

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**LEGALIDADE E IGUALDADE: SENTIDO E LIMITES NOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E EUROPEU À LUZ DA
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE UNIÕES
HOMOAfetivas**

MAÍRA MARTINS CRESPO

Itajaí (SC), setembro de 2015.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**LEGALIDADE E IGUALDADE: SENTIDO E LIMITES NOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E EUROPEU À LUZ DA
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE UNIÕES
HOMOAfetivas**

MAÍRA MARTINS CRESPO

Dissertação submetida à Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de Mestre
em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia

Co-orientador: Professor Doutor Serafim Pedro Madeira Froufe

Itajaí (SC), setembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e por me
dar forças para conseguir chegar até aqui.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Eduardo e Vera Teresa, pelo apoio incondicional.

Ao Gustavo Henrique, meu companheiro de todas as horas.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 3 de setembro de 2015.

Maíra Martins Crespo
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/2002	Código Civil de 2002
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
LNR	Lei 8.935/94 – Lei dos Notários e Registradores
LRP	Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Direito da União Europeia: regramento jurídico comum à União Europeia para a solução de conflitos de interesses entre os Estados-Membros e a aplicação das leis para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos da comunidade;

Legalidade: princípio de obediência às leis, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;

Igualdade: princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza;

Estado Democrático de Direito: é o conceito do Estado que defende por meio das leis os direitos e garantias fundamentais;

Tripartição de Poderes: é um modelo de governar cuja premissa é a separação entre os Poderes constituídos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem ser independentes e harmônicos entre si;

Positivismo: corrente da Teoria do Direito que explica o fenômeno jurídico e conceitua o direito a partir das regras devidamente postas pelo legislador na letra da lei;

Legalidade estrita: o princípio da estrita legalidade do direito administrativo se opõe à legalidade simples, na medida que ao agente público somente é permitido agir dentro dos estritos limites do que a lei especifica o autoriza.

Independência jurídico-funcional: regime jurídico de submissão do agente somente à sua própria consciência, não estando subordinado a nenhum órgão ou poder no exercício de suas atividades;

Notários, Registradores: profissionais do direito dotados de fé pública para o exercício, mediante delegação do poder público, das atividades de registro e notarial para formalizar juridicamente a vontade das partes;

Homoafetividade: relação de afeto existente entre pessoas do mesmo sexo.

SUMÁRIO

RESUMO	11
ABSTRACT	12
INTRODUÇÃO	13

Parte I - As uniões homoafetivas e o Direito

Capítulo 1 - O Ordenamento Jurídico Brasileiro	16
1.1. Ponto de partida: o conceito de família – contributos antropológicos, sociológicos e psicológicos para a justificação da relevância social e jurídico-normativa da família	16
1.2. A evolução do conceito de família e a sua tutela estatal	21
1.3. A tutela jurídica da família e o reconhecimento da liberdade individual (autonomia privada)	27
1.4. A tutela jurídica da família e o princípio da igualdade	34
1.5. A tutela jurídica da família e o princípio da legalidade	38
1.6. A jurisprudência brasileira e o seu posicionamento relativamente à família e à sua tutela a propósito do julgamento da ADPF 132/RJ e ADI n. 4.277/DF pelo STF	50
Capítulo 2 - O Direito Europeu	63
2.1. O Direito Europeu e as uniões homoafetivas: a perspectiva da tutela dos Direitos Fundamentais (igualdade, não discriminação e proteção das minorias)	63
2.2. A posição da jurisprudência do TJUE: acórdão Cornwall County Council de 30 de Abril de 1996, Processo nº C-13/94 e outros	72

Parte II – A tutela jurídica das uniões homoafetivas e o Estado Democrático de Direito

Capítulo 3 - Ponto da situação e alguns riscos, à luz do Estado Democrático de Direito	87
3.1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a tripartição dos poderes constituídos	87
3.2. O Direito Constitucional Europeu e a divisão de competências	90
3.3. Os sistemas jurídicos da <i>civil law</i> e da <i>common law</i>	93
3.4. O ativismo judicial (no Brasil) e o “caos interpretativo”: duas faces da mesma moeda	95
3.5. O ativismo judicial (no Brasil) e “caos interpretativo”: violação da legalidade, riscos de afetação da isonomia e de arbitrariedades	107

Capítulo 4 - A função notarial e de registro no contexto da tutela jurídica das uniões homoafetivas.....	116
4.1. O regime jurídico no Brasil	116
4.2. O regime jurídico em Portugal e em alguns outros países da União Europeia	119
4.3. Notários e Registradores no Brasil: profissionais independentes?	124
4.4. Os limites da regulação pelo Poder Judiciário brasileiro	128
4.5. Resolução n. 175/2013 do CNJ: o golpe fatal na independência jurídico-funcional dos Registradores Civis das Pessoas Naturais	131

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito.

Este trabalho visa contribuir com os estudos relacionados às consequências do ineditismo das decisões judiciais e administrativas, tomadas sem escopo na lei e que irradiam efeitos em âmbito registral.

A questão de fundo é a análise da forma com que o Poder Judiciário e os órgãos administrativos vinculados vêm atuando, com grande subjetivismo e para além dos limites legalmente impostos, gerando incertezas, insegurança jurídica e soluções diferentes para casos idênticos. Isso porque uma decisão sem a correspondente previsão legal gera situações igualmente não previstas na legislação de regência. Assim, as decisões subsequentes, tomadas para resolver as situações sem previsão legal, ficam ao talante do magistrado da causa.

O efeito dominó desse subjetivismo judicial repercute diretamente na atividade diária dos registradores, que constata, dia após dia, a mitigação do vetusto princípio da segurança jurídica, norteador de sua função. Os registros públicos não mais espelham, com a certeza de antes, a identidade biológica das pessoas.

Tais decisões que exorbitam das competências legalmente previstas e do poder regulamentar também atingem, de modo direto, a independência funcional dos delegatários do serviço público.

Palavras-chave: legalidade, registros públicos, segurança jurídica, ativismo, independência funcional.

ABSTRACT

This Dissertation is inserted into the line of research Constitutionalism and Law Production.

This work aims to contribute to the studies related to the uniqueness of the consequences of judicial and administrative decisions, taken without scope in law and radiating effects in registral sphere.

The bottom line is to examine the way the judiciary and related administrative bodies are acting with great subjectivism and beyond the limits legally imposed, generating uncertainty, legal uncertainty and different solutions to identical cases. This is because a decision without a corresponding legal provision also creates situations not provided for in current law. Thus, the subsequent decisions taken to resolve situations without legal provision, are chosen by the magistrate cause.

The domino effect of that judicial subjectivism has a direct impact on the daily activity of the registers, which state, day after day, to mitigate the age-old principle of legal certainty, guiding their function. Public records no longer mirror, knowing before, the biological identity of people.

Such decisions oversteps from the legally established competences and the regulatory power also reach, in a direct way, the functional independence of delegatee the public service.

Key-words: legality, public records, legal certainty, activism, operational independence.

INTRODUÇÃO

De início, por ser um tema muitíssimo delicado e mesmo sendo minhas considerações e conclusões de caráter eminentemente técnico, é preciso esclarecer, para que dúvida não paire, que, pessoalmente, sou favorável às uniões homoafetivas. Parafraseando uma famosa canção brasileira, considero justa toda a forma de amor.

Creio no amor em todas as suas formas e acredito que tão nobre sentimento é o sustentáculo das relações que viabilizam os projetos de felicidade desenhados pelos partícipes das relações de afeto.

Todavia, discordo da forma adotada para atingir esse fim, com total violação dos princípios mais mezinhos de um Estado Republicano e Democrático, que deveria ser marcado pela independência e harmonia entre os Poderes constituídos.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

É tratada a problemática decorrente do precedente oriundo do julgamento da ADPF 132/RJ em cotejo com as regras do sistema jurídico em vigor no Brasil e suas consequências práticas, sobretudo no que pertine aos registros públicos e à segurança jurídica, questionando a legitimidade jurídico-democrática dessas decisões.

A importância desse tema vai além da esfera registral, pois as decisões que contrariam a legislação em vigor têm gerado reflexos em todos os ramos do Direito, afligindo os jurisdicionados, gerando insegurança e desigualdades. O tema do presente trabalho encontra ressonância nas constantes mudanças dos parâmetros e conceitos sociais que versam acerca da definição da constituição da família e sua respectiva disciplina e reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Assunto atual, as uniões homoafetivas já são disciplinadas em alguns países e muito recentemente foi considerada juridicamente válida pela Suprema

Corte dos Estados Unidos da América para ter seus efeitos reconhecidos em todos os Estados daquele país. Além de seu ineditismo, o tema guarda em si o que de mais caro existe nas tradições dos seios cultural e religioso de cada nação e, ainda, impacta sobremaneira nos ordenamentos jurídicos na medida em que em muitos países, como é o caso do Brasil, embora não prevista a autorização em lei para a efetivação de tais uniões, o Poder Judiciário, se servindo de não menos controversas práticas de ativismo judicial, reconhecem direito em suas decisões cuja previsão legal inexistente.

Dessa maneira, tema importante para um futuro muito próximo, inclusive sob o prisma da atuação dos notários e registradores, o presente estudo almeja demonstrar as inadequações no reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil, que se dão por meio de decisões judiciais, sem que haja o necessário supedâneo legal. E demonstra, por fim, a importância de que o legislador, na medida em que detecte o consenso da sociedade acerca da matéria, legisle nesse sentido, para reequilibrar a tripartição de poderes nesse tema, hoje tão ofendida por essa prevalência do Poder Judiciário.

Sendo assim, revela-se necessário analisar se não cabe ao juiz decidir conforme sua consciência, de acordo com o que pensa ser o correto, se o seu sentir representa afronta a texto expresso da Lei. Vigora em nosso sistema o princípio da legalidade, que deve ser rigorosamente observado pelos operadores do Direito, devendo os meios de integração das normas serem aplicados somente em caso de lacuna, conforme disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42.

Os notários e registradores submetem-se ao princípio da legalidade estrita e ordenar, por resolução ou outra espécie de ato normativo infralegal, que se faça ou deixe de fazer algo sem previsão em lei, abre um precedente perigoso para futuras imposições que representem novas violações à independência funcional e de gestão desses profissionais do Direito, ou mesmo eventual apuração de responsabilidade decorrente da prática de atos ilegais.

No primeiro capítulo, o objetivo é analisar o conceito de família, sua evolução histórica e a tutela jurídica da família em cotejo com os princípios da

legalidade e igualdade, concluindo-se com a análise da jurisprudência brasileira sobre o tema, com destaque ao julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

No segundo capítulo, o objetivo é investigar a jurisprudência do Direito Europeu sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo e os direitos assegurados – ou negados – a partir dos acórdãos do TJUE.

No terceiro capítulo, apresentar uma definição de Estado Democrático de Direito, analisar a tripartição dos poderes em consonância com os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, além de estudar a prática do ativismo judicial, as condições em que tal fenômeno se desenvolve e o caos interpretativo que decorre da usurpação de competências.

No quarto e último capítulo, perscrutar acerca da função notarial e de registro no Brasil e em alguns países da União Europeia, especialmente no que se refere ao regime jurídico, independência jurídico-funcional e observância do princípio da legalidade. Em relação à atividade extrajudicial no Brasil, analisar as limitações da regulação pelo Poder Judiciário e pelo Conselho Nacional de Justiça.

O Método utilizado tanto na fase de Investigação quanto na fase de Tratamento dos Dados foi o indutivo.

Parte I - As uniões homoafetivas e o Direito

Capítulo 1

O Ordenamento Jurídico Brasileiro

1.1. Ponto de partida: o conceito de família – contributos antropológicos, sociológicos e psicológicos para a justificação da relevância social e jurídico-normativa da família

Embora não exista a pretensão de se fazer um estudo antropológico, sociológico e psicológico aprofundado, não se pode olvidar que a geografia, a religião e aspectos culturais são os eixos motrizes para a compreensão da sintética evolução histórica a justificar o desfecho atual do tema.

Independentemente da crença de cada um, o homem e a mulher surgem na terra como seres complementares sob o aspecto biológico. Na tradição judaico-cristã Deus criou Adão e Eva (livro de gênesis); na Mesopotâmia há mito que diz que o homem surgiu da terra em forma de planta; para os nórdicos, Odin, pai de todos, criou Ask, o primeiro homem, e Embla, a primeira mulher; já os gregos afirmam que Zeus criou a primeira mulher, Pandora, e dela nasceram os homens.

Segundo estudos científicos, o planeta Terra tem 4.6 bilhões de anos e a biopoes¹ aconteceu há cerca de 3.5 bilhões de anos. Já o ser humano é bem mais recente, surgiu há aproximadamente 60 mil anos atrás.

Certo é que desde os primórdios a humanidade é dividida em homens e mulheres que, juntos, por meio de relação sexual, detêm a capacidade de reprodução² e povoamento do planeta.

¹ Origem da vida dos seres vivos a partir de material inorgânico como início do processo evolucionário. Disponível em <http://bemfalar.com/significado/biopoes.html>

² No Egito antigo, aonde o casamento significava a “Fundação da Casa” as mulheres, extremamente respeitadas, eram detentoras de direitos e na medida em que também detinham o dever sagrado de gerar filhos e dar continuidade à família. Conforme asseverado por Poliane Vasconi dos Santos no trabalho intitulado A mulher e a instituição do casamento no Egito antigo: da liberdade às restrições morais. Trabalho apresentado no XXIII Simpósio Nacional de História, em Londrina no ano de 2005.

Tão somente no período neolítico (entre os anos de 10.000 a 8.000 a.c) é que surge a ideia de casamento, como se verá adiante.

No início a sociedade era matricêntrica, uma vez que as mulheres foram as primeiras a compreenderem os ciclos na natureza, por meio de associação ao seu ciclo menstrual, e, com isso, predominaram intelectualmente sobre os homens. Entretanto, com o surgimento dos feudos e a transmissão de herança pelos homens, surge a dicotomia entre o espaço público e o privado e, a partir daí, a mulher se reduz ao ambiente privado ou doméstico e a sociedade se torna patriarcal.

Relativamente à união entre pessoas do mesmo sexo, embora o tema pareça ser bastante recente – em 1989, a Dinamarca foi o primeiro país a legalizar a união civil entre pessoas do mesmo sexo –, esse fenômeno remonta a um tempo em que não havia necessidade de se distinguir o relacionamento das pessoas entre seus sexos, uma vez que, para os povos antigos, o conceito de homossexualidade simplesmente não existia³.

Há três mil anos, as leis hititas⁴, oriundas de processo evolutivo do Código de Hammurabi, reconheciam a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Em 1750 a.C., no Egito, Fenícia e Mesopotâmia, o próprio Código de Hammurabi previa privilégios legais para esse tipo de relação que ocorria em caráter sagrado nos templos.

Na Grécia e na Roma Antigas, era absolutamente normal um homem mais velho ter relações sexuais com um mais jovem⁵. Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos, para absorver suas virtudes e seus conhecimentos

Disponível no site www.anpuh.org

³ Vale Tudo: A Homossexualidade na antiguidade. Disponível na página do Guia do Estudante. <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml>

⁴ Povo indo-europeu que manteve império na região da atual Turquia entre os séculos XIII e XII a.c. Disponível em <http://www.infoescola.com/historia/civilizacao-hitita/>

⁵ Referência à pederastia em que o Educador (erastes), homem mais velho, recebia com o consentimento dos pais um jovem ente os 12 e os 15 anos de idade (erômedes) e que até os 18 anos mantinha relação homossexual com seu educador. A partir dos 25 anos esse jovem se tornava um erastes. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Erastes>

de filosofia.

A compreensão desse fenômeno na antiguidade encontra-se ligada à ideia do politeísmo. Na mitologia grega, romana ou entre os deuses hindus e babilônios, por exemplo, a homossexualidade existia e, até mesmo, muitos deuses antigos não tinham sexo definido.

Na Antiguidade o sexo não tinha como objetivo exclusivo a procriação. Isso começou a mudar com o advento do cristianismo.

Por volta do ano 313 d.C., o imperador romano Constantino converteu-se à fé cristã e, na sequência, o cristianismo tornou-se a religião oficial do império. A partir de então a relação sexual passou a ser apenas o meio de gerar filhos e a homossexualidade se tornou algo antinatural⁶.

O primeiro texto de lei proibindo a homossexualidade foi promulgado pelo imperador Justiniano no ano de 533 d.C., em Roma. Ele vinculou todas as relações homossexuais ao adultério, para o qual se previa a pena de morte.

O nascimento e a expansão do islamismo, a partir do século VII, junto com a força cristã, reforçaram a teoria do sexo para procriação.

É nesse contexto de evolução histórica que a homossexualidade inicialmente surge como algo natural e, depois, por força da religião, se torna moralmente inaceitável.

A reprodução da espécie humana depende, necessariamente, da relação entre pessoas de diferentes gêneros. Independentemente de questões religiosas ou morais, fato é que a multiplicação para perpetuação da humanidade depende, senão da cópula, ao menos de material genético de um homem e de uma mulher. A diversidade de sexos, portanto, é vital para a propagação da espécie. É, ainda hoje, uma questão de sobrevivência.

⁶ Data do ano de 390 o primeiro registro de um castigo corporal aplicado em razão da prática de homossexualidade. Em Vale Tudo: A Homossexualidade na antiguidade. Disponível na página do Guia do Estudante. <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml>

Delineadas as justificativas que alicerçam as conformações sociais tradicionais, é fundamental tratar dos conceitos de família, bem como a definição do casamento e sua principal derivativa, a união estável, e, por fim, analisar os meios e formas necessários para o reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo, conforme regras de um Estado Democrático de Direito.

O termo família é derivado do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico”. Este termo foi criado na Roma Antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas, ao serem introduzidas à agricultura e também à escravidão legalizada.

No Direito Romano clássico, a “família natural” se encontra baseada no casamento e no vínculo de sangue. A família natural é o agrupamento constituído apenas pelos cônjuges e sua prole.

Como já asseverado alhures, após o início da civilização se dar de maneira matricênica, passou a predominar nessa época uma estrutura familiar patriarcal, em que um vasto leque de pessoas se encontrava sob a autoridade de um mesmo chefe, o *bonus pater familias*.

Também como já mencionado, não há como se falar em família sem que se frise a participação das religiões e, nesse diapasão, principalmente a da Igreja Católica, que, desde o Imperador Constantino, se colocou como sua principal defensora, balizadora da moral e dos costumes que, ao longo dos tempos, foram reguladas e codificadas pelo Direito.

A partir da Revolução Francesa⁷ e seu desdobramento na Revolução Industrial, tornaram-se mais frequentes os movimentos de migração para as grandes cidades em que se encontravam os complexos industriais. Tais mudanças demográficas e históricas influenciaram muito no estreitamento dos laços familiares nos moldes contemporâneos.

⁷ Conjunto de acontecimentos ocorridos entre os anos de 1789 (queda da Bastilha) e 1799 (18 de brumário), influenciados pelos ideais iluministas que alteraram o quadro político e social da França, marcado pelo fim dos privilégios da nobreza e do clero. A revolução Francesa termina com a ascensão de Napoleão Bonaparte e marca o início da Idade Contemporânea. Disponível em <http://historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.html>

Com o passar dos séculos, a família foi se moldando à realidade de cada época e seus demais membros passaram a receber especial atenção do Estado e da sociedade.

Hodiernamente, na cultura ocidental a família é definida como grupo de pessoas do mesmo sangue ou unidas legalmente, por exemplo, casamento civil ou adoção. A própria Igreja hoje encara a noção de consanguinidade de forma amenizada, aceitando a ideia de união também por laços de afinidade, mas ainda pregando pelas relações com vistas à procriação e à perpetuação da espécie humana, não admitindo, entretanto, a união de pessoas do mesmo sexo e a poligamia.

Já no Islã, embora os muçulmanos entendam a entidade familiar basicamente nos mesmos moldes dos cristãos, por questões culturais, permitem a constituição da entidade familiar poligâmica, colocando o sexo feminino em plano inferior. Há que se observar que a homossexualidade até hoje nos termos do alcorão enseja a pena de morte.

Na doutrina social cristã, a família é o ente mais sagrado, pois é a célula vital da sociedade, que se origina do matrimônio, apregoado como um vínculo perpétuo entre um homem e uma mulher. É nela que o indivíduo recebe a primeira noção do bem e da verdade, aprende a amar e a ser amado e o significado de ser uma pessoa que integra e tem o seu papel num determinado grupo social.

Para a Igreja, a legitimação da família está fundada na própria natureza humana e não no reconhecimento da lei civil.

Portanto, a evolução sociocultural é um desafio, na medida em que busca a alteração do paradigma da família nuclear patriarcal, dando espaço às pessoas que não cabem nas estruturas idealizadas no conceito tradicional de família, tais como os homossexuais. Embora o enfoque do presente trabalho seja jurídico, a compreensão cultural importa tanto na tomada de decisão do julgador, quanto no espírito do legislador.

1.2. A evolução do conceito de família e a sua tutela estatal

Superado e compreendido o contexto histórico da família, é certo que com o desenvolvimento da teoria dos poderes, o Estado passou efetivamente a legislar questões inerentes à família, e, dentre elas, seu principal ponto, o casamento.

É difícil se estabelecer um conceito único e preciso de casamento em razão dos diversos sentidos e variantes, conforme se adote a concepção religiosa, filosófica ou jurídica.

Etimologicamente, a palavra casamento é sinônima de matrimônio *matrimonium* que do latim provém de *matrem* + *muniens* que remonta à ideia de união para proteção da mulher pelo homem para a constituição de uma família. O vocábulo casamento, por sua vez, advém de *casamentum*, do latim cujo sufixo principal é a palavra casa, referindo-se à ideia de moradia, coabitação⁸.

Sob o enfoque religioso, mais especificamente o da Igreja Católica, o casamento constitui-se em um dos sacramentos sagrados do cristianismo, ou seja, a benção da união entre um homem e uma mulher perante os olhos de Deus, representados pela Igreja⁹.

O Código de Direito Canônico de 1893 considera o casamento como um sacramento religioso representado por uma aliança, pacto ou acordo entre um homem e uma mulher perante Deus e a Igreja, conforme teor do Cân. 1055 — § 1.:

O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento¹⁰.

⁸ Disponível em <http://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-casamento/>

⁹ Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_religioso

¹⁰ Código de Direito Canônico disponível no sítio da Santa Sé em http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf

Assim, no aspecto religioso o casamento é considerado uma instituição divina aos olhos do Criador com status de sacramento da Igreja (batismo, primeira comunhão, crisma, casamento, extrema unção) oriundo da união duradoura e eterna de um homem e uma mulher para constituição de família.

Desta forma, a igreja não admite casamentos que não atendam aos preceitos preestabelecidos na própria Bíblia, vedando, portanto, o casamento de pessoas divorciadas ou do mesmo sexo.

Embora não seja esse o foco do estudo, indispensável, mesmo que de maneira sucinta, mencionar, no que tange o aspecto jurídico, que para alguns doutrinadores o casamento se constitui em verdadeiro contrato, no qual cada uma das partes possui direitos e obrigações, objetivando constituir família. Para outros, trata-se de verdadeira instituição, pois são normas estatais cogentes que regem o casamento, de modo que os contraentes têm a faculdade de aderir ou não e, em aderido, os efeitos produzidos são automáticos. Há, ainda, uma terceira corrente doutrinária que o define como um instituto *sui generis*, na medida em que agrega aspectos conjugados de instituição e contrato.

Seja qual for a natureza jurídica, a lei estabelece os direitos e deveres conjugais, tais como o livre planejamento familiar, sustento e educação da prole, dever de fidelidade, dever de assistência e auxílio mútuos, tanto emocional (afetividade), quanto patrimonial. Vejamos algumas definições clássicas:

Para Washington de Barros Monteiro¹¹ “o casamento é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Silvio de Salvo Venosa¹² objetivamente entende que o casamento “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**, vol 2, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das Sucessões**, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 56.

Já, para Silvio Rodrigues¹³, o casamento é “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Na lição de Lafayette Rodrigues Pereira¹⁴ “o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessas recíprocas de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

Na clássica conceituação de Clóvis Beviláqua¹⁵ “o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar a prole, que de ambos nascer.”

Embora com tendências de mudança, o casamento ainda representa o gérmen da família e a principal forma de constituí-la, razão pela qual as considerações supra eram de rigor.

Pela importância histórica e social, a disciplina jurídica da família e do casamento encontra-se positivada não só na legislação ordinária, recebendo também especial atenção do legislador Constitucional.

Na Constituição Federal de 1988 há ampla referência à família e, por conseguinte, ao casamento. Nela estabeleceu-se que a família é a base da sociedade e a ela se denotou especial proteção por parte do Estado. Inclusive, para maior eficácia e abrangência da mencionada proteção estatal, passou-se a reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar¹⁶.

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**, vol 6, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19 e 20.

¹⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 34.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950, p. 46.

¹⁶ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

A Constituição Federal de 1988 inovou no reconhecimento da união estável como entidade familiar. Entretanto, historicamente, não foi ela a primeira a tratar da instituição do casamento e da família, que evoluiu no contexto constitucional – organização do Estado – do seu viés patriarcal-patrimonial para o hodierno sócio-afetivo.

Em síntese, na Carta de 1824, nada se abordou acerca das relações familiares. Já a Constituição de 1891 trouxe apenas um dispositivo em que se reconhecia apenas o casamento civil e a sua celebração gratuita¹⁷.

Há que se observar que a gratuidade do ato vige em nosso ordenamento desde os primórdios. No contexto da República Velha, o ponto fulcral do tema casamento, inserido em sua promulgação, era o de separação de poderes, *scilicet*, separar o Estado do controle da Igreja¹⁸, que, até então, mantinha grande influência sobre os Poderes do Estado no tempo do Império.

Consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932¹⁹, a progressista Constituição de 1934, embora tenha sido a de menor vigência da história – apenas três anos –, foi a primeira a dedicar capítulo próprio ao tema da família e é nela em que, pela primeira vez, se fez referência expressa à proteção especial do Estado.²⁰ Outro ponto relevante foi o retorno do reconhecimento do casamento religioso com efeitos civis, demonstrando a superação do antigo ranço do liame entre o Estado e a Igreja²¹.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03/11/2014

¹⁷ CF/1891. “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

¹⁸ Foi o Decreto n. 181 de 1890 que criou o casamento civil no Brasil, retirando do casamento religioso todo valor e força jurídica que anteriormente lhe fora atribuído.

¹⁹ Movimento armado ocorrido no Estado de São Paulo entre julho e outubro de 1932, cujo objetivo da Força Pública Paulista era o de derrubar o Governo Provisório de Getúlio Vargas e promulgar uma nova Constituição rompendo com os princípios da República Velha. Disponível em <http://www.infoescola.com/historia/revolucao-constitucionalista-de-1932/>

²⁰ CF/1934. “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”

²¹ CF/1934. “Art. 146. O casamento será civil e gratuita sua celebração. O casamento perante

Em 1937 é outorgada nova Constituição, também conhecida como Constituição Polaca, que, sob o comando de Getúlio Vargas, instaura o regime ditatorial que ficou conhecido em nossa história como o “Estado Novo”, período de política populista extremada.

Nesse diapasão, o texto constitucional garante contrapartidas às famílias caracterizadas como numerosas²². Pode-se dizer que é desse período a criação do primeiro estímulo estatal que buscava o crescimento das famílias.

Já a Constituição promulgada em 1946, ao reeditar as liberdades da Constituição de 1934, sem perder de vista o cunho assistencial daquela de 1937, passou a incentivar a prole numerosa²³ e a assegurar a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Na Constituição de 1967, o casamento é tratado como tema fundamental, e passa a se aproximar de sua atual formatação, tendo sido mantidas as garantias anteriores à família²⁴.

Independentemente das discussões de caráter constitucional a respeito de a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ter ou não promulgado uma nova Constituição, fruto dos Atos Institucionais n. 5 e 16, é certo que em 1977, por força da Emenda Constitucional n. 9, o casamento deixou de ser indissolúvel²⁵, o que, desde o império, por força da ascendência da Igreja, era inimaginável.

Em 1977, respaldada pela Emenda acima citada, adveio a Lei n. 6.515,

ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, toda via, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação, dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.”

²² CF/37. “Art.124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção de seus encargos.”

²³ CF/46. “Art. 164. É obrigatória, em todo território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosas.”

²⁴ CF/67. “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

²⁵ CF/67 – EC n. 01/1969. “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. §1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 9 de 1977)

conhecida como a Lei do Divórcio.

Por fim, promulgada em 1988, nossa atual Constituição disciplina em seu artigo 226 a família e, assim como todas as demais, alçou o casamento como a principal forma de se constituir uma família:

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.

Contudo, diante das mudanças dos comportamentos sociais, os quais cabe ao Direito disciplinar, por sua própria natureza regulatória, passou a ser reconhecida a união estável nos termos abaixo transcritos:

§ 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.

O constituinte manteve o vínculo entre homem e mulher como base para a realização do casamento ou para o reconhecimento da união estável, entendendo, também – para nítida proteção da família – que na falta de um dos pais, existe a entidade familiar apenas entre os descendentes e apenas um de seus ascendentes.

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

Nesse diapasão, uma grande conquista foi a igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges, derivada da igualdade entre homens e mulheres, preconizada pelo artigo 5º da Constituição:

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

Por fim, o constituinte também fez constar da Lei Maior a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio. A redação primitiva foi alterada pela Emenda

Constitucional 66/2010, também como fruto da inovação legislativa necessária para contemplar os anseios da sociedade moderna, culminando na supressão do requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 dois anos:

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Desde logo, insta consignar que a evolução do Direito, em sede constitucional, está intrinsecamente ligada à evolução histórica das dimensões dos direitos humanos.

1.3. A tutela jurídica da família e o reconhecimento da liberdade individual (autonomia privada)

Tradicionalmente e até poucas décadas, o conceito de família *stricto sensu* era designado para nomear o grupo de pessoas formado pela união de um homem e de uma mulher pelo vínculo do casamento e respectiva prole. Qualquer outra forma de união que não fosse assim concebida não era considerada família para fins legais.

O legislador sempre teve no casamento a principal forma de constituição de família e da consequente proteção do Estado. Tanto é assim que, ao tratar das provas do casamento, fez constar no CC/2002 que o matrimônio é provado pela certidão do respectivo registro. Mas, em sua ausência ou perda, admite-se qualquer outra espécie de prova, mencionando a expressão “posse do estado de casadas” como justificativa para se julgar pelo casamento, sempre que houver dúvida quanto à sua efetiva existência²⁶. Contudo, a diversidade de sexos sempre foi apontada como requisito para tanto:

²⁶ Art. 1.547. Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 03/11/2014

Estabelecendo o conceito jurídico desse instituto, em causa, a doutrina tem mantido entendimento uniforme, ante as várias legislações, a demonstrar, como, entre nós, Clóvis Beviláqua, que a posse do estado de casado “é a situação de duas pessoas, que vivem publicamente, como marido e mulher, sendo como tais, geralmente, consideradas na sociedade”.

Ao seu turno, mostra Cunha Gonçalves que a posse do estado de casado “é a situação de fato de que gozam duas pessoas de sexo diferente, tratando-se entre si como marido e mulher, vivendo publicamente como cônjuges legítimos e sendo havidos como tais pelo público”.

Também Marcel Planiol conceituou a mesma posse de estado, em termos semelhantes, como sendo o fato, em razão do qual vivem juntos um homem e uma mulher, “passando por cônjuges aos olhos daqueles que os conhecem”.²⁷

Nessa toada, importante destacar que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, tornou o casamento civil obrigatório no Brasil, impedindo formas antigas de constituição de família que vinham desde as Ordenações do Reino, quais sejam, o casamento religioso *de per si*, assim como o casamento de fato ou presumido (união estável), provado por duas testemunhas ou por escritura pública²⁸.

Embora o Brasil seja um país laico, é inegável a religiosidade que permeia a nossa sociedade. Sendo assim, a Constituição Federal assegurou, nos termos da lei, efeito civil ao casamento religioso²⁹. O CC/2002 estabeleceu a equiparação do casamento religioso ao civil se houver o devido registro³⁰, e cujos

²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96.

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 527.

²⁹ Art. 226, § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 03/11/2014

³⁰ Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 03/11/2014

requisitos são idênticos, surtindo, então, seus regulares efeitos a partir da celebração. O casamento religioso pode ser celebrado com prévia ou posterior habilitação, denotando, mais uma vez, a preferência do legislador pelo casamento como forma de união entre as pessoas, permitindo a postergação do processo de habilitação sem que isso comprometa a validade do matrimônio, cujo registro pode ser feito a qualquer tempo, retroagindo os efeitos à data da celebração.

Sobre o casamento religioso no Brasil, Álvaro Villaça Azevedo traz à baila um dado histórico interessante: após a vigência do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que tornou o casamento civil obrigatório, sob o prisma legal, o casamento religioso passou a caracterizar mero concubinato, não gerando qualquer direito e, do ponto de vista confessional, o casamento civil era imoral³¹. Após uma digressão histórica, conclui festejado professor, dada a importância que sempre teve o instituto do casamento, que há uma “tendência de julgar existente casamento religioso, no âmbito jurídico, condicionando a produção de seus efeitos civis ao registro³².”

De fato, o registro do casamento confere segurança jurídica, pois constitui prova inequívoca da união conjugal, geradora de direitos e deveres no âmbito civil. De fato, na exata dicção do art. 1.543 e respectivo parágrafo único, a certidão do registro prova o casamento celebrado no Brasil e, justificada a falta ou perda do registro, admite-se qualquer outra espécie de prova.

E essa segurança irradia seus efeitos não só ao próprio casal, mas também à sociedade, que passa a ter conhecimento da situação jurídica e dos efeitos daí decorrentes, tais como o regime de bens, cujos desdobramentos muito interessam àqueles que negociam com um ou com ambos os cônjuges. Daí a razão de ser imprescindível o registro das convenções antenupciais no Ofício Imobiliário competente para a oponibilidade *erga omnes*, conforme se deduz da interpretação conjunta do art. 1.657 do CC/2002³³ e art. 167, I, 12 da LRP.

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 115.

³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 121.

³³ Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

A tutela jurídica da família, portanto, é uma via de mão dupla, pois a proteção decorrente da lei gera o esclarecimento das diversas situações jurídicas que, por sua vez, ampara não só da família em face de terceiros, mas destes em face daqueles. Exemplo disso é a Lei 8.009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família. Referida lei, de início, estabelece que o imóvel residencial próprio, do casal ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por dívidas de qualquer natureza, compreendidos na impenhorabilidade todas as benfeitorias e móveis que guarnecem a moradia, desde que quitados, restando excluídos os itens suntuosos, como obras de arte, por exemplo.

Sendo assim, casais e ou entidades familiares de índole duvidosa poderiam fazer uso desta proteção legal em detrimento de direitos de terceiros, deturpando o objetivo da lei, que é o de tutelar o direito de moradia da família. Daí porque a mesma lei estabelece exceções à impenhorabilidade, tutelando, desta forma, os direitos de terceiros em face família³⁴.

Percebe-se, portanto, o intuito do legislador de proteger a família, mas sem descuidar, de outra parte, dos direitos de terceiros. Há no sistema de proteção legal o necessário equilíbrio das normas, harmonia entre direitos e deveres, boa-fé e má-fé, evitando, assim, o mau uso das normas.

Segundo a Constituição Federal, a família é a base da sociedade³⁵. E não

³⁴ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

BRASIL. **Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm Acesso em 01/05/2015

³⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 03/11/2014

poderia ser diferente, pois uma sociedade é formada por pessoas que convivem sob o pálio da civilidade e da urbanidade, com direitos e deveres tutelados pelo Estado. Para se viver em sociedade é preciso respeitar os direitos alheios e ter seus direitos respeitados. Sendo a família a base da sociedade, a especial proteção do Estado é uma decorrência lógica.

Todavia, outras formas de família decorrentes de vínculos que não o do casamento foram surgindo no seio da sociedade brasileira, mas também fundadas no amor, no afeto e no respeito mútuos para uma vida de propósitos comuns. E tais composições familiares, antes da CRFB, não gozavam de proteção jurídica.

Há poucas décadas também havia também distinção entre os filhos resultantes do casamento e os extramatrimoniais (ilegítimos ou legitimados pelo casamento superveniente), hoje rechaçada tanto pela CRFB³⁶, quanto pelo CC/2002³⁷. O direito à identidade biológica e outros tantos decorrentes da filiação sanguínea foram bastante facilitados com a entrada em vigor da Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que veio a regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Essa lei instituiu o procedimento para apuração do suposto pai, cujo início se dá no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, cabendo ao oficial remeter ao juiz a certidão da criança e os dados do suposto genitor (ou termo negativo, quando a genitora silenciar a respeito) sempre que o registro de nascimento de menor tiver somente a maternidade estabelecida.

Até o final da década de 70, as pessoas cujos matrimônios fracassaram não podiam se casar novamente, pois o divórcio somente foi admitido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que possibilitou e regulamentou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Antes da hoje conhecida “Lei do Divórcio”, as pessoas desquitadas

³⁶ Art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 03/11/2014

³⁷ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 03/11/2014

(esse era o termo que designava o estado civil das pessoas separadas), quando encontravam outro parceiro, não tinham outra saída senão viver juntos, sem maiores formalidades.

Além disso, um número cada vez maior de pessoas passou a resistir ao casamento, como se este fosse, por sua natureza formal e solene, incompatível com a modernidade ou mesmo com seus anseios pessoais. O casamento é visto por muitos como total ausência de liberdade e, por vezes, é motivo de chacota. Um ato tão sublime, que representa uma comunhão de vida e de valores, é distorcido e diminuído por algumas pessoas que, infelizmente, não lograram êxito em suas escolhas. Parece haver um verdadeiro trauma social em relação ao matrimônio.

Fato é que, pelos mais diversos motivos, muitas pessoas passaram a viver juntas, normalmente sob o mesmo teto, às vezes nem mesmo com o propósito de estabilidade, mas que o tempo, a comunhão de vida e de interesses o fez surgir. Assim, é inegável que essa notável mudança dos padrões comportamentais fez surgir novos tipos de uniões baseadas no amor e no afeto. Consequentemente, passaram a existir outras formas de entidade familiar que não eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico, pois somente a família matrimonial gozava da proteção do Estado. O insucesso dos casamentos ou sequer a sua cogitação entre os genitores de uma criança também fez surgir outra espécie de família que, até por sua situação de maior fragilidade, precisaria gozar de proteção legal.

Enfim, os direitos e deveres decorrentes de novas arquiteturas familiares precisavam, de alguma forma, de disciplina legal, sobretudo quando da união resultavam filhos. Nessa toada, a Assembleia Nacional Constituinte, atenta a para esse novo quadro, conferiu proteção também à família decorrente da união estável³⁸ e à família monoparental³⁹. No que tange à família decorrente da união estável, para

³⁸ Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 3/11/2014

³⁹ Art. 226, § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 3/11/2014

regulamentar o § 3º do artigo 226 da CRFB, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Referida lei estabeleceu direitos e deveres aos conviventes, disciplinou as questões patrimoniais decorrentes e definiu como competente para tratar da matéria o juízo da Vara de Família. Em 2002, o então novo Código Civil destinou o Título III do Livro IV, que trata do Direito de Família, somente para disciplinar as questões relativas à união estável.

Derivações e outras formas de composições familiares são comentadas na doutrina e por vezes contempladas na jurisprudência, tais como a família unipessoal (composta por uma única pessoa, reconhecida como entidade familiar pelo STJ para fins de proteção do bem de família, conforme Súmula 364 daquele tribunal), a família socioafetiva (decorrente do parentesco civil entre pessoas sem vínculo biológico que formam uma entidade familiar em virtude da intensa afetividade que as une⁴⁰), a família pluriparental (resultante da agregação de famílias compostas por um ou por ambos em uniões pretéritas e que, por vezes, decidem por ter mais filhos em comum, formando uma grande entidade familiar), a família anaparental (formada por pessoas sem que uma delas ocupe a posição de ascendente, havendo ou não vínculo de parentesco entre seus membros, tal como a entidade familiar composta por irmãos ou por amigos muito próximos) e a família eudemonista (formada por quaisquer pessoas que guardem entre si relação de afeto, objetivando a felicidade de todos os seus membros)⁴¹.

O incremento ao longo das últimas décadas de ações voltadas ao avanço dos direitos fundamentais de mais nova geração garantiram condições para que cada vez mais as pessoas homossexuais assumissem essa sua condição. Houve notável intensificação dos movimentos sociais em favor dos direitos das minorias, especialmente em prol da comunidade LGBT, que passaram a reivindicar com muito vigor a possibilidade de união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo. E há, evidentemente, um forte clamor pelo fim da homofobia e das violências

⁴⁰ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

⁴¹ LFG. **O que se entende por família eudemonista?** Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/492747/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista> Acesso em 13/11/2014

moral e física que ainda são frequentes contra essas pessoas. Parte da sociedade brasileira ainda passa por um momento de transição e de conscientização: não é preciso concordar para respeitar. E a violência, em nenhuma de suas formas, pode ser tolerada.

As relações entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade e isso não se pode negar. O que ocorre, mas que de forma alguma justifica atos de agressão e intolerância, os quais devem ser repelidos e punidos na forma da lei, é que a maior parte da população brasileira ainda não aceita com naturalidade das uniões homoafetivas⁴². E, infelizmente, em alguns lugares do mundo, cogita-se a edição de lei para criminalização de relações homoafetivas⁴³, a exemplo de outros países que ainda contam com essa espécie de norma⁴⁴.

A ONU tem se manifestado pelo fim das leis discriminatórias em todos os países. A tolerância e a aceitação do diverso é o alicerce para a construção de um mundo livre de manifestações de ódio.

1.4. A tutela jurídica da família e o princípio da igualdade

Na digressão histórica feita no item 1.2 deste capítulo, pôde-se perceber que a família, de há muito, goza de especial proteção do Estado brasileiro, inclusive com assento na CRFB. E o conceito de família insculpido no texto constitucional e reproduzido pela legislação ordinária tem como ponto de partida a união estável e o casamento entre homem e mulher.

Essa premissa vem sendo muito debatida, atacada por uns e

⁴² O Globo. **Maior parte dos brasileiros é contra casamento gay, aborto e legalização da maconha.** Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/maior-parte-dos-brasileiros-contracasamento-gay-aborto-legalizacao-da-maconha-13821047> Rio de Janeiro, 03 setembro 2013. Acesso em 10/11/2014.

⁴³ JURIST. **UN rights office condemns Singapore homosexuality ruling.** Pittsburgh, 02 novembro 2014. Disponível em <http://jurist.org/paperchase/2014/11/un-rights-office-condemns-singapore-homosexuality-ruling.php> Acesso em 10/11/2014.

⁴⁴ JURIST. **HRW condemns LGBT discrimination in Jamaica.** Pittsburgh, 22 outubro de 2014. Disponível em <http://jurist.org/paperchase/2014/10/hrw-condemns-lgbt-discrimination-in-jamaica.php> Acesso em 10/11/2014

ferrenhamente defendida por outros, tanto que tramitam no Congresso Nacional dois projetos com objetivos diametralmente opostos⁴⁵. A maioria da população brasileira é conservadora⁴⁶ e concorda com o conceito de família previsto na CRFB e reproduzido pela legislação infraconstitucional.

Todavia, há respeitáveis opiniões em sentido contrário, sustentando que o afeto e o princípio da igualdade dão sustentação jurídica para decisões judiciais contrariando a doutrina clássica e o texto dos parágrafos 3º e 5º do artigo 226 da CRFB.

A questão tormentosa que se coloca, até mesmo para a preservação do próprio princípio da igualdade, é que como a lei não permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tampouco casamento entre várias pessoas ao mesmo tempo, o juiz passa não só a legislar no caso concreto, usurpando a competência do Legislativo, mas, o que é bastante preocupante, trazendo o seus próprios parâmetros, valores e paixões para as questões que lhe são postas. Trata-se de um subjetivismo ímpar que pode, inclusive, comprometer a própria igualdade, vez que as decisões, para casos idênticos, serão diametralmente opostas, a depender do juiz da causa, com o que não se pode concordar. Para exemplos concretos da quebra da isonomia gerada por situações tais, remetemos à leitura do item 1.5 deste capítulo.

Parece haver uma tendência doutrinária e jurisprudencial à aceitação e equiparação de todas as relações como de natureza familiar, prescindindo de maiores formalidades e dos direitos decorrentes. Pululam decisões aceitando, inclusive, a multiplicidade de famílias, assegurando às famílias paralelas idênticos direitos àqueles conferidos às famílias matrimoniais.

⁴⁵ O Estatuto da Família (PL 6.583/13) encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados e traz a definição de família como o núcleo formado a partir do casamento, união estável ou comunidade formada pelos pais e seus descendentes, tendo como pressuposto a união entre homem e mulher, conforme já prevê o art. 226, CF. Já o Estatuto das Famílias (PLS nº 470/13) tramita no Senado Federal e reconhece a relação entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além de prever a unificação e criação de normas para a proteção dessas novas composições familiares.

⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conceito de núcleo familiar no Estatuto da Família – Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família?** Disponível em <http://www2.camara.leg.br/enquetes/votarEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E> Acesso em 13/04/2015

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁴⁷, ao tratar da isonomia relacionada à união estável homoafetiva, sustenta a inconstitucionalidade de qualquer regulamentação que conceda menos direitos à união estável do que os relativos ao casamento civil. De início, parece-nos questionável, uma vez que o próprio texto constitucional não equipara a união estável ao casamento, tanto que determina que a lei facilite sua conversão em casamento. Viver em união estável é uma opção e as pessoas precisam estar cientes das consequências daí decorrentes, sejam os casais hetero ou homoafetivos.

Referido autor sustenta que a restrição dos efeitos jurídicos da união estável somente aos casais heterossexuais constitui interpretação simplista, baseada num legalismo positivista ultrapassado, pois não há fundamento lógico-racional para a discriminação das uniões homoafetivas, ante a ausência de fundamento para tal *discrímen* se considerados os valores constitucionalmente consagrados, especialmente os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Todavia, reconhece que a doutrina constitucionalista é amplamente majoritária no sentido da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, vez que o Poder Constituinte Originário é ilimitado e absoluto, e porque tal situação afrontaria o princípio da unidade da Constituição. Mas discorda⁴⁸:

No caso aqui analisado, são inegáveis a tensão e a incompatibilidade entre o art. 226, § 3º, da CF/1988 e diversos outros princípios constitucionais quando interpretado de forma que não reconheça a união estável homoafetiva, a saber:

a) o *princípio da isonomia* estabelece que qualquer discriminação jurídica que se pretenda introduzir deve ser uma decorrência lógico-racional do critério diferenciador erigido e que, ainda, deve tal discriminação ser condizente com os valores constitucionalmente consagrados por nossa

⁴⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 321.

⁴⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais**, 2008, p. 326-328.

Carta Magna, ao passo que o art. 226, § 3º, da CF/1988, quando interpretado de uma forma que proíba união estável homoafetiva, traz um critério de diferenciação (por sexo/orientação sexual) que não contém uma correlação lógico-razional com a discriminação jurídica que efetivamente introduz (diferenciação dos regimes jurídicos aplicáveis à união estável homoafetiva e à heteroafetiva em razão da orientação sexual – e, conseqüentemente, do sexo – dos companheiros) e, ainda, que não é condizente com outros valores constitucionalmente consagrados, como:

a.1) o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/1988), que estabelece que todos são merecedores de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de serem pessoas, garantindo a todos o direito à felicidade. Isso porque tal discriminação implica, indiretamente, a reprovação do Estado ao amor homoafetivo, o que é incompatível com o direito de respeito à dignidade, que necessariamente implica a liberdade de envolvimento afetivo com quem se quiser, sem que isso seja motivo para ser menosprezado jurídica ou socialmente;

a.2) o princípio de que constitui um dos objetivos fundamentais da Constituição a *promoção do bem-estar de todos* (art. 3º, IV, da CF/1988), donde se infere que se busca inclusive o bem-estar de homossexuais, o que fica impossibilitado pelo não reconhecimento tanto do casamento civil quanto da união estável aos mesmos, pelo desprezo à conjugalidade homoafetiva inerente a tal postura estatal;

a.3) o princípio da *liberdade de consciência* (art. 5º, VI, da CF/1988), que garante a todos o direito à autonomia moral, ou seja, a viver da forma como são, no sentido de agirem em conformidade com o seu íntimo, vivendo a vida da forma que entendem correta, uma vez que a homossexualidade e a bissexualidade são características inerentes aos seres humanos que as possuem, sendo assim parte integrante de sua personalidade, tendo eles o direito a não ser discriminados jurídica ou

socialmente em razão de sua consciência homoafetiva, visto não causar prejuízos a terceiros.

a.4) o princípio da *liberdade*, que garante o direito à *autonomia moral* ao indivíduo, para que este viva sua vida da forma que mais sentido lhe faça, desde que não prejudique terceiros, prejuízo este que inexistente no que tange à homoafetividade. Destaque-se que é a liberdade real, substancial que resta afrontada, na medida em que não adianta existir uma liberdade formal de escolha se o Estado dificulta a vida daquele que escolhe viver sua vida de forma diversa da pretendida pelo Estado (ressaltando-se que a escolha existente no que tange à homossexualidade é a de vivenciar sua orientação sexual em sua plenitude, como fazem heterossexuais, ou reprimi-la, não no sentido de decisão sobre amar pessoas do mesmo sexo ou de sexo diverso).

Não obstante os relevantes fundamentos de fato, que são peremptórios, é preciso atentar que a posição combatida foi a adotada pelo Poder Constituinte Originário – inicial, ilimitado e incondicionado – e que consta do mais relevante texto legal, que é a Constituição Federal. Sua alteração demanda observância ao devido processo legislativo, ou seja, a aprovação de uma Emenda Constitucional para que a norma não mais vigore, evidentemente se fosse observado o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. Todavia, parece que a independência harmônica entre os três Poderes caminha para a extinção em nosso país.

Também é preciso destacar que acerca dos fundamentos utilizados para as decisões em causa, o ilustre professor de Direito Constitucional José Afonso da Silva, que consultou os anais da constituinte, faz ponderações relevantes que foram desconsideradas pelo Supremo, conforme trataremos no próximo item.

1.5. A tutela jurídica da família e o princípio da legalidade

É incontestável que a família, de há muito, goza de especial proteção do Estado brasileiro, inclusive com assento na Constituição Federal.

Em consonância com a redação originária, ainda vigente, do artigo 226, § 3º e § 5º⁴⁹ do texto constitucional, o CC/2002 prescreve a diversidade de gênero como pressuposto para o reconhecimento da união estável e para o casamento, que é ato formal e solene, conforme segue:

Art. 1.514 - O casamento 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. (grifei)

Art. 1.533 - Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, **de vos receberdes por marido e mulher**, eu, em nome da lei, vos declaro casados." (grifei)

Art. 1.565 - Pelo casamento, **homem e mulher** assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (grifei)

Art. 1.567 - A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, **pelo marido e pela mulher**, sempre no interesse do casal e dos filhos. (grifei)

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

⁴⁹ Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 3/11/2014

Como se vê, a família tutelada pelo Estado é a resultante da reprodução biologicamente viável, ainda que desfeito o laço matrimonial, uma vez que a CRFB reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Álvaro Villaça Azevedo sustenta que a legislação pátria concede valor desmesurado à família de direito, decorrente das formalidades do casamento, restando completamente ausente a regulação de situações decorrentes dos relacionamentos familiares de fato⁵⁰:

A família de fato, que nasce, espontaneamente, na sociedade, precisa cercar-se de garantias jurídicas, para que não só o respeito humano, entre seus membros, mas também a responsabilidade possam nortear suas vidas.

...

Assim, propusemos, em nossa aludida tese (*Do concubinato ao casamento de fato*), a regulamentação do concubinato e do casamento de fato, como estágios naturais da família de fato, para que, não em detrimento do matrimônio, mas para fortalecê-lo, e à família de modo geral, fossem inseridos como institutos oficiais e legítimos, na legislação, com suas situações e com seus efeitos próprios.

...

A lei deve facilitar, por todos os meios justos, o enquadramento nela de qualquer espécie de convivência de cunho familiar, para que se transmude em união oficial reconhecida pelo Estado, pois a dignidade dela não deve cingir-se ao formalismo anterior, mas ao sentimento puro de amor, de respeito e de responsabilidade que deve unir os casais.

Assim, ficará difícil a utilização de uma promessa de amor, para frustração de uma vida; o desligamento irresponsável, após longo tempo de vida em

⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 5.

comum, ou a morte de um dos companheiros; a falta de segurança de quem dedica sua existência, com o único suporte no amor e na confiança que deposita em seu companheiro de convivência familiar.

Todavia, quando trata da união homoafetiva, Villaça assevera que ela não constitui entidade familiar e sim sociedade de fato, sendo aplicável o Direito das Obrigações para a solução das questões decorrentes, vez que o parceiro é, na verdade, sócio, devendo aplicar-se quanto ao patrimônio a regra do esforço comum, conforme súmula 380 do STF. Sustenta que em situações tais não é possível a adoção, salvo se individualmente, não sendo possível a dependência mútua no que se refere a alimentos e seguro saúde. Em suma: “só haveria afeto e não um núcleo familiar”⁵¹.

Menciona que há autores que sustentam que a união homoafetiva constitui entidade familiar, devendo-se aplicar as regras da união estável por analogia, em virtude da proteção à pessoa face ao princípio da dignidade da pessoa humana⁵², restando evidente a inclinação dos tribunais a esta segunda corrente, o que foi confirmado pelo STF em maio de 2011.

Em decorrência desse segundo posicionamento, foi elaborado o Projeto de Lei n. 2.285/2007⁵³ (Estatuto da Família), que foi apensado ao PL 674/2007⁵⁴, que regulamenta o art. 226, § 3º da CRFB, união estável, institui o divórcio de fato e atualmente se encontra aguardando deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Mais recentemente, foi apresentado pelo Deputado Anderson Ferreira outro projeto de lei (PL 6583/2013⁵⁵) também dispondo sobre o Estatuto da Família e outras providências, que se encontra aguardando constituição e instalação de Comissão Temporária pela Mesa, assim como o parecer do Relator na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao referido PL.

⁵¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 450.

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 452.

⁵³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>
Acesso em 02/05/2015

⁵⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575&ord=1>
em 02/05/2015

⁵⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>
Acesso em 02/05/2015

Há, entretanto, uma forte resistência do Poder Legislativo em conferir proteção jurídica como entidade familiar para as decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo, resistência essa evidenciada a toda força pela forte oposição ao Projeto de Lei n. 1.151/1995, apresentado pela então deputada Marta Suplicy, cujo propósito era disciplinar tão-somente a união civil entre pessoas do mesmo sexo, sequer objetivando o casamento, tampouco a adoção de crianças ou a constituição de família.

Nessa toada, fica evidente que, pelas decisões tomadas pelo Poder Judiciário, este se substituiu, desde há muito, ao Poder Legislativo em sua função típica de legislar, vez que o STF, no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4.277, considerou como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Importante destacar, ainda, que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional publicou parecer acolhendo pedido de servidora pública que pleiteou a inclusão de sua companheira como dependente para fins de dedução de Imposto de Renda de Pessoa Física. Referido parecer foi aprovado pelo então Ministro da Fazenda Guido Mantega, adquirindo força normativa em toda a administração pública federal, de tal sorte que a partir de 02/08/2010, quem tiver relação homoafetiva estável a mais de cinco anos poderá incluir seu consorte como dependente na declaração do IRPF, assistindo-lhe o direito de retificar as declarações apresentadas nos 5 anos anteriores.

As relações entre pessoas do mesmo sexo são uma realidade e isso não se contesta. De qualquer forma, é preciso atentar para o fato de que os comportamentos, parâmetros e conceitos da sociedade mudam constantemente e a alteração das leis não pode, e nem deve, acompanhar de imediato tais mudanças. Isso porque embora as leis não devam parar no tempo, também não podem mudar ao sabor dos ventos e antes que se verifique não somente a efetiva demanda pela alteração legislativa, mas, sobretudo, a aceitação maciça da própria sociedade de tais mudanças.

Tudo resulta de um processo de efetiva maturação, do acolhimento de novos parâmetros, da adaptação social, da modificação de conceitos e do

surgimento de novas ideias. Apenas para citar alguns exemplos, veja-se a Lei do Divórcio, que somente em 1977 foi promulgada, e os novos conceitos de família construídos pela doutrina, sobretudo a decorrente da união estável, tão rechaçada no passado e que hoje goza de proteção constitucional.

Em um Estado Democrático de Direito, a legalidade é um princípio geral e válido para todos. Outro princípio insculpido na CRFB é o da separação dos poderes, cuja decorrência lógica é a de que as alterações legislativas devem se dar pela modificação da norma em si, conforme a ressamida teoria da separação dos poderes, sob pena de subversão da democracia republicana e intervenção judicial indevida no espaço político.

Como já ponderado, o que assegura a isonomia é a lei, pois ela garante que à mesma situação jurídica seja dada a mesma solução. A invenção de regras gera desfechos diferentes para situações idênticas, em afronta à segurança que deve permear as relações jurídicas. O conceito de justiça passa a ser aquilo que um único homem define, segundo suas crenças, suas paixões e seus valores, ao passo que a lei é fruto de amplo debate realizado pelos representantes eleitos, até que se chegue a um consenso e seja definida a norma que valerá para todos.

Em situações tais, o ideal de justiça definido por uma só pessoa e os efeitos daí decorrentes serão propagados na vida de outras tantas, como ocorre em qualquer decisão judicial. O Poder Judiciário acaba por se substituir ao Legislativo, atropelando-o e invadindo suas competências constitucionalmente definidas e violando os mais mezinhos princípios da Administração Pública. Mas e o que seria a justiça no caso concreto, quando a lei é relegada e a decisão fica ao alvitre de quem julga?

Vamos utilizar o exemplo de um profissional que presta o concurso para ingresso na magistratura e é aprovado. Todavia, no dia da posse, ainda falta uma semana para que ele complete os três anos de atividade jurídica, na forma prescrita pelo artigo 93, I da CRFB. Sentindo-se injustiçado, afinal, faltam somente 7 dias para que estivesse habilitado de fato, impetra mandado de segurança para ter o direito de ser nomeado. O magistrado, sensível às razões, entende que é caso de concessão

da ordem, afinal, o que é uma semana? Para o impetrante, certamente a decisão foi justa. Ocorre que nos concursos públicos, como se sabe, há um número previamente definido de vagas. Pergunta-se: e o candidato que cumpria todos os requisitos na data da posse e, em virtude da referida ação mandamental, ficou fora do número de vagas e sem nomeação ao tão sonhado cargo? Será que a decisão foi justa para ele? Quem era o titular do direito líquido e certo em tal situação? Como se vê, os prazos, os termos e, sobretudo, a lei, são necessários para definir critérios e assegurar, de fato, o direito das pessoas. Decisões cujos efeitos são equiparados ao exemplo supra existem aos montes.

Talvez se possa pensar que a situação supra não se configuraria, pois o respectivo Tribunal poderia decidir por não excluir nenhum dos candidatos da lista para a posse no cargo de juiz substituto. Passemos, então, aos (absurdos) casos concretos.

É sabido que, para disputar uma vaga por meio do vestibular, especialmente de uma universidade pública, é preciso cumprir um requisito básico previsto na legislação e no edital de regência, qual seja, ter concluído ou estar prestes a concluir o ensino médio ou equivalente. Vale dizer, se o candidato vai prestar o vestibular para ingresso em 2015, é preciso ter concluído ou estar prestes a concluir o ensino médio ou equivalente em 2014. Caso contrário, deverá o candidato se inscrever na modalidade “treineiro”, que equivale a uma espécie de vestibular simulado.

Pois bem. Um candidato que não possuía o requisito básico para disputar o vestibular da FUVEST, que seleciona os candidatos para ingresso no curso de Direito da Universidade de São Paulo (USP), certamente um dos mais disputados do país, fez a inscrição, foi aprovado e agora pleiteia na justiça o “direito” de garantir a matrícula⁵⁶. Se esse estudante que sequer concluiu o ensino médio conseguir a liminar para matricular-se, certamente estará tirando a vaga de outro estudante que possui todos requisitos necessários para ingressar na universidade e que pode,

⁵⁶ Migalhas. **Aos 16 anos, aprovado nas Arcadas briga na Justiça por matrícula**. Disponível em <http://i.migalhas.com.br/quentes/215851/aos-16-anos-aprovado-nas-arcadas-briga-na-justica-por-matricula> São Paulo, 20 janeiro 2015. Acesso em 03/05/2015.

inclusive, estar se preparando há muito tempo, com vultosos investimentos com a aquisição de livros, apostilas, mensalidades de cursos pré-vestibular, dentre outros gastos.

Se o Poder Judiciário for conivente com esse tipo de situação ilegal, em nada contribuirá para a formação desse jovem. Isso porque o estudante que prestou falsa declaração será premiado por sua conduta censurável e a mensagem transmitida pelo Poder Judiciário aos jovens em franco desenvolvimento será: mentir vale a pena! O Judiciário tem responsabilidade pelas suas decisões e deve ponderar a respeito do recado que envia à sociedade por meio delas.

Quando o magistrado se afasta da lei ao dar a prestação jurisdicional, transforma o direito em verdadeira loteria. Vejamos:

1º caso) Estudante menor, em Minas Gerais, conseguiu judicialmente o direito de matricular-se em curso superior em virtude de sua aprovação no ENEM, mesmo antes de completar o ensino médio, decisão esta confirmada pela 5ª turma do TRF da 1ª Região. O aluno impetrou mandado de segurança pleiteando que o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais concedesse seu Certificado de Conclusão de Ensino Médio, mesmo ainda faltando um ano para finalizar o curso e contrariando a Portaria 807/10 do MEC. “Assim, com a aprovação no ENEM, além de preencher o requisito alusivo à conclusão do ensino médio, demonstrou o impetrante sua capacidade para ingressar no ensino superior, não sendo razoável impedir seu ingresso na Universidade com base tão-só no limite de idade, mormente num sistema educacional como o nosso, em que o acesso a uma universidade pública constitui privilégio de poucos”, decidiu o juiz. Parece-nos, salvo melhor juízo, que justamente por ser um privilégio de poucos é que não se pode beneficiar – sem espedaque legal – quem sequer cumpriu os requisitos mínimos em detrimento daqueles que já possuem situação consolidada, com o preenchimento de todos os requisitos exigidos para o ingresso no curso superior. Em sede de reexame necessário, o relator do caso no TRF manteve a sentença: “Deve-se valorizar o mérito do estudante que, a um ano de concluir o ensino médio, logrou aprovação

no ENEM, tornando-se apto a ingressar em duas universidades públicas federais, conforme acentuado na sentença em apreço. Entender o contrário equivaleria a impedir injustamente a ascensão intelectual do aluno que já possui conhecimento suficiente para se matricular no curso superior pretendido”. **Resultado: foi determinada a expedição do certificado, em patente contrariedade à legislação educacional em vigor. Assim, mesmo sem qualquer base legal, o impetrante, que não cumpre os requisitos mínimos necessários, teve o direito de se matricular no curso superior de sua escolha e, conseqüentemente, de tirar a vaga de outro que já preenchia os requisitos para ingresso na universidade**⁵⁷.

2º caso) Estudante menor, em Minas Gerais, teve negado judicialmente o direito de matricular-se em curso superior, mesmo com aprovação no ENEM, em virtude de não ter completado o ensino médio, decisão esta confirmada pela 6ª turma do TRF da 1ª Região. A menor de 16 anos, que foi aprovada no ENEM e no vestibular para o curso de Direito, pleiteava a obtenção do certificado de conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM para garantir a matrícula na faculdade. Como teve seu pedido negado em 1ª instância, recorreu ao TRF, sustentando que, com a aprovação no ENEM, preenchia os requisitos para efetuar a matrícula. Mas o relator do caso discordou, ponderando que a exigência de apresentação do comprovante de conclusão do curso de ensino médio, no ato da matrícula em instituição de ensino superior, está prevista no **artigo 44, II, da Lei 9.394/96 (LDBE)**. O desembargador lembrou que o Tribunal tem admitido exceção a essa regra, permitindo a matrícula de candidatos que não terminaram o ensino médio, mas apenas nos casos em que a conclusão ocorre antes do início do semestre letivo da faculdade. Quanto ao certificado de conclusão do ensino médio emitido com base nas notas do ENEM, conforme previsto na Portaria n. 144 do MEC, o relator destacou que só é válido para candidatos com mais de 18 anos que não concluíram o ensino médio na idade

⁵⁷ Migalhas. **Aprovado no Enem pode matricular-se em universidade sem concluir Ensino Médio.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI175766,91041-Aprovado+no+Enem+pode+matricularse+em+universidade+sem+concluir> São Paulo, 6 abril 2013. Acesso em 03/05/2015.

apropriada. A estudante chegou a receber o certificado com base nas notas obtidas no Enem, mas o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais (IFSULDEMINAS) solicitou a devolução do documento e o tornou sem efeito ao verificar que a aluna tinha apenas 15 anos de idade. **Resultado: foi negada a expedição do certificado, em observância à legislação educacional em vigor. Assim, por não cumprir os requisitos mínimos necessários, a estudante não tem direito de se matricular no curso superior**⁵⁸.

Como se vê, não há **nenhuma diferença** fática entre os casos que possa justificar decisões diametralmente opostas. O elemento sorte foi determinante na vida de cada um desses estudantes. Se tivesse sido aplicada a legislação em vigor, nenhum direito assistia ao primeiro estudante, que teve a “sorte” de ter seu processo apreciado e reexaminado por magistrados que ignoraram a lei. Isso porque o artigo 44 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação é claro ao estipular que, além da aprovação no processo seletivo, é preciso que o candidato tenha concluído o ensino médio ou equivalente. Ademais, a referida lei contempla a possibilidade de a instituição de ensino médio onde está matriculado o aluno aplicar uma prova de avanço de série, prevista no art. 24, V, c. Em caso de aprovação, a instituição de ensino deve emitir o certificado de conclusão, que possibilitará a matrícula do interessado no curso para o qual foi aprovado na instituição de ensino superior, o que não houve em nenhum dos casos relatados.

Assim, o juiz não deve deixar de aplicar a lei de regência, pois, ao fazê-lo, permite que um estudante que sequer concluiu o ensino médio garanta uma vaga em detrimento de outros que também foram aprovados no mesmo vestibular, mas que já concluíram o ensino médio. Agindo contrariamente à lei, o magistrado assegura o pleito injusto de quem não tem direito em prejuízo daqueles que possuem o direito líquido e certo, em total inversão de valores e violação do ideal

⁵⁸ Migalhas. **Aluna de 15 anos aprovada em vestibular de Direito não pode cursar faculdade.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215529,31047-Aluna+de+15+anos+aprovada+em+vestibular+de+Direito+nao+pode+cursar> São Paulo, 12 fevereiro 2015. Acesso em 03/05/2015.

de justiça – ao menos aos olhos de qualquer leigo, já que, ao que parece, o conceito de justiça parece cada vez mais relativo.

Esse foi apenas um dos inúmeros exemplos de violação de direitos decorrente da não aplicação da lei, constatados diariamente do simples exame das decisões judiciais: para situações jurídicas idênticas, decisões opostas. O resultado é a insegurança jurídica que hoje permeia a prestação jurisdicional em todas as instâncias do Judiciário brasileiro.

As decisões que reescrevem a lei no caso concreto, sem a prévia e necessária alteração legislativa, em total subversão do sistema normativo positivado, abrem um precedente perigoso para novas e recorrentes violações da legislação em vigor, gerando enorme insegurança jurídica. Tais precedentes representam um indesejável rompimento com o princípio da legalidade, assecuratório da isonomia.

Mais que violar a legalidade, as inúmeras decisões tomadas ao arrepio da lei revelam a tendência de alguns membros do Judiciário à concentração e ao exercício das atribuições de dois Poderes legitimamente constituídos, pois legislam e julgam a um só tempo. Criam suas próprias leis e as aplicam, quando e conforme o próprio senso lhe determinar. Ou seja, são Legislativo e Judiciário, sem qualquer controle.

Assim, no que se refere à proteção das minorias, por melhores que sejam as intenções do Poder Judiciário de assegurar direitos, tais ações não são legítimas se afrontarem a lei. Se o anseio da sociedade é por uma nova legislação que contemple situações rechaçadas pela atual, a mudança deve se dar pela via própria, com a participação do Poder constituído para tanto e que representa os cidadãos brasileiros: o Legislativo.

Nesse contexto, pergunta-se: é legítima a conduta do Estado-juíz que, a pretexto de fazer justiça e levando em conta seus critérios pessoais, atropela a lei e faz as vezes dos representantes democraticamente eleitos pelo voto direto, secreto, universal, periódico e com igual valor de mais de 141 milhões de brasileiros? É legítima a decisão tomada por 11 ministros – do STF, que decidiram pela

possibilidade da união estável homoafetiva, contrariamente ao que dispõe o próprio texto constitucional – e, posteriormente, por 15 conselheiros – do CNJ, que por simples Resolução, determinaram o descumprimento do CC/2002 pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, determinando a punição daqueles que negassem habilitação para o casamento a casais homoafetivos –, acerca de uma matéria que deveria ser deliberada pelos representantes legitimamente eleitos pelo povo brasileiro?

A resposta, definitivamente, parece ser negativa.

O processo legislativo é fruto do amadurecimento das ideias e pleitos de toda uma sociedade. Vivemos em uma democracia e elegemos nossos representantes pelo voto direto, secreto, universal e periódico, com igual valor para todos, representantes esses que têm a nobre função de legislar, concretizando os anseios de seus representados. O artigo 2º da CRFB prevê a independência e harmonia entre os Poderes constituídos, o que possibilita o controle recíproco e dificulta abusos.

Como visto, por se tratar o artigo 226 de norma constitucional originária, não é caso de inconstitucionalidade ou interpretação conforme do artigo 1.723 do CC/2002, mas de emenda constitucional a ser apreciada pelo Legislativo, que é o Poder competente para tal desiderato, sendo esse o anseio da sociedade brasileira.

Pergunta-se: é inércia do Poder Legislativo?

Parece que a resposta é negativa.

As pesquisas de opinião demonstram que a população brasileira está dividida quanto ao tema casamento homoafetivo⁵⁹. A maioria ainda é contra. E se a maioria é contra, é coerente com a noção de democracia a manutenção da legislação em vigor pertinente ao tema. Nesse caso, os representantes eleitos estão, de fato, agindo de acordo com o que deseja a maioria dos representados.

⁵⁹ O Globo. **Maior parte dos brasileiros é contra casamento gay, aborto e legalização da maconha.** Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/maior-parte-dos-brasileiros-contra-casamento-gay-aborto-legalizacao-da-maconha-13821047> Rio de Janeiro, 03 setembro 2013. Acesso em 10/11/2014.

A conclusão é que decisões desse jaez são de questionável legitimidade e abrem precedentes perigosíssimos para que o Judiciário passe a substituir-se ao Poder Legislativo. Reitera-se que a isonomia, ou seja, a igualdade de decisões para situações idênticas é assegurada pela Lei, parâmetro do qual o julgador não deve jamais se afastar. Hoje vemos os reflexos do desrespeito ao princípio da legalidade: a casos absolutamente idênticos são dadas decisões díspares, de modo que o Poder que deveria zelar pela segurança jurídica tem imposto à população cada vez mais insegurança jurídica.

Ainda, fosse o problema a inércia do Poder Legislativo, mais uma razão para que a população atuasse e cobrasse providências, analisando quais representantes se omitem no exercício da nobre função de tutelar os interesses de seus representados, fazendo forte oposição, inclusive em meio eletrônico, para que tais parlamentares não fossem mais reeleitos. Com o avanço das tecnologias da informação, as pessoas podem ouvir e se fazer ouvir, cada vez mais⁶⁰. Isso é o mais absoluto exercício de cidadania. É o mais absoluto exercício de democracia.

1.6. A jurisprudência brasileira e o seu posicionamento relativamente à família e à sua tutela a propósito do julgamento da ADPF 132/RJ e ADI n. 4.277/DF pelo STF

Antes da decisão emblemática do STF, as uniões homoafetivas eram tratadas como sociedades de fato. A matéria era julgada em Vara Cível e não em Vara de Família:

A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos,

⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **e-Democracia**. Disponível em <http://edemocracia.camara.gov.br/>

resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações⁶¹.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. UNIÃO HOMOAFETIVA. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR. VARA CÍVEL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. RECURSO PROVIDO.⁶²

O relator da ADI n. 4.277/ADPF n. 132, Ministro Ayres Britto, consignou em sua decisão de 05 de maio de 2011⁶³:

Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta da inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

O julgamento conjunto pelo STF da ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF gerou decisões administrativas e judiciais divergentes sobre assuntos correlatos, especialmente sobre o casamento, que repercutiram diretamente nas esferas notarial e registral. Referido precedente contrariou disposição expressa de norma

⁶¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial n. 502.995/RN. Relator: GONÇALVES, Fernando. Publicado no DJ de 16-5-2005, p. 353.

⁶² BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 2009.048923-4. Relator: CARIONI, Fernando - Terceira Câmara de Direito Civil. Publicado no DJ de 22-10-2010.

⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 14-10-2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acessado em 28/06/2015.

constitucional originária. Todavia, não enfrentou o tema do casamento homoafetivo, limitando-se a tratar do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Conforme disposto no *caput* do art. 102 da CRFB, compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição. E, justamente por caber àquele tribunal tão relevante função é que o referido julgamento causa espécie. O § 5º do art. 226 diz que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". O parágrafo 3º do mesmo dispositivo, que trata da união estável, também menciona "homem e mulher", em clara alusão à diversidade de sexos como pressuposto para a existência e o reconhecimento da união estável.

A procedência das mencionadas ações se deu nos seguintes termos:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

Pergunta-se: há normas constitucionais originárias que podem ser consideradas inconstitucionais?

A resposta, de acordo com a doutrina nacional, é negativa, pois o poder constituinte originário é inicial, autônomo e incondicionado.

Sendo assim, data máxima vênia, nem a união estável, tampouco o casamento entre pessoas do mesmo sexo, encontram amparo constitucional, pois a diversidade de sexos é norma constitucional originária. Ademais disso, o casamento não foi sequer objeto de julgamento pelo STF nas ações que ora são estudadas.

Como já visto, consoante com o próprio texto constitucional, o CC/2002

menção nos artigos 1.514, 1.533, 1.565 e 1.567, a diversidade de gênero como pressuposto do casamento e igual requisito no artigo 1.723 para o reconhecimento da união estável.

O art. 3º, IV da CRFB, ao instituir como um dos objetivos fundamentais da República brasileira promover o bem de todos, sem preconceitos, ao mencionar a palavra “sexo”⁶⁴, referiu-se, à diversidade de gênero, ou seja, entre homem e mulher, e não à opção sexual. São coisas diferentes. O dispositivo prega a igualdade formal entre homens e mulheres, pois até pouco antes da Constituinte de 1988, as mulheres não tinham muitos direitos.

A propósito do tema e segundo lição de José Afonso da Silva, foi uma opção do legislador constituinte não equiparar as relações homoafetivas às heterossexuais⁶⁵:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, **mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes**. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. **Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros**. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos. (grifos nossos)

⁶⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01/11/2014.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 224.

Ora, do escólio de José Afonso da Silva e do texto de clareza solar do § 3º do artigo 226 da CRFB, que estabelece o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito da proteção do Estado, outra não pode ser a conclusão de que, para se estender os efeitos da união estável às uniões homoafetivas, sem violação do princípio da separação dos poderes, seria necessária uma proposta de emenda constitucional para alterar o referido parágrafo⁶⁶, o que, sabemos, não houve.

A despeito dos argumentos supra, fato é que a decisão foi definitiva de mérito, proferida em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Logo, de acordo com o § 2º do artigo 102 do texto constitucional, tal decisão produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no que se refere aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, fosse o caso de a referida decisão permitir também o casamento entre pessoas do mesmo sexo – e não só a união estável –, o que legitimaria, em tese, a Resolução 175/2013/CNJ, que será tratada adiante, parece que o STF teria dado interpretação conforme não só ao art. 1.723 do CC/2002, mas também ao 1.514, 1.533, 1.565 e 1.567, todos do mesmo diploma.

Sobre o julgamento em causa, é interessante constatar que, embora tenham acompanhado o voto do relator, a fundamentação dos votos de alguns pareciam indicar outro posicionamento.

O Ministro Ricardo Lewandowski, após transcrever um diálogo entre alguns membros da Assembleia Nacional Constituinte, assevera⁶⁷:

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre

⁶⁶ **Conheça o texto da PEC do Casamento Civil Igualitário.** Disponível em: <http://jeanwyllys.com.br/wp/conheca-o-texto-da-pec-do-casamento-civil-igualitario> Acesso em 03/05/2015.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 14-10-2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acessado em 28/06/2015.

peças do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável. Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

Mas conclui:

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

O Ministro Gilmar Mendes citou, inclusive, Lenio Streck⁶⁸:

“Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 14-10-2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acessado em 28/06/2015.

"Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário...." Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.*

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que **a própria Constituição** aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes".

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido" (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões: p.ex., a*

Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, "a", refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do "princípio democrático" ou da "república", os munícipes espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que *"a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais"*, etc. Ora, nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei –, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da "discriminação" entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por "indivíduos"? E assim por diante...!

Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana. E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panacéia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto*. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que "devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente, como se "por debaixo do texto da Constituição

existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete". A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal constitucional. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a "colmatar" a "inconstitucionalidade da Constituição." (STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 3 maio 2011)

O Ministro externou sua preocupação acerca das questões decorrentes do julgamento em causa, o que, de fato, aconteceu, sobretudo em relação à filiação registral, que até então, traduzia a verdade biológica ou os vínculos civis constituídos com base em lei, tal qual a adoção:

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta rememorar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa.

...

Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Aparentemente, do cotejo da fundamentação dos votos mencionados com as respectivas conclusões, houve a necessidade de se adequar ao convencionado como politicamente correto nos dias atuais, ainda que maculando o próprio raciocínio jurídico. E isso vem acontecendo em muitos outros julgamentos tidos como inéditos, em que a decisão é fruto de uma ginástica argumentativa para dar contornos jurídicos àquilo que não encontra amparo no sistema normativo em vigor.

Após o julgamento em questão, como era de se esperar, houve decisões para todos os gostos: alguns juízes entenderam que o casamento, além de não ter sido objeto de apreciação pelo STF, como ato formal e solene que é, não poderia ser celebrado entre pessoas do mesmo sexo, outros entenderam que só seria possível a

conversão de união estável em casamento, mas não o casamento direto, e outros, ainda, entenderam que seria possível tanto o casamento por conversão quanto o direto. Assim, a depender da comarca e do juiz, o entendimento era num ou noutro sentido, do que se conclui que as decisões que se afastam do texto da lei geram desigualdade e segurança jurídica.

Pudera. O que assegura a isonomia é a lei, pois ela garante que à mesma situação jurídica seja dada a mesma solução, vale dizer, seja aplicado o mesmo Direito. A criação de soluções não previstas em lei gera insegurança e dá espaço a arbitrariedades.

Contudo, mesmo não tendo sido objeto do julgamento que ora se comenta, o casamento entre pessoas do mesmo sexo acabou por ser admitido na mesma toada interpretativa, pelo argumento de ser decorrência do reconhecimento da união estável, ao arrepio do próprio texto constitucional, que exige diversidade de sexos.

Essa série de interpretações e decisões contrárias à legislação em vigor, além de ferir de morte o princípio da legalidade, gera reflexos na atividade notarial e de registro, especialmente no que se refere à lavratura de pactos antenupciais envolvendo pessoas do mesmo sexo, escrituras públicas de união estável (antes denominadas de escrituras públicas de união de fato ou de sociedade de fato), casamento, dentre outras tantas.

A admissão do casamento homoafetivo, sem a prévia e necessária emenda constitucional, em total subversão do sistema normativo positivado, abre um precedente perigoso para novas violações da legislação em vigor, gerando enorme insegurança jurídica. Esse precedente representa um rompimento com o princípio da legalidade, assecuratório da isonomia.

Álvaro Villaça Azevedo, ao tratar dos requisitos de existência do casamento, leciona:

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo

duradouro. Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realize entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência. Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial.⁶⁹

O art. 1.565 do CC/2002⁷⁰ estabelece a diversidade de gênero entre os cônjuges. É também nesse sentido o disposto no art. 226, § 5º da CRFB⁷¹, ao estabelecer a igualdade de direitos e obrigações entre os consortes na esfera matrimonial.

E sempre assim se entendeu em toda a doutrina e jurisprudência, numa coerente construção do pensamento jurídico lastreado na letra da Lei. Não se nega a existência de significativa mudança dos padrões comportamentais de nossa sociedade, da evolução doutrinária e jurisprudencial do conceito de família, mas tudo com base em interpretação consoante legislação aplicável, e não a contrariando. Isso porque a hermenêutica que não encontra amparo na Lei gera insegurança jurídica, abrindo as portas para decisões arbitrárias e inconsistentes. A importação de teorias estrangeiras para justificar decisões deste jaez, sob o argumento da evolução do Direito, gera um verdadeiro caos interpretativo, vez que boa parte delas sequer é aplicável ao sistema jurídico da *civil law*.

Parece-nos ser de todo ilegítima as decisões do Estado-juiz que afrontam

⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 429.

⁷⁰ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

⁷¹ Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

texto originário da Constituição da República Federativa do Brasil, a pretexto de fazer justiça.

Capítulo 2

O Direito Europeu

2.1. O Direito Europeu e as uniões homoafetivas: a perspectiva da tutela dos Direitos Fundamentais (igualdade, não discriminação e proteção das minorias)

O Tribunal de Justiça da União Europeia é composto pelo Tribunal de Justiça, Tribunal Geral e Tribunais Especializados, hoje existindo somente o Tribunal da Função Pública como tribunal especializado. O Tribunal de Justiça será o foco de nossos estudos, uma vez que a ele compete interpretar e dizer o direito.

É o Tribunal de Justiça que analisa a conformidade das convenções internacionais com o Direito da União⁷² e aprecia as questões que lhe são postas por meio do reenvio prejudicial, procedimento utilizado pelos tribunais nacionais sempre que houver dúvida quanto à interpretação do Direito da União no âmbito dos respectivos Estados-membros.

Desta forma, o Tribunal de Justiça coopera com os tribunais locais e cria a jurisprudência que deverá, necessariamente, ser observada no exercício das respectivas jurisdições. Isso assegura a uniformidade na aplicação do Direito Europeu, que deverá sempre prevalecer em relação às legislações nacionais. Sendo assim, é justamente a ausência de discrepância na aplicação das normas que assegura a igualdade entre os cidadãos europeus, independentemente do país de origem.

A manutenção de uma união de fato e de direito entre 28 nações tão distintas somente se faz possível se houver uma aliança para a efetiva convergência de interesses e esforços na busca pelo bem comum. Foi preciso ultrapassar as barreiras da governança, até então voltada para os limites internos, e direcionar os esforços para além das fronteiras de cada Estado-membro.

A prevalência do Direito da União sobre o sistema normativo interno de cada um dos 28 países é pressuposto do processo de integração – também no

⁷² PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de Direito da União Europeia**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2014, p. 60.

âmbito jurídico –, guiados pelos valores de solidariedade e colaboração, visando um espaço de liberdade, segurança e justiça aos cidadãos europeus, sem fronteiras internas⁷³.

A integração efetiva dos Estados-membros depende, portanto, da máxima lealdade entre eles. E desse princípio, outros mais decorreram pela atuação do Tribunal de Justiça. Nas palavras de Alessandra Silveira:

E a partir deste princípio de lealdade expressamente consagrado nos tratados constitutivos, o TJUE decompôs uma série de outros princípios que densificam a lealdade e revelam-se indispensáveis à própria sobrevivência do sistema federativo europeu. Tais princípios seriam, designadamente, 1) *princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional* (implica a não aplicação do direito nacional incompatível com o Direito da União, a supressão ou reparação das consequência de um acto nacional contrário ao direito da União, e obrigação de os Estados-Membros fazerem respeitar o Direito da União); 2) *princípio do efeito directo das normas europeias* (autoriza os particulares a invocarem as normas europeias que imponham deveres/reconheçam direitos de forma suficientemente clara e incondicionada, inclusivamente contra normas nacionais violadoras do Direito da União); 3) *princípio da efectividade do Direito da União* (postula que as autoridades nacionais devem garantir um efeito útil das disposições europeias); 4) *princípio da equivalência* (postula que as autoridades nacionais devem assegurar que as pretensões decorrentes do Direito da União resultam tão protegidas quanto as pretensões decorrentes do direito nacional – o que amplia consideravelmente os poderes do juiz, pois se o direito nacional não oferece um recurso efectivo

⁷³ Art. 3º, 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno. **UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento**: publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C 306 de 17 de Dezembro de 2007. Disponível em http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf Acesso em 17/02/2015.

ao particular, o juiz o deve criar); 5) *princípio da interpretação conforme* (postula que o intérprete e aplicador do direito nacional, nomeadamente o juiz e a administração, devem atribuir às disposições nacionais um sentido conforme ou compatível com o Direito da União; 6) *princípio da responsabilidade do Estado por violação das obrigações europeias* (impõe a indenização dos particulares afectados e inclui todos os seus órgãos e instituições – seja o legislador, a administração ou o juiz); 7) *princípio da tutela jurisdicional efectiva* (postula que a efectividade do Direito da União depende da garantia judicial das suas normas; integra o direito de acesso à justiça, o direito a um processo equitativo, o direito a um recurso efectivo; e implica aplicação de providências cautelares pelo juiz nacional tendentes a evitar danos irreparáveis nos direitos dos particulares decorrentes do Direito da União, mesmo que tais providências não tenham previsão ou estejam proibidas pelo direito nacional)⁷⁴.

A União Europeia, embora represente uma nova forma de organização do poder político para além do Estado soberano, não é e nem pretende ser um Estado, mas todo o ideário que orientou e alimenta a sua manutenção é federativo.

Nesse contexto, a incidência dos princípios norteadores é de suma importância para o funcionamento do sistema jurídico, que permite o diálogo entre juízes nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia. Por conseguinte, essa integração assegura a uniformidade na aplicação do Direito em âmbito europeu.

Nota-se, pela gama de princípios e respectiva incidência na jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu, que o sistema vigente na União, embora conserve alguns traços do *civil law*, está muito mais inclinado para a *common law*, dada a intensa atividade jurídico-normativa e vinculação imperativa da jurisprudência por ele criada.

O objetivo desse tribunal, segundo os estudiosos do tema, é a busca da

⁷⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 104.

justiça efetiva em cada caso concreto, não tendo havido comprometimento deste ideal em 60 anos de judicatura porque a própria sistemática do tribunal impede a politização da justiça.

A União tem por objetivo assegurar o exercício dos direitos individuais e fundamentais como pressuposto de uma sociedade plural, fraterna e livre de preconceitos. Logo no início do preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consta que:

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

Nesse contexto, a preocupação com a tutela dos interesses das pessoas que vivem em união homoafetiva encontra especial relevância na medida em que as legislações sobre o tema no âmbito da União ainda são bastante diferentes.

Apenas para exemplificar, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi aprovado na Holanda em 2001, na Bélgica em 2003, na Finlândia em 2014 e em âmbito europeu também reconhecem esse tipo de casamento Dinamarca, Espanha, França, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido e Suécia. Portugal autorizou o casamento homoafetivo em 2010, mas não permite a adoção de crianças, lembrando que o homossexualismo era considerado crime no país até 1982.

Por outro lado, há Estados-Membros da União, tais como Grécia, Itália e Polónia, que não reconhecem o casamento entre homossexuais. Isso porque os Estados-Membros é que detém competência para legislar acerca da matéria relativa ao estado civil das pessoas. Assim, é possível detectar que no âmbito da União existem sensíveis diferenças nas legislações locais quando se trata do estado civil das pessoas, mais especificamente da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

De toda sorte, por conta do propósito de integração dos países que

compõem a União e dos princípios de caráter supranacional, em especial o do primado do Direito da União e o da cooperação leal, os ordenamentos jurídicos nacionais não podem violar ou restringir direitos⁷⁵ reconhecidos pelas normas europeias.

Desta forma, embora não exista hierarquia entre normas nacionais e normas produzidas no âmbito da União Europeia, uma vez que são fontes normativas diversas e cujas competências são igualmente distintas⁷⁶, em caso de eventual conflito, haverá preferência aplicativa das normas oriundas do Direito Europeu⁷⁷. Isso porque o que se está em causa é o imperativo da funcionalidade sistêmica. Portanto, é dever dos Estados-Membros fazer cumprir o Direito Europeu, considerando e aplicando os precedentes do Tribunal, que são vinculativos.

Embora não exista uma Constituição europeia, a União toma o seu texto fundador como se tal fosse, de sorte que as garantias fundamentais estabelecidas nos tratados são tuteladas pelo Tribunal como se fossem normas constitucionais.

Gomes Canotilho sustenta que a partir de uma rede de Constituições é que se estuda o Direito Constitucional da União Europeia. Os instrumentos das constituições nacionais não são aptos para solucionar os problemas resultantes da

⁷⁵ **Artigo 53º - Nível de proteção** - Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros. **UNIÃO EUROPEIA, Carta dos Direitos Fundamentais**: publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 83/402 de 30 de Março de 2010. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF> Acesso em 17/02/2015.

⁷⁶ **Artigo 51º- Âmbito de aplicação** - 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.

2. A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados. **UNIÃO EUROPEIA, Carta dos Direitos Fundamentais**.

⁷⁷ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia: da Unidade Jurídico-Política do Ordenamento Composto**, in Direito da União Europeia e Transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 14 e 15.

nova forma de organização política resultante da União, razão pela qual é necessária uma interconstitucionalidade para disciplinar tais relações, mas sem que se constitua um Estado propriamente dito: são as normas constitucionais em rede.

Por conta desse vínculo, o constitucionalismo europeu permite que a União Europeia impeça a violação de direitos de cidadãos de um Estado por outro. O Direito Europeu reforça o controle das políticas públicas internas pelo vínculo político.

Há uma alteração radical e substancial do Estado nacional soberano, pois com essa nova forma de organização política, as ordens jurídicas dos Estados-membros são parciais e inseridas numa ordem jurídica global, à qual aderiram voluntariamente. A soberania é relativizada, uma vez que não é mais exercida por nenhum Estado-membro isoladamente.

No que se refere ao processo de constitucionalização dos tratados, é preciso destacar que não são os sistemas nacionais que definem como as normas europeias devem ser aplicadas, mas o próprio Direito da União Europeia, que encontra os fundamentos em si mesmo.

Assim, muito embora a matéria relativa ao estado civil das pessoas seja de competência de cada Estado-membro, essas normas devem dialogar com o Direito Europeu sob a perspectiva da tutela dos direitos fundamentais e dos princípios previstos nos tratados e na Carta⁷⁸, assegurando aos cidadãos o nível de

⁷⁸ **Artigo 52º - Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios**

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.
2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos.
3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

proteção mais elevado.

Tem-se, portanto, que os princípios gerais são deduzidos para nortear a aplicação do Direito Europeu e densificados a partir do caso concreto pelo Tribunal de Justiça, formando sua jurisprudência de caráter eminentemente principialista. Assim, no âmbito da União Europeia, pouco se fala sobre princípio da legalidade na aceção de conteúdo normativo, salvo em matéria penal, restringindo-se tal princípio no atual momento jurídico às questões de competência e forma para a prática dos atos.

O princípio da igualdade goza de fundamental importância quando o assunto é casamento homoafetivo. Em verdade, é uma das vigas mestras de todo o sistema de proteção aos direitos fundamentais, sem dúvida. Tal princípio significa a submissão de todos os Estados-Membros ao Direito da União e que os cidadãos tenham igualdade de posição jurídica em qualquer dos países membros, independentemente da nacionalidade.

O artigo 20º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve que todos são iguais perante a lei. Tal princípio, relacionado aos fins do presente estudo, também encontra assento nos artigos 2º, 9º e 21º, 1, do Tratado da União Europeia⁷⁹ e nos artigos 8º e 157º, 4, do Tratado sobre o Funcionamento da

4. Na medida em que a presente Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições.

5. As disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de actos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização da sua legalidade.

6. As legislações e práticas nacionais devem ser plenamente tidas em conta tal como precisado na presente Carta.

7. Os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros têm em devida conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da presente Carta. **UNIÃO EUROPEIA, Carta dos Direitos Fundamentais.**

⁷⁹ **ARTIGO 2.º** A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

ARTIGO 9.º Em todas as suas actividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. É

União Europeia⁸⁰. Este último dispositivo, inclusive, contempla a denominada discriminação positiva, que consiste no tratamento desigual justificado para atingir a igualdade efetiva. Vale dizer, legitima as práticas que possibilitam a transformação da igualdade meramente formal em igualdade de fato. No conhecido pensamento de Rui Barbosa, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, é que se encontrará a verdadeira igualdade. Isso significa que qualquer regalia que vá além do necessário para viabilizar a igualdade efetiva destoa de tal objetivo, passando a caracterizar privilégio indevido, o que, sem dúvida, também viola o princípio da igualdade.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo também se relaciona diretamente com a não discriminação e a proteção das minorias. Nesse sentido, prevê o artigo 21º, 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

1. **É proibida a discriminação em razão**, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, **pertença a uma minoria nacional**, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou **orientação sexual**. (nossos grifos)

Também pela não discriminação, incluindo aquela em razão da orientação

cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional, não a substituindo.

ARTIGO 21.º 1. A acção da União na cena internacional assenta nos princípios que presidiram à sua criação, desenvolvimento e alargamento, e que é seu objectivo promover em todo o mundo: democracia, Estado de direito, universalidade e indivisibilidade dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, respeito pela dignidade humana, princípios da igualdade e solidariedade e respeito pelos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional.

A União procura desenvolver relações e constituir parcerias com os países terceiros e com as organizações internacionais, regionais ou mundiais que partilhem dos princípios enunciados no primeiro parágrafo. Promove soluções multilaterais para os problemas comuns, particularmente no âmbito das Nações Unidas. **UNIÃO EUROPEIA, Tratado da:** publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C 306 de 17 de Dezembro de 2007. Disponível em http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf Acesso em 17/02/2015

⁸⁰ **ARTIGO 8.º** Na realização de todas as suas acções, a União terá por objectivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres.

ARTIGO 157º, 4. A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional. **UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento.**

sexual, é a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Referida diretiva assevera que a discriminação, seja ela direta ou indireta, deve ser proibida, uma vez que pode comprometer os objetivos comunitários. Prevê, outrossim, que em situações muito limitadas é possível justificar-se a diferença de tratamento relacionada a uma característica que constitua requisito determinante para o exercício da profissão, desde que haja proporcionalidade e o objetivo seja legítimo. Assegura a existência de medidas compensatórias que visem a reparação de eventuais desvantagens sofridas, permitindo, inclusive, a criação de organizações cujo objetivo precípuo seja tutelar as necessidades específicas de tais indivíduos.

Vê-se, portanto, que o sistema de garantia dos direitos fundamentais no âmbito da União é extremamente denso, o que proporciona um alto nível de proteção aos indivíduos. Após essa necessária contextualização do assunto e considerando a vigência de normas verdadeiramente garantistas é que passaremos a analisar alguns acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que demonstram a aplicação dos mencionados princípios na busca da justiça no caso concreto.

Antes, porém, é preciso esclarecer que o TJUE não é um tribunal recursal das decisões proferidas no âmbito dos Estados-Membros, tampouco aprecia litígios nacionais. O Direito da União Europeia resulta de uma evolução contínua, impulsionada pela jurisprudência resultante do reenvio prejudicial, que é o procedimento que possibilita o diálogo entre os juízes nacionais e o TJUE, permitindo aos órgãos jurisdicionais nacionais, no bojo da lide que lhes cabe julgar, questionar o Tribunal acerca da interpretação do direito da União ou da validade de um ato.

Por meio e tal procedimento, o TJ uniformiza a aplicação do Direito. Ou seja, cabe o reenvio sempre que, no âmbito de qualquer Estado-Membro, houver dúvida quanto à interpretação de uma norma europeia ou mesmo de uma norma local em face de normas da União. E como já mencionado alhures, as decisões do

Tribunal vinculam os demais órgãos jurisdicionais nacionais quando do julgamento de casos que envolvam questões semelhantes. Portanto, embora o TJ não decida litígios nacionais, impõe aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros que decidam o caso observando as diretrizes contidas em seus acórdãos.

A integração europeia resulta, portanto, da provocação do TJUE pelo Judiciário dos países membros. Assim, o objetivo do reenvio prejudicial é a interpretação uniforme e a aplicação homogênea do Direito Europeu, com o escopo de assegurar a igualdade jurídica entre os cidadãos em toda a União. E o que assegura a efetiva aplicação do Direito Europeu é o princípio da cooperação leal, que condiciona a autonomia institucional dos Estados-Membros para o propósito integrativo, por meio do respeito e assistência mútuos quanto aos objetivos previstos nos tratados e de não violação das normas comuns.

Portanto, a igualdade jurídica entre os cidadãos europeus decorre da efetividade equivalente das disposições europeias, independentemente da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro. Vale dizer, o Direito da União Europeia deve ser aplicado de uma única forma em todo o território europeu.

2.2. A posição da jurisprudência do TJUE: acórdão Cornwall County Council de 30 de Abril de 1996, Processo nº C-13/94 e outros

Para concretizar o princípio da igualdade sem discriminação de gênero, foi editada a Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. No acórdão Cornwall County Council, C-13/94, de 30 de Abril de 1996⁸¹, estava em causa a interpretação de dispositivos da mencionada diretiva e respectiva abrangência.

⁸¹ Acórdão Cornwall County Council, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-13/94. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=233717> Acesso em 03/02/2015.

O litígio surgiu no Reino Unido, envolvendo P. contra S. e Cornwall County Council. P. trabalhava em um estabelecimento de ensino vinculado à segunda demandada. P. informou S., diretor de estudos e diretor encarregado da gestão e das finanças do estabelecimento de ensino, acerca da sua intenção de se submeter a um processo de mudança de sexo. Em setembro de 1992, depois de uma intervenção cirúrgica de pouca monta, P. recebeu aviso prévio, com desligamento previsto para 31/12/1992. A cirurgia de transgenitalização ocorreu antes do desligamento, mas depois da notificação de P.

P. ajuizou demanda no Tribunal Industrial contra S. e Cornwall County Council, sustentando ter sido vítima em razão do sexo. Os demandados alegaram que a dispensa de P. teria sido motivada por excesso de pessoal. Referido Tribunal constatou que a situação não encontrava amparo do Sex Discrimination Act 1975, uma vez que a norma de direito inglês tratava somente de hipóteses em que um homem ou uma mulher são discriminados em razão do sexo.

O Tribunal afirmou que se P. fosse do sexo feminino e tivesse se submetido à intervenção cirúrgica para se tornar fisicamente um homem, o empregador a teria demitido da mesma forma.

O órgão jurisdicional de reenvio, com dúvidas acerca de ter a mencionada diretiva âmbito de incidência mais amplo que o do Sex Discrimination Act 1975, indagou o Tribunal se a dispensa de um transexual por motivo de mudança de sexo constituiria transgressão ao objetivo da Diretiva 76/207/CEE de promover igualdade de tratamento entre homens e mulheres no trabalho. Indagou, outrossim, se a vedação da diretiva às discriminações em virtude do sexo se aplicaria a um trabalhador transexual.

O parecer do então Advogado-Geral Giuseppe Tesauro⁸² foi eminentemente técnico e fez constar que o Tribunal Industrial considerou que, embora houvesse excesso de pessoal, o verdadeiro motivo da dispensa teria sido a

⁸²Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauro, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-13/94 (acórdão Cornwall County Council). Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99596&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=233717> Acesso em 03/02/2015.

intenção manifestada por P. de modificar o sexo. Sustentou que a questão ultrapassa a dimensão moral e que embora fossem poucos os casos envolvendo transexualismo, considerando o estágio atual da sociedade, em que há rápida mudança dos costumes e da moral, o direito não pode ignorar a nova realidade social, devendo adaptar-se à mesma o mais rápido possível, sob pena de impor pontos de vista ultrapassados e de assumir um papel estático.

Apontou as sensíveis diferenças das respostas jurídicas dadas pelos Estados-Membros quanto aos efeitos da mudança de sexo, seja em relação ao nome, seja em relação à retificação do assento de nascimento e conseqüências dessa alteração na esfera civil. Disse que a ausência de leis especiais em alguns países não significa que a situação dos transexuais seja ignorada. Sustentou que quando o tratamento desfavorável de um transexual for determinado pela mudança de sexo há sim discriminação em razão do sexo, e que a proibição da discriminação daí decorrente é um aspecto do princípio da igualdade.

Salientou que a diretiva é uma das expressões de um princípio geral e de um direito fundamental, restando claro em sua fundamentação que a igualdade de tratamento constitui um dos objetivos comunitários, de modo que os transexuais também têm direito à proteção lá prevista. Pediu ao Tribunal que fizesse uma escolha “corajosa”, porque convencido de que estava em causa um valor universal, fundamental e consagrado nas tradições jurídicas modernas.

Ao pronunciar-se sobre as questões prejudiciais, o Tribunal entendeu que:

Tendo em conta o objectivo prosseguido pela Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, o artigo 5.º, n.º 1, desta directiva opõe-se ao despedimento de um transexual por um motivo relacionado com a sua mudança de sexo.

Já no acórdão Lisa Grant⁸³, o Tribunal de Justiça teve entendimento diverso e bem mais restritivo. Estava em causa a interpretação do artigo 119º do Tratado CE, da Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos e da 76/207/CEE, já mencionada, que trata da igualdade entre homens e mulheres no ambiente laboral.

As questões surgiram no bojo de uma ação movida por Lisa Grant contra sua empregadora, a South-West Trains Ltd (SWT), por conta da recusa de reduções nos preços dos transportes para a companheira da autora. Seu contrato de trabalho previa a possibilidade de viagens grátis e a preços reduzidos para o respectivo cônjuge, as quais eram concedidas livremente e suprimidas em caso de abuso. Por sua vez, o regulamento para aplicação das cláusulas estabelecia que as reduções seriam concedidas a todos os trabalhadores casados e ao seu cônjuge legítimo, ressalvada a hipótese de separação legal. O benefício era extensivo ao companheiro do sexo oposto do agente (*common law opposit sex spouse*), desde que houvesse declaração solene de uma relação estável desde há 2 anos ou mais.

Em 09/01/1995, Lisa pediu à SWT as reduções em favor da companheira, para o que apresentou uma declaração nos termos acima mencionados. Seu pedido foi negado pela companhia, ao argumento de que, em se tratando de pessoas não casadas, as reduções só seriam cabíveis a um parceiro de sexo oposto. Lisa ajuizou demanda contra a SWT, sustentando que a recusa constituiria uma discriminação em razão do sexo.

O Tribunal Industrial de Southampton instou o Tribunal de Justiça a se pronunciar a respeito, afirmando que, embora órgãos jurisdicionais do Reino Unido já tivessem negado que a recusa de concessão dos benefícios baseada na orientação sexual do trabalhador fosse discriminatória para os fins do artigo 119º do

⁸³ Acórdão Grant, de 17 de fevereiro de 1998, proc. C-249/96. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43629&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=235657> Acesso em 03/02/2015.

Tratado e das diretivas relacionadas, no acórdão Cornwall County Council o Tribunal de Justiça adotara posição contrária, ou seja, pela existência de discriminação. Desta forma, o órgão jurisdicional de reenvio colocou várias questões prejudiciais, as quais foram examinadas conjuntamente.

O Tribunal asseverou ser pacífico que reduções nos preços dos transportes oferecidas pela empresa aos seus empregados caracterizam remuneração para os fins previstos no artigo 119º do Tratado e que tal benefício independe da Diretiva 76/207. Entendeu, outrossim, que a recusa por parte da empregadora decorre do não preenchimento das condições regulamentares e pelo fato de ela não ter um cônjuge, tampouco uma pessoa do sexo oposto com a qual mantenha uma união estável. Assim, essa seria uma condição como todas as outras previstas no regulamento, cuja aplicação independe do sexo do trabalhador. Portanto, se é uma condição aplicável indistintamente a pessoas do sexo masculino e do sexo feminino, não há que se falar em discriminação em virtude do sexo.

Apontou também que embora o Parlamento Europeu tivesse declarado ser contrário a toda e qualquer discriminação resultante da orientação sexual das pessoas, fato é que não haviam sido editadas normas que permitissem essa equiparação. Nas exatas palavras do acórdão:

No que diz respeito ao direito dos Estados-Membros, embora, nalguns eles, a comunidade de vida entre duas pessoas do mesmo sexo seja equiparada ao casamento, ainda que incompletamente, na maior parte dos Estados-Membros só é equiparada às relações heterossexuais estáveis sem casamento em relação a um número limitado de direitos ou não é objecto de qualquer reconhecimento particular.

De outra parte, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem considerou que, muito embora tenha havido um amadurecimento das mentalidades no que toca à homossexualidade, relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo não conferem direito ao respeito da vida familiar tutelada pelo artigo 8º da Convenção, tampouco normas nacionais assecuratórias, para fins de proteção à família, de um tratamento mais

favorável às pessoas casadas e às de sexos diferentes que vivam em união estável em relação às do mesmo sexo que mantenham relacionamentos duráveis, violam o artigo 14º da Convenção, que veda as discriminações em virtude do sexo.

Em outro contexto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem interpreta o artigo 12º da Convenção como relativo somente ao casamento entre duas pessoas de gêneros opostos. Ainda:

Resulta do que precede que, no estado actual do direito no seio da Comunidade, as relações estáveis entre as pessoas do mesmo sexo não são equiparadas a relações entre pessoas casadas nem a relações estáveis entre pessoas de sexo oposto não casadas entre si. Por conseguinte, uma entidade patronal não é obrigada pelo direito comunitário a situação de uma pessoa que tenha uma relação estável com um parceiro do mesmo sexo à de uma pessoa que é casada ou que tem uma relação estável sem casamento com um parceiro de sexo oposto. Nestas circunstâncias, só pode competir ao legislador adoptar, eventualmente, medidas susceptíveis de se aplicarem esta situação.

Ainda que Lisa Grant tenha sustentado a aplicação do precedente Cornwall County Council ao seu caso, o Tribunal rechaçou essa possibilidade e afirmou que embora a observância dos direitos fundamentais que integram os princípios gerais representem condição de legalidade dos atos comunitários, tais direitos não podem, de per si, estender o campo de incidência das normas previstas no Tratado, excedendo as competências da Comunidade Europeia. Em suma, afirmou que a aplicação das normas dos tratados não podem ser distorcidas ou alargadas, devendo ser analisados no seu contexto jurídico e tendo em conta o seu real objetivo.

Finalmente, a resposta dada ao juiz nacional foi a seguinte:

A recusa de uma entidade patronal de conceder uma redução no preço dos transportes a favor da pessoa, do mesmo sexo, com a qual um

trabalhador mantém uma relação estável, quando essa redução é concedida a favor do cônjuge do trabalhador ou à pessoa, de sexo oposto, que com ele mantém uma relação estável sem ser casado, não constitui uma discriminação proibida pelo artigo 119.º do Tratado CE nem pela Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos.

Opondo-se ao posicionamento contencionista adotado no acórdão Grant, o Tribunal de Justiça foi além do conhecido precedente Cornwall County Council no posicionamento adotado no acórdão National Health Service Pensions Agency, C-117/01, de 7 de janeiro de 2004. A questão surgiu no bojo de um processo entre K.B., inscrita no regime de reforma do National Health Service (NHS), à NHS Pensions Agency (serviço do regime de reforma do NHS) e ao Secretary of State for Health⁸⁴, em virtude da recusa de atribuição de uma pensão de viuvez ao seu parceiro transexual.

O Sex Discrimination Act 1975 proíbe atos discriminatórios contra uma pessoa de determinado sexo, desfavorecendo-a em relação a outra do sexo oposto. São também proibidas as discriminações indiretas, em que a condição ou exigência é única, mas gera efeito negativo em relação às pessoas de determinado sexo. Após a decisão no acórdão Cornwall County Council, a norma em questão foi alterada para abarcar casos de discriminação direta fundada na alteração de sexo de um trabalhador.

A lei que regula o casamento – Matrimonial Causes Act de 1973 –, prescreve a nulidade do casamento se não houver diversidade de sexos entre os contraentes. A lei que trata dos registros de nascimento e óbito – Birth and Deaths Registration Act 1953 –, veda qualquer alteração no registro de nascimento, salvo na

⁸⁴ Acórdão K.B., de 7 de janeiro de 2004, proc. C-117/01, Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48823&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=238463> Acesso em 03/02/2015.

hipótese de erro material ou de grafia.

O Regulamento referente ao regime de reforma do NHS estabelece que se um inscrito falecer em circunstâncias nele definidas, deixando cônjuge supérstite, este terá, em princípio, direito a uma pensão.

K.B. trabalhou como enfermeira por cerca de 20 anos para o NHS e estava inscrita em seu programa de pensão. K.B. vivia há vários anos uma relação com R., pessoa do sexo feminino, tal como inscrita no Registro Civil, mas que se submeteu a uma cirurgia para alteração do sexo. Contudo, por não ter obtido a retificação do registro para constar o sexo masculino, K.B. e R. não puderam contrair matrimônio civil, muito embora tenham trocado votos em uma cerimônia religiosa.

A NHS Pensions Agency informou K.B. que, caso ela falecesse, R. não poderia receber sua pensão, uma vez que esta seria reservada ao cônjuge sobrevivente e que não havia lei no Reino Unido que reconhecesse a qualidade de cônjuge sem casamento legalmente constituído. K.B. recorreu ao Employment Tribunal competente no Reino Unido, sustentando que a legislação nacional que limitava as prestações aos viúvos de inscritos seriam discriminatórias em razão do sexo, contrariando o artigo 141º, CE, e Diretiva 75/117. Tanto o Employment Tribunal quanto o Employment Appeal Tribunal de Londres consideraram que o regime de reforma questionado não era discriminatório.

K.B. submeteu a questão à Court of Appeal, que decidiu pela suspensão da instância para questionar o Tribunal de Justiça se a exclusão de um parceiro transexual de uma mulher filiada ao regime de pensões do NHS, que limitasse as prestações aos dependentes a cargo do seu viúvo, constituiria uma discriminação em razão do sexo, nos termos do artigo 141º CE e da Diretiva 75/117.

Em suas razões, K.B. sustentou que a exigência de casamento constituiria uma discriminação indireta contra os transexuais, uma vez que o requisito do casamento, exigido para o recebimento da pensão, jamais poderia ser preenchido. O Reino Unido alegou que nenhum empregado que não fosse casado poderia se beneficiar da pensão, independentemente da circunstância pela qual não

contraiu matrimônio. A Comissão entendeu que K.B. não poderia invocar o direito comunitário para sustentar discriminação indireta.

O Tribunal ponderou que a exigência do casamento não poderia, por si só, ser considerada discriminatória por conta do sexo, vez que este é indiferente para efeito de concessão da pensão. Identificou, porém, que na situação posta existia uma desigualdade de tratamento relacionada não à concessão do benefício, mas sim a uma condição prévia indispensável para tanto, ou seja, a capacidade para o casamento. Isso porque a legislação inglesa da época as impedia de casar, uma vez que era nulo o casamento entre pessoas do mesmo sexo e inadmissível a retificação de gênero no registro de nascimento.

Do acórdão constou que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que a impossibilidade de um transexual se casar constitui violação de seus direitos, conforme previsto no artigo 12º da CEDH. E, considerando que compete aos Estados-Membros fixar as condições do reconhecimento jurídico da mudança de sexo de uma pessoa na situação de R., cabe ao juiz nacional aferir se num caso como esse uma pessoa na situação de K. B. poderia invocar o artigo 141.º CE, para o fim de fazer seu companheiro receber a pensão.

Em suma, embora o estado civil seja matéria de competência de cada Estado-membro, o Tribunal entendeu que se tratava de situação discriminatória, uma vez que o casamento era condição imposta para o recebimento da pensão e não era possível aos transexuais contraírem matrimônio com pessoa do sexo ao qual pertencia antes da cirurgia de transgenitalização.

No acórdão Jürgen Römer⁸⁵, o litígio principal opunha o autor ao seu antigo empregador, um município alemão, a propósito do montante da pensão complementar de reforma a que tinha direito. O autor trabalhou como empregado administrativo durante 40 anos até ficar incapacitado para o trabalho. Durante pelo menos metade desse período, conviveu de forma ininterrupta com seu companheiro.

⁸⁵ Acórdão Jürgen Römer, de 10 de maio de 2011, proc. C-147/08, Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80921&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236952> Acesso em 03/02/2015.

Em 2001, celebraram uma união de fato registrada, que era o que se permitia em âmbito alemão.

Römer requereu que o montante de sua reforma fosse recalculado, tendo-se em conta a dedução mais vantajosa do imposto, o que lhe foi negado, pois somente os casados poderiam ter esse benefício. Ele se insurgiu judicialmente por considerar que o Direito da União lhe assegurava o direito à igualdade de tratamento em relação aos beneficiários casados.

O Tribunal de Justiça foi instado a interpretar a Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, além de princípios gerais de Direito da União, no que se refere à não discriminação por conta da orientação sexual.

É importante destacar que, mesmo sendo de competência dos Estados-Membros questões relativas ao estado civil das pessoas, tal litígio envolve o Direito da União por se referir à questão remuneratória (art. 157º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), tendo em vista as normas que asseguram igualdade de tratamento no exercício da atividade profissional.

O município sustentou que o termo “casado” não poderia ser interpretado como queria o autor, pois a Constituição alemã colocou o casamento e a família sob proteção especial do Estado. Assim, a vantagem conferida para quem constitui família tem por escopo compensar os encargos financeiros daí decorrentes. Assim, para a entidade empregadora, uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que registradas, não constituiriam família para os fins da norma questionada.

O TJUE, acerca das questões prejudiciais pertinentes a este estudo postas pelo tribunal do trabalho de Hamburgo, entendeu que: 1) As pensões em causa estavam no âmbito de incidência da Diretiva 2000/78/CE e, portanto, do Direito da União Europeia, pois a pensão complementar de reforma constitui remuneração para os fins do artigo 157º do TFUE; 2) As disposições nacionais que preveem pagamento de pensão complementar de reforma em montante inferior para parceiros homossexuais com união de fato registrada comparativamente a

beneficiários casados, se opõem às normas contidas na Diretiva se, naquele país, o matrimônio estiver reservado a pessoas do mesmo sexo, e se existir, no direito nacional, discriminação direta em razão da orientação sexual por se encontrar o parceiro homossexual em situação fática e jurídica comparável a de uma pessoa casada no que se refere à pensão, devendo ser levado em conta os direitos e obrigações dos envolvidos em cada situação jurídica, cabendo referida comparação ao órgão jurisdicional de reenvio.

De fato, a decisão no acórdão Römer levou em conta a existência de normas constitucionais em rede e a necessária igualdade jurídica entre os cidadãos europeus, independentemente da nacionalidade e do Estado-Membro em que se encontrem, pois tal é decorrência lógica do princípio da igualdade em um espaço de liberdade, segurança e justiça. Assim, se o autor, ainda que quisesse se casar, não poderia em virtude da proibição existente na legislação alemã e justamente por isso não poderia se equiparar à situação de pessoas casadas para fins do montante da pensão, então, de fato, houve discriminação, ainda que indireta.

Reitera-se que, embora a legislação civil sobre o estado das pessoas seja de competência dos Estados-membros, levando-se em conta suas especificidades, se houver conexão da norma nacional com normas europeias, há que se respeitar o Direito da União, cabendo a intervenção do TJ, especialmente se houver violação ao direito de igualdade de tratamento por qualquer dos motivos definidos na diretiva mencionada.

A igualdade de tratamento, tal qual prevista na Diretiva 2000/78/CE, implica em vedação à discriminação nos domínios laborais, seja ela direta ou indireta, sendo proibido que a pessoa seja alvo de tratamento diferenciado em relação a outra em situação equivalente.

A última questão prejudicial, embora não tenha pertinência temática direta com o presente, é interessante, na medida em que envolve a obrigação dos Estados-Membros de efetuarem a transposição das diretivas para suas respectivas legislações. Os regulamentos e as decisões aplicam-se diretamente ao ordenamento jurídico local, mas as diretivas demandam transposição para a ordem jurídica

interna. Trata-se de um dever que, uma vez descumprido, enseja a responsabilização do Estado-Membro omissor por incumprimento. Eles têm prazo para efetuar a transposição, ou podem dá-las por transpostas, na hipótese de haver uma legislação interna anterior que já contemplasse o direito assegurado pela diretiva.

A Comissão Europeia realiza o controle *a posteriori*, não só no que se refere à transposição em si, mas para a própria efetividade do Direito Europeu no âmbito interno dos países membros. Nota-se, portanto, que o instrumentário da ordem jurídica europeia está voltado para a uniformidade da aplicação do Direito da União, com a consequente aplicação dos princípios que o norteiam. E mesmo com a transposição das normas para o Direito interno, elas não deixam de ser normas de Direito Europeu.

Assim, com relação à última questão prejudicial, o Tribunal entendeu que o direito à igualdade de tratamento só poderia ser invocado após o fim do prazo de transposição da Diretiva 2000/78/CE – no caso, a partir de 03/12/2003 –, e sem que tenha de esperar que a disposição seja efetuada pelo legislador do respectivo Estado-Membro conforme o Direito da União. E essa fixação do termo para o particular invocar a aplicação da diretiva faz todo o sentido, na medida em que, durante o prazo que o país tem para transpor a norma, ele não se encontra em mora com a União.

É que, embora ciente de seus deveres para com a União, o Estado-Membro, por vezes, deve adaptar sua legislação interna e não simplesmente transpor a diretiva, a fim de evitar o conflito interno de normas e equívocos que irão, certamente, gerar no futuro procedimentos de reenvio absolutamente desnecessários, ocupando o Tribunal de Justiça com procedimentos que poderiam ser evitados.

Como visto, é evidente a proteção aos direitos fundamentais no âmbito da União, pois o indivíduo é colocado no centro de sua ação. O artigo 9º do Tratado da União Europeia prescreve que é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. Logo, como regra, as normas de proteção aos

direitos fundamentais beneficiam tão-somente cidadãos europeus. Todavia, as atrocidades diárias que ocupam o noticiário internacional em números crescentes e alarmantes é motivo de preocupação em várias nações. E com a União Europeia não é diferente.

As Convenções de Genebra, desde 1949, conferem aos seres humanos respeito e dignidade. Portanto, seja qual for a circunstância, são proibidas quaisquer formas de tratamento cruéis e degradantes ou atentados à dignidade das pessoas. A Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a serem preenchidas por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem se beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e referentes ao conteúdo da proteção concedida, reafirma, em seu 2º considerando, o princípio de não repulsão e assegura que ninguém seja reenviado para onde possa ser perseguido.

O Tribunal de Justiça, no acórdão dos processos apensos X (C-199/12), Y (C-200/12) e Z (C-201/12)⁸⁶, foi instado pelo Tribunal Administrativo Supremo dos Países Baixos a se manifestar acerca dos pedidos de concessão do estatuto de refugiado no âmbito da mencionada diretiva. X, nacional de Serra Leoa, Y, nacional de Uganda, e Z, nacional do Senegal, buscaram refúgio nos Países Baixos, sustentando receio de perseguição em seus respectivos países de origem por conta de orientação sexual. Embora não tenham provado suficientemente os fatos e as circunstâncias, segundo a autoridade local, alegaram que foram vítimas de reações violentas por parte de suas respectivas famílias e de autoridades de seus países de origem. De fato, nos 3 países as práticas homossexuais são consideradas criminosas e sancionadas com penas graves, que podem chegar à prisão perpétua.

O órgão jurisdicional de reenvio questionou, em primeiro lugar, se estrangeiros homossexuais podem ser considerados como um determinado grupo

⁸⁶ Acórdão de 7 de novembro de 2013, proc. C-199/12 a C-201/12. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144215&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=240432> Acesso em 03/02/2015.

social para os fins do artigo 10º, 1, d, da Diretiva 2004/83/CE. Perguntou também como as autoridades nacionais devem determinar o que é um ato de perseguição decorrente de práticas homossexuais e se a respectiva criminalização, punida com pena de prisão no país de origem do autor, constitui ato de perseguição.

O Tribunal de Justiça entendeu que a orientação sexual constitui elemento essencial da identidade e que a existência de legislação penal como as dos países nos processos principais, direcionadas aos homossexuais, permite concluir que tais pessoas formam um determinado grupo social para os fins previstos na diretiva em causa. Todavia, afirmou que da leitura conjugada do artigo 9º, itens 1 e 2, c, da Diretiva 2004/83/CE, conclui-se que a criminalização de práticas sexuais, de per si, não constitui ato de perseguição, salvo se a pena prevista for a de prisão, por se tratar de legislação desproporcionada e discriminatória, e desde que a pena seja efetivamente aplicada no país de origem do requerente.

Vale dizer, nem sempre o pedido de asilo de um homossexual será acolhido, pois a violação dos direitos do requerente deve ser séria o suficiente para caracterizar ato de perseguição para os fins previstos na Convenção de Genebra. Asseverou também que da leitura conjunta do artigo 10º, 1, d, e do artigo 2º, c, da mesma diretiva, extrai-se que compete às autoridades nacionais o exame dos fatos, conteúdo e âmbito de incidência da legislação e dos regulamentos do país de origem do requerente, bem assim a forma como são executados, a fim de descobrir se a pena de prisão é mesmo aplicada.

Ainda segundo o acórdão em comento, quando da apreciação de um pedido de concessão de asilo, não é razoável que as autoridades competentes esperem que o requerente dissimule a sua homossexualidade no seu país de origem ou mostre certa reserva na expressão dessa orientação sexual para evitar o risco de perseguição, pois tal comportamento é contrário ao próprio reconhecimento de característica essencial para a identidade, não se podendo exigir que o indivíduo renuncie a ela.

Infelizmente, as relações homoafetivas são consideradas criminosas em

muitos países, dos quais sete aplicam pena de morte⁸⁷. Há países que punem práticas homossexuais indistintamente e outros que consideram crime somente as relações entre homens. Para a Organização das Nações Unidas, a punição de crimes não violentos com pena de morte representa uma violação das normas internacionais de direitos humanos.

Indiscutivelmente, há muito por se fazer, em âmbito supranacional, quando o assunto é intolerância.

⁸⁷ TERRA. **Descubra onde ser gay é um crime que pode levar à morte.** Disponível em <http://noticias.terra.com.br/mundo/homofobia-no-mundo/> Acesso em 22/02/2015.

Parte II – A tutela jurídica das uniões homoafetivas e o Estado Democrático de Direito

Capítulo 3 - Ponto da situação e alguns riscos, à luz do Estado Democrático de Direito

3.1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a tripartição dos poderes constituídos

Conforme brevemente já comentado, é premissa da consecução do Estado Democrático de Direito a independência e a harmonia entre os Poderes constituídos. Trata-se de norma garantidora de direitos aos indivíduos, pois essa divisão dificulta o acúmulo e o conseqüente abuso no exercício deste poder, bem como inibe que um poder constituído intervenha nas funções de outro, contrapondo-o ou, até mesmo substituindo-o, sob pena de subversão da democracia republicana e da intervenção judicial indevida no espaço político.

Como sabemos, vivemos no Brasil um regime democrático, na forma republicana que atribuiu à Federação competências em três níveis, Executivo, Legislativo e Judicial. Essas verdadeiras atividades estatais guardam consigo pressupostos de legitimidade para sua aplicação.

Dessa forma, o Poder Executivo, eleito pelo povo, respeitada a legislação, cuida da administração central. O Poder Legislativo, também devidamente respaldado pelo voto, reflete nas casas legislativas – sistema bicameral – a vontade daqueles que representa e exterioriza essa representatividade na produção legislativa, e, por fim, ao Poder Judiciário, cabe aplicar a lei.

Diante dessa realidade, ao se discutir a adoção da prática do ativismo judicial, a hipótese que desde logo surge é a da substituição da vontade democrática, legitimada pelo voto, pela vontade unipessoal do julgador.

Não obstante haja mecanismos interpretativos previstos na própria legislação, que garantem ao Poder Judiciário a aplicação da lei, o que será estudado

nos próximos itens, é o limite a que o julgador está adstrito para que essa prática não redunde na usurpação de funções constitucionalmente atribuídas a outro Poder do Estado.

A isonomia da lei é o pilar que garante que para uma mesma situação jurídica seja dada a mesma solução. A questão posta é que a invenção de regras pode gerar desfechos diferentes para situações idênticas, em afronta à segurança que deve permear as relações jurídicas.

Diante disso, o conceito de aplicação da justiça passa a ser aquilo que um único homem define, segundo suas crenças, suas paixões e seus valores, em desprestígio à lei que, como já asseverado, é fruto de amplo debate realizado pelos representantes eleitos, que após consenso definem e aprovam a norma que valerá para todos.

Dessa maneira, eventuais decisões que reescrevem a lei no caso concreto, sem a prévia e necessária alteração legislativa, em total subversão do sistema normativo posto, abrem um precedente perigoso para novas e recorrentes violações da legislação em vigor, gerando enorme insegurança jurídica.

Não se pode olvidar que tais precedentes representam verdadeira afronta ao princípio da legalidade, que é o sustentáculo da isonomia. Essa prática constitui-se em verdadeira concentração do exercício das atribuições de dois Poderes legitimamente constituídos, já que legislam e julgam a um só tempo.

Se determinado anseio da sociedade é por uma nova legislação que contemple situações rechaçadas pela atual, a mudança deve se dar pela via própria, com a participação do Poder constituído para tanto e que representa os cidadãos brasileiros: o Legislativo.

O Judiciário, ao lado do Poder Executivo, conceitualmente, no máximo, deve ser um vocalizador dessas necessidades onde eventualmente a judicatura detecte eventual lacuna.

O processo legislativo é fruto do amadurecimento das ideias e pleitos de

toda uma sociedade. Os representantes são eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico, com igual valor para todos, representantes esses que têm a nobre função de legislar, concretizando os anseios de seus representados.

O artigo 2º da CRFB prevê a independência e a harmonia entre os Poderes constituídos, o que possibilita o controle recíproco e dificulta os abusos.

O que muito se discute e acarreta essa discutível prática ativista são lacunas oriundas de alegada inércia do Poder Legislativo. O que, a nossa vista e pelo o que será exposto, não encontra respaldo para tanto.

Há mecanismos como o da iniciativa popular para que a população atue e cobre providências, analisando quais representantes se omitem no exercício da função de tutelar os interesses de seus representados. Conforme já asseverado alhures, esse é o mais absoluto exercício de democracia.

Nesse sentido Lenio Streck⁸⁸ explicita sua preocupação:

Dito de outro modo, o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso, porque, de um lado corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade e arbitrariedade das decisões judiciais e do consequente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente.

Por fim, correlato ao tema do presente estudo, a questão das uniões homoafetivas, em destaque o papel do ativismo judicial em substituição à vontade do legislador, aponta Clarissa Tassinari⁸⁹ que:

Ora, as cortes superiores brasileiras vem decidindo como se constituintes

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista**. Revista NEJ. Vol. 15. N. 1, Janeiro a Abril de 2010. p. 158-173. Disponível em www.univali.br Acesso em 28/06/2015.

⁸⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 133.

fossem, em outras palavras, isso significa afirmar que o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a usurpar prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para o reconhecimento e regularização dos direitos e garantias das uniões homoafetivas.

Agora faremos breves apontamentos acerca do contexto do Direito Constitucional Europeu e essa divisão de funções para a atuação dos Poderes constituídos e, após, teceremos as considerações propriamente ditas acerca do ativismo judicial e seu estudo.

3.2. O Direito Constitucional Europeu e a divisão de competências

Como visto no item 2.1 do capítulo 2 deste estudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia não aprecia somente conflitos entre os Estados-Membros e as instituições, mas, sobretudo e principalmente, lides propostas por particulares na busca da aplicação do Direito Europeu, visando a garantia de seus direitos. E esses precedentes, que são vinculativos, buscam a aplicação uniforme do Direito da União em seu âmbito como decorrência da integração europeia e consecução dos objetivos comuns. E a aplicação do Direito em causa decorre dos princípios norteadores, especialmente do princípio da igualdade e da cooperação leal entre a União e os Estados-Membros.

Com tantas peculiaridades e diferenças culturais entre 28 nações, a manutenção do propósito integrativo depende da uniformidade da aplicação do Direito da União em cada uma delas, com o propósito de envidar esforços na efetiva busca dos interesses e objetivos comuns, sem fronteiras internas, em um espaço de liberdade, segurança e justiça, tal qual previsto no artigo 3º, 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Ocorre, contudo, que de maneira distinta daquela que o ocorre no Brasil, essa multiplicidade acima mencionada permite maior flexibilidade para a atuação da justiça na esfera da União Europeia.

A crítica que se tece aqui é que o ativismo judicial não se coaduna com o sistema do nosso ordenamento jurídico, que é o *civil law*. Já na UE há Estados-Membros que em seu ordenamento jurídico interno há regime de *civil law*, como é o caso da Espanha, e outros, cujo *common law* além de imperar, nasceu, como é o caso da Grã-Bretanha.

Dentro de um sistema tão dicotômico e multifacetado que necessita de integração, cabe ao Tribunal de Justiça Europeu a utilização de todos os mecanismos para essa sua consecução.

Relata Luiz Magno P. Bastos Júnior⁹⁰ que:

Essa atuação (principal motor no processo de integração da Europa) fez-se mais proeminente e decisiva no momento em que se verificava uma levada inércia normativa das instituições comunitárias; atividade que deu ensejo a um concreto alargamento das competências comunitárias, e que possibilitou a fixação, por parte daquela corte, de diretrizes norteadoras das atividades judiciais nacionais em matéria de Direito Comunitário.

Assim, o que vemos aqui é que pelas peculiaridades dos Estados-Membros, surge dentro das competências do Tribunal a competência de aprimorar a integração e, para que houvesse essa operação, deu-se verdadeiro exemplo de ativismo judicial.

Entretanto, esse ativismo se beneficiou das discrepâncias entre os sistemas internos dos Estados-Membros, sendo admissível em grande parte deles, especificamente naqueles que adotam o direito dos costumes.

Ressalta ainda o autor⁹¹:

O ativismo judicial do Tribunal de Justiça Europeu foi possibilitado pelo

⁹⁰ BASTOS JR., Luiz Magno. **O papel do Tribunal de Justiça Europeu no Processo de Integração e a questão da mutação de competências**, p. 138. Texto disponível em www.periodicos.ufsc.br
Acesso em 28/06/2015

⁹¹ BASTOS JR., **O papel do Tribunal de Justiça Europeu no Processo de Integração e a questão da mutação de competências**, p. 143.

hiato legislativo existente nas instituições comunitárias. A inércia regulamentadora foi propiciada por diversos fatores conjugados: pelo engessamento das decisões do Conselho em face da exigência de unanimidade; pela resistência dos Estados-Membros e de amplos setores da sociedade, aqueles que não adequaram seus ordenamentos às prescrições do direito comunitário, estes por serem diretamente afetados pelas políticas econômicas decorrentes da instituição de um mercado comum livre.

Ainda, ele aponta um norte para que essa atividade que em momento tão essencial dependeu do ativismo judicial para se fazer valer tende a se aperfeiçoar e deixar as práticas ativistas para o passado, em uma evolução em respeito às normas comunitárias. Assim, explica:

Neste sentido, e sem desconsiderar o relevante papel de estabilização e conformação das atividades dos órgãos comunitários e de intermediação das tensões advindas das suas relações com os Estados-Membros, cidadãos e pessoas coletivas no interior da comunidade, Jacobs afirma que este vazio legislativo vem sendo gradualmente preenchido pela introdução do voto majoritário através do Ato Único Europeu, pelo programa do mercado interno de 1992 e pelo Tratado de Maastricht, e, conclui ele, o advento do Euro, indubitavelmente, contribuirá mais para a integração que qualquer tribunal poderia fazer.

Em face à maturidade das demais instituições, a atividade judicante comunitária tende a restringir-se à aplicação dos *checks and balances* entre as instâncias comunitárias e a garantia da integridade e uniformidade na aplicação e interpretação do direito comunitário.

Diante do exposto, vê-se fenômeno concretizador do processo de integração da Europa por meio do ativismo do Tribunal de Justiça Europeu, contudo, há que se salientar que esse sucesso se deve ao fato de que em muitos dos Estados-Membros esse tipo de atuação não foi estranha ao seu ordenamento interno.

Não há como se classificar de maneira pejorativa a atuação ativista consuetudinária pura em face do sistema constitucional austríaco, por exemplo, modelo alicerce da teoria de Kelsen, em que o Tribunal Constitucional sequer faz parte do Poder Judiciário e se constitui apenas e tão-somente no guardião da Constituição.

Passaremos a ver, por conseguinte essa acomodação dos sistemas contemporâneos do ordenamento jurídico, e, após, o ativismo e suas características propriamente ditos.

3.3. Os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*

O Brasil adotou o sistema jurídico da *civil law*, vale dizer, a lei é a viga mestra do sistema e fonte primária do Direito. Lei é a regra geral e abstrata que regula a vida em sociedade. Como regra, em nosso sistema a jurisprudência possui caráter orientador. Todavia, atravessamos um momento delicado, de insegurança e instabilidade decorrente do ineditismo das decisões judiciais que ignoram a legislação em vigor. Há um verdadeiro caos interpretativo, por vezes resultante da aplicação equivocada de teorias estrangeiras.

Poder-se-ia, aqui, tecer inúmeras considerações acerca da Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2004 que inseriu em nosso ordenamento jurídico a aplicação das súmulas com efeito vinculante, que, em sua natureza é instituto próprio do direito consuetudinário e não do direito romano. Ocorre, contudo, que tal discussão, por si só, não influencia diretamente na hipótese ora discutida, pois, na verdade se trata de ingerência de instituto alienígena à essência da matriz de *civil law*.

Assim, ao se discutir o ativismo na entrega da prestação jurisdicional, seja com ou sem a existência de Súmulas Vinculantes no ordenamento jurídico em questão, o que importa é constatar a existência da prática ativista que se dá sob a égide do sistema eminentemente de origem romana da *civil law*. Esta a nossa opção

para o presente estudo para que haja organicidade e coerência na construção da ideia acadêmica.

Assim, retornando, como restará demonstrado, o ineditismo do Poder Judiciário em fabricar leis e usurpar essa função do legislador está totalmente adstrita ao contexto do modelo de sistema adotado por determinada nação.

No sistema da *common law*, o julgador soluciona a lide utilizando decisões anteriores como precedentes. É pressuposto, evidentemente, que exista paridade entre as demandas. Nas palavras de Sérgio Gilberto Porto⁹²:

Stare decisis aplica-se a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem demonstrar preocupação com a ideia de identidade de partes, mas sim quando revele preocupação com a identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional.

E, mesmo quando o sistema é orientado pela *common law*, ainda que não o seja de modo integral, como é o caso da União Europeia, denota-se evidente preocupação com a uniformização das decisões do Tribunal e respeito à repartição e atribuição de competências.

Mas, como veremos, o ativismo que permeia temas ainda não amadurecidos em nossa sociedade e, por óbvio, como via de consequência, não amadurecidos no parlamento, encontraria maior lógica sob o direito consuetudinário,

⁹² PORTO, Sérgio Gilberto. **SOBRE A COMMON LAW, CIVIL LAW E O PRECEDENTE JUDICIAL**, p. 10. Texto disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>
Acesso em 28/06/2015

na medida em que nos costumes buscar-se-ia respaldo para a atividade judicial, o que não é natural ao *civil law*, já que existe rigor legal na aplicação do direito, sendo a lei o limite de atuação do juiz.

Ocorre, contudo, que não obstante estarmos sob a égide do *civil law*, a atuação do Supremo Tribunal Federal diante da legislação do controle de constitucionalidade brasileiro acaba por facilitar a prática do ativismo, mesmo que em dissonância com o direito da *civil law*. Enfatiza Danielle Mariel Heil⁹³ que:

O atual sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro favorece o ativismo judicial, pois se em todo o sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma única corte suprema, ou seja, a um tribunal constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Sobre a problemática oriunda do ativismo judicial, cabe destacar que o ativismo na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamenta a decisão, acaba por afrontar à separação de poderes e, faz do Juiz um verdadeiro legislador e inclusive contrariando o Estado Democrático de Direito, em que impera a lei.

No mais, restará demonstrado no próximo item que esse desrespeito às premissas do sistema adotado, em que se quer permear o *civil law* com dispositivos interpretativos naturais ao *common law*, acarreta um verdadeiro caos interpretativo que favorece situações como as retro apontadas.

3.4. O ativismo judicial (no Brasil) e o “caos interpretativo”: duas faces da mesma moeda

Nesse contexto em que se discute a prevalência de uma decisão judicial

⁹³ HEIL, Danielle Mariel. Ativismo judicial: **Brasil vivenciando o common law**. Publicado em 25.06.2015 por Empório do Direito. Disponível em <http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/201949964/ativismo-judicial-brasil-vivenciando-o-common-law>

que atribui direitos mesmo que à margem da Lei, imprescindível trazer à tona a discussão acerca do fenômeno denominado ativismo judicial.

Contudo, desde logo, há que se fazer observação no que diz respeito ao tratamento que a doutrina confere ao tema. Não raro as obras apontam de maneira uníssona que a prática do ativismo judicial é de difícil conceituação, uma vez que se traduz em um sentimento que ocorre em razão de determinadas circunstâncias que acabam por acarretar esse modo de atuação ao Judiciário (normalmente atribui-se esse sentimento à inércia do Poder Legislativo).

Ocorre que, se essa observação é uníssona, pecam os doutrinadores no momento em que, ao buscar um conceito técnico para o ativismo judicial, tentam confrontá-lo com correntes teóricas como o positivismo, o pós-positivismo, o realismo jurídico, dentre outras.

Se tal prática se constitui em um sentimento, podemos, sem medo de errar, asseverar que o ativismo é, então, contexto que surge diante de causas específicas e, como tal, encontra respaldo em qualquer corrente⁹⁴, já que em face de umas estará alinhado, e, em face de outras, será uma distorção. Assim, para um jusnaturalista, o contexto do ativismo judicial nada mais é do que o legítimo exercício da jurisdição e, para um positivista, trata-se de uma distorção do sistema.

Na verdade essa adequação repousará verdadeiramente no confronto do sistema jurídico adotado pelo Estado⁹⁵ e não diante de uma doutrina específica. Dessa forma, parece razoável que em um ordenamento jurídico de direito consuetudinário o ativismo seja parte intrínseca do sistema, constituindo-se em

⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24. “Muito embora Dworkin, Ely, Michael J. Perry e outros constitucionalistas estadunidenses seguramente estruturam o seu pensamento a partir de uma determinada concepção do direito, não abordam o tema do ativismo judicial sob o viés jurídico-dogmático, deixando, assim, amplo espaço a ser preenchido por trabalhos como este que ora se apresenta.”

⁹⁵ Ao descrever a justificação temática, objeto e finalidades de sua obra na Introdução, o professor Elival da Silva Ramos vai por caminho distinto e destaca que “centrarei meus esforços na elaboração de um conceito de ativismo judicial, que, ao contrário da enunciação dos parâmetros que permitem a identificação de uma prática ativista, situa-se no plano da Teoria do Direito, não sendo válido apenas para um determinado sistema normativo.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**, p. 21.

ferramenta hábil à entrega jurisdicional.

Já no nosso ordenamento, sob o manto do *civil law*, fica patente que esse contexto do ativismo não encontra respaldo sistêmico para subsistir sem que haja limites claros para a sua ocorrência. Ao juiz nada há de mais caro que a tomada de posição de seu espírito para decidir, entretanto, decidir dentro dos limites da lei. A entrega da jurisdição, o ato nobre de dizer o direito é *dever-poder* dentro das normas vigentes, sendo claras as regras de sua aplicação.

Elival da Silva Ramos⁹⁶ observa:

Contudo, mesmo na conceituação ampla de ativismo não se revela minimamente funcional se não for conectada aos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, porquanto são notórias, embora nem sempre levadas na devida conta, as diferenças entre os parâmetros que se impõem a um juiz do *common law* e do *civil law* no tocante ao exercício da jurisdição.

Além disso, não resta dúvida de que a discussão sobre os limites a serem observados pelos aplicadores oficiais do direito no desempenho de sua atividade judicante, como já se fez notar no item precedente, somente faz sentido em ordenamentos constitucionais estruturados sob a fórmula da separação dos Poderes.

Destarte, é nesse contexto, em que a prática do ativismo judicial sob o manto do *civil law* não observa suas barreiras naturais, intrínsecas ao sistema a que pertence, que serão tecidas as considerações na busca da solução para essa equação de verdadeira hermenêutica constitucional para a aplicação do Direito.

O que se discute é a existência, ou não, de ingerência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo e quais seriam os limites de tal imbricação entre os Poderes.

Não se pode olvidar que no campo da hermenêutica constitucional muitas

⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**, p. 25.

são as teorias que embasam os dogmas para a prática da interpretação, não se confundindo com a aplicabilidade das normas constitucionais e suas variantes. Veremos, a seu tempo, cada uma delas.

Nessa busca, insta consignar, conforme alhures asseverado, não existir consenso acerca da definição do que venha a ser o fenômeno do ativismo judicial propriamente dito, uma vez que há inúmeros entendimentos que podem dizer respeito a inúmeras vertentes, consoante apontado por Dimoulis⁹⁷:

Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas, em particular rejeitando as posturas progressistas dos tribunais.

É certo que a definição acima destacada⁹⁸ se enquadra perfeitamente para a presente dissertação, uma vez que o tema abordado é extremamente controverso e poder-se-ia, em um primeiro momento, de maneira simplista, combater o ativismo que recai sobre o reconhecimento de determinados direitos correlatos à homoafetividade com essa argumentação. O que se busca é demonstrar de maneira técnica as fragilidades dessa forma de hermenêutica sob a ótica do Estado Democrático de Direito e os necessários freios e contrapesos para a harmonização dos Poderes da República.

Após aprofundado estudo, há que se defender como melhor forma de definição aquela que confronta nas suas raízes o *judicial self-restraint* ou autocontenção judicial e o *judicial activism*, diante dos problemas teóricos em sua definição.

⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade** in As Novas Faces do Ativismo Judicial. Editora JusPodivm. 1ª Edição, 2ª Tiragem. 2011, p. 460.

⁹⁸ Aponta RAMOS, 2010, p. 28: “Conforme denunciou Dimitri Dimoulis, o veredicto antipositivista compõe uma retórica tautológica e permeada de argumentos emocionais e, portanto, de reduzido valor científico, mas com graves consequências no plano da disfunção sistêmica examinada no presente trabalho, como adiante se verá.”

Assim, aponta Dimoulis⁹⁹:

... o termo *judicial activism* foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesenger Jr. em artigo na revista *Fortune*. O termo foi utilizado para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte na época do *New Deal*: a primeira linha (liderada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte pode desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. A segunda linha (liderada por Jackson e Frankfurter) defendia uma postura de autocontenção judicial, deixando o cuidado para as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo.

Ademais, segue o autor:

A opção da primeira linha foi denominada pelo autor de ativismo judicial, afirmando que, apesar de seu caráter politicamente progressista, pode representar uma ameaça à democracia, pois as decisões básicas sobre a proteção dos direitos fundamentais e a política social deviam ser tomadas por instituições eleitas democraticamente.

Assim, o que se almeja é que impere um critério médio de bom senso para a prevalência da tripartição dos Poderes, para que possa trazer ao sistema equilíbrio e evite que o Judiciário legisle sem ter sido democraticamente eleito para tanto, bem como que não o afaste de demandas a ponto de ocorrer o *non liquet*¹⁰⁰, que, aliás, é vedado pela nossa legislação. A jurisdição tem que ser entregue ao jurisdicionado.

Esse equilíbrio é bem explicitado por Dimoulis¹⁰¹ ao mencionar lição de

⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade**. in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, p. 460.

¹⁰⁰ Art. 126 do CPC. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade**. in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, p. 462.

James Thayer¹⁰², em que defende um minimalismo judicial ou o *self-restraint* do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos até as últimas décadas do século XX.

O argumento mais conciliador entre o ativismo e a autocontenção é o da autolimitação do Poder Judiciário¹⁰³:

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e freqüentes na esfera de liberdade do legislador. (...)

A doutrina da autocontenção adota uma concepção *modesta* do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções. Nos EUA, tradicionalmente, os tribunais se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político.

E finaliza com a seguinte observação de que “o juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes.”

Como visto, essa foi a teoria que preponderou até as duas últimas décadas do século XX, sendo que novas visões interpretativas como o Originalismo de Scalia¹⁰⁴ e a Nova Separação dos Poderes de Bruce Ackerman¹⁰⁵ inclinaram para uma posição de maior ativismo.

Ocorre, contudo, que há uma diferença conceitual entre a Constituição

¹⁰² THAYER, James Bradley. **Origem e finalidade da doutrina americana do direito constitucional**. Harvard. 1893.

¹⁰³ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade** in As Novas Faces do Ativismo Judicial, p. 468-469.

¹⁰⁴ SCALIA, Antonin. **Originalism: The Lesser Evil**. 1989

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. **The New separation of Power's**. Harvard Law Review. 2000.

norte-americana e a brasileira, notadamente sob o já tão alardeado sistema contemporâneo sob o qual se está adstrito, sendo, inclusive, o nosso federalismo, na sua essência, distinto do modelo anglo-saxão, o que colabora para uma distorção ainda maior sob o influxo do *common law* da prática do ativismo em nosso ordenamento jurídico.

E aqui, novamente há que se observar a dicotomia entre os sistemas consuetudinário e o direito positivo da *civil law*, que pela sua natureza, ressalta a diferença de ambiente para a prática do ativismo.

Ressaltada essa posição de consenso, Luis Nassif, ao narrar aula ministrada pelo Ministro Teori Zavaski¹⁰⁶ no Instituto dos Advogados de São Paulo, revela observação importante no contexto do ativismo:

O juiz deve fidelidade básica ao que foi definido pelo legislador. Quando assumem, os juízes prometem cumprir a Constituição e a lei. Mas há o complicador de que a vida apresenta novidades que escapam ao legislador. E o juiz não pode deixar de sentenciar alegando que não existe a lei. Por aí há um espaço importante de criação de norma pelo juiz **quando o legislador não atua**. (grifo nosso).

Dessa maneira, há que se sopesar essa assertiva com o todo já exposto, uma vez que esse espaço de produção normativa, embora possa num primeiro momento parecer legítimo por suprir lacuna, tal supressão se dá por aquele que, investido na judicatura por concurso público, não detém a legitimidade das urnas, a representatividade direta que somente o voto confere.

Ao vetar que o Juiz não entregue a jurisdição diante da lacuna da lei, o artigo 126 do Código de Processo Civil não autoriza o julgador criar direito, mas sim se socorrer de fórmulas hermenêuticas que repousam no próprio ordenamento jurídico.

¹⁰⁶ Portal GGN. **A aula de Teori Zavaski sobre o ativismo judicial.** Disponível em <http://jornalggm.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial> São Paulo, 20 de março de 2014. Acesso em 25.06.2015.

Diante dessas colocações, não parece plausível que o Poder Judiciário, contrariando texto legal expresso – salvo melhor juízo, não parece ser o caso de lacuna da lei – possa legislar sem legitimidade para tanto, principalmente em uma questão tão cara e controversa na sociedade brasileira como é a hipótese da comunhão homoafetiva.

Conforme exposto no começo deste capítulo, importante se faz observar algumas análises do ativismo diante de correntes interpretativas como o positivismo e o realismo jurídico. Não obstante o contexto da prática do ativismo se consubstancie na égide do modelo adotado pelo ordenamento jurídico, analisar as principais correntes pode elucidar o porquê da adoção de determinadas posturas por determinados julgadores.

As duas grandes correntes que se interpõem a validar, ou não, as práticas ativistas são, na sua essência, duas: o positivismo, para o qual o ativismo não encontra ressonância, e as correntes jusnaturalistas que, dentre elas, a mais moderna, o pós-positivismo, bem resume Elival da Silva Ramos¹⁰⁷:

Destarte, no lugar desse “superado” positivismo, propõe-se que a dogmática constitucional se assente em um assim denominado “pós-positivismo”, entendido como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Contudo, conforme já amplamente asseverado, afastados da comparação entre doutrinas, não é da nossa opinião que tal prática se coadune no nosso sistema de *civil law* com o desrespeito aos limites da lei.

Ainda, ao analisar o ativismo sob a ótica da corrente positivista, afirma o autor:

O positivismo parte da premissa metodológica de que o direito deve ser

¹⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**, p. 28-29.

estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito. O objeto da Dogmática Jurídica para os positivistas são as normas vigentes em determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina. Nas palavras de Norberto Bobbio, dessa atitude frente ao fenômeno jurídico “deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo”. (...) Ou seja, no veredicto preciso de Bobbio, “como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é puro e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito”. Ao contrário, se for descartado o método positivista, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito”. Assiste inteira razão a Dimitri Dimoulis quando afirma que “o êxito teórico da abordagem positivista lato sensu é ignorado pela maioria dos autores nacionais que insistem em indicar os ‘fracassos’ do positivismo jurídico, sem levar em consideração que quase todos os estudiosos modernos admitem a positividade do direito e sua mutabilidade no tempo, de acordo com decisões dos detentores do poder, rejeitando a possibilidade de um direito paralelo, independentemente da vontade política dos legisladores humanos”.

Assim, após essa exposição, apresentar-se-á hipótese que elucida o que aqui foi elencado, levando-se em consideração a produção jurisprudencial que norteia a decisão do julgador.

A jurisprudência, isso não se discute, é fonte do Direito. Todavia, é preciso avaliar se a produção de uma jurisprudência excessivamente progressista, despreocupada com a legislação em vigor e que simplesmente segue a reboque de qualquer movimentação social, sem maiores debates e amplas reflexões, cumpre a função última do Direito. Importante destacar que aqui não estamos fazendo alusão

à questão das uniões homoafetivas, que são uma realidade e não um modismo, embora ainda não aceita pela maioria da sociedade brasileira, como já visto no capítulo 1, item 1.2. Estamos, apenas, colocando uma hipótese.

O Direito tem como papel precípua ordenar as relações sociais, impondo deveres e garantindo direitos. Certamente é preciso que as leis sejam alteradas (ou criadas), na medida em que efetivas mudanças sejam constatadas e aceitas pela coletividade, como consequência de um regime democrático. Mas tais mudanças devem ser fruto de amplo debate e amadurecimento de ideias em âmbito coletivo. Ademais, as alterações legislativas devem se dar pela via própria, sob pena de a um só Poder constituído avocar para si e passar a exercer todo o poder do Estado.

Em alguns casos, vemos o Judiciário brasileiro agir de forma a garantir direitos, ainda que sem supedâneo legal, o que causa desconforto técnico por um lado e alento sentimental por outro. Mas e em casos de supressão de direitos legalmente garantidos? O que fazer? A quem denunciar a violação e pleitear o direito, se quem deveria assegurá-lo impede seu legítimo exercício?

No título que trata dos direitos e garantias fundamentais, o constituinte previu como tal a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assim como assegurou a inviolabilidade do sigilo de dados¹⁰⁸. Em 2011, foi editada a Lei 12.527, que regula o acesso à informação. Logo no parágrafo único do artigo 1º, referido diploma estabeleceu os entes que estão subordinados ao regime lá previsto:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as

¹⁰⁸ Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm Acesso em 3/11/2014

sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O artigo 2º prevê a aplicação da referida Lei às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam verbas públicas, estabelecendo que a publicidade fica restrita tão-somente à parcela dos recursos **públicos** recebidos e à sua destinação.

Sendo assim, parece-nos bastante clara e definida a abrangência do referido diploma legal que, inclusive, assegura no artigo 6º, III, proteção da informação sigilosa e da informação pessoal.

A Lei, ressalvado melhor entendimento, teve por objetivo dar ampla publicidade e transparência à destinação de recursos públicos, como consectário do direito fundamental de acesso à informação, tanto que foi lançado o portal da transparência, acessível a qualquer pessoa e sem qualquer restrição.

Pois bem. Uma associação de trabalhadores requereu ao ouvidor-geral do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acesso aos dados de todas as serventias extrajudiciais do DF, com especificação numérica de atos praticados e espécie, valores percebidos a títulos de emolumentos, dentre outras, invocando como fundamento legal a referida lei de acesso à informação. O feito foi autuado como processo administrativo e a decisão no âmbito do referido tribunal foi pela negativa de acesso a tais informações, posto que inaplicável referido diploma a notários e registradores. Todavia, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu formular uma consulta ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão ao qual compete o controle do Poder Judiciário.

Curiosamente, aquele órgão entendeu que as informações deveriam ser prestadas, o que causa espécie por diversas razões. A uma, porque a referida Lei, conforme parágrafo único de seu 1º artigo e artigo 2º, não é aplicável a notários e registradores, posto que não se enquadram em nenhuma das hipóteses ali previstas. A duas, porque é princípio básico de hermenêutica jurídica que normas que limitam o exercício de direitos e liberdades interpretam-se restritivamente. A três, porque notários e registradores são pessoas físicas que exercem sua relevante

função por delegação do Poder Público, em caráter privado. A quatro, porque o direito à intimidade e à vida privada, assim como ao sigilo de dados, possui assento constitucional e, por óbvio, notários e registradores são cidadãos brasileiros que deveriam gozar de tais direitos.

Após alguns meses, a ilegalidade perpetrada contra os notários e registradores do Distrito Federal foi estendida a todo o extrajudicial nacional, de ofício, pelo CNJ, que decidiu divulgar informações sigilosas, sem qualquer restrição, por meio de seu sítio eletrônico¹⁰⁹, em total afronta aos mencionados direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que exercem as atividades delegadas.

Ou seja, um órgão que sequer exerce jurisdição, em total atropelo aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal da República, aplica uma lei inaplicável para supressão de direitos. Já seria altamente questionável uma decisão jurisdicional que violasse direitos fundamentais, sendo realmente preocupante uma decisão desse jaez proferida por um órgão sem competência jurisdicional.

Lamentavelmente, os delegatários da atividade notarial e de registro carregam a pecha de serem burocratas milionários e que gozam de muitos privilégios. Fala-se muito, mas pouquíssimo se conhece de tão relevante atividade, que tem como objetivo precípua a pacificação das relações sociais e a garantia da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos praticados. E parece que tudo tem sido feito para contrariar os interesses de tais profissionais. O que não se alardeia, porque pouco interessa, é que boa parte das serventias mal se sustentam e contam com ajuda de custo para manter a prestação do serviço. Muito pouco se fala também que boa parte dos serviços são prestados gratuitamente e que inúmeras fraudes são obstadas justamente pela atuação dos serviços extrajudiciais. O tema será abordado com maiores detalhes no capítulo próprio.

Assim, a partir desse exemplo, mas outros muitos existem, é preciso

¹⁰⁹ Portal CNJ. **Justiça Aberta disponibiliza acesso a cadastro dos cartórios.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/evento/96-noticias/4834-justiaberta-disponibiliza-acesso-a-cadastro-dos-carts> Brasília, 30 junho 2014. Acesso em 11/11/2014.

repensar ideal de justiça hoje buscado pelo Poder Judiciário e respectivo órgão de controle. Afinal, o que é justo? Justo para quem? A partir de qual perspectiva? Decide-se por quem e para quem?

Não conseguimos vislumbrar qual o interesse público na divulgação ampla e irrestrita de tais informações que, reitera-se, são de caráter privado. Tais informações, de há muito, já são de conhecimento do Poder Judiciário, órgão responsável pela fiscalização dos serviços notariais e de registro por disposição constitucional. Ora, se o interesse fosse a melhor redistribuição do serviço extrajudicial, eventual controle pelo órgão correicional ou mesmo implementação de políticas visando o interesse da coletividade, bastaria que o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições, fizesse o que entende ser devido, mas sem a divulgação de dados pessoais de pessoas que deveriam gozar dos mesmos direitos que goza qualquer outro cidadão.

A divulgação irrestrita de tais informações coloca em risco a segurança de tais profissionais. Os dados da serventia, tais como endereço e telefone, sempre foram públicos, mas, uma vez que além de informações de interesse efetivamente coletivo são divulgados também o número de atos praticados e a arrecadação respectiva, algumas vezes expressiva, num país com segurança pública tão precária, evidentemente que alguns profissionais passaram a correr maior risco. Claro que esse risco específico é para uma minoria, já que grande parte das serventias extrajudiciais se mantém com extrema dificuldade e a divulgação dos referidos dados só serviu para que alguns sentissem certo embaraço de seu faturamento, por vezes indigno, dada a relevância da função desempenhada.

3.5. O ativismo judicial (no Brasil) e “caos interpretativo”: violação da legalidade, riscos de afetação da isonomia e de arbitrariedades

Como visto, os sistemas jurídicos que hoje disciplinam a função judicante no Brasil e na União Europeia possuem diferenças notáveis.

O Poder Judiciário tem usurpado frequentemente as competências

legislativas e reescrito o Direito – leia-se, o próprio texto da lei – em cada caso concreto, de modo cada vez mais amplo, atabalhado e preocupante. Constatam-se decisões díspares para casos idênticos, pelos mais diversos fundamentos, isso quando a decisão é fundamentada, como consequência dessa indevida invasão no campo político e que traz a reboque a violação do princípio da igualdade.

Citando a cientista política Maria Tereza Sadek, diz Lenio Streck:

De mérito, é necessário dizer que Sadek de há muito vem apontando as deficiências na prestação jurisdicional. Seus números deixam claro, inclusive, que, atualmente, a maioria dos juízes reconhece o “estado de crise”. Denuncia que, no sistema judiciário, “ou se é bem relacionado ou mal relacionado. O ideal de justiça se contrapõe a privilégios”. Identifica como um dos fatores da impunidade a legislação processual, com demasiado número de recursos, manipuláveis pela técnica jurídica. No campo do processo civil, critica a subvalorização dos juizados especiais: “A face de prestação de serviços de Judiciário deveria estar no Juizado, já que a Justiça comum está próxima da falência.” Lamenta, também, que as decisões que “provoquem consequências no coletivo” fiquem a cargo de um juiz individual¹¹⁰.

O que se conclui, lamentavelmente, mas sem generalização leviana, é que, para boa parte do Judiciário, a venda caiu e a balança não se encontra mais equilibrada. E isso é um risco para uma prestação jurisdicional que se pretende justa. Assim, para minimizar tais abusos e discrepâncias, é de rigor que alguns limites sejam resgatados. E o maior deles, sem dúvida, é a lei. A legislação em vigor deve ser o parâmetro intransponível e do qual o magistrado não deve se afastar.

O sistema jurídico adotado no Brasil é o da *civil law*. Vale dizer, a lei é a viga mestra que ampara toda a estrutura e deve ser preservada. A lei é de observância obrigatória para todos os cidadãos brasileiros e deste universo não se excluem os magistrados. Hoje, o pobre do jurisdicionado constata “na pele” o que

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 44-45.

ocorre quando o juiz afasta a letra da lei. A impressão que se tem é que há diversas leis para o mesmo direito, dada a discrepância das decisões para casos idênticos. A lei não pode ser como um elástico, em que para um caso se deixa em posição regular e para outro se tenciona ao máximo de sua capacidade.

Aqui cabe registrar um caso interessante de soluções diferentes para casos absolutamente idênticos. Após o julgamento pelo STF da ADI nº 4.277/ADPF nº 132, ocorrido em 05 de maio de 2011, em virtude do qual foi reconhecida a união estável homoafetiva, foi editada a Resolução 175/CNJ, em 14 de maio de 2013, determinando a realização da habilitação e celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Então, se pessoas do mesmo sexo podem se casar, e isso foi viabilizado sem a correspondente alteração legislativa, que certamente contemplaria todas as hipóteses e consequências dessa nova forma de composição familiar, agora efetivamente há uma situação sem previsão legal no que diz respeito à filiação. Isso porque a LRP, em seus artigos 52 e 54, fazem alusão à diversidade de sexos para o registro de nascimento, por ser a forma biologicamente viável de reprodução humana e porque os registros públicos devem traduzir a verdade do mundo fático, por princípio, pois a segurança é a razão maior de ser das notas e registros públicos.

Então, utilizando-se de técnicas de reprodução assistida, os casais homoafetivos passaram a constituir uma nova forma de família, mas com a estrutura já conhecida, composta por ascendentes e descendentes. Ocorre que a lei registral não contempla tal hipótese, sendo que notários e registradores observam o princípio da legalidade e não praticam atos sem previsão legal, pois isso violaria o dever de segurança e, eventualmente, eficácia dos atos praticados, por conta da presunção *iuris tantum* de veracidade, afastável por provimento judicial.

Não demorou muito até que as dúvidas envolvendo o registro de crianças concebidas por meio de técnicas de reprodução assistida, cujo assento se pretendesse em nome do casal homoafetivo, chegassem até os juízes responsáveis para decisão via processo administrativo, pois em tais casos há, efetivamente, uma lacuna da legislação, cujo suprimimento não é dado aos registradores, consoante

razões já expostas.

Em Minas Gerais, um casal pretendeu o registro da criança em nome de ambos os cônjuges, o que foi negado pelo Oficial de Registro Civil competente, dada a inexistência de previsão legal. O juízo competente decidiu pela impossibilidade de solucionar o caso na via administrativa, sustentando que a questão demandaria dilação probatória, o que não se admite em processo administrativo. O casal interessado ingressou em juízo e o caso foi autuado na 7ª Vara de Família, sob o nº 0440983-76.2014.8.13.0024, tendo sido negado os efeitos da antecipação da tutela requerida.

Alguns meses depois, um outro casal, conhecido daquele, teve igualmente o registro da criança negado, nos mesmos moldes requeridos, pelo Oficial de Registro Civil. Foi suscitada a correspondente dúvida e o mesmo juízo decidiu pelo registro de plano, no próprio processo administrativo, de sorte que hoje a criança já possui o registro em nome de ambos os cônjuges.

Pergunta-se: se os casos são idênticos e o princípio da igualdade estabelece que os direitos são iguais, o que justifica que um casal tenha conseguido o registro na via administrativa e o outro tenha sido compelido à utilizar-se da via jurisdicional?

Alguns aceitam esse tipo de situação com absoluta naturalidade, argumentando que aí reside a beleza do Direito, nos pensamentos divergentes e nas diferentes formas de interpretar a legislação em vigor. Com o devido respeito, ousa divergir. Não se nega que a atividade interpretativa é inerente à ciência do Direito e que a diversidade dos pensamentos enriquecem os debates. Todavia, o que se tem visto com frequência preocupante, e esse caso é apenas um num universo de milhares de processos, são decisões totalmente díspares para a mesmíssima situação jurídica. A atividade interpretativa não pode ser um mecanismo para viabilizar situações de injustiça que saltam aos olhos de qualquer leigo. Ou a todos é dado praticar certa conduta ou também a todos ela deve ser proibida. À mesma situação deve ser dado o mesmo direito, a mesma solução jurídica, respeitadas, evidentemente, as especificidades de cada caso. Não fosse assim, qual seria o

sentido do princípio da igualdade?

Todavia, decisões díspares também ocorrem, mesmo havendo lei aplicável à espécie. Cada vez mais os julgados têm ido muito além da margem interpretativa que a lei assegura ao seu intérprete, gerando situação de desigualdade entre pessoas com a mesma demanda, mas cuja prestação jurisdicional lhes impõe soluções diametralmente opostas.

Somente quem já foi parte em um processo pode dizer o quão desgastante, o quão sofrido é um embate judicial. Litigar, já vem dizendo o próprio Judiciário, deve ser o último recurso. Referido Poder está abarrotado, com cerca de 100 milhões de ações pendentes de julgamento¹¹¹. Os programas de conciliação vêm ganhando espaço e sendo bastante incentivados, sobretudo pelo CNJ, sempre visando o desafoamento. Metas foram estipuladas pelo referido órgão de controle, como se todos os processos fossem de idêntica complexidade e pudessem ser julgados em igual tempo. Essa imposição numérica, evidentemente, compromete a qualidade da prestação jurisdicional. Mas como colaborar e não litigar em face da disparidade e da desigualdade que as decisões judiciais estão gerando, com assustadora frequência?

Assim, para coibir os evidentes abusos e a arbitrariedade é que a lei deve ser observada sempre, admitindo-se decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito somente em caso de omissão legislativa, conforme claramente disposto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Sendo assim, não cabe ao juiz decidir conforme suas impressões pessoais ou suas paixões, de acordo com o que pensa ser o correto, se o seu sentir representa afronta a texto expresso da lei. Ainda vigora em nosso sistema o princípio da legalidade. A lei deve ser rigorosamente observada pelos operadores do Direito, pois, em nosso sistema, é fonte primária do Direito. Nas palavras de Bobbio, “o

¹¹¹ Blog do Renato Nalini. **Justiça na UTI.** Disponível em <http://renatonalini.wordpress.com/2013/10/07/justica-na-uti/> São Paulo, 7 de outubro de 2013. Acesso em 12/11/2014.

código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.”¹¹²

E não poderia ser diferente: o que assegura o mesmo direito àqueles que se encontram em situações idênticas é justamente a Lei. Não há espaço para arbítrio onde há o texto claro da Lei. Daí porque Bobbio manifestou sua preferência pelo governo das leis, rechaçando o governo dos homens:

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.¹¹³

Ao mencionar, dentre outros fatores, as crescentes demandas sociais que buscam a concretização de direitos junto ao Poder Judiciário, asseverando que isso não pode comprometer os alicerces da democracia representativa, Lenio Streck afirma que:

O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. *Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia*

¹¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**; tradução de Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 121.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 171.

realista).¹¹⁴

Assim, o que constatamos hoje, em total afronta ao sistema jurídico adotado em nosso país – *civil law* – é justamente a sobreposição do poder dos juízes à própria lei, que é (ou deveria ser) a fonte precípua do nosso Direito. Não parece técnico ignorar o conteúdo expresso na legislação de regência para decidir em sentido oposto, conforme o caso concreto e um padrão próprio de justiça, porque isso significa desvirtuar o sentido e a aplicação do Direito. Nas palavras de Lenio Streck:

Para ser mais claro, ao se fazer alusão ao “caso concreto”, isso não pode significar uma solução *ad hoc* – relembremos, aqui, por todos, o caso, relatado *retro*, da rejeição da denúncia feita com base em uma pauta geral que escondeu a singularidade –, como se fosse possível aplicar ao campo da interpretação/aplicação do direito uma espécie de neonominalismo, circunstância, aliás, bem presente no direito brasileiro, em que o “caso concreto” assume a característica de “álibi para a prática de decisionismos e arbitrariedades” por parte dos juízes e tribunais, isto é, pensa-se que o caso concreto é um passaporte para um “mundo de natureza hermenêutica”, em que cada um possui o seu próprio “território” de sentidos. Em outras palavras, o caso concreto passou a ser sinônimo de pragmatismo e desconstrutivismo.¹¹⁵

Desta forma, a “secundarização” do conteúdo da Lei, afastando sua aplicação no caso concreto, representa a subversão de toda a estrutura organizacional e de competência de nosso Estado.

Retornando um pouco à discussão encampada no item anterior, acerca do conflito com a corrente positivista, em que se busca um alinhamento justificável ao ativismo, encontramos valiosa lição que se contrapõe com a discutível corrente

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 411

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

do Movimento do Direito Livre. A Alemanha viu surgir tal teoria que, nos dizeres de Elival da Silva Ramos¹¹⁶:

(...) se associa, principalmente, o nome de Eugen Ehrlich, por ter se valido da expressão “Teoria do Direito Livre” em conferência proferida em 1903. Na verdade, partem os adeptos do movimento da crítica à atividade de subsunção mecânica, propugnada pelo positivismo no século XIX. Todavia, ao invés de apenas ampliarem a esfera de liberdade do intérprete-aplicador, acabam por instaurar o subjetivismo, ao eliminar por completo a vinculação do juiz à normatividade legal, pois “é a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside à escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão”.

Na verdade, temos aí uma forma de realismo jurídico e o autor também comenta essa vertente:

O realismo jurídico termina, desse modo, por rejeitar a própria estrutura normativa (dever-ser) do ordenamento jurídico, realçada pelo positivismo, ao considerar o direito um mero “conjunto de fatos, isto é, de decisões efetivamente tomadas (ou condutas assumidas) em relação a um caso e empiricamente constatáveis”.

Assim, voltamos ao início do Capítulo 3, em que asseveramos que, independentemente do modelo dogmático, seja ele o positivismo ou o realismo jurídico, o fator determinante para se equacionar se há ou não uma ilegalidade ou mesmo arbitrariedade na hipótese da prática daquele sentimento denominado ativismo judicial é a sua contextualização perante o sistema ao qual o ordenamento jurídico encontra-se adstrito.

Deveras. Após os exemplos colacionados, é patente que a questão da prática do ativismo judicial se coaduna menos com o nosso sistema. A postura da

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**, p. 35.

autocontenção judicial é a tomada de posição do espírito do julgador que melhor se subsume ao nosso modelo.

Assim, ao arrepio das leis e da constituição, avocando clamor da sociedade que é típico de ser ouvido, valorado e exteriorizado pelo legislador, não pode o julgador, dentro do nosso atual contexto, sem a legitimidade do voto direto, fazer lei. Essa aparenta ser a melhor conclusão diante do exposto e dos conflitos suscitados.

Após essas observações, passaremos a analisar o impacto do tema ora estudado na atividade registral.

Capítulo 4

A função notarial e de registro no contexto da tutela jurídica das uniões homoafetivas

4.1. O regime jurídico no Brasil

O exercício da função notarial e de registro se dá no Brasil em caráter privado, por delegação do Poder Público, conforme previsão constitucional do art. 236. Referido dispositivo foi regulamentado pela Lei 8.935/94, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e Registradores), que assegurou a notários e oficiais de registro independência no exercício de suas atribuições.

A gestão administrativa, financeira e de pessoal é feita em caráter privado, com as consequentes responsabilidades daí resultantes, conforme determina o art. 236 da CRFB¹¹⁷. A atividade é regulamentada pela LNR, fiscalizada pelo Poder Judiciário e o ingresso efetivo se dá por concurso público de provas e títulos.

Sobre o regime jurídico das atividades notariais e de registro no Brasil, esclarece Luís Paulo Aliende Ribeiro¹¹⁸:

A imposição do regime privado de execução, vedada expressamente a

¹¹⁷ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

¹¹⁸ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

atuação estatal direta, caracteriza o *exercício privado de função pública* e acrescenta um dado a mais para a demonstração de que a atividade notarial e de registros apresenta peculiaridades que a diferenciam de quaisquer outras, singularidade que emerge do estudo mais detalhado dessas *profissões oficiais* ou *profissões públicas independentes*.

O exercício necessariamente privado ocorre no campo destinado à gestão privada, ou seja, na atuação jurídica dos notários e registradores e no gerenciamento financeiro e de pessoal de cada unidade de serviço, o que, quanto à organização geral dos serviços e à relação de sujeição especial que liga os delegados ao Poder Público outorgante, não afasta o regime jurídico de direito público e a natureza estatal desta singular atividade de atribuição da fé pública e da publicidade oficial a atos, contratos e direitos de terceiros.

A gestão privada, isoladamente considerada, não permite, por este motivo, a caracterização da atividade notarial de registros como atividade econômica em sentido estrito, permanecendo, em face do parcial regime jurídico de direito público, sua natureza de serviço público.

Mas os notários e registradores, embora exercentes de função pública, não são funcionários públicos, nem ocupam cargos públicos efetivos, tampouco se confundem com os servidores e funcionários públicos integrantes da estrutura administrativa estatal. Por desempenharem função que somente se justifica a partir da presença do Estado – o que afasta a idéia de atividade exclusivamente privada –, inserem-se na ampla categoria de *agentes públicos*, nos termos acolhidos de forma pacífica pela doutrina brasileira de direito administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica quem exerce os serviços notariais e de registro do artigo 236 da Constituição, assim como os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, *como particulares em colaboração com*

o Poder Público por delegação, destacando que “... eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço”.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello inclui, entre os *particulares em colaboração com a Administração*, os

“delegados de função ou ofício público, quais os titulares de serventia da Justiça não oficializadas, como é o caso dos notários *ex vi* do art. 236 da Constituição, e bem assim outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial.”

Há de se acrescentar que os notários ou registradores, apesar de exercerem atividade jurídica e estarem vinculados ao Poder Judiciário, não desempenham atividade *jurisdicional*.

Assim, conclui-se que a função pública exercida por notários e oficiais de registro no Brasil é objeto de descentralização administrativa por colaboração, de modo que o poder concedente conserva a titularidade do serviço, transferindo ao particular tão-somente a sua prestação. E o delegatário desta relevante função pública somente pode ser pessoa física, que se submete ao concurso público de provas e títulos, para a necessária comprovação de sua capacidade técnico-jurídica.

Uma vez aprovado, recebe a delegação que escolher, conforme classificação obtida no certame, e cuja natureza é de provimento originário, o que significa que o concursado ingressa sem qualquer vínculo anterior que o torne responsável por obrigações precedentes. Cada delegatário responde pelas obrigações correspondentes ao período em que exerceu a função em determinada unidade de serviço.

A pessoa natural que recebe a delegação tem o dever de praticar com

todo o empenho e diligência os serviços de organização técnica e administrativa que se destinam à garantia da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. A atuação dos notários e registradores destina-se à prevenção de litígios e à paz social. Devem exercer suas funções com autonomia, responsabilidade, independência, imparcialidade, rigor técnico e observância total às leis e às normas técnicas expedidas pelo juízo competente. Os direitos e deveres de tais profissionais do Direito estão insculpidos na LNR.

Desde que cumpra a Lei, assim como observe os deveres e os princípios que regem a atividade extrajudicial no Brasil, o delegatário tem o direito de continuar no exercício de suas funções. Todavia, em situações excepcionais, se constatadas irregularidades pelo Poder Judiciário, responsável pela fiscalização do serviço extrajudicial, o titular poderá sofrer processo administrativo para perda da delegação, conforme a gravidade das infrações praticadas. Todavia, nos termos do artigo 35 da LNR, a perda da delegação dependerá de sentença judicial com trânsito em julgado ou de decisão em processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado o amplo direito de defesa.

Em suma, a função notarial e de registros no Brasil é pública, mas o exercício se dá em caráter privado, conforme determinação constitucional, observados todos os direitos e deveres previstos na legislação de regência.

4.2. O regime jurídico em Portugal e em alguns outros países da União Europeia

Num primeiro momento, se analisarmos o sistema português, o regime jurídico em relação aos notários se assemelha ao sistema brasileiro. Com relação aos registros públicos, é totalmente diferente. Ambas as funções, embora hoje exercidas em regimes diversos entre si, são atreladas ao Ministério da Justiça português, órgão responsável pela fiscalização e disciplina da atividade notarial e de registro.

Para exercer a função de notário em Portugal, é preciso se submeter ao concurso de provas públicas para atribuição do título de notário. De acordo com o artigo 31.º do Estatuto do Notariado (EN), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 51/2004, de 29 de outubro e pelo Decreto-Lei n.º 15/2011, de 25 de janeiro, são requisitos para admissão a concurso: a) Ser português ou nacional de um Estado membro da União Europeia ou de outro Estado signatário de acordo com Portugal visando o reconhecimento mútuo das qualificações profissionais para o exercício da função notarial em regime de reciprocidade; b) Ser maior de idade; c) Não estar inibido do exercício de funções públicas ou interdito para o exercício de funções notariais; d) Possuir licenciatura em Direito; e) Ter frequentado e concluído com aproveitamento o estágio notarial. Nos termos do art. 34, II do mesmo diploma, o concurso é aberto por aviso do Ministério da Justiça, publicado no Diário da República, ouvida a Ordem dos Notários.

O preâmbulo do Estatuto do Notariado de Portugal é bastante rico e revela, dentre outras relevantes informações, o sistema adotado naquele país¹¹⁹:

Cada sistema notarial deve traduzir o modelo de sociedade e o sistema de Direito vigentes. E tanto a fisionomia que a actual Constituição Portuguesa confere à primeira como a raiz romano-germânica do segundo impõem a consagração entre nós do modelo do notariado latino. Parte integrante da política de justiça, o sector do notariado deve ser, pois, objecto de um processo de modernização e reforma, que há-de, em primeira linha, garantir a certeza e a segurança das relações sociais e económicas e assegurar o rigoroso cumprimento de elevados padrões técnicos e deontológicos.

Todavia, a reforma do Notariado português permitiu que outros profissionais, no caso os advogados, exercessem a atividade notarial, revestidos de fé pública. Foi estipulada também a delimitação territorial para o exercício da função.

¹¹⁹ **Novo Estatuto do Notariado.** Disponível em: <http://www.notarios.pt/NR/rdonlyres/001F77E9-EDD5-402B-8DF6-B1DA0143EB77/2123/NovoEstatutosdoNotariado.pdf> Acesso em 27/06/2015.

Antes da reforma, havia notários públicos, ou seja, funcionários vinculados ao Estado português que exerciam a função de notário. Houve um período de transição de dois anos, no qual houve a coexistência de notários públicos e privados. Durante referido período, puderam fazer a opção pelo exercício privado da função ou pela manutenção da função pública. Os que optaram pela continuidade da função pública foram integrados às conservatórias de registos e são como os funcionários públicos no Brasil, com vencimentos fixos pagos pelo Estado português.

A divisão de atribuições, todavia, é um pouco diferente, vez que os notários portugueses, nos termos do artigo 4º do Estatuto, detêm competências que no Brasil são dos tradutores públicos juramentados e dos Registradores de Títulos e Documentos:

Compete, em geral, ao notário redigir o instrumento público conforme a vontade dos interessados, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-os do seu valor e alcance. 2 - Em especial, compete ao notário, designadamente: a) Lavrar testamentos públicos, instrumentos de aprovação, depósito e abertura de testamentos cerrados e de testamentos internacionais; b) Lavrar outros instrumentos públicos nos livros de notas e fora deles; c) Exarar termos de autenticação em documentos particulares ou de reconhecimento da autoria da letra com que esses documentos estão escritos ou das assinaturas neles apostas; d) Passar certificados de vida e identidade e, bem assim, do desempenho de cargos públicos, de gerência ou de administração de pessoas colectivas; e) Passar certificados de outros factos que tenha verificado; f) Certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos; g) Passar certidões de instrumentos públicos, de registos e de outros documentos arquivados, extrair públicas-formas de documentos que para esse fim lhe sejam presentes ou conferir com os respectivos originais e certificar as fotocópias extraídas pelos interessados; h) Lavrar instrumentos para receber a declaração, com carácter solene ou sob juramento, de honorabilidade e de não se estar em situação de falência,

nomeadamente para efeitos do preenchimento dos requisitos condicionantes, na ordem jurídica comunitária, da liberdade de estabelecimento ou de prestação de serviços; i) Lavrar instrumentos de actas de reuniões de órgãos sociais; j) Transmitir por telecópia, sob forma certificada, o teor dos instrumentos públicos, registos e outros documentos que se achem arquivados no cartório, a outros serviços públicos perante os quais tenham de fazer fé e receber os que lhe forem transmitidos, por esses serviços, nas mesmas condições; l) Intervir nos actos jurídicos extrajudiciais a que os interessados pretendam dar garantias especiais de certeza e autenticidade; m) Conservar os documentos que por lei devam ficar no arquivo notarial e os que lhe forem confiados com esse fim. 3 - A solicitação dos interessados, o notário pode requisitar por qualquer via, a outros serviços públicos, os documentos necessários à instrução dos actos da sua competência. 4 - Incumbe ao notário, a pedido dos interessados, preencher a requisição de registo, em impresso de modelo aprovado, e remetê-la à competente conservatória do registo predial ou comercial, acompanhada dos respectivos documentos e preparo.

Já as funções dos registradores portugueses são exercidas somente em regime de serviço público. O entendimento em Portugal é que as informações resultantes dos registos públicos devem ser gerenciadas somente pelos que atuam diretamente vinculados e subordinados ao Estado português, em regime equivalente ao dos servidores públicos no Brasil. E a reforma acima referida criou uma situação *sui generis*: as conservatórias dos registos, além do serviço que lhe é próprio, ou seja, atos de registo, passaram a efetuar também atos de competência notarial, tais como inventários e partilhas, reconhecimento de firmas, autenticações, procurações, dentre outros.

A reforma que retirou dos notários inúmeros atos que lhe eram privativos, praticamente acabou com a fé pública na concepção tradicional, tal qual conhecemos no Brasil, viabilizando um sem número de fraudes e o aumento

vertiginoso das falsificações de documentos. Embora tentem propalar a ideia de que muito se ganhou com a reforma, sobretudo em modernidade e eficiência, a informação obtida junto à Conservatória do Registo Civil de Braga é que muito se perdeu em segurança jurídica, pois as falsificações cresceram assustadoramente. Ainda assim, o governo português vem publicando textos legais que menosprezam a intervenção do notário, pondo em xeque a lisura e a segurança das relações praticadas no meio social.

Também com origem em tronco latino, o sistema registral da Espanha é considerado um dos melhores e mais seguros do mundo. O sistema notarial hispânico também encontra-se bastante avançado para os fins de tutelar interesses privados¹²⁰:

El modelo notarial latino tiene como pilar la escritura pública, un documento con fuerza ejecutiva, y que constituye una prueba privilegiada en juicio. Se puede afirmar que la escritura pública es en el tráfico ordinario lo que la sentencia en el contencioso. A diferencia de los contratos privados, la fuerza ejecutoria que se atribuye a los documentos públicos notariales, permite que las partes contratantes obtengan directamente la ejecución de sus obligaciones recíprocas ante los tribunales. El documento público notarial también tiene una eficacia que trasciende a terceros. En el sistema notarial prima la seguridad jurídica preventiva frente a los otros existentes en el mundo, que suelen recurrir a la contratación de seguros y a la intervención judicial en caso de conflicto. En la Unión Internacional del Notariado (UINL) se integran la mayoría de los países de la Unión Europea y Latinoamérica, todos los países del Este de Europa y otros tan lejanos a nuestra cultura como Japón y muchos de Asia y África.

El sistema notarial tiene una importancia estratégica para el buen funcionamiento de la vida económica. Es una figura que **protege al**

¹²⁰ Consejo General Del Notariado. **El Notariado en el mundo.** Disponível em: <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/el-notariado-en-el-mundo> Acesso em 28/06/2015

consumidor y que ahorra costes, al proporcionarle un asesoramiento gratuito, reducir los trámites y, fundamentalmente, evitarle litigios.

Atualmente, encontramos no âmbito da União Europeia vários sistemas integrados à denominada “família latina”. Dessa raiz surgiu também o sistema brasileiro. Tais sistemas visam a proteção do terceiro de boa-fé nas relações jurídicas e a segurança preventiva dos negócios, garantindo liberdade e paz social. A atuação notarial e registral é preventiva e tem por objetivo precípua evitar litígios no Poder Judiciário, já tão assoberado hodiernamente.

O sistema latino é o que melhor se adequa às economias de mercado, inclusive pela ampla publicidade dos atos e por ser dos mais econômicos¹²¹.

Com algumas variações, que não serão abordadas por não serem objeto do presente estudo, encontram-se integrados à “família latina” os sistemas notariais e registrais de Portugal, Itália, Bélgica, França e Luxemburgo.

4.3. Notários e Registradores no Brasil: profissionais independentes?

Notários e registradores, consoante moderna doutrina de Direito Administrativo, são particulares em colaboração com o Poder Público (por delegação), cuja atividade é regulamentada por Lei e cujo ingresso se dá por concurso público de provas e títulos. A gestão administrativa, financeira e de pessoal é efetuada em caráter privado, com as consequentes responsabilidades daí resultantes, conforme determina o art. 236 da CRFB. Sendo assim, tais profissionais

¹²¹ Migalhas. **Registro de propriedades no Brasil tem um dos menores custos do mundo, aponta Banco Mundial** - Custo do procedimento é cerca de 50% menor que média da América Latina. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI195637,81042-Registro+de+propriedades+no+Brasil+tem+um+dos+menores+custos+do+mundo> São Paulo, 18 de fevereiro de 2014. Acesso em 28/06/2015

gozam de independência para o exercício da função¹²², assim como detém total autonomia para gerir o serviço delegado¹²³, preceitos assegurados pelo diploma que regulamentou o referido dispositivo constitucional, qual seja, a Lei 8.935/94, também conhecida como Lei dos Notários e Registradores (LNR).

A fiscalização, entretanto, fica a cargo do Poder Judiciário, já que o poder concedente conserva a titularidade do serviço, configurando o exercício privado da função pública. Quanto à função desempenhada e independência de tais profissionais do Direito, leciona Luís Paulo Aliende Ribeiro:

Atua, como profissional liberal, com autonomia e independência tanto no que tange ao Estado quanto com relação aos particulares a quem presta serviços, o que se apresenta como da natureza intrínseca da atividade e não se altera em razão da submissão à fiscalização e ação disciplinar estatais, impostas pelo caráter público da função.

Agregada ao dever do Poder Público de concomitante intervenção e de efetiva ocupação da sua posição institucional de garante da persecução do interesse público, a independência e autonomia jurídica dos notários e registradores, atributo da atividade jurídica de realização do interesse público da segurança jurídica que lhes é outorgada pelo Estado, revelam a singularidade dessas *profissões oficiais* ou *profissões públicas*

¹²² Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

BRASIL. **Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2002.** Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10169.htm Acesso em 28/06/2015

¹²³ Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

independentes.¹²⁴

Festejado autor, citando o eminente Desembargador bandeirante Ricardo Henry Marques Dip, adverte que, à míngua de estudos relacionados à aplicação do Direito Administrativo à atividade extrajudicial, há críticas quanto a uma “indevida administrativização de tais serviços, do que poderia resultar a perda da autonomia e independência jurídica dos *profissionais oficiais* dedicados a estas atividades.” E continua:

Destaca-se a importância de definir os limites correspondentes aos campos pertinentes ao direito público e ao direito privado, o que, sem prejuízo da regulação da atividade no âmbito da relação de sujeição especial que liga cada particular titular de delegação ao Estado outorgante, permite defender a independência e autonomia jurídica dos delegados na prática dos atos que efetivamente correspondam às *profissões oficiais*, cujo exercício lhe foi delegado.¹²⁵

Todavia, a independência jurídico-funcional tem sido violada dia após dia, de muitas maneiras e sob os mais diversos pretextos. Nem sequer é dado a tais profissionais, por diversas vezes, no exercício independente da função, observarem um dos mais importantes princípios norteadores da atividade delegada (e do Direito como um todo), que é o da legalidade, tampouco ver tal princípio cumprido em seu favor no que se refere às limitações da regulação pelo Poder Judiciário no exercício da atividade extrajudicial.

O ingresso na atividade extrajudicial, como visto, se dá por concurso público de provas e títulos. Portanto, o poder público delegante, ou seja, o Poder Judiciário, pôde avaliar o conhecimento jurídico e a capacidade técnica da pessoa a quem delegou o serviço. Ademais, as correções ordinárias e extraordinárias, efetuada pelas Corregedorias estaduais, são instrumentos eficazes para a

¹²⁴ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**, p. 84.

¹²⁵ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

continuidade da aferição do domínio técnico-jurídico e da capacidade de gestão do delegatário. Havendo qualquer problema, a legislação de regência elenca os instrumentos necessários para a repressão de atos nocivos ao exercício da função delegada pelo Poder fiscalizador.

Entretanto, embora o artigo 28 da LNR estabeleça a independência funcional dos notários e registradores no exercício de suas atribuições, por vezes as normas técnicas, de caráter infralegal, engessam o exercício da atividade de forma que não sobra espaço para autonomia, interpretação e independência funcional. Tais determinações, por vezes, impõem a prática de atos: **a)** sem a correspondente percepção de emolumentos, contrariando a letra do referido artigo 28 e o artigo 1º, parágrafo único da Lei Federal de Emolumentos¹²⁶, o que compromete o equilíbrio econômico-financeiro para o exercício da atividade; **b)** sem amparo legal ou decisão de efeito vinculante, como é o caso da Res. 175/2013 do CNJ; ou **c)** impossíveis de cumprimento na prática, como é o caso da Recomendação (com escopo de determinação) n. 18/2015 do CNJ, que determina que os Registros Cíveis expeçam certidões de óbito no estabelecimento de saúde em que ocorra o falecimento. A grande maioria dos Ofícios de Registro Civil são deficitários, sendo inviável dedicar um funcionário para ficar em cada estabelecimento – hospitais, postos de saúde etc.

Outra questão que se coloca é a autonomia de gestão da serventia, pois a Lei assegura aos delegatários o gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal. No escólio de Luís Paulo Aliende Ribeiro¹²⁷:

O planejamento e a montagem das instalações físicas da unidade de serviço (cartório), a organização e distribuição interna de atribuições e obrigações, a aquisição ou locação de bens, os equipamentos e serviços, a contratação de prepostos, cuja relação de emprego, regida pela CLT,

¹²⁶ Art. 1º, Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

BRASIL. **Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2002**. Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10169.htm Acesso em 28/06/2015

¹²⁷ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

tem a pessoa natural do titular da delegação na condição de empregador, em suma, as relações do delegado com terceiros, ou seja, tudo que compõe sua atividade privada se desenvolve, em regra, segundo as normas do direito privado.

Essas relações comerciais, patrimoniais e trabalhistas, enquanto preparatórias e instrumentais para a atividade-fim de prestação de serviço público, não estão, em princípio, sujeitas a regulamentação estatal.

Todavia, há atos normativos que traduzem certa ingerência do Poder Judiciário nesse particular, gerando dificuldades para a administração do serviço extrajudicial, comprometendo a gestão privada das serventias.

4.4. Os limites da regulação pelo Poder Judiciário brasileiro

Por se tratar de função pública delegada pelo Estado, exercida em caráter privado por profissionais do Direito, selecionados por concurso público de provas e títulos, é preciso que sejam definidos os limites da intervenção estatal no serviço extrajudicial.

Um dos princípios mais caros ao sistema jurídico romano-germânico – *civil law* – é o da legalidade. Notários e registradores, como sói acontecer, observam ao princípio da legalidade estrita, inclusive porque, em sua atividade de prevenir litígios, deve assegurar a isonomia e impessoalidade na prestação do serviço público delegado, assegurando, desta forma, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos praticados.

Como visto, a Lei dos Notários e Registradores assegura aos delegatários independência no exercício de suas funções. Ocorre que, cada vez mais, os órgãos do Poder Judiciário tem fulminado tal independência com determinações contrárias à Lei, que representam indevida ingerência na independência jurídico-funcional de notários e registradores.

Assim, ultrapassando os limites legais e de competência constitucionalmente previstos, determinados órgãos de fiscalização, com destaque ao CNJ, têm editado normas que constituem verdadeira usurpação da competência do Poder Legislativo.

É evidente que os órgãos reguladores podem e devem fazer uso dos poderes normativo, de fiscalização e sancionatório. A questão que se coloca é o limite dessas prerrogativas que, indene de dúvidas, há muito foram ultrapassados.

Em parecer nos autos do Pedido de Providências 0004511-80.2014.2.00.0000, que tramitou no Conselho Nacional de Justiça, o Desembargador bandeirante Ricardo Dip ponderou¹²⁸:

Não se nega a vantagem da uniformidade das boas práticas registrais, mas ela, de comum, é resultante de uma contínua experiência jurídica – a concreta experiência de casos, dos quais se vão induzindo soluções mais universais e a conclusão da boa praxis.

Diversamente, respostas desamparadas da tradição de problemas e de suas soluções levam não à desejada uniformidade de boas práticas no registro, mas apenas a um uniformismo apriorístico que nem sempre conclui de maneira conveniente.

...

É certo que compete ao egrégio Conselho Nacional de Justiça a expedição de atos regulamentares e a recomendação de providências (inc. I do § 4º do art. 103-B do Código Político de 1988), e a esta Corregedoria Nacional compete “expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus

¹²⁸ Observatório do Registro – Registradores brasileiros na Internet - **Ricardo Dip – O CNJ e os limites para uniformização de boas práticas notariais e registrais**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI195637,81042-Registro+de+propriedades+no+Brasil+tem+um+dos+menores+custos+do+mundo> São Paulo, 15 de novembro de 2014. Acesso em 28/06/2015

serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça” (inc. X do art. 8º do Regimento Interno do Conselho, Emenda Regimental nº 1, de 9-3-2010).

Todavia, recomendações, provimentos, instruções, orientações e outros normativos, como ficou dito, “**sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de justiça**”, sem usurpação de competências que estão assinadas na Constituição federal, nem, de comum, supressão das competências administrativas próprias dos registradores, notários e dos juízos e tribunais a que a lei assinou a tarefa inicial de fiscalizar os atos registrários e notariais.

...

Sem embargo, **atributos de controle**, tanto que se refiram, tal o caso, a atividades dotadas de independência jurídica, são poderes de **inspeção**, de **disciplina**, de **tutela revocatória** e de **superintendência** (ou orientação), que não incluem, contudo, poder de **direção**, porque a direção – que implica um **dever** correspondente de rigorosa observância pelos tutelados – leva a um **antagonismo essencial** com a independência jurídica dos destinatários.

Uma coisa é dar **diretivas**, recomendar boas práticas – desde que **convenha fazê-lo e oportuno o seja** –, outra, muito diversa, é dar **ordens** (ainda que ao modo geral e abstrato) em matéria que, subordinada a competência legislativa alheia, tampouco se acomoda à ideia de independência jurídica do destinatário da ordem, ressalvada sempre a ordem concreta proferida em devido processo legal (com observância do direito de defesa e de contraditório).

A matéria empolga, bem se vê, o problema da **contenção constitucional**: os órgãos de controle têm entre suas funções nucleares as de observar e fazer observar os lindes que preservam a intangibilidade da Constituição.

Dessa maneira, custodiar as **regras de competência legislativa** – entre as quais, nenhuma há, por agora, que atribua ao Poder judiciário a função de **legislador positivo em matéria de notas e registros públicos**, salvo o território muito limitado das “normas técnicas” (inc. XIV do art. 30 da Lei nº 8.935, de 1994) e o da competência regulamentar estrita, é um dos critérios de contenção para definir a legitimidade do controle judiciário dos registros e das notas.

Portanto, é preciso que o poder regulamentar dos órgãos de controle, em especial o CNJ, deve ser exercido dentro dos limites legalmente previstos e permitidos, sob pena de suprimir a independência funcional de notários e registradores, prevista e assegurada na legislação de regência.

4.5. Resolução n. 175/2013 do CNJ: o golpe fatal na independência jurídico-funcional dos Registradores Civis das Pessoas Naturais

Um exemplo que evidencia bastante o exercício indevido do poder normativo, ultrapassando os limites legalmente previstos e usurpando competências legislativas é justamente o da Resolução n. 175/2013 do CNJ.

A Resolução em causa foi editada levando-se em conta a decisão no Recurso Especial n. 1.183.378-RS, que não tem efeito vinculante, normatizando situação não enfrentada pelo STF no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. Como visto anteriormente, o julgamento em questão tratou tão-somente da união estável homoafetiva, e não do casamento. Sabemos, são institutos diferentes com efeitos jurídicos diversos.

Tal normativa, que ordenou aos oficiais que realizassem a habilitação e o consequente casamento entre pessoas do mesmo sexo, ainda que contrariamente ao que dispõe a legislação aplicável, sob pena de comunicação ao juiz corregedor competente para as “providências cabíveis”, é um grande exemplo das recorrentes violações à independência jurídico-funcional de notários e registradores.

O CNJ é um órgão que sequer exerce jurisdição. Então decidir, por meio

de resolução, pela possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem a precedente e necessária reforma constitucional e sem que o STF tenha enfrentado o tema em ação com efeito vinculante, representa uma perigosa subversão do Estado Democrático de Direito.

Foi iniciada no Brasil uma fase de total insegurança jurídica em que os cidadãos não têm mais a certeza do que esperar e de qual órgão esperar, porque regras básicas de competência não são mais observadas. Órgãos administrativos legislam. Órgãos jurisdicionais julgam e legislam. E tudo sem que se cogite o exercício de função atípica. Trata-se, em verdade, de ingerência indevida no campo político.

Determinar que se descumpra lei federal pela edição de uma simples resolução, oriunda de órgão administrativo, é violar, de maneira indefensável, a independência funcional dos Registradores Civis das Pessoas Naturais, posto que tais profissionais do Direito são correccionados pelo próprio Poder Judiciário e respectivo órgão de controle, o Conselho Nacional de Justiça, responsável por tal resolução. Trata-se de um precedente perigosíssimo que representa inegável transgressão do Direito Positivo. Outras normatizações que extrapolaram as atribuições legalmente previstas já foram editadas e outras, certamente, virão, caso não sejam observados os limites impostos pela legislação em vigor.

Vivemos um momento periclitante para as instituições notariais e de registro. A independência funcional dos delegatários tem sido violada constantemente e não raro são surpreendidos com projetos que visam a usurpação de suas competências. O Registro de Títulos e Documentos já não registra mais a alienação fiduciária de veículos automotores e a empresa atualmente responsável estava sendo investigada por suposto envolvimento em um dos escândalos de corrupção. O Tabelião de Notas não lavra mais os instrumentos decorrentes de alienação fiduciária de imóveis e são constantes as reclamações acerca dos contratos elaborados pelas instituições financeiras. Não obstante, notários e registradores são cada vez mais cobrados para a realização de atos sem a correspondente incidência de emolumentos.

Nesse contexto, é preciso destacar que há uma visão deturpada da sociedade em relação ao serviço extrajudicial por conta de práticas condenáveis do passado, quando sequer havia concurso público para o exercício da função. Há uma falsa ideia de que são todos burocratas milionários, simples batedores de carimbo, às vezes até tachados de incompetentes. Não é verdade. Notários e registradores são profissionais do Direito que se submetem a concurso público e existem para garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos que praticam. Atuam em prol da sociedade, evitando falsidades, fraudes e litígios de toda a ordem. Agem preventivamente, poupando o Judiciário de apreciar ainda mais demandas e buscando a paz social.

Todavia, para o exercício de tão nobre função é preciso independência e condições adequadas para a prestação do serviço, o que inclui a remuneração suficiente pelos atos praticados e espírito de cooperação dos órgãos correicionais. A imposição de inúmeras obrigações acessórias, que por vezes exigem a contratação de mais colaboradores e alteração da própria estrutura funcional, reclamam, como parece evidente, a contraprestação financeira necessária para custear as novas demandas.

Como visto, o custo do serviço extrajudicial no Brasil é um dos menores do mundo e o serviço prestado é cada vez melhor, apesar das dificuldades enfrentadas, sobretudo, pelas pequenas serventias. A maior parte dos notários e registradores está em constante aperfeiçoamento, porque assim procedem os que estão comprometidos com a boa prestação do serviço público delegado. Como em qualquer profissão, há os que destoam e, para esses sim, devem ser aplicadas as devidas penas, com todo o rigor previsto na lei.

Não parece ser razoável, tampouco justo, tolher todos os notários e registradores em razão de uma minoria que não exerce a função de maneira a dignificá-la, como deve ser. Aqueles que insistem em práticas inadequadas não podem ser o parâmetro para o tratamento dos demais, tampouco para a edição de normativas que engessam por completo a atuação (independente) dos delegatários.

A falta de independência funcional, as decisões nefastas e as normativas

inviáveis que acabam gerando desequilíbrio econômico-financeiro acabam por desestimular justamente aqueles profissionais que prestam o serviço extrajudicial com comprometimento e eficiência.

Deveria, salvo melhor juízo, ser assegurado a notários e registradores, no exercício de suas funções, ao menos, o direito de observar a Lei, tomando-a sempre como um norte, inclusive para o resguardo de eventual responsabilização civil decorrente do seu descumprimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, é certo que a presente dissertação buscou construir a linha mestra teórica para se chegar a estas considerações finais. Da análise das teorias apresentadas no presente estudo, conclui-se que a margem de discricionariedade decisória do magistrado encontra limites bastante definidos na lei.

Iniciamos o presente estudo com a análise do conceito de família, sua transformação ao longo dos tempos e respectiva tutela jurídica pelo Estado, bem assim das uniões homoafetivas sob o prisma do Direito Europeu e brasileiro, colacionados os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema. Dado o caráter binacional do presente estudo, perscrutamos acerca da tutela dos direitos fundamentais correlatos às uniões homoafetivas à luz do Direito da União Europeia, com a análise de acórdãos emblemáticos sobre o tema, os quais irradiam seus efeitos, como não poderia deixar de ser, a todos os Estados-Membros.

Analizados os institutos afetos ao presente estudo, buscamos conceituar a prática do ativismo judicial de forma apta a determinar sua origem e os efeitos decorrentes, apontando as teorias prevalentes com o objetivo de compreender seu impacto nas decisões judiciais acerca das uniões em causa. Demonstramos que a prática do ativismo, à luz do sistema romano-germânico da *civil law*, instaurou verdadeiro caos interpretativo diante da falta de parâmetros claros para a sua adoção pelo julgador. Concluiu-se que se trata de um fenômeno que hodiernamente permeia os atos decisórios de muitos magistrados.

Como consequência da inobservância ao princípio da legalidade surgem, naturalmente, situações não previstas na lei e cuja solução difere, a depender do magistrado da causa: a situações idênticas têm-se conferido direitos diferentes, em flagrante violação ao princípio constitucional da igualdade e à estabilidade do sistema jurídico como um todo.

Os reflexos decorrentes de tais decisões repercutem nos registros públicos, cuja prestação se dá com espreque no princípio da legalidade estrita, inviabilizando a prática de vários atos que passaram a exigir manifestação do

magistrado competente, uma vez que notários e registradores, embora vinculados ao Poder Judiciário, não exercem função jurisdicional.

Por fim, no último capítulo, após a análise da função notarial e de registro como realizadora de pacificação social e garantidora de segurança jurídica, buscou-se evidenciar a dificuldade enfrentada por tais profissionais do Direito ante o surgimento de situações práticas que não têm guarida na lei e que, repita-se, somente podem ser resolvidas pelo Estado-juiz, conturbando, assim, a prestação do serviço por parte desses profissionais, dada a imperiosa observância ao princípio da legalidade estrita no cumprimento de suas funções.

Buscou-se demonstrar também que as decisões que extrapolam a competência dos órgãos correicionais na atividade regulatória do serviço extrajudicial, bem assim do CNJ em suas constantes normatizações e determinações, têm mitigado, cada vez mais, a independência funcional e a autonomia jurídica de notários e registradores, suprimindo-lhes prerrogativas essenciais previstas em lei, inclusive o sigilo de dados, cuja preservação é direito com assento constitucional.

Como visto, a obediência aos limites impostos pela lei e às competências nela definidas para cada um dos Poderes constituídos, em respeito à necessária harmonia e independência entre eles, é vital para garantir o equilíbrio das instituições e do próprio Estado. Assim, não encontra legitimidade no Estado Democrático de Direito a prática ativista pelo Estado-juiz quando da análise das questões que lhe são postas. Não é dado ao julgador decidir conforme sua própria consciência, devendo toda e qualquer decisão encontrar amparo na legislação em vigor.

É preciso atentar para a necessidade de amplo debate para a alteração de pontos sensíveis da legislação vigente e que demandam a atuação dos membros do Poder legitimamente eleitos como representantes dos cidadãos brasileiros. Reescrever o direito no caso concreto e conforme convicções próprias é prática nociva ao princípio da tripartição dos poderes e à democracia, em sua definição mais pura e simples.

Jurisprudência

A. Tribunal de Justiça da União Europeia

1. Tribunal de Justiça

Acórdão Cornwall County Council, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-13/94. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=233717> Acesso em 03/02/2015.

Acórdão Grant, de 17 de fevereiro de 1998, proc. C-249/96. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43629&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=235657> Acesso em 03/02/2015.

Acórdão Jürgen Römer, de 10 de maio de 2011, proc. C-147/08. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80921&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236952> Acesso em 03/02/2015.

Acórdão K.B., de 7 de janeiro de 2004, proc. C-117/01. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48823&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=238463> Acesso em 03/02/2015.

Acórdão de 7 de novembro de 2013, proc. C-199/12 a C-201/12. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144215&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=240432> Acesso em 03/02/2015.

2. Conclusões de Advogados-Gerais

Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauro, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-13/94 (acórdão Cornwall County Council). Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99596&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=233717> Acesso em 03/02/2015.

Conclusões do Advogado-Geral Michael B. Elmer, de 30 de setembro de 1997, proc. C-249/96 (acórdão Grant). Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=101122&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=235657> Acesso em 03/02/2015.

Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, de 15 de julho de 2010, proc. C-147/08 (acórdão Jürgen Römer). Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78681&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236952> Acesso em 03/02/2015.

Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 10 de Junho de 2003, proc. C-117/01 (acórdão K.B.). Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47913&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=238463> Acesso em 03/02/2015.

Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, de 11 de julho de 2013, proc. C-199/12 a C-201/12. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139426&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=240432> Acesso em 03/02/2015.

B. Brasil

1. Supremo Tribunal Federal

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 14-10-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em 28/06/2015.

2. Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial n. 502.995/RN. Relator: GONÇALVES, Fernando. Publicado no DJ de 16-5-2005.

3. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 2009.048923-4. Relator: CARIONI, Fernando - Terceira Câmara de Direito Civil. Publicado no DJ de 22-10-2010.

4. Outros órgãos jurisdicionais nacionais

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 0001169-44.2012.4.01.3813. Relator: PRUDENTE, Souza - Quinta Turma. Publicado no DJ de 01-03-2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Apelação Cível n. 0000207-74.2014.4.01.3805. Relator: MARQUES, Cassio Nunes - Sexta Turma. Publicado no DJ de 04-02-2015.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. **The New separation of Power's**. Harvard Law Review. 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Comentários ao Código Civil**. vol. 19 – Parte Especial do Direito de Família, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS JR., Luiz Magno. **O papel do Tribunal de Justiça Europeu no Processo de Integração e a questão da mutação de competências**. Texto disponível em www.periodicos.ufsc.br

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**; tradução de Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: Aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03/11/2014

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm Acesso em 03/11/2014

BRASIL. **Lei n. 8.935, de 29 de dezembro de 2002.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8935.htm Acesso em 14/04/2015

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 03/11/2014

BRASIL. **Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2002.** Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10169.htm Acesso em 28/06/2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos.** São Paulo: Atlas, 2014.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e IBDFAM, 2002.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 6º volume, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade**. *in* As Novas Faces do Ativismo Judicial. 1ª ed., 2ª Tiragem, São Paulo: JusPodivm, 2011.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). **Manual do Direito Homoafetivo**. Saraiva: São Paulo, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 6 vol. 8ª ed. revista e atualizada. Saraiva: São Paulo. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HEIL, Danielle Mariel. **Ativismo judicial: Brasil vivenciando o common law**. Publicado em 25.06.2015 por Empório do Direito. Disponível em <http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/201949964/ativismo-judicial-brasil-vivenciando-o-common-law>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além**

do numerus clausus. In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam, nº 12: 40-55, jan./mar. 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade.** Rio Grande do Sul: Notadez, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família,** vol. 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais.** São Paulo, Martins Fontes, 2013.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Jurisdição Constitucional – Limites ao subjetivismo judicial.** São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de Direito da União Europeia.** 3. ed. Lisboa: Almedina, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PORTO, Sérgio Gilberto. **SOBRE A COMMON LAW, CIVIL LAW E O PRECEDENTE JUDICIAL** Texto disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> Acesso em 28/06/2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvío. Direito Civil – **Direito de Família**, vol. 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

SCALIA, Antonin. **Originalism: The Lesser Evil**. Oxford, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coords.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia: da Unidade Jurídico-Política do Ordenamento Composto**, in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Lisboa: Quid Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 6: Direito das sucessões.** São Paulo: Método, 2007.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do Judiciário.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

THAYER, James Bradley. **Origem e finalidade da doutrina americana do direito constitucional.** Harvard: 1893.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais.** São Paulo: Editora Método, 2008.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado, XVII – Direito de Família. Alimentos. Bem de Família. União Estável. Tutela e Curatela,** 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v. 6: Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil, v. 7: Direito das Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2007.