômeno inerente as decisões dos Tribunais e que possui especial contorno com a temática LGBTI+, o *backlash*, definido como a reação negativa às decisões judiciais, seja pelas partes ou terceiros interessados, que recebem maior participação e exposição quanto mais sensível se trata o tema (CARDINALI, 2016). No que tange aos indivíduos LGBTI+, o *backlash* produz levantes contrários com ações no próprio Judiciário e em outros Poderes, em que esses majoritariamente não aquiescem com as decisões do Supremo, ao contrário de outros países, criando um cenário de insegurança jurídica.

Apesar de tais temores e teses que levantam a impossibilidade de atuação contramajoritária das Supremas Cortes, as decisões judiciais e o papel desempenhado por elas ao apreciar os Direitos Fundamentais deve ser lido por uma razão iluminista que pressupõe o pluralismo e tolerância, a fim de serem superados valores preconceituosos para a preservação da Dignidade da Pessoa Humana (BARROSO, 2018).

No mesmo sentido, os ensinamentos da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, pela qual a legitimidade dos Direitos Humanos repousa na “superção da ideia da primazia do interesse público sobre o privado” (BUZOLIN, 2022). Neste universo, valida-se o pluralismo que, por consequência, requer um poder descentralizado (BUZOLIN, 2022), reforçando a importância de um Judiciário autônomo e forte que não se esquive ou reforce violências, quando demandados por grupos minoritários.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IGUALDADE

A dignidade da pessoa humana é presente na maioria dos tratados e declarações internacionais sobre os direitos humanos, bem como em torno 149 constituições vigentes no mundo, ainda assim, a conceituação da presente norma passa longe de ser uníssona (SAKAMOTO, 2017, p. 95).

A semântica de alta abstração tem razão de ser, pois permite as mais variadas interpretações, a depender do sujeito que a lê. De outro modo, entre os possíveis entendimentos ou parâmetros do que seria a Dignidade Humana, a de Kant merece destaque, por meio do qual o homem é o fim em si mesmo, e não um meio para se obter algo (SAKAMOTO, 2017).

Barroso (2011, p. 126) elucida que a Dignidade Humana identifica um espaço de integridade que precisa ser assegurado a todas as pessoas, por sua simples existência no mundo. Ainda, que a dignidade se caracteriza como núcleo dos Direitos Fundamentais, posto que consegue abarcar diversos conteúdos que garantem o mínimo existencial e reconhece a pluralidade, por meio do entendimento de que

i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento” (BARROSO, 2011, p. 126).

Isso implica que a dignidade devida a todos os seres humanos, é fundamento das pretensões em face do Estado, a fim de ser obter meios mínimos que garantam outros direitos, como a vida, educação, lazer, saúde, dentre outros. A Dignidade da Pessoa Humana constitui, portanto, fundamento não só das liberdades e da igualdade, mas também, a esfera de direitos sociais, econômicos e culturais (SAKAMOTO, 2017, p. 98).

O reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana a indivíduos LGBTIA+ é um ponto que merece debate, pois a materialização deste direito não fica restrita à sua intimidade, mas depende, também, de seu gozo na esfera pública. Cancelier (2021) explicita a dificuldade de tal exercício pelas minorias sexuais, ao afirmar, por exemplo, que o reconhecimento da união estável a homossexuais, advindo do Supremo, pressupõe que seja uma relação pública, porém quando exposta, muitas vezes gera violência para o casal. Em outras palavras,

O Estado permite nossa manifestação, mas não nos protege quando nos manifestamos, e é aí que a nossa luta, enquanto comunidade, precisa ser mais presente e precisa. É uma luta pela constituição do Direito de *exercermos* nosso amor, de exercermos nossa existência. Hoje, temos liberdade para amar, mas não podemos exercê-la livremente, pois o exercício do nosso íntimo não é regulamentado, não é positivado. Por isso, nossa luta deve ser, sobretudo, pela *constituição de Direitos*. Não basta sermos livres para amar, o Estado tem que legitimar e regulamentar esse movimento, de modo a proteger o exercício de nossa liberdade (CANCELIER, 2021).

A Igualdade é outro princípio elementar para o estudo da judicialização de Direitos LGBTI+. Isso se justifica pela presença reiterada no texto constitucional, denotando a explícita vedação a qualquer forma de discriminação em prol da Igualdade de todos, não apenas no âmbito formal, mas também material (BARROSO, 2011).

No tocante ao reconhecimento da união e casamento entre homossexuais, vale questionar se a Igualdade na lei e perante a lei está/estava sendo observada pelo ordenamento jurídico? Ou se a homossexualidade é razão para legitimar a discriminação de direitos? As respostas foram dadas na apreciação da ação que reconheceu a união pelo STF, como será explanado. Porém, de prontidão, pode-se afirmar que a ausência de regulamentação deste tipo de entidade familiar violava a igualdade frente a casais heterossexuais.

A Igualdade se apresenta como desdobramento da Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que a existência de um indivíduo não será minimamente atingida sem que esteja protegido igualmente aos demais. Seria inviável fundamentar que a Dignidade de uma Lésbica ou Homossexual estaria sendo cumprida, caso a proteção jurídica de casais homoafetivos não fosse materializada, ao passo que os heteroafetivos são salvaguardados.

Não à toa, a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade foram uns dos principais argumentos e fundamentos do STF em decisões de procedência às demandas LGBTIA+ nos últimos anos, como a criminalização da homofobia e transfobia; a permissão para doação de sangue de homens que praticam sexo com homens, sem a exigência de lapso temporal; além do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo; dentre outros.

Esses entendimentos demonstram que a Dignidade da Pessoa Humana ou a Igualdade não são meros princípios abstratos e filosóficos, mas de aplicação real e concreta, que apesar de inobservadas por outras esferas de poder a grupos minoritários, foram condão para garantia e reconhecimentos de direitos pelo Judiciário.

5 OS FUNDAMENTOS DA ADI 4277 E ADPF 132

O STF, em 5 de maio de 2011, reconheceu de forma unânime a união homoafetiva como entidade familiar, conferindo interpretação conforme a Constituição do Art. 1.723 do Código Civil, rechaçando, dessa forma, qualquer interpretação que não reconhecesse a união

entre pessoas do mesmo sexo, tal qual as heteroafetivas. O referido entendimento se deu com o julgamento em conjunto da ADPF n 132⁴ e ADI n 4277⁵, de relatoria do Min. Ayres Britto

A decisão foi reconhecida como patrimônio documental da humanidade, pela Unesco (POMPEU, 2018) e possibilitou o crescimento em 60% de uniões homoafetivas, segundo dados do Colégio Notarial do Brasil (CNB) (KER, 2021), demonstrando a importância da decisão para materialização dos Direitos Fundamentais a homossexuais e lésbicas no Brasil.

Embora paradigmática a decisão, por acentuar o debate social destas realidades, ampliar o exercício de cidadania a estes indivíduos, além de fornecer maior segurança jurídica, o STF não inovou completamente nesta decisão⁶, pois conforme indica Vecchiatti e Bahia (2013) alguns juízos e Tribunais já reconheciam tais uniões em questões previdenciárias, apesar de inúmeras decisões em sentido contrário, que restringiam a família apenas ao modelo heteronormativo.

Geralmente, os casais homoafetivos quando dependiam da discricionariedade de cada juiz ou Tribunal, viam sua lide tratada como uma questão societária, discriminando suas relações como de segunda classe, haja vista a inércia do Legislativo em aprovar lei que reconhecesse a união e casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Críticos à decisão apontam para uma suposta incompetência do Judiciário em reconhecer tal direito, que deveria ser realizada apenas pelo legislador, na qual, parte dos teóricos sustentam que a possibilidade da união homoafetiva no mundo jurídico, seria possível somente por uma emenda constitucional; já outros por lei formal infraconstitucional. Existem oposições também no sentido de que a Constituição Cidadã vedaria a relação homossexual, ao expressar que a união estável seria entre homem e mulher, tal tese busca entender o que supostamente passava na mente dos constituintes ao elaborar o texto do art. 226, § 3º, da CR (MAUES, 2015).

Repousam também reprovações do próprio movimento, pelo assimilacionismo jurídico do movimento social, que legitimam apenas as relações mais próximas do modelo heteronormativo; além de uma linguagem utilizada no voto que refletem pensamentos

4 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo governador do estado do Rio de Janeiro "alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro" (SUPREMO reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2674087/supremo-reconhece-uniao-homoafetiva-e-seus-efeitos>. Acesso em: 11 out. 2022).

⁵ A ADI 4277 de autoria da PGR, foi protocolada na Suprema Corte inicialmente como ADPF 178. A ação pleiteava a "declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar", além dos "mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo" (SUPREMO reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2674087/supremo-reconhece-uniao-homoafetiva-e-seus-efeitos>. Acesso em: 11 out. 2022).

⁶ Conforme analisado por Renan Quinalha (2022), as uniões entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram, mas era destinada a clandestinidade, por serem irreconhecíveis pelo Estado e, por vezes, da família. Continua que, o reconhecimento dessas celebrações sempre foram uma das principais pautas do movimento, não só por uma manifestação política, mas por uma garantia patrimonial e de direito, visto que muitos indivíduos homossexuais que foram abandonados por suas famílias e tinham como alicerce familiar apenas o companheiro ou companheira, não possuíam direitos sucessórios ou de meeiros com o fim da relação, que ficariam por vezes aos familiares. O autor ressalta também que com a pandemia do HIV/AIDS, nos anos 80, companheiros foram impedidos de visitar a pessoa que dividia a vida, pela ausência de proteção jurídica. Por fim, Quinalha ressalta que desde os anos 90, até em decorrência das questões da nefasta doença, muitas ações judiciais foram procedentes para reconhecer uniões entre homossexuais e lésbicas, apesar do risco de serem reformadas em instâncias superiores (QUINALHA, Renan. **Movimento LGBTI+**: Uma breve história do século XIX aos nossos dias. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2022).

conservadores, ao atrelar o indivíduo a “seu próprio órgão genital, como se este fosse o único elemento na definição da identidade sexual e de gênero” (QUINALHA, 2017).

Ainda assim, a histórica decisão do STF é o condão que possibilitou o reconhecimento de inúmeras famílias e o gozo de direitos antes renegados a esses indivíduos, por isso impere a análise dos principais argumentos enunciados no acórdão, a fim de que seja reconhecida a constitucionalidade do casamento homoafetivo.

5.1 Possibilidade Jurídica

A inexistência de proibição expressa no texto constitucional as uniões homoafetivas, haja vista que o Art. 226, § 3º, da CR, não taxa que o reconhecimento da união se dará apenas ou exclusivamente entre homem e mulher, de modo que se não é proibido e inexistente regulamentação específica, surge uma lacuna, sendo necessária interpretação extensiva ou analogia, a fim de que seja solucionado um problema posto, a regulamentação de uniões homoafetivas (VECCHIATTI; BAHIA, 2013).

Inclusive, consignado em acórdão que o silêncio constitucional a “respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (BRASIL, 2011).

No mesmo entendimento, a diferenciação do homem e mulher não é critério para que se impeça uma união estável, de modo que uma relação homossexual é perfeitamente possível de proteção jurídica, tendo em norte a realidade fática de tais relações.

Dessa forma, um dos fundamentos para o reconhecimento da possibilidade jurídica da união homoafetiva é o princípio da Igualdade.

5.2 Igualdade

Como mencionado anteriormente, a Igualdade de todos exigido e garantido na Constituição foi um dos principais argumentos para o reconhecimento da união estável, pois restaram convencido os magistrados, que a ausência de norma, violava a igualdade na lei e perante a lei.

A igualdade formal, de origem liberal, veda a distinção entre as pessoas, como a hierarquização, a instituição de privilégios e vantagens injustificáveis no plano republicano, dessa forma, todos os indivíduos são dotados de valor e dignidade isonômica. A igualdade material, por outra banda, envolve características mais substanciais e ideológicas, por ser associada a justiça distributiva e social, na qual é insuficiente a mera equiparação legal dos indivíduos, sendo imprescindível a igualação, também, perante a vida (BARROSO, 2011, p. 16).

Pela leitura dos votos depreende-se a unânime ideia de ausência de igualdade concedida aos homossexuais, inclusive formal, para o pleno exercício de outros direitos, como a Dignidade da Pessoa Humana ou a Liberdade, pois como expresso pelo Min. Fux “a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade”.

5.3 Dignidade da Pessoa Humana

A presença da Dignidade da Pessoa Humana no acórdão só reforça a centralidade do princípio na Constituição de 1988, e como ela possui o poder de conclamar os demais princípios e Direitos Fundamentais que os indivíduos invocam.

A Dignidade aparece como imã da materialização da privacidade, liberdade, igualdade, afetividade, personalidade, felicidade, entre outros fundamentos e dispositivos jurídicos que contemplam a todos os indivíduos, mas que são feridos pelo não reconhecimento da união homoafetiva.

O Min. Fux, brilhantemente, atrela autonomia privada como centro da Dignidade da Pessoa Humana e convoca o Estado como garantidor da ‘livre busca das suas realizações de vida pessoal’.

A Dignidade da Pessoa Humana se materializa, portanto, quando o indivíduo possui as oportunidades para realização dos seus planos de vida.

5.4 Família e Entidade Familiar

Os ministros do STF também demonstraram preocupação em afastar a noção de que a família ou entidade familiar protegidas na constituição fossem exclusivamente o modelo heteronormativo ou ainda que necessitasse de procriação para sua constituição.

A decisão também destaca a centralidade da família para concretude dos Direitos Fundamentais, como a intimidade e vida privada, bem como a isonomia dos homossexuais e heterossexuais “que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família” (BRASIL, 2011).

Não obstante, em observância a igualdade, defenderam que a dualidade homem e mulher contida no Art. 226, §3º, da CR/88, não admite “hierarquia no âmbito das sociedades domésticas”.

6 CONSTITUCIONALIDADE DA ADI 4966

O reconhecimento das uniões homoafetivas em 2011, pelo STF, não conseguiu exaurir todas as discussões morais e jurídicas sobre o tema, isso, em grande parte, pela reiterada omissão do Congresso Nacional, em pautar projetos com essa temática, apesar de tais proposições se apresentarem ainda nos anos 90 (MARTINS, 2022).

Os Direitos Fundamentais quando reconhecidos apenas em decisão judicial, podem causar insegurança jurídica e carência de legitimidade, em razão de que um julgado, ainda que vinculante, pode ser alterado mais facilmente do que uma lei formal. Além disso, embora nenhum direito seja eterno e imutável, quando constituído pelo Legislativo, propicia na sociedade uma sensação mais democrática (QUINALHA, 2022, p. 135).

É inegável a atuação do Supremo Tribunal Federal na vanguarda da promoção dos direitos pleiteados pelo Movimento LGBTI+⁷ e, agora, uma nova questão sobre as relações entre homossexuais se apresenta, a ADI 4966 que alega ser inconstitucional o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base na Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Neste cenário, em razão do *backlash* a referida decisão, o ajuizamento de uma nova ação - posto que não cabem recursos de méritos ao julgamento da ADI do STF - levantam dúvidas quanto a uma possível mudança no entendimento do STF, de modo que devem ser analisadas as teses levantadas, a fim de que se impeça um retrocesso a direitos fundamentais de minorias sexuais, como já aconteceu nos EUA⁸ por exemplo.

⁷ Para aprofundamento sobre o Movimento LGBTI+ ver: MARTINS, Thiago. Direitos LGBTQIA+: Planos de ações diante da inexistência de leis expressas. In: SILVA, Barbara N. et al. (org.). **Estudos em Direito Público e Privado**. Belo Horizonte, v. 4, 2022. p. 170-201. Disponível em: <https://fmd.pucminas.br/coletanea-de-artigos-juridicos-do-nap/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

⁸ Diversos estados americanos entre os anos 90 e 2000, regulavam diferentemente as uniões homoafetivas, a maioria proibia e aqueles que permitiam, possuíam conflitos entre o Legislativo e Judiciário. Merece destaque o caso da Califórnia, que desde 2003 garantia parte dos direitos do casamento aos casais homoafetivos, por meio das

O temor de um retrocesso aos Direitos LGBTIA+ se baseia no fato de que a decisão de 2011 sobre a união homoafetiva, não foi unânime no reconhecimento dessa relação como entidade familiar tradicional; além de uma mudança política, com acentuação de pautas conservadoras na sociedade e nos Poderes Eletivos; sem contar as intervenções no Supremo, como indicação de um Ministro “terrivelmente evangélico” (QUINALHA, 2022), além de discursões em modificações na quantidade de seus componentes.

A tendência da constitucionalidade do casamento homoafetivo será confirmada após análise da Resolução do CNJ e os argumentos levantados pela parte autora da ADI 4966.

6.1 Resolução nº 175 do Conselho Nacional De Justiça (CNJ)

A Resolução 175 DO CNJ, publicada em 14 de maio de 2013, dispõe em seu artigo 1º ser “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”, além de prever em seu artigo 2º, que a inobservância implica na notificação do juiz corregedor para eventuais sanções.

A normativa ainda elenca a decisão do STF sobre as uniões homoafetivas em sede da ADI 4277 e ADPF 132; o julgamento do RESP 1.183.378/RS de 2011 do STJ; além da competência de normatização do CNJ, conferido pelo artigo 103-B da CR.

O referido julgamento do Recurso Especial pelo STJ, de 25 de outubro de 2011, reafirmou o entendimento do STF e acrescentou que por inexistir vedação implícita a habilitação para casamento entre pessoas homossexuais, a proibição de tal instituto afronta a Constituição, como os princípios, já elencados, da Igualdade, da não discriminação, Dignidade da Pessoa Humana, entre outros.

O artigo 103-B da CR que regulamenta o CNJ, indicando a atuação, competências e seus componentes – inclusive com ministros do STF, enuncia em seu § 4º, I, a prerrogativa de expedir atos regulamentares, como a da Resolução 175.

“parcerias domésticas”, apesar de leis votadas que permitiriam o casamento gay, mas foram vetadas pelo governador, a época o Arnold Schwarzenegger. Desta forma, em maio de 2008, ativistas ingressaram na Suprema Corte Californiana para o reconhecimento dos casamentos homoafetivos, que foi julgado procedente, possibilitando que em junho do mesmo ano, vários casamentos homoafetivos fossem realizados no estado. Posteriormente, opositores aprovaram uma emenda à constituição californiana que permitiria casamento apenas entre homem e mulher, conhecida como *Proposition 8*. Consequentemente, quando a lei foi levada para a Corte da Califórnia, mantiveram a emenda e modularam os efeitos para validade dos casamentos anteriores à mudança. A questão foi levada à justiça federal, que em 2010 declarou ser inconstitucional a vedação ao casamento homoafetivo. Não suficiente, os defensores da *Proposition 8* levaram a controvérsia ao Nono Circuito Federal (2ª instância da Justiça Federal) que anulou a emenda, retornando ao status anterior. Por fim, a questão foi levada à Suprema Corte Americana em 2013, que reconheceu a ilegitimidade recursal dos defensores da emenda e retroagiram a decisão da 1ª instância, restabelecendo o casamento na Califórnia depois de 5 anos. Vale destacar que no mesmo dia, a Suprema Corte declarou inconstitucional a lei federal DOMA, que previa apenas o casamento heterossexual. No ano de 2015, a Corte declarou inconstitucional a negativa de reconhecimento ao casamento homossexual celebrado em outro estado, além da própria proibição ao casamento homossexual, possibilitando finalmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo em todos os Estados Unidos (CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9868/2/Daniel%20Cardinali_total.pdf. Acesso em: 14 set. 2022).

6.1 A ADI 4966

O Partido Social Cristão (PSC) é autor da ADI 4966, protocolada em 06 de junho de 2013, que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 175 do CNJ, sobre o pretexto de que violaria os artigos 59 e 60, §4º, inciso III, da CR.

Insta salientar que o partido já tinha impetrado Mandado de Segurança nº 32077, em 21 de maio de 2013, questionando a mesma matéria. Porém, o relator da ação, o Min. Luiz Fux, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por ser incabível a via eletiva, pela inadequação do MS de ato normativo em tese (BRASIL, 2013).

A legenda alega que o CNJ exorbitou sua competência, invadindo a seara legiferante (artigo 59 e seguintes da CR), legislando sobre habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Além disso, afirma que o órgão elasteceu o entendimento do STF na ADI 4277 e ADPF 132, visto que, segundo eles, o acórdão teria se limitado a apreciação da união estável, sem pronunciar sobre o casamento.

Doravante, habilitaram-se como *amicus curiae*, favoráveis a constitucionalidade da Resolução: o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL; Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado do Rio de Janeiro - ARPEN-RJ; Partido Popular Socialista – PPS; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Conectas Direitos Humanos; Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros e pela Aliança Nacional LGBTI. Por outro lado, advogando pela inconstitucionalidade, tem-se a Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana (Associação Eduardo Banks)

Em síntese, a AGU e PGR sustentam pela improcedência da ação, pela declaração de constitucionalidade da Resolução, afirmando, em regra, como as demais entidades, que a normativa do CNJ está dentro de suas competências conferidas pela Constituição, que foi balizado em precedentes vinculantes do STF, além de fundamentação referendada pelo STJ, não havendo de se falar em extrapolação.

6.2 Constitucionalidade e Improcedência Da ADI.

A paradigmática decisão do STF sobre a união homossexual, que tem força de lei, abriu caminhos para uma atuação sem precedentes no atendimento das demandas do movimento LGBTIA+.

Em resposta, correntes conservadoras reagiram com o endurecimento de discursos discriminatórios e preconceituosos⁹. A ADI 4966 é um exemplo desta movimentação, que foi promovida por um partido político, que advoga, em tese, por seus associados e eleitores, assim pode-se questionar qual o interesse deles em contender judicialmente contra um direito dos homossexuais, o valor discriminatório defendido na ação se coaduna com os preceitos partidários?

⁹ Exemplo do discurso intolerante é a peça de habilitação como *amicus curiae* da única entidade do processo a pleitear a inconstitucionalidade da resolução, a Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana (“ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS”). Em uma peça de 33 folhas, a associação descreve sua missão como “impugnar, contestar e combater qualquer iniciativa que implique no reconhecimento de “direitos” aos homossexuais enquanto tais, diferenciando-os da população sadia”. Em um dos fundamentos para a procedência do pedido, afirma que o casamento homossexual irá legitimar o incesto. Ainda, a organização afirma que “prefere filiar-se ao entendimento de que AMOR NÃO ENCHE BARRIGA, e que uma união, ainda que feita entre pessoas de sexos diferentes, baseada apenas na afeição entre eles, estará fadada ao insucesso” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4966. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, Brasília, 06 junho 2013. Disponível em: <http://https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4419751>. Acesso em: 08 nov. 2022).

As teses autorais demonstram ser superficiais e adentram pouco sobre a inconstitucionalidade, em razão de que o verdadeiro objeto de reivindicação é qualquer proteção jurídica ao relacionamento homoafetivo, requerendo indiretamente também um direito à discriminação.

O discurso de que a Resolução 175 usurpa a competência do Legislativo, não se sustenta, pois o CNJ não criou ou procedimentou, por si só, o casamento homoafetivo, mas foi um ato interno da administração para consolidar e uniformizar o que foi decidido pelo STF, por meio da competência conferida pela Constituição.

A competência do CNJ em editar resoluções é reafirmada por precedentes do Supremo, que dentre outras, já reconheceu a competência para criação de normas primárias pelo órgão, desde que visando a concretização de normas constitucionais, como no julgamento da ADC 12, ao ratificar a constitucionalidade da proibição do nepotismo no Judiciário, prevista em resolução do CNJ (VECCHIATTI, 2016).

Apesar de o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 ter como pano de fundo a união homoafetiva, não é crível e violaria todos os fundamentos do referido julgado, se fosse negado a este grupo a ordem constitucional de conversão da união estável em casamento. Dito de outra forma, a negativa do casamento iria impor

a casais homoafetivos uma espécie de “estágio probatório” prévio para “provar” que eles seriam “merecedores” do casamento civil, uma exegese que, à toda evidência, violaria os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana – violaria, em suma, o dever de igual respeito e consideração (Dworkin) que tais princípios garantem às pessoas em geral, dada a inexistência de motivação lógico-racional (aspecto material da isonomia) a justificar tratamento diverso entre casais homoafetivos e heteroafetivos no tratamento de suas famílias conjugais pelo Direito das Famílias. Daí a constitucionalidade da Resolução 175/2013 do CNJ também neste ponto (VECCHIATTI, 2016).

Seria desarrazoável e ilógica a vedação da conversão em casamento, haja vista a previsão do art. 1.726 do Código Civil, bem como o art. 226, § 3º, da CR, que já seria suficiente para que os cartórios de todo o país promovessem o casamento homoafetivo direto ou convertido após união. Contudo, com a verificação de represálias e a pedido do IBDFAM, PSOL e da ARPEN-RJ, o CNJ redigiu a Resolução (VECCHIATTI, 2016).

Por ordem do art. 103-B, § 4º, da CR, que tal normativa se fundou, posto que incumbe ao CNJ, expedir atos regulamentares sobre atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, de modo que o Conselho não poderia se desvencilhar, quando constatado que algum órgão a ele vinculado, não cumpria com tal determinação de ordem constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial, de efeito vinculante.

Como já mencionado, as mudanças na composição do Supremo Tribunal, para um eventual perfil mais conservador, colocam em risco o que já foi conquistado pelos grupos minoritários. A procedência da ADI em questão, seria um retrocesso orquestrado por movimentos conservadores, posto que subjugaria indivíduos homossexuais, lésbicas e bissexuais, a um grau de inferioridade, pois não possuíam a mesma Liberdade, Igualdade e Dignidade que héteros para se casarem.

Seria como se o Estado brasileiro reconhecesse a cidadania desta minoria até certo grau, e ainda possibilitaria um direito a discriminar, deixaria a cada cartório e juízo a prerrogativa de respeitar a Constituição ou se valer de valores particulares, perpetuando a intolerância.

Neste cenário, a função contramajoritária das Cortes Superiores é invocada, pois impor a grupos minoritários que esperem a apreciação política e majoritária sobre seus Direitos

Fundamentais, iria contrariar todas as decisões do STF, quanto ao grupo LGBTI+, ainda mais que estes são utilizados de manobra eleitoral, em discursos de menosprezo e subalternização.

Não obstante, para Alexy, o papel do tribunal constitucional ao realizar a interpretação final de Direitos Fundamentais é uma representação política, exercida argumentativamente, por estes serem basilares que estruturam a democracia e devem ficar a margem das disputas políticas. Por isso, quando decisões do Supremo são bem fundamentadas, reforçam a democracia (NIGRO, 2012).

Até Lenio Streck, crítico a atuação do STF no reconhecimento da união homoafetiva, como já explanado, defende que o julgado deva ser cumprido, bem como todos os direitos inerentes a união estável, como a conversão em casamento, reconhecendo os direitos “como recebimento de pensão e herança, partilha de bens, adoção, mudança de nome e, em especial o direito da conversão ao casamento civil” (STRECK; LIMA, 2011).

Cumprir destacar a insegurança jurídica que poderia se provocar com os casamentos já celebrados até então, em uma eventual procedência do pedido, todos os casamentos seriam anulados? Ou seriam inválidos os posteriores a Resolução, permanecendo válidos os realizados entre a decisão do STF de 2011 até 2013?

Vale a nota de que fundado nos avanços dos Direitos familiares a indivíduos LGBTIA+, muitos casais puderam realizar adoções de crianças, por estar em consonância com o entendimento do Supremo, tal qual fundamentação na decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, de 16/03/2015, que negou seguimento Recurso Extraordinário 846.102-PR, referendando que casais homossexuais pudessem adotar.

A constitucionalidade da Resolução e do casamento homoafetivo não é apenas uma decisão formal, pela competência do CNJ para tal, mas também material e moral com a Constituição, pois é conferir e reiterar os discursos da Igualdade, Dignidade e busca pela felicidade, dentre outros, demandados pelo texto constitucional.

CONCLUSÃO

Os avanços no reconhecimento de direitos a comunidade LGBTIA+ no Brasil são notórios, porém por todos terem advindos de decisões da suprema corte, as represálias e críticas a legitimidade ainda pairam e dificultam a solidificação deles.

O julgamento da ADI 4277 E ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, uma das precursoras da movimentação LGBTIA+ no STF, confirmou a necessidade da atuação contramajoritária do Supremo para materialidade dos Direitos Fundamentais, como a Igualdade e Dignidade, posto que direitos tão sensíveis não poderiam ficar reféns do Congresso Nacional, sob pena de que indivíduos LGBTIA+ não pudessem usufruir deles.

Contudo, o histórico julgado recebe novos contornos com o ajuizamento da ADI 4966, que retorna argumentos de incompetência, ativismo judicial e discursos discriminatórios. Apesar de um cenário aparentemente mais estável, uma nova questão que possa retroceder com um avanço fruto de muita luta, provoca discussões sobre a possibilidade de esvaziamento dos princípios já defendidos pelo Tribunal e a pretensão de uma postura mais conservadora.

A constitucionalidade da Resolução 175, assim como o casamento homoafetivo em si, representa não só a obediência a normas constitucionais da Igualdade, Dignidade, Liberdade, Privacidade, dentre outros, mas também reforça o papel republicano e democrático que o Estado deve fortalecer as minorias e os Direitos Fundamentais, ainda que interesses presentes nas esferas majoritárias sejam em sentido contrário. Reitera também a autonomia necessária conferida ao Judiciário em interpretação e materialização da Constituição, em face da inação dos outros poderes. Além de fortalecer as suas próprias instituições, validando a norma prevista no texto constitucional que concedeu a prerrogativa ao CNJ, impugnada por esta ADI.

Neste sentido, impere improcedência da ADI 4966, com a consequente declaração de constitucionalidade da normativa do CNJ, pois ratifica a postura do STF, nos últimos 11 anos, como defensor dos princípios materiais da Constituição e também como um Poder que não é vinculado aos desmandos de governo e vontades políticas, haja vista sua função precípua como “Guardião da Constituição”.

Embora críticas e vigilância aos Poderes, como do Judiciário, sejam benéficas e basilares para sustentação de uma Democracia, em especial uma recente como a brasileira, não se deve permitir o retrocesso social, a mitigação de direitos, nem afastar o reconhecimento da individualidade, pois cada Direito Fundamental a menos, é mais um passo a tirania.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 65-92, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 217–266, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/494>. Acesso em: 25 set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 17, p. 105-138, jan./jun., 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/242>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão nº REsp 1183378. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 25 out. 2011. Brasília: **DJE**, 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator Min. Ayres Britto. **Diário da Justiça**, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <http://https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4966. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, Brasília, 06 junho 2013. Disponível em: <http://https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4419751>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32077. Relator Min. Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 maio 2013. Disponível em: <http://https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=143964315&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. Pluralismo político: o Poder Judiciário e os direitos LGBT. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./abr. 2022, e2206. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202206>. Acesso em: 20 set. 2022.

CANCELIER, Mikhail. A necessária constituição e positivação de Direitos da Comunidade LGBTQIA+. **Jota**, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-necessaria-constituicao-e-positivacao-de-direitos-da-comunidade-lgbtqia-30062021>. Acesso em: 30 set. 2022.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/9868/2/Daniel%20Carvalho%20Cardinali_total.pdf. Acesso em: 14 set. 2022.

CARDINALI, Daniel. Resistência e descumprimento das decisões do STF sobre direitos LGBT. **Jota**, 20 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/resistencia-e-descumprimento-das-decisoes-do-stf-sobre-direitos-lgbt-20062020?amp>. Acesso em: 26 ago. 2021.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira De. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, n. 1, p. 137-172, abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v9i1.83825>. Acesso em 18 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). 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. Brasília: **CNJ**, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 02 maio 2021.

FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 4, p. 2490-2517, dez 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/b4BFMtgP8DXWH7rjKLvhGKm/?lang=pt>. Acesso em 18 set. 2022.

HOWES, Robert. João Antônio Mascarenhas (1927-1998): pioneiro do ativismo homossexual no Brasil. **Cadernos AEL**, v. 10, n. 18/19, 2010. Disponível em: <https://ojs.ifch.unicamp.br/index.php/ael/article/view/2516>. Acesso em: 20 jul. 2022.

KER, João. União de casais homoafetivos cresce no Brasil – e fica mais jovem. 26 dez. 2021, **Estadão**. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,uniao-de-casais-homoafetivos-cresce-no-brasil-e-fica-mais-jovem,70003935273>. Acesso em: 29 out. 2022.

MAUES, Antonio Moreira. Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. **Sequência**, Florianópolis, n.70, p.135-162, 17 jun. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p135>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MARTINS, Thiago. Direitos LGBTQIA+: Planos de ações diante da inexistência de leis expressas. In: SILVA, Barbara N. et al. (org.). **Estudos em Direito Público e Privado**. Belo Horizonte, v. 4, 2022. p. 170-201. Disponível em: <https://fmd.pucminas.br/coletanea-de-artigos-juridicos-do-nap/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

Min. Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-reconhece-adocao-restricao-idade.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021.

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. **Direito Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 41, p. 157-183, jul-dez 2012. <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/158>. Acesso em: 31 out. 2022

OLIVEIRA JÚNIOR, Paulo Afonso de. **Legislação e dignidade das famílias homoafetivas**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/13054>. Acesso em: 11 set. 2022.

POMPEU, Ana. Reconhecimento da união homoafetiva pelo STF vira patrimônio da humanidade. **Conjur**, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-12/reconhecimento-uniao-homoafetiva-vira-patrimonio-humanidade>. Acesso em: 26 ago. 2021.

QUINALHA, Renan. Do armário para o altar: entre reconhecimento e normalização no julgamento da ADPF 132 pelo STF. In: FERRAZ, C. V (et al). **Diferentes, mas iguais: estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/36631768/Do_armario_para_o_altar_entre_reconhecimento_e_normalizacao_a_o_no_julgamento_da_ADPF_132_pelo_STF_pdf. Acesso em: 02 nov. 2022.

QUINALHA, Renan. **Movimento LGBTI+**: Uma breve história do século XIX aos nossos dias. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

SAKAMOTO, Fábio Meneguelo. **Direitos materialmente fundamentais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/20735>. Acesso em: 10 set. 2022.

SUPREMO reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2674087/supremo-reconhece-uniao-homoafetiva-e-seus-efeitos>. Acesso em: 11 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente; OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n. 2, Unisinos, pp. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 10 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 17, n. 3, p. 721-732, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 05 jul. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Rogério Montai de. O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas. **Migalhas**. 15 jul. 2011. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137382,41046-O+direito+de+conversao+da+uniao+estavel+em+casamento+nas+relacoes>. Acesso em: 09 nov. 2022.

VECCHIATTI, Paulo. Demandas e Perspectivas do Movimento LGBT no STF – Parte 2. **Jota**, 19 abr. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/demandas-e-perspectivas-movimento-lgbt-no-stf-parte-2-19042016?amp>. Acesso em: 25 ago. 2021.