

# **A (in)constitucionalidade da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça**

**Rafael de Lucca Talma - rafaeldelucca1@gmail.com**

**Edna Valéria G. Gazolla Côbo - evgcobo@gmail.com**

**Curso: Direito**

**Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá**

**Novembro/2014**

## **Resumo**

O objetivo do presente trabalho é analisar o descabimento da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, dispõe “sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” no contexto do ordenamento jurídico pátrio. Abordar-se-á a incompetência do referido órgão administrativo e fiscalizador do Poder Judiciário para elaboração de normas capazes de alterar toda ordem legal. Discutir-se-á a divergência conferida ao texto da Resolução quando comparado ao disposto pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo atual Código Civil no que concerne ao casamento civil e à união estável homoafetiva. Diante disso, analisará que não pode haver brecha para um “ativismo judicial” tão exacerbado que, vem acarretar sérios danos e ameaças à separação dos poderes, a qual é imprescindível para a manutenção da democracia em nosso Estado de Direito, configurando uma violação ao devido processo legislativo. Depreende-se que o casamento civil e a união estável para efeitos de proteção do Estado, ocorre somente entre homem e mulher, eis que o Código Civil e a própria Carta Magna assim dispõem. Posteriormente, serão analisados os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que deram ensejo à edição da Resolução, tendo como norte o artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Conselho Nacional de Justiça. Poder Regulamentar. Ofensa ao devido processo legislativo. Casamento Civil. Homoafetivo.

## **Abstract**

This study aims to analyze the preposterous of Resolution No. 175 of the National Council of Justice (CNJ). This Resolution provides "on the eligibility, civil marriage celebration or conversion of a stable union in marriage between people of the same sex" in the context of Brazilian legal system. The incompetence of that administrative and supervisory body of the Judiciary for elaborating norms capable of changing the whole legal order will be addressed. Divergence given the text of the resolution compared to the provisions of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the current Civil Code with regard to civil marriage and gay stable relationships will be discussed. Given this, it will consider that there can be no gaps for a "judicial activism" so exacerbated because it is causing serious damage and threats to the separation of powers, which is essential for the maintenance of democracy in our state under the

rule of law. It constitutes a violation of due legislative process. It appeared that civil marriage and stable relationships for the purpose of protection of the State occurs only between man and woman, behold, the Civil Code and the Magna Carta as well provide. Subsequently, the precedents of the Supreme Court (STF) that gave rise to the Resolution edition through the Article 226 § 3 of the Federal Constitution of 1988 are analyzed.

**Keywords:** Nacional Council of Justice. Regulatory Power. Offense to the due legislative process. Civil gay marriage.

## 1. Introdução

A Resolução 175, editada em 14/05/2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem como objetivo garantir a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sem que haja possibilidade de recusa pelas autoridades competentes, bem como regulamentar a conversão de união estável destas pessoas em casamento.

A falta de legislação sobre o tema ensejou diversas demandas judiciais, até que chegaram à apreciação do STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 que, buscavam reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, com escopo de resguardar direitos pessoais e patrimoniais dos indivíduos que compunham essa relação afetiva. Tais ações foram julgadas procedentes pelo STF, contudo, o Supremo se limitou a apenas reconhecer a união estável homoafetiva, deixando de se manifestar quanto a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, por não vislumbrar brechas na legislação para tal ato.

As relações homoafetivas sempre existiram na história, no entanto, devido ao processo sociocultural, a população, de certa maneira, vem se tornando mais tolerante e respeitosa com tais indivíduos, a ponto do Estado ver a necessidade de regularizar tais uniões, evitando-se qualquer atitude discriminatória em relação aos casais heterossexuais.

O tema “casamento homoafetivo” vem ganhando grande destaque em todo o mundo nos últimos anos, países como França, Estados Unidos e até mesmo Argentina, já autorizaram o casamento gay e reconheceram que os homossexuais são dignos para compor uma família. O Brasil, por sua vez, ao perceber um movimento favorável à

causa em todo mundo e, também por pressão daqueles que buscavam ter seus direitos reconhecidos, tratou o assunto com a Resolução 175, que passou a vigorar a partir de 14 de maio 2013.

Devido sua atualidade, são carentes os estudos e artigos relacionados à atitude do CNJ que dispôs sobre algo que não era de sua competência. Infere-se que houve uma violação ao devido processo legislativo que, por mais justificável que seja devido aos benefícios conferidos a essa parte da população, não se deve permitir que o Judiciário atrepele todo o procedimento legislativo, sob pena de ameaçar a democracia e politizar o poder nas mãos da minoria.

Para a elaboração do presente artigo, tornou-se imprescindível a utilização do método dialético, baseado em revisões bibliográficas, tendo em vista análise realizada através de doutrina, jurisprudências e leis. Expõe-se pensamento de diversos Ministro e Doutrinadores, como Sampaio, Steck, os quais defendem que o Conselho Nacional de Justiça não possui capacidade para elaborar leis.

## **2. Breve histórico sobre o Conselho Nacional de Justiça**

O surgimento do Conselho Nacional de Justiça se deu pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 que conferiu nova redação ao texto da Carta Magna, criando e normatizando tal órgão com o objetivo de controle externo do Poder Judiciário.

O legislador preocupou-se com a formação híbrida do Conselho, a fim de garantir sua autonomia e independência orgânica funcional. Para tanto, é composto de quinze membros, dos quais nove são integrantes do Judiciário e seis são tidos como “alienígenas” ao corpo judicial, sendo este presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme estabeleceu o art.103-B da CF.

Muito se discutiu acerca da inconstitucionalidade do CNJ, inclusive sendo tal matéria objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1, que teve seu fundamento basicamente em dois argumentos. O primeiro referia-se à violação ao princípio da separação dos Poderes, todavia tal argumento foi rechaçado pela garantia que a Constituição dá ao conferir autonomia administrativa e financeira ao Poder

Judiciário (art.99, CF/88). O segundo argumento baseava sobre suposta violação ao pacto federativo, pois com a fiscalização do CNJ, haveria subordinação ao Poder Judiciário dos Estados.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a mencionada ADI como improcedente, posicionou-se de forma a não constatar qualquer vício constitucional na criação do Conselho, tendo em vista a “unicidade do Poder Judiciário” (Ministro Cezar Peluso, ADI n 3.367/DF, p.46).

A finalidade determinante do CNJ é a de exercer controle administrativo e orçamentário do Poder Judiciário, fiscalizando, também os atos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário (art.103-B, § 4º, CF/88). No entanto, referido órgão dota de competência para expedir atos regulamentares ou recomendar providências, conforme se encontra disposto na Constituição:

(...)

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

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.** (Grifo meu).

Pelo fato do presente trabalho tratar sobre uma Resolução emitida pelo CNJ, mister se faz focar quanto a sua atuação na área regulamentar. Posto isto, importante trazer à baila os ensinamentos de Sampio (2007, p. 280) quando dispôs em sua obra “*O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*”:

O poder regulamentar do CNJ destina-se a disciplinar internamente o próprio órgão, na sua autogestão, através das resoluções ad intra; ou, mediante o exercício da capacidade regulamentar ad extra, assumindo sua feição executiva, como é próprio dessa competência no Brasil, dar concretização ao Estatuto da Magistratura, sem produzir inovação no ordenamento.

Não obstante, ao atribuir a expedição de atos regulamentares, a Constituição, de forma clara obsta que o CNJ inove a lei, podendo tratar apenas de casos concretos, com lei pré-existente, aplicando-a com base no seu entendimento.

No artigo “*Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*” lecionam Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clemerson Merlin Clève (2013):

No Estado Democrático do Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstancia que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo ‘leis e execução de leis’.

(...)

O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

(...)

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. (...) Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional.

Destarte, conclui-se que os atos regulamentares emitidos pelo CNJ devem-se limitar à esfera administrativa e orçamentária do judiciário, sem que haja abuso deste poder para elaboração de leis e normas capazes de alterar o sistema jurídico, ensejando verdadeira invasão de competência legislativa.

### **3. Precedentes da Resolução: ADPF 132/RJ e ADI 4277**

O Conselho Nacional de Justiça, ao baixar sua Resolução 175, se preocupou com a contemporaneidade que a sociedade vem enfrentando ante o relacionamento de pessoas do mesmo sexo que, não havia até o momento, sido retratado de forma efetiva e explícita no ordenamento pátrio. A Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental – ADPF 132 - que foi apresentada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ao Supremo Tribunal Federal em 25 de fevereiro de 2008, foi um importante marco para se chegar à Resolução nº 175.

A ADPF 132 foi proposta sob argumento de que preceitos fundamentais da igualdade, liberdade, segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, estavam sendo violados ao deixarem de reconhecer sob a ótica da justiça as uniões estáveis homoafetivas. Em razão disto, constatou-se a necessidade do Estado em manifestar quanto aos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, tanto que propôs a referida ação constitucional. Em assim sendo, buscava-se por meio de tal medida equiparar a união estável de casais homossexuais àquela de casais formados entre pessoas de gêneros opostos, usando como analogia o artigo 1.723 do Código Civil.

A Procuradoria Geral da União, por sua vez, propôs a ADPF 178 que, posteriormente, tornou-se a ADI 4277, logo que recebida pelo Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes. Visava-se, através da ação, que a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos do Código Civil, corroborando, mais uma vez, com o sentimento de igualdade entre os indivíduos, sem a ocorrência de discriminação sexual, havendo, portanto, os mesmos objetivos e princípios da ADPF/132.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal foram unânimes ao julgarem a ADPF 132 e a ADI 4277, pois, os 10 votantes que se encontravam presentes na sessão, manifestaram por sua procedência ao reconhecerem a união homoafetiva como entidade familiar, devendo-se aplicar a ela o mesmo regime previsto para união estável entre homem e mulher.

Insta trazer à baila uma situação ocorrida no Rio Grande do Sul, que teve repercussão em todo território nacional, devido seu tema polêmico e, de certo modo, inovador, uma vez que, não se almejava apenas o reconhecimento da união estável, havia a busca pelo direito de se casar civilmente como qualquer casal heterossexual, mediante processo de habilitação de casamento. No caso, duas mulheres, que viviam em união estável há três anos, requereram habilitação de casamento perante dois cartórios de sua cidade, no entanto, tal pedido lhes foi negado. Na busca por garantir um direito que acreditava ser seu, o casal intentou com pedido judicial para realização do casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda

Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, sob argumento de que inexistia óbice legal ao casamento de pessoas do mesmo sexo.

Mais uma vez, tiveram seu pedido julgado improcedente, o que as levou recorrer da sentença, em grau de apelação, porém, em nada adiantou, vez que o acórdão manteve a decisão do juiz singular. Novamente, recorreram, interpondo recurso especial 1.183.378/RS, que, perante a Turma do Supremo Tribunal de Justiça, foi reconhecido, por maioria dos votos, a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sob argumento de que inexistia vedação expressa no Código Civil.

Depreende-se que as ações constitucionais mencionadas tiveram papel fundamental para o CNJ repensar sobre a união e o casamento de pessoas do mesmo sexo, na visão interpretativa do ordenamento jurídico brasileiro que, por motivos que lhe competem, deixaram de ser retratados de forma explícita pelo Poder Legislativo, encontrando-se aí a necessidade de se emitir a Resolução 175, eis que vislumbrou os anseios de uma sociedade que, por carência de amparo legal, não tinha seus direitos reconhecidos.

A atitude do CNJ pode ser encarada de duas formas: como um progresso para a população, tendo em vista seu conteúdo revolucionário que regulamentou relações que já existiam no plano fático, contudo, eram ignoradas pelo legislador ou inconstitucional para aqueles que defendem veementemente que tal Resolução se encontra completamente em desacordo com a ordem do sistema jurídico brasileiro, pois afrontou ditames e preceitos legais que jamais poderiam deixar de ser seguidos.

#### **4. Resolução nº 175, de maio de 2013**

Como o objetivo do presente trabalho é retratar os principais aspectos da Resolução 175, nada mais importante do que sua citação na íntegra:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Constata-se que o corpo textual da mesma é simples e sucinto, porém suas consequências são extremas ao conferir direitos à população GLBT ( gays, lésbicas, bissexuais e transexuais) que, até o momento não possuía respaldo legal e dependia da apreciação jurisdicional para outorgar-lhes o direito da união estável. Verifica-se, também, que o texto conferido à Resolução não se limitou em apenas dizer que é possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ele foi além, previu sanções administrativas aos funcionários de cartórios que se recusarem a realizar o matrimônio.

Conforme dito anteriormente, o Conselho Nacional de Justiça foi criado para tratar de questões administrativas e correcionais do Poder Judiciário, seja através de fiscalização ou regulamentação de atos. Posto isto, não cabe ao órgão criar e definir direitos que não se encontram inseridos na legislação brasileira.

O Legislador Constituinte se preocupou em garantir a divisão dos poderes para a manutenção de um Estado democrático e liberal, fazendo com que cada um deles tenha seu papel principal, sem que sofra de usurpação por qualquer um dos outros. Por isto, o dever do Poder Legislativo é legislar, o do executivo é administrar a coisa pública, assim como o do Judiciário é prestar jurisdição a fim de que a lei seja cumprida e aplicada. É cediço que o CNJ é órgão pertencente ao Judiciário, ou seja, incapaz de elaborar leis com tamanha repercussão. Lado outro, não se deve ignorar que os poderes da União podem também exercer funções atípicas, no entanto, tais medidas devem ocorrer em casos extremos e previamente previstos em lei.

O reconhecimento da união homoafetiva é matéria que deveria ter sido tratada pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário, conforme ocorreu. Atualmente, a ordem e autonomia dos três poderes vêm sofrendo sérias ameaças ante o chamado “ativismo judicial” que, nada mais é do que a invasão do Poder Judiciário nas áreas destinadas aos demais poderes, podendo ser visto como um “atalho legislativo” que por inércia do poder normativo na elaboração de leis, acarreta ao Judiciário uma postura ativa em legislar no lugar daquele que seria o competente para tal medida.

O Grande mestre Ives Gandra Martins (2011) elaborou uma severa crítica ao “ativismo judicial” em seu artigo “*A Constituição ‘conforme’ o STF*”, devido a maneira como o Judiciário vem interpretando o regulamento brasileiro. Assim assentou:

À luz da denominada "interpretação conforme", estão conformando a Constituição Federal à sua imagem e semelhança, e não àquela que o povo desenhou por meio de seus representantes. Participei, a convite dos constituintes, de audiências públicas e mantive permanentes contatos com muitos deles, inclusive com o relator, senador Bernardo Cabral, e com o presidente, deputado Ulysses Guimarães. [...] No que diz respeito à família, capaz de gerar prole, discutiu-se se seria ou não necessário incluir o seu conceito no texto supremo -entidade constituída pela união de um homem e de uma mulher e seus descendentes (art. 226, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º) -, e os próprios constituintes, nos debates, inclusive o relator, entenderam que era relevante fazê-lo, para evitar qualquer outra interpretação, como a de que o conceito pudesse abranger a união homossexual. Aos pares de mesmo sexo não se excluiu nenhum direito, mas, decididamente, sua união não era - para os constituintes- uma família. Aliás, idêntica questão foi colocada à Corte Constitucional da França, em 27/1/2011, que houve por bem declarar que cabe ao Legislativo, se desejar mudar a legislação, fazê-lo, mas nunca ao Judiciário legislar sobre uniões homossexuais, pois a relação entre um homem e uma mulher, capaz de gerar filhos, é diferente daquela entre dois homens ou duas mulheres, incapaz de gerar descendentes, que compõem a entidade familiar. Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros -e não por um homem só-, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único Poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas.

Os integrantes do Poder Judiciário devem se limitar à aplicação da lei em caso concreto, de modo a interpretá-la sem que haja extrapolação do que o próprio texto constitucional ou infraconstitucional lhe confere.

A Constituição Federal foi categórica ao afirmar que somente reconhece a união estável quando formada por homem e mulher, conferindo-lhes a proteção do Estado. O parágrafo 3º do artigo 226 não deixa margem para uma interpretação diferente, no sentido de considerar os casais homoafetivos como entidades familiares que devem ser protegidas pelo estado.

**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.

Não bastasse a Constituição reconhecer a união apenas entre homem e mulher, o próprio Código Civil, adotando o mesmo posicionamento, dispôs o seguinte: “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. (Grifo meu).

Ainda, para não deixar quaisquer dúvidas: “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Quanto à união estável, o Código Civil dispõe: “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”.

Posto isto, vê-se claramente que a Carta Magna e o Código Civil não deixaram qualquer possibilidade de interpretação diferente da que trata o casamento e união estável como institutos relativos a casais formados por homem e mulher.

Como visto, o Conselho Nacional de Justiça utilizou de suas prerrogativas para agir no lugar do legislador, pois de forma arbitrária editou uma Resolução capaz de alterar faticamente o previsto em nossa legislação. A lei é clara ao citar o homem e mulher como entidade familiar, deixando, deste modo, de reconhecer o casamento e a união estável homoafetiva. Além disto, paira sobre nosso ordenamento um princípio que preconiza ser o intérprete proibido criar distinções que não figuram na lei, trata-se do “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”, ou seja, quando a lei não fez distinção, o intérprete não deve fazê-la. No presente estudo, há demonstração de que a lei não atribuiu oportunidade ao julgador em reconhecer o casamento homoafetivo, por conseguinte, tal Resolução não teria espaço no ordenamento pátrio, uma vez ser inconstitucional.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, foi enfático ao sustentar que a lei não deve ser interpretada de acordo com as convicções e

vontade de seu intérprete, no caso, ela (lei) deve ser interpretada conforme as intenções do Legislador que a criou. Assim votou:

É importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abriremos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado: ‘§ 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’. Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso. Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição. É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado. Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos. 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.

Lado outro, há aqueles que enxergam tal Resolução sob outra perspectiva, no sentido de afirmar o direito à igualdade entre os seres, capaz de conferir direitos aos

pares homoafetivos. Sustentam que a própria Constituição confere o direito do casamento, por base de seus objetivos fundamentais, previstos no artigo 3º, CF:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(..)

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

Invocam princípios como o da dignidade da pessoa humana e isonomia, ao afirmarem que os homossexuais possuem o direito de casar como qualquer casal heterossexual. Não obstante, tal sustentação é falha, precária, tendo em vista que tais princípios nortearam a criação da Constituição e do Código Civil, portanto, não haveria motivo para o legislador deixar de dispor sobre a união destas pessoas, a não ser por vontade própria, em respeito àquilo que acredita ser necessário para ordem pátria.

## **5. Conclusão**

Buscou-se com o presente trabalho apresentar os principais aspectos que levam a entender ser a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça inconstitucional. O fato do poder judiciário agir cada vez mais na ordem jurídica em consequência do “ativismo judicial” acarreta uma infração à separação dos poderes, a qual é altamente defendida pela nossa Constituição e necessária para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Referida Resolução pode ter reconhecido o direito de grande parte da população, no entanto, o procedimento adotado como forma de atalho legislativo não é cabível segundo os preceitos estabelecidos pelo ordenamento pátrio. Não se pode olvidar ou até mesmo ignorar que o Poder Legislativo é o competente para edição de normas, não cabendo ao Judiciário a usurpação de tal competência. Necessário esclarecer que o cerne da discussão do artigo não foi ser contrário ao reconhecimento do casamento civil

homoafetivo, mas analisar o procedimento adotado para tal regulamentação como sendo invasivo na competência do Congresso Nacional.

Infere-se que além de sua inconstitucionalidade advir da forma como foi elaborada, a Resolução 175 não condiz com o texto conferido pela Constituição Federal e Código Civil, o qual é claro ao reconhecer a existência do matrimônio somente quando realizado entre homem e mulher. Portanto, não cabe ao julgador interpretar de maneira extravagante aquilo previsto na lei.

Insta salientar que a Resolução atualmente é matéria ainda pendente de discussão no STF, através da ADI 4966, ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC) que, argumenta basicamente ter o CNJ invadido as competências do Poder Legislativo.

Por fim, há de se concluir que apesar de benéfica aos casais homoafetivos, que merecem ter seus vínculos reconhecidos pelo Estado, a Resolução 175 não respeitou os trâmites necessários para que ocorra uma mudança no ordenamento pátrio.

### **Referências bibliográficas**

BALDOMÁ, Nicolás Sales López. **O CNJ e o casamento homoafetivo: os fins justificam os meios?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3605, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24444>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código Civil** (2002). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

BUENO, Octávio Ginez de Almeida. **O casamento homoafetivo e a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça: efetivação dos direitos da pessoa humana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3612, 22 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24504>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

MARTINS. Ives Granda da Silva. **A Constituição ‘conforme’ o STF**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>> Acesso em 12 nov.2014.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

SANTANA, Uziel. **O STF, o CNJ e a Resolução nº 175/2013 sobre o casamento civil homossexual**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3632, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24663>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <[www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos\\_noticias/cnjmp.doc](http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/cnjmp.doc)> Acesso em 10 nov.2014.