



Centro Universitário de Brasília - CEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MARIA FLÁVIA MELO D'ALCANTARA

**ADI 4.277: um estudo da jurisprudência do STJ sobre as uniões estáveis e casamentos
homoafetivos**

BRASÍLIA/DF

2022

MARIA FLÁVIA MELO D'ALCANTARA

ADI 4.277: um estudo da jurisprudência do STJ sobre as uniões estáveis e casamentos homoafetivos

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientador(a): Prof. Dra. Mariana Barbosa Cirne

BRASÍLIA/DF

2022

MARIA FLÁVIA MELO D'ALCANTARA

ADI 4.277: um estudo da jurisprudência do STJ sobre as uniões estáveis e casamentos homoafetivos

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientador(a): Prof. Dra. Mariana Barbosa Cirne

Brasília, 29 de setembro de 2022.

BANCA AVALIADORA

Prof. Orientadora: Dra. Mariana Barbosa Cirne

Prof. Avaliadora: Dra. Anna Luiza de Castro Gianasi

RESUMO

O presente artigo objetiva investigar os efeitos da ADI 4.277, que ao reconhecer a união estável homoafetiva, influenciou para que o casamento civil também fosse possível para esses casais. Visa descobrir se o Superior Tribunal de Justiça está com a jurisprudência consolidada sobre a matéria, e se o efeito *backlash* ocorreu após o julgamento. Para alcançar o objetivo proposto, o método de abordagem foi o dedutivo, com revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. A pesquisa partiu da análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal, passando pelo conceito de ativismo judicial e o efeito *backlash*. Em seguida, realizou pesquisa jurisprudencial nos precedentes do STJ sobre as uniões e casamentos homossexuais, analisando-os desde as decisões feitas pelos Tribunais de Justiça Estaduais. Nas considerações finais, concluiu-se que apesar da maioria dos julgados ter concedido as uniões, a presença de uma exceção torna impossível afirmar uma jurisprudência unânime e consolidada. Além disso, descobriu-se que o efeito *backlash* ocorreu tanto no Poder Legislativo quanto no Poder Judiciário.

Palavras-chave: união estável homoafetiva; casamento civil homoafetivo; reconhecimento de uniões homoafetivas; ADI 4.277; ativismo judicial; efeito *backlash*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. O JULGAMENTO DA ADI 4.277 E DA ADPF 132.....	9
1.1 Magistrados favoráveis à interpretação do artigo conforme a Constituição	10
1.1.1 <i>Ministro Carlos Ayres Britto</i>	10
1.1.2 <i>Ministro Luiz Fux</i>	12
1.1.3 <i>Ministra Cármen Lúcia</i>	14
1.1.4 <i>Ministro Joaquim Barbosa</i>	15
1.1.5 <i>Ministro Marco Aurélio</i>	16
1.1.6 <i>Ministro Celso de Mello</i>	17
1.2 Magistrados cautelosos em extrapolar os limites da Corte	19
1.2.1 <i>Ministro Ricardo Lewandowski</i>	19
1.2.2 <i>Ministro Gilmar Mendes</i>	21
1.2.3 <i>Ministro Cezar Peluso</i>	22
1.3 O veredito do Supremo Tribunal Federal.....	23
2. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E O EFEITO <i>BACKLASH</i>	25
3. OS EFEITOS DA ADI 4.277 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	32
3.1 REsp 1.183.378/RS: o marco do casamento civil homoafetivo	35
3.2 REsp 1.2845.66/RS: o único julgado que não reconheceu a união estável homoafetiva	38
3.3 Análise dos julgados onde a união estável foi reconhecida	41
3.4 Resultado da pesquisa jurisprudencial	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende estudar as consequências jurídicas da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277, que resultou na equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas. Este fato imprimiu novos rumos às causas dos movimentos LGBTQIAP+ no Brasil, uma vez que deu margem para mudanças no entendimento jurisprudencial.

O julgamento emanou reflexões e críticas ao STF, uma vez que foi acusado de ativismo judicial pela comunidade jurídica, sob argumento de que a Suprema Corte extrapolou os limites de suas funções ao modificar a interpretação do art. 1.723¹ do Código Civil e do art. 226, § 3º² da Constituição Federal.

Pela decisão, ficou entendido que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Ou seja, somente a interpretação foi alterada, mantendo o texto original dos artigos, que declaram a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Com essa nova interpretação, é afastado o teor discriminatório do dispositivo, tornando possível o entendimento de que como não está expresso a proibição da união de casais homossexuais, este é permitido. Além disso, foi uma forma de garantir os direitos de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana a esses casais. Sendo assim, a união estável pode ocorrer tanto por casais de sexos opostos quanto de sexos iguais.

À vista disso, iniciou-se o debate sobre a postura ativista do Supremo, uma vez que a comunidade jurídica entendia que a discussão do tema seria função do Poder Legislativo. Desta forma, além de ter provocado o Poder Legislativo, acarretando um projeto de lei com tema contrário ao entendimento do STF, também provocou a relutância dos magistrados no Poder Judiciário em conceder essas uniões.

Esse fenômeno de retaliação contra decisões ditas progressistas chama-se efeito *backlash*.

Pouco tempo depois, o julgamento do REsp 1.183.378/RS consolidou a possibilidade do casamento civil de casais homossexuais. Por consequência, o Conselho Nacional de Justiça

¹ 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.

² 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.

ratificou o entendimento na Resolução n. 175/2013, em que utilizou os precedentes da ADI 4.277 e do Recurso Especial, sendo vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, essa pesquisa mostra-se necessária, visto que engloba uma análise da decisão que resultou em mais direitos para a comunidade LGBTQIAP+, que ocupa grande parcela da sociedade brasileira, e suas consequências na comunidade jurídica. Visa analisar o que é ativismo judicial, quais as consequências no Poder Legislativo e Judiciário, se existiu o efeito *backlash* após a ADI, e se o que foi decidido no julgamento é posto em prática nas ações judiciais do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, se estão reconhecendo a união estável e o casamento civil aos casais homossexuais.

Diante desse contexto, a pergunta que desafia essa pesquisa é a seguinte: a decisão do Supremo Tribunal Federal contribuiu para a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em conceder a união estável e o casamento civil aos casais homoafetivos?

Para respondê-la, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, será tratado o julgamento do STF, com os pontos de vista de todos os ministros presentes na época e o veredito. Na segunda, o enfoque se dará na explicação do termo ativismo judicial e do efeito *backlash*. E na terceira, o tema a ser estudado serão os acórdãos do STJ encontrados na pesquisa jurisprudencial, analisando-os desde as decisões feitas por Tribunais de Justiça estaduais, a fim de descobrir: se essas uniões foram reconhecidas pelo Corte Superior após a ADI; se já eram concedidas antes pelo STJ; e se o efeito *backlash* é percebido no Poder Judiciário.

A linha de raciocínio usada foi a dedutiva, partindo da análise do julgamento da ADI 4.277 pelo STF e de julgados do STJ. A corrente teórica-metodológica desta pesquisa foi dogmática, em razão de se tratar de uma análise para compreender a posição do Superior Tribunal de Justiça nessa questão.

O estudo se pauta em pesquisa do Tipo Aplicada, de cunho quantitativo e qualitativo que se estrutura a partir de procedimentos técnicos e de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do STJ.

O objetivo deste trabalho é analisar quais foram os argumentos utilizados pelos ministros na decisão da Suprema Corte, entender o que é ativismo judicial e efeito *backlash*, quais seus efeitos no Poder Legislativo e Judiciário, como a decisão influenciou nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, se existiu efeito *backlash* nos dois poderes e se realmente

uniformizou a jurisprudência do STJ em admitir a união estável e o casamento civil a casais homoafetivos.

1. O JULGAMENTO DA ADI 4.277 E DA ADPF 132

Para melhor entender o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal, primeiramente faz-se necessário explicar o que é uma ADI e uma ADPF.

A ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – é uma proposta feita para o STF para declarar a inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal ou estadual. Pode ser proposta pelo Presidente da República, pelos presidentes do Senado, da Câmara ou da Assembleia Legislativa, pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Procurador-Geral da República, por partido político e por entidade sindical de âmbito nacional. (SENADO FEDERAL, 2017a)

Já a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – é uma ação proposta ao STF com objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. Esta não pode ser usada para questionar a constitucionalidade da lei, exceto municipais ou anteriores à Constituição de 1988. A ADPF pode ser proposta pelos mesmos legitimados a ajuizar a ADI. (SENADO FEDERAL, 2017b)

No presente caso, a união estável de casais homoafetivos foi equiparada à união estável de casais heteroafetivos pelo julgamento da então ADPF 132, convertida em ADI 4.277, por votação unânime.

Visto que havia um pedido subsidiário, em caso de não cabimento da ADPF 132, de que a questão fosse recebida como ADI, foi determinado pelo Min. Relator Ayres Britto a perda parcial do objeto, fazendo com que a parte remanescente da ADPF se tornasse a ADI 4.277.

O pedido feito na ADPF era do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, para que houvesse aplicação do regime jurídico das uniões heteroafetivas, previsto no art. 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas. O fundamento do pedido foi que a ausência de norma causava descumprimento dos princípios de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição. Com base nisso, foi questionada a interpretação dos incisos II e V do art. 19 e dos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), visto que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de orientação homossexual. Também foi questionada as decisões judiciais proferidas no estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, as quais negaram às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

No julgamento, estavam presentes nove dos onze ministros, visto que o Min. Dias Toffoli estava afastado e a Min. Ellen Gracie teve ausência justificada. Desta forma, estavam presentes os Ministros Carlos Ayres Britto como Relator, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Por conta de tamanha dificuldade e relevância do caso, foram aceitos 14 *amicus curiae*, a fim de expor diferentes pontos, oferecendo melhor base para complementar os votos dos ministros.

Pode-se afirmar que havia duas correntes de pensamento no julgamento: os que concordavam em interpretar o art. 1.723 conforme a Constituição, equiparando a união estável homoafetiva à união heteroafetiva, e os que pediram maior cautela na discussão, para a Corte não correr o risco de extrapolar seus limites constitucionais, os quais sugeriram a criação de outra espécie de entidade familiar ou aplicação da analogia para tapar o vácuo legislativo.

Sendo assim, o presente artigo vai analisar os votos de cada ministro, separando-os de acordo com as duas correntes formadas dentro do julgamento da ADI 4.277.

1.1 Magistrados favoráveis à interpretação do artigo conforme a Constituição

A primeira corrente de ministros engloba o Ministro Relator Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

1.1.1 *Ministro Carlos Ayres Britto*

O Min. Relator já iniciou seu voto declarando que o mérito gira em torno do incômodo das pessoas ao se depararem com casais que diferem do padrão sexual da heterossexualidade. Como bem disse Britto (2011, p. 627):

Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, **estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.** (grifo nosso)

Chegando ao mérito da ação, explica sobre a aplicação da palavra “sexo”, explicitado no art. 3º da Lei Maior, na frase “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,

sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Para ele, é nítido que seu significado vem da conformação anátomo-fisiológica diferente entre o homem e a mulher.

Assim, entende-se que o trato normativo afirma que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Ou seja, “é vedado o tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos” (BRITTO, 2011, p. 631). Tal comportamento confrontaria no objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, previsto no inciso IV do art. 3º da Constituição.

Também ressalta o entendimento de que o referido artigo não engloba somente “sexo” como uma dicotomia de gênero, mas também aos instintos inerentes a elas, como ponto de partida das relações afetivas. Ou seja, a dimensão do sexo engloba também a estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica.

Desta forma, implica haver um intencional silêncio normativo quanto à questão do “sexo” das pessoas, baseando-se na teoria de Kelsen de que *“se não estiver juridicamente proibido, está juridicamente permitido”*, exibido no inciso II do art. 5º da Constituição “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Assim, a Lei Maior não dispõe, de modo expreso, acerca das dimensões do aparelho sexual humano, vide “sexo”. Entende-se, então, que a Constituição permite o livre arbítrio de cada um ao desempenhar funções sexuais.

Desta forma, concluiu-se que a omissão da Constituição quanto aos que escolhem a prática sexual com pessoas do mesmo sexo, isto é, homossexuais, não proíbe sua concessão. Pelo contrário, pois o texto legal proíbe o preconceito, a diferenciação entre homem e mulher na sua natureza ou em razão da sexualidade.

Partindo para a propositura das duas ações constitucionais, o Ministro inicia análise sobre a figura jurídica da família, previsto no Capítulo VII da Constituição, “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” (BRASIL, 1988).

Reforça que o mais importante é o que diz no art. 226, *caput*, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Ora, tanto o texto legal quanto em outros dispositivos constitucionais, em nenhum momento declara que família é integrada por casais heterossexuais. Como bem dispõe o Ministro (BRITTO, 2011, p. 645):

O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais **permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa**; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (grifo nosso)

Assim, o conceito de família encabeçado no art. 226, compreende-se pelo entendimento de ser “naturalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada ” (BRITTO, 2011, p. 647). Desta forma, este conceito serve de norte para interpretação dos dispositivos que englobam as figuras jurídicas da família, como casamento civil, união estável, planejamento familiar e adoção, e não o contrário.

Analisando especificamente o § 3º do art. 226, que dispõe: “§ 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, 2002), o legislador entrou na lógica referente à tradição sociocultural-religiosa que o Brasil faz parte, onde o casamento civil é protagonizado por pessoas de sexo diferentes, ainda que não esteja previsto na Constituição que o casamento civil somente é celebrado por homem e mulher.

O Ministro concluiu seu voto julgando procedentes as duas ações em causa, dando 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 de família. Este reconhecimento implica conter as mesmas regras e consequências da união estável heterossexual (BRITTO, 2011).

1.1.2 Ministro Luiz Fux

Partindo para o voto do Ministro Luiz Fux, este o inicia esclarecendo premissas fundamentais para a apreciação da causa: a) homossexualidade é um fato da vida; b) a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual; c) homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença; d) os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida; e e) não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas.

De acordo com ele, a questão principal não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Lei Maior – já que se sabe que sim – mas de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado à união homoafetiva (FUX, 2011).

Ainda, admite que independente do resultado do julgamento, a repercussão geral será imensa e imprevisível, por se tratar de tema que envolve muito preconceito pela população. Afirma, entretanto, que é dever da Corte operar como instância contramajoritária, nos casos de direitos de minorias. Como bem disse o Ministro (FUX, 2011, p. 668-669):

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Entrando no mérito, questiona se há realmente distinção, do ponto de vista ontológico, entre as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas. Como dito anteriormente, o que faz uma família é o amor familiar, estabelecendo relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes.

Em resposta ao próprio questionamento, Fux chega à conclusão de que nada as distingue, visto que tanto “companheiros heterossexuais quanto homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia a dia; projetam um futuro comum” (FUX, 2011, p. 672).

Desta forma, não há como considerar a união estável heterossexual como entidade familiar sem considerar, igualmente, a união estável homossexual. Logo, a união homoafetiva merece a mesma proteção do Estado de Direito.

Ressalta que “o silêncio legislativo sobre as uniões entre casais do mesmo sexo nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual” (FUX, 2011, p. 675).

O Ministro, em um trecho de voto, demonstra muita sensibilidade ao ressaltar a importância do reconhecimento de indivíduos homossexuais e suas conseqüentes relações (FUX, 2011, p. 677):

A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive

parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

Concluiu sua fala votando pela procedência dos pedidos, declarando que o art. 1.723 do Código Civil não pode ser entendido de forma restritiva, e sim conforme à Constituição. Logo, acompanhou o Relator ao determinar o reconhecimento da união estável de casais homossexuais nos mesmos moldes da união estável de casais heterossexuais.

1.1.3 Ministra Cármen Lúcia

No início de seu voto, a Ministra Cármen Lúcia já concordou com as delimitações trazidas pelo Ministro Luiz Fux, visto que ele não abrangeu tanto o assunto quanto o Min. Relator.

Ao partir para a análise do mérito, a Ministra acolhe ser perfeitamente razoável a interpretação do art. 1.723 em consonância com o que dispõe o art. 226, § 3º da Constituição.

Apesar da referência expressa de “homem e mulher”, ao olhar da Ministra, não significa que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Pelo contrário, visto que os princípios constitucionais expõem que todos, seja homem ou mulher, possuem direitos fundamentais à liberdade, à igualdade em sua humanidade, ao respeito e à intimidade devidamente garantidos (LÚCIA, 2011).

Cármen Lúcia também pontua que a ausência de regulamentação é antidemocrático, visto que incita discriminação. Ressalta não fazer sentido a Lei Maior assegurar a liberdade constitucionalmente e, no mesmo texto, impedir a mesma liberdade.

Ademais, realçou que todos têm o direito de ser tratados como igualdade, com suas escolhas e individualidades respeitadas. De acordo com a Ministra (LÚCIA, 2011, p. 701):

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe, porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

Sendo assim, entende que a interpretação correta da norma constitucional esteja alinhada ao reconhecimento do direito de liberdade de cada um em decidir seu modo de vida e com quem se relaciona.

Também enfatizou a existência do pluralismo social, onde diferentes grupos da sociedade merecem que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais sejam garantidos.

Conclui seu voto reconhecendo a admissão como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, com os mesmos direitos e deveres da união estável de relações heterossexuais.

Ao final, o Ministro Gilmar Mendes pediu uma explicação sobre a interpretação dada, visto que, ao seu ver, a Corte poderia estar interpretando de forma extravagante. De acordo com ele, é necessário que a questão fique muito clara, pois o texto do Código Civil é quase um decalque da norma constitucional, não demonstrando dúvida sobre o que o legislador quis dizer. Também expôs sua opinião de que o texto não é excludente da possibilidade de reconhecer a união entre casais homossexuais, entretanto esse reconhecimento tem como base outros princípios e não a norma constitucional em si.

A Ministra não responde de forma clara, entretanto, ficou subentendido que, na sua opinião, a interpretação dada ao art. 1.723 do Código Civil deve atender as necessidades da sociedade, garantindo a liberdade de cada um decidir o que fazer em sua vida.

1.1.4 Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro iniciou seu voto declarando como é importante que as Cortes acompanhem as mudanças das estruturas sociais, tanto no Brasil quanto em outros países. Também ressaltou que a questão de casais homossexuais sempre existiu e existirá, e que nada a difere das relações heterossexuais, tão somente pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo.

Pontuou que o ordenamento jurídico brasileiro não diz nada explícito sobre essa união, mas também lembrou o Projeto de Lei da Senadora Marta Suplicy em 1994³, que visava

³ PL 1151/95 de autoria da ex-deputada Marta Suplicy (PMDB/SP) que buscava reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, visando proteção de direitos de propriedade, sucessão e dos demais previstos em Lei. O Projeto não obteve decisão em nenhuma comissão o qual foi despachado.

Em 2011, também apresentou, agora como senadora, o PL 612/11 que buscava reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e possibilitar a conversão da união em casamento. Mesmo tendo sido aprovado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, este sofreu recurso por outros senadores contrários ao Projeto, com o argumento de defender a constituição da família nos moldes tradicionais, formada por um homem e uma mulher. Em 2018, o projeto foi arquivado.

regulamentar as uniões homoafetivas, demonstrando, assim, que há ímpeto por essa reivindicação.

Segundo ele, não acredita que foi intenção do legislador constituinte silenciar a questão por desprezo, indiferença ou hostilidade, porém entende que é papel dessa Corte verificar se “o desprezo jurídico” que se pretende dar a essas relações são compatíveis com a Constituição (BARBOSA, 2011).

Barbosa declarou que a Constituição estabelece um rol de direitos fundamentais onde sua interpretação não se esgota expressamente por ela elencados. Além disso, entende que o reconhecimento dos direitos dos homossexuais emana do princípio da dignidade da pessoa humana (BARBOSA, 2011).

Concluiu seu voto expondo que o fundamento constitucional para reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º, que prevê a união estável entre homem e mulher, e sim em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação. Assim, o Ministro acompanhou o voto do Relator.

1.1.5 Ministro Marco Aurélio

O Ministro iniciou seu voto com uma extensa fundamentação sobre a necessária atuação do Judiciário em conceder direitos igualitários aos casais homossexuais, visto que garantiria o Estado Democrático de Direito e o desenvolvimento social. Ainda cita que muitos conceitos morais acompanharam e ainda acompanham as normas jurídicas, e que não é possível obter a pureza da norma se os indivíduos que a criam são diretamente influenciados por questões morais e culturais.

Ressalta que uma sociedade ideal seria aquela em que o Direito e a moral fossem separados, porém também não ausentes um do outro. O Ministro explica que o Direito sem a moral acarretaria decisões errôneas, que poderiam causar atrocidades na sociedade, visto que esta é formada por pessoas e essas pessoas criam as normas. Entretanto, entende que o Direito com a moral também não seria o correto, visto que traria consigo o preconceito e a ignorância dos indivíduos.

Diante disso, Marco Aurélio demonstra a presença da moral no Direito brasileiro, principalmente quando se diz respeito ao Direito de Família. Embora concorde que a falta da

moral prejudicaria as normas, seu excesso também acarreta normas preconceituosas, principalmente por vivermos em um país com bastante influência religiosa.

Expõe que a ausência de aprovação de projetos de lei no Congresso evidencia a falta de vontade coletiva dos parlamentares em reconhecerem a questão, concluindo que a solução não depende mais do legislador, visto que dela decorre a proteção dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior. Portanto, o Ministro acredita que o reconhecimento da união homoafetiva representaria uma superação de costumes e convenções morais presentes na sociedade brasileira, principalmente no Direito de Família.

Desta forma, entrando para a questão da equiparação de uniões homoafetivas ao regime de uniões estáveis, esta pode ser contornada pelas ferramentas tradicionais da hermenêutica. De acordo com o Ministro, a motivação é seguir o princípio da dignidade da pessoa humana, e que inexistente vedação constitucional à aplicação do regime de união estável para esses casais.

Como bem disse o Ministro (AURÉLIO, 2011, p. 821-822):

Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Concluiu seu voto julgando procedente o pedido para conferir interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição, com finalidade de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

1.1.6 Ministro Celso de Mello

O Ministro iniciou seu voto enaltecendo a importância de tantos *amicus curiae* por pluralizarem o debate constitucional em torno da matéria, garantindo à Suprema Corte todos os elementos necessários para resolução da controvérsia (DE MELLO, 2011).

Antes de entrar no mérito, discorreu sobre como a homossexualidade era tratada em tempos anteriores, especificamente na época da colonização do país por Portugal, sendo considerada uma prática sexual desviante e um “pecado nefando”.

Segundo o Ministro, é totalmente arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine, fomente intolerância, estimule o desrespeito e que designe as pessoas em razão de sua orientação sexual (DE MELLO, 2011, p. 833-834).

Deste modo, mostra-se imprescindível que o Supremo julgue a matéria, como forma de viabilizar os valores de liberdade, igualdade e não discriminação, todos previstos na Constituição.

Como bem disse em seu voto (DE MELLO, 2011, p. 835-836):

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns. Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

Ainda, afirma não vislumbrar a existência de lacuna voluntária ou consciente no texto normativo da Constituição capaz de comprometer a interpretação, no sentido de reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Sendo assim, Celso de Mello entende que estender às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões heteroafetivas é justificado e legitimado pela direta incidência dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e ao postulado implícito que consagra direito à busca da felicidade. Tais fundamentos são suficientes para qualificar a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (DE MELLO, 2011).

Em seu voto também citou as correntes majoritárias dentro do Congresso Nacional que se opõem a discutir propostas inovadoras. Segundo ele, tal posição gera um quadro de submissão de grupos majoritários à vontade hegemônica da maioria, comprometendo o regime democrático que não tolera nem admite opressão.

O Ministro também antecipou eventuais discussões sobre ativismo judicial da Corte, ao afirmar ser necessário prevalecer a primazia da Constituição por pura e simples omissão dos poderes públicos. Sendo assim, embora práticas de ativismo judicial sejam desempenhadas pela Corte de modo excepcional, estas são necessidades institucionais, visto que os demais órgãos do Poder Público se omitem ou retardam o cumprimento de suas

obrigações. Para ele, quando se trata de comportamentos ofensivos à Lei Maior, o Supremo não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (DE MELLO, 2011, p. 868).

De acordo com Celso de Mello (2011, p. 870-871):

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.

Em sua conclusão, o Ministro julgou procedente a ação constitucional, com efeito vinculante, de declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união de pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para constituição da união estável entre homem e mulher. Além disso, também de forma vinculante, reconhecer os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo (DE MELLO, 2011).

1.2 Magistrados cautelosos em extrapolar os limites da Corte

A segunda corrente engloba os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

1.2.1 Ministro Ricardo Lewandowski

Partindo para o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, este apresentou trechos da votação dos constituintes ao discutirem o dispositivo sobre a união estável. Segundo o Ministro, os constituintes optaram, inequivocadamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável. Desta forma, não há o que se falar em uma mudança constitucional ou admitir interpretação extensiva do dispositivo, visto que há limites formais e materiais a serem seguidos, como a separação dos Poderes e o respeito às cláusulas pétreas (LEWANDOWSKI, 2011).

Continuou seu voto explicando que, mesmo que o Judiciário não seja o mesmo de tempos atrás, os ministros não podem extrapolar seus limites explicitamente delineados na norma constitucional.

De acordo com o Ministro, no caso concreto, a norma é clara ao expressar que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher.

Entretanto, admite que a união entre casais homossexuais caracteriza entidade familiar, um “quarto gênero”, podendo ser deduzida a partir do respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, preservação da intimidade e da não discriminação.

Visto que essa união não está juridicamente conceituada nem prevista em norma, causando ausência legal, faz-se necessário uma integração analógica. Pelas palavras do Ministro (LEWANDOWSKI, 2011, p. 718):

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Desta forma, o Ministro esclarece que o objetivo não é reconhecer uma união estável homoafetiva por interpretação extensiva do § 3º do art. 226 da Constituição, mas sim união homoafetiva estável, mediante um processo de integração analógica (LEWANDOWSKI, 2011). Assim, haveria a criação de outra espécie de entidade familiar, semelhante daquelas formadas pelo casamento ou união estável entre homem e mulher.

Conclui seu voto ressaltando a necessidade da existência de uma nova entidade familiar reconhecida pelo Direito, embora não esteja expressamente prevista pelo art. 226, aplicando as regras previstas na união estável heterossexual onde se assemelham, e afastando aquelas que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto. Assim, julgou procedente as ações com as ressalvas expostas.

1.2.2 Ministro Gilmar Mendes

O Ministro inicia seu voto demonstrando a mesma preocupação de estar legislando sobre o tema, evidenciada pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski. De acordo com ele, a proteção dos direitos dos homossexuais, mais especificamente da união estável entre eles, deveria ser feita primariamente pelo Congresso Nacional. Entretanto, entende que esse tipo de ação seria muito difícil, visto que há muitas controvérsias e opiniões diferentes entre os membros do Legislativo.

Declarou que entende a complexidade da situação, visto que a falta de um modelo institucional da união estável entre casais homoafetivos abre margem para discriminações, e que é dever do Estado garantir os direitos fundamentais a essas pessoas. Por outro lado, aborda que não há dúvida sobre o que o art. 226, § 3º da Constituição quer dizer: a união estável ocorre somente entre homem e mulher.

No meio de seu voto iniciou-se um debate entre os ministros sobre a obrigação de explicitar os fundamentos da Corte, para que não haja uma extrapolação na interpretação, visto que, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, está muito claro o que o dispositivo quer dizer. Como bem disse o Ministro (MENDES, 2011, p. 734):

Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. **Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.** (grifo nosso)

Observa-se nesse trecho uma preocupação explícita de que a Corte cometa algum tipo de ativismo, bem como o Ministro Lewandowski. Continuou seu voto declarando que, se não fosse possível resolver a controvérsia nesse julgamento, poderiam encontrar a solução ao aplicar a analogia no caso, concordando novamente com o Ministro.

Concluiu seu raciocínio pontuando que está de acordo com o pronunciamento do Ministro Relator, mas que também possui muitas preocupações e divergências em relação à fundamentação. E ainda, receia que essa interpretação, a pretensão de regular o assunto, seria uma extrapolação de limites da Corte.

Desta forma, limitou-se a reconhecer a existência da união estável de casais homoafetivos de forma analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula do texto constitucional, não se pronunciou sobre.

No fim de seu voto, o Ministro Lewandowski enfatizou novamente “Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional” (LEWANDOWSKI, 2011, p. 746).

Em resposta, o Ministro Relator Ayres Britto declarou (2011, p. 746):

Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

O Ministro Gilmar continuou mostrando sua preocupação, lembrando como foi a discussão sobre a fidelidade partidária, e de como muitos parlamentares diziam, “de forma clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria” (MENDES, 2011, p. 747).

No fim, destacou a importância da Corte em atuar em casos como este, visto que sua omissão representaria um agravamento no quadro de proteção de minorias (MENDES, 2011), mas também lembrou que a decisão não sanaria as necessidades do Legislativo em atuar sobre a questão. Deste modo, julgou procedente a ação, porém convergiu com o Relator quanto ao resultado básico.

1.2.3 Ministro Cezar Peluso

O Ministro iniciou seu voto declarando que não há necessidade de acrescentar mais palavras em relação à condenação da Corte a todas as formas de discriminação, visto que os demais ministros já o fizeram. Assim, dedicou-se a justificar a adesão às conclusões e resultados.

Esclarece que seria difícil conhecer o pedido de ADI se o art. 1.723 do Código Civil fosse uma reprodução estrita do art. 226, § 3º da Constituição. Entretanto, como não há coincidência semântica entre os dois dispositivos, é passível da Suprema Corte debater sobre a questão.

O Ministro admite que não há como afirmar que o dispositivo constitucional exclua outras modalidades de entidade familiar, visto que, se considerarmos os outros princípios da

Constituição, como o princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e o da não discriminação, é lícito conceber sua existência.

De acordo com ele, há vários elementos de ordem afetiva e material entre uniões homoafetivas que se relacionam com os da união heteroafetiva, garantindo a possibilidade do entendimento dessa entidade familiar.

Diante disso, o Ministro pede vênia ao divergir da posição do Ministro Relator e dos outros que o acompanharam, pois entende que há uma lacuna normativa que deve ser preenchida pela aplicação da analogia, visto que está diante de uma similaridade entre ambas as entidades familiares – união estável heterossexual e homossexual.

O Ministro julgou procedente a ação, mas também acompanhou a preocupação do Ministro Gilmar Mendes, visto que seria impossível prever todas as consequências do julgamento. Explicou que isso se deve ao modelo institucional, que não permite que a Corte reconheça e responda a todas as exigências.

Assim, terminou seu voto declarando ser necessário que o Poder Legislativo exponha e a regule sobre a questão, haja vista que a Corte dará sua decisão do ponto de vista constitucional. De acordo com ele, “Há, portanto, uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.” (PELUSO, 2011, p. 876).

1.3 O veredito do Supremo Tribunal Federal

Ao fim do julgamento, o Supremo Tribunal Federal conheceu a ADPF 132 como ADI, transformando-a em ADI 4.277, e julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Deste modo, as uniões estáveis homoafetivas foram equiparadas às uniões estáveis heteroafetivas, contendo as mesmas regras e consequências jurídicas.

Apesar da decisão ter sido unânime, ficou nítida a divergência em relação ao resultado e à repercussão do julgamento entre os dois grupos de ministros. Entretanto, a Corte estar balanceada entre membros cautelosos e ativistas é positivo.

Mesmo que todos tivessem a intenção de respeitar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, a cautela de alguns em cumprir seus deveres delineados pela mesma Carta

Magna mostra-se imprescindível, pois transparece preocupação em respeitar os limites de cada Poder. Por outro lado, também é importante que existam membros mais ativistas, pois é mais garantido que as demandas sociais sejam levadas aos julgamentos.

2. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E O EFEITO *BACKLASH*

O termo ativismo judicial foi usado pela primeira vez pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr, em seu artigo *The Supreme Court: 1947*. Além de apresentar o termo, Schlesinger explica que quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre as motivações de suas decisões (CAMPOS, 2012).

Segundo Campos (2012, p. 32):

Para o autor (Schlesinger), os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”

Ainda, de acordo com Keenan Kmiec em *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism* existem cinco sentidos para a expressão. Dentre eles, para o presente caso, os mais relevantes são: a) é revelado ativismo quando a Corte ignora precedente; b) quando a Corte, em detrimento de julgar, passa a legislar; e c) quando o tribunal se afasta de uma metodologia interpretativa aceita. (KMIEC, 2004, p. 1466-1475)

Kmiec também ressalta outro tipo de hipótese de ativismo judicial, em que não significa mera falha em ceder aos ramos políticos ou reivindicar normas de previsibilidade e uniformidade – significa apenas deixar de fazê-lo para avançar a outro objetivo não oficial (KMIEC, 2004).

Apesar disso, o termo ativismo judicial não tem uma definição, visto que é um tema complexo e que varia entre diferentes realidades políticas. Entretanto, o termo é muito usado de forma depreciativa, sendo o ato judicial praticado sem uma fixação de critérios adequados para sua identificação e avaliação (CAMPOS, 2012).

De acordo com Campos (2012, p. 136):

Exemplo destacado desse uso depreciativo e irremediavelmente inútil do termo é aquele que faz do ativismo judicial um código para afirmar a mera discordância dos resultados dos julgamentos. Esse tom crítico, puramente pejorativo, tem se mostrado um forte obstáculo à definição coerente do termo e levado muitos autores a propor sua substituição ou mesmo seu abandono.

O debate sobre o ativismo judicial também chegou no Brasil, principalmente por decisões feitas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo algo novo. Apesar disso,

praticamente se formou um senso comum de que o Supremo Tribunal Federal apenas é ativista para amplificar direitos fundamentais (ARAÚJO, 2018, p. 134).

O início do debate está alinhado à promulgação da Constituição de 1988, visto que ocorreram importantes transformações institucionais no Poder Judiciário, fazendo com que este Poder tivesse uma atuação proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos (CAMPOS, 2012).

Segundo Campos, essas transformações foram (CAMPOS, 2012, p. 193):

[...] a ampliação do acesso à Justiça, (Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa.

Diante disso, iniciou-se um processo de “empoderamento” do Judiciário, onde exercem pressão exacerbada sobre esse Poder, abrindo margem a uma postura mais ativista, no sentido de ter que dar respostas a graves problemas sociais, econômicos e institucionais (ARAÚJO, 2018, p. 135).

De acordo com Araújo (2018, p. 135-136), existem alguns marcos importantes nesse processo:

(i) a Constituição de 1988 criou um modelo político que não é puramente majoritário, assegurando inúmeros direitos fundamentais;

(ii) o Supremo Tribunal Federal foi dotado de diversas competências originárias: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2.º); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, p.u.); mandado de injunção para sanar omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5, LXXI); mandado de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, *d*). O controle difuso foi mantido (art. 102, III, *a, b e c*). Ampliação dos legitimados à propositura de ADI. No regime anterior, apenas o Procurador-Geral da República, à época subordinado ao Presidente da República, detinha o monopólio da propositura. No atual regime, são legitimados (art. 103) o Presidente da República (I), a Mesa do Senado Federal (II), a Mesa da Câmara dos Deputados (III), a Mesa das Assembleias Legislativas (IV), o Governador de Estado (V), o Procurador-Geral da República (VI), o Conselho Federal da OAB (VII), os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (IX).

(iii) A EC 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo ao Presidente da República, às mesas do Senado e da Câmara dos

Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a iniciativa.

(iv) No plano infraconstitucional, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que trazem normas processuais sobre a ADI, ADC e a ADPF, fortaleceram e expandiram os poderes do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, com a possibilidade de modulação temporal de efeitos, declaração de nulidade parcial sem redução do texto e participação de *amici curiae*. Com a ADPF, fica o Supremo Tribunal Federal autorizado a julgar se um determinado ato normativo federal, estadual ou municipal, mesmo que anterior à Constituição, afronta preceito fundamental.

(v) A EC 45/04 continuou o processo de empoderamento do Supremo Tribunal Federal, materializando a Reforma do Poder Judiciário. Ampliou o rol de legitimados à propositura da ADC (art. 103, *caput*), igualando-o ao rol de legitimados para a ADI. Além disso, deu *status* constitucional ao efeito vinculante da ADI (art. 102, § 2.º). Criou a figura da súmula vinculante (art. 103-A), bem como instituiu a repercussão geral como mais um requisito de admissibilidade de recurso extraordinário (art. 102, § 3.º). Essas alterações aportaram profundo incremento nos poderes do Supremo Tribunal Federal, aprofundando a sua participação na vida política do país, bem como a sua aproximação à ideia de uma Corte Constitucional.

Ante o exposto, e levando em conta que existem diversas interpretações acerca do termo “ativismo judicial”, este trabalho vai partir do entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, em seu artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, uma vez que o jurista retrata o assunto com viés na realidade brasileira.

Barroso ressalta a importância de destacar a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial, visto que são “primos”. Segundo ele (BARROSO, 2012, p. 24):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Destaca que essa judicialização ocorre por diversas razões, mas principalmente pela redemocratização do país, pela constitucionalização abrangente e pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade – já mostrado anteriormente neste capítulo.

Segundo ele, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política, no sentido de que se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2012).

Em relação ao ativismo judicial, o Ministro declara (BARROSO, 2012, p. 25):

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Diante disso, Barroso cita que essa postura pode se manifestar de três formas (BARROSO, 2012, p. 26):

- a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador;
- b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em seu artigo, o jurista admite que o Poder Judiciário exibiu posturas ativistas em determinadas situações, citando os casos da fidelidade partidária nas vagas do Congresso Nacional; da extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo; da declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional que aplicava novas regras sobre coligações eleitorais em menos de um ano de sua aprovação, e o notório julgamento sobre a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. Em todos os casos, a Corte decidiu com base nos princípios constitucionais.

Ainda, pontua que a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo fez com que houvesse a expansão do Judiciário, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem as omissões legislativas, e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral (BARROSO, 2012).

Barroso revela que o fenômeno do ativismo tem seu lado positivo, visto que o Poder Judiciário acaba por atender demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo Congresso Nacional. Entretanto, seu lado negativo é que exhibe as dificuldades do Legislativo, tanto no Brasil como no resto do mundo, em se aproximar da sociedade civil. Também ressalta a necessidade de uma reforma política, e de as decisões ativistas da Corte serem eventuais, em momentos históricos determinados (BARROSO, 2012).

Uma consequência do ativismo judicial é o efeito *backlash*, que consiste em uma reação adversa não-desejada à atuação judicial, ou melhor, é literalmente um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial (MARMELSTEIN, 2016).

De acordo com Marmelstein, em seu artigo *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*, essa retaliação pode ocorrer de diversas maneiras, como (MARMELSTEIN, 2016, p. 3-4):

[...] a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade (HIRSCHL, 2009, p. 168).

Entretanto, o autor ressalta que o foco de ataque não é pelo fundamento jurídico em si da decisão, e sim pela vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido (MARMELSTEIN, 2016, p. 4). Ainda, explica qual a lógica do processo:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão. (MARMELSTEIN, 2016, p. 6)

O autor ressalta que também há o que se falar em *backlash* como fator estratégico no litígio dos Direitos Fundamentais. Doutrinadores estadunidenses como Michael Klarman e Cass Sunstein defendem a cautela nestes casos, por ser um risco à conquista de direitos.

Porém, segundo Marmelstein, tal cuidado nem sempre prevalece, visto que há demandas sociais tão impactantes que torna impossível ao Judiciário fechar os olhos para a causa. Além disso, em muitos casos o efeito *backlash* não provocou prejuízo, mas sim conquistas efetivas para os grupos sociais (MARMELSTEIN, 2016).

Levando em conta o contexto brasileiro, Marmelstein pontua notória presença do efeito *backlash*, visto que a ascensão política de grupos conservadores é significativa. Desta forma, a cada decisão polêmica da Suprema Corte há a tentativa de aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial.

Importante ressaltar que o efeito *backlash* não ocorre somente na esfera legislativa, sendo possível observá-lo em decisões dentro do Poder Judiciário. Esta possibilidade será tratada no próximo capítulo.

Em relação à decisão do STF sobre a união estável homoafetiva, a reação legislativa foi o Projeto de Lei 6583/2013, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), que ficou conhecido como “Estatuto da Família”, com objetivo de restringir o conceito de família como a união entre um homem e uma mulher. A proposição ainda segue em aberto.

Por outro lado, foi criado o PLS 612/2011 pela Senadora Marta Suplicy (PMDB/SP), que visa o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo e sua conversão em casamento. Apesar das tentativas de dar prosseguimento ao projeto, sua matéria foi arquivada. Em uma sessão das comissões, um senador declarou que o Plenário do Senado acabaria com essa “aberração”, apesar de não ter nada contra os homossexuais.

Nesse sentido, conclui-se que, caso não houvesse uma decisão judicial sobre essa questão polêmica, dificilmente se teria a necessária mobilização social para que a situação fosse abertamente discutida. Segundo o autor (MARMELSTEIN, 2016, p. 13):

Nessa situação, inverte-se o ônus do constrangimento, pois quem tem que sair da situação de comodidade é o grupo reacionário que precisará assumir seus preconceitos sem subterfúgios. Desse modo, a decisão judicial exigirá, para o grupo reacionário, a necessidade de defender abertamente a situação odiosa que era encoberta por um discurso dissimulado. Se isso pode gerar algum tipo de prejuízo aos homossexuais, decorrente de um eventual crescimento político dos conservadores com a possibilidade de aprovação de medidas discriminatórias, é um fator a ser ponderado pelos próprios defensores da causa antes de decidirem adotar a arena judicial como espaço de sua luta pela igualdade. O que não se pode é entender que a mera possibilidade de um retrocesso jurídico e social seja, em si mesmo, um fator de objeção absoluta à atuação judicial.

Diante disso, mesmo que o Judiciário tenha uma postura considerada ativista, a sua interferência se mostra importante. Não se trata apenas de temas sensíveis aos olhos de uma sociedade majoritariamente conservadora. Trata-se de um grupo de pessoas que estão sendo lesadas, não podendo ter acesso aos seus direitos garantidos por um texto que rege o país.

O ativismo é visto com desconfiança e muito criticado pelo conceito que lhe foi dado, porém existem razões e espaço para que essa postura seja vista como algo benéfico, como foi o caso da concessão da união homoafetiva.

Existiram e ainda existirão momentos em que a posição da Suprema Corte será necessária e até mesmo esperada, a fim de garantir os preceitos constitucionais. Por isso, mostra-se importante que o conceito seja revisado e essa atitude resignificada.

Ainda, o fenômeno do *backlash* faz parte do jogo democrático, sendo importante para delimitar o quanto alguns temas ainda não são digeríveis para a maior parte das pessoas. Assim, a reação do Poder Legislativo nada mais é do que natural, uma vez que sua composição é feita por pessoas escolhidas pelo povo, ou seja, refletem, no mínimo, os mesmos valores que elas.

Em se tratando de união estável entre casais homoafetivos, o Supremo Tribunal Federal fez o seu papel: julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, que chegou até ele por meios legais, e utilizou-se de princípios constitucionais para formar seu veredito.

Se a sua postura é considerada ativista, por ter finalmente exposto uma demanda que atinge grande parcela da sociedade, eis a seguinte reflexão: visto que a Corte é a guardiã da Constituição e seu papel é se certificar de que seus princípios fundamentais sejam respeitados, por que tanta comoção por um julgamento que se trata justamente disso? A polêmica deste julgamento seria pelo ativismo do Supremo ou por se tratar de uma questão vista com maus olhos, por não se tratar de uma união convencional?

Seja como for, a questão foi posta em destaque, e a demanda da comunidade foi ouvida e é aplicada até hoje, mesmo diante de reações normais de grupos conservadores. O mais relevante dessa situação é seu simbolismo, uma vez que foi possível enxergar no Supremo um meio de atender demandas muitas vezes ignoradas pelos outros Poderes.

3. OS EFEITOS DA ADI 4.277 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do julgamento da ADI 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, as uniões estáveis homoafetivas passaram a ser válidas, no mesmo grau das uniões heteroafetivas. Essa decisão implicou em mudanças importantes no Judiciário, ampliando seu conteúdo, dando mais garantias e oportunidades de união aos casais homossexuais.

Uma das primeiras decisões com base na ADI 4.277 foi no julgamento do REsp 1.183.378/RS, que foi além do que foi discutido no STF, dando margem à possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Diante dessas duas decisões expressivas, o Conselho Nacional de Justiça ratificou o entendimento na Resolução n. 175/2013:

[...] CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; [...]

RESOLVE:

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. (grifo nosso)

Assim, a partir desse momento, foram reconhecidas tanto a união estável quanto o casamento civil homoafetivo pelo Poder Judiciário, com os mesmos direitos e deveres dispostos à casais heterossexuais.

Importante ressaltar que antes do julgamento feito pelo STF, a união afetiva entre homossexuais era enquadrada como “sociedade de fato”, e não como união estável. De acordo com Vecchiatti (2019, p. 597):

Em seus primeiros julgados sobre o tema, o STJ enquadrava a união homoafetiva como uma mera “sociedade de fato” e não como união estável, muito embora não tenha se dignado a explicar qual seria a “diferença” entre a união heteroafetiva e a união homoafetiva de sorte a “justificar” a discriminação desta relativamente àquela consubstanciada na negativa do regime jurídico da união estável a ela (homoafetiva). Tal postura começou a mudar com julgado do ano de 2008, que reconheceu o cabimento da analogia

para reconhecimento da união estável homoafetiva, e a viragem da jurisprudência do STJ ocorreu em definitivo no ano de 2011, com diversos julgados que consolidaram esse entendimento.

Diante da mudança, surgiram os questionamentos que englobam e complementam o problema da pesquisa: o Superior Tribunal de Justiça está concedendo a união estável e o casamento civil aos casais homossexuais? Se sim, a ADI 4.277 influenciou na decisão? Existem casos em que a união estável e o casamento civil não são reconhecidos pelo STJ? O efeito *backlash* é percebido no Poder Judiciário?

Para chegar a esses resultados, o site oficial do STJ foi acessado em 26/08/2022, onde foi colocado na pesquisa jurisprudencial “união homoafetiva”, obtendo 39 acórdãos. Destes 39, foram encontrados 18 que se relacionavam com reconhecimento de união estável homoafetiva.

Dentre eles esses 18, seis citaram explicitamente em suas razões a ADI 4.277; seis a citaram implicitamente, uma vez que só reforçaram os ideais da ADI; dois julgados usaram precedentes diferentes da ADI para admitir a união estável; e quatro julgados aconteceram antes de 2011, os quais reconheceram a união homoafetiva ou sociedade de fato.

Destes 39 acórdãos encontrados, somente um deles não reconheceu a união estável. O julgamento se baseou na existência de sociedade de fato para resolver partilha de bens (REsp 1.284.566/RS). Importante ressaltar que esse julgado ocorreu depois do julgamento da ADI 4.277. Diante dessa exceção importante, o julgado será analisado posteriormente.

Em uma segunda tentativa, foi colocado “casamento homoafetivo” na pesquisa jurisprudencial, obtendo somente dois acórdãos que já tinham aparecido entre os 18 encontrados anteriormente. Entre esses dois acórdãos, somente um tratava especificamente da concessão do casamento civil (REsp 1.183.378/RS). Por ser um julgado que, além da ADI 4.277, influenciou a Resolução 175/CNJ e por ser o único a tratar de casamento civil, este também será analisado posteriormente. Também nesta pesquisa foi encontrado, além da utilização do precedente da ADI 4.277, a utilização da Lei Maria da Penha como argumento, visto que em seu art. 5º, parágrafo único, é atribuído às uniões homoafetivas caráter de entidade familiar.

Na terceira tentativa de achar mais julgados, foi colocado “ADI 4.277”, revelando 14 acórdãos. Dentre eles, 12 resultados se relacionam com o objeto da pesquisa, sendo dois deles inéditos – não faziam parte dos 18 primeiros resultados. Entretanto, somente um deles tratava de reconhecimento da união homoafetiva, que inclusive utilizava a ADI 4.277 como precedente.

Na quarta e última tentativa, foi colocado “CNJ 175/2013”, gerando apenas um acórdão, o qual já tinha aparecido anteriormente nos 18 primeiros resultados.

Para ficar mais claro e didático as decisões relevantes encontradas, o Gráfico 1 delimitou a porcentagem de quantos julgados reconheceram a união estável homoafetiva depois da ADI 4.277; quantos julgados concederam a união antes do julgamento da ADI; quantos não reconheceram a união; e quantos reconhecerem o casamento civil homossexual:

Gráfico 1 – Julgados do STJ sobre união estável homoafetiva



Fonte: elaboração própria.

Em suma, 13 julgados reconheceram a união estável homoafetiva após a ADI 4.277; 4 julgados já reconheciam a união antes da ADI; 1 julgamento não reconheceu a união, mesmo após a ADI; e 1 julgamento reconheceu o casamento civil homossexual.

Ainda, a Tabela 1 organiza quais julgados foram utilizados na pesquisa, em que mostram quais foram favoráveis ou desfavoráveis ao reconhecimento da união estável/casamento civil de casais homossexuais, com suas respectivas datas de julgamento:

Tabela 1 – Julgados utilizados na pesquisa

JULGADOS	DATA	FAVORÁVEIS	DESFAVORÁVEIS
RESP 395904/RS	13/12/2005	X	
RESP 820475/RJ	02/09/2008	X	
RESP 1026981/RJ	04/02/2010	X	
RESP 704803/RS	16/12/2010	X	
RESP 1085646/RS	11/05/2011	X	

RESP 930460/PR	19/05/2011	X	
RESP 1199667/MT	19/05/2011	X	
RESP 827962/RS	21/06/2011	X	
AGRG NO RESP 805582/MG	21/06/2011	X	
RESP 1183378/RS	25/10/2011	X	
RESP 1281093/SP	18/12/2012	X	
RESP 964489/RS	12/03/2013	X	
RESP 1291924/RJ	28/05/2013	X	
AGRG NO RESP 1298129/SP	13/08/2013	X	
RESP 1381609/MG	17/12/2013	X	
EDCL NO RESP 633713/RS	11/02/2014	X	
RESP 1204425/MG	11/02/2014	X	
RESP 1302467/SP	03/03/2015	X	
RESP 1284566/RS	23/06/2015		X
RESP 1300539/RS	14/08/2018	X	

Fonte: elaboração própria.

3.1 REsp 1.183.378/RS: o marco do casamento civil homoafetivo

O julgamento desse Recurso Especial foi um marco importante para o reconhecimento do casamento civil entre casais homoafetivos. Isto porque, apesar da ADI 4.277 já ter sido julgada, o casamento homossexual não foi posto em pauta como sendo possível e como entidade familiar.

No relatório feito pelo Ministro Luis Felipe Salomão, foi explicado que se tratava de duas mulheres que se relacionavam de maneira estável há três anos e que requereram habilitação para casamento em dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre/RS, sendo ambos negados.

Diante disso, ajuizaram um pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, argumentando que inexistia impedimento de pessoas do mesmo sexo se casarem no ordenamento jurídico brasileiro. A sentença julgou improcedente o pedido, por entender que o casamento somente é possível entre homem e mulher, conforme o Código Civil de 2002. Em sede de apelação, também foi desprovida por ausência de possibilidade jurídica, uma vez que o casamento homossexual não é caracterizado como entidade familiar.

Foi interposto Recurso Especial, devido à ofensa ao art. 1.521, alínea 'a' do Código Civil, pois de acordo com as recorrentes, o mencionado dispositivo não indica como impedimento do casamento a identidade dos sexos:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, 2002)

O recurso foi admitido, apesar do Ministério Público ter parecer opinando pelo seu não provimento.

Como o REsp foi julgado poucos meses após a decisão da ADI 4.277, esta foi citada expressamente no voto do Ministro Luis Felipe Salomão. Inclusive, o ministro diversas vezes citou diretamente parte dos votos do Ministro Relator Ayres Britto e Marco Aurélio.

Ainda, Salomão destacou três precedentes do Superior Tribunal de Justiça em que houve o reconhecimento de união estável homoafetiva, quais sejam REsp 820.475/RJ, REsp 1.085.646/RS e REsp 827.962/RS (todos encontrados na pesquisa e foram expostos na Tabela 1).

De acordo com Salomão, por conta do julgamento da ADI, foi possível conferir ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, excluindo todo o significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estendida como sinônimo perfeito de família (BRASIL, 2011, p.7).

Diante disso, a questão do presente recurso seria saber se o mesmo raciocínio poderia ser aplicado para habilitar o casamento de pessoas do mesmo sexo. Como bem disse Salomão (BRASIL, 2011, p. 9-12):

Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. [...]

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade. [...]

[...] o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. (grifo nosso)

Como o casamento civil é a forma que o Estado encontrou de proteger a família, e o poliformismo familiar foi reconhecido pela Carta Magna, não existe impedimento para esse arranjo familiar ser especialmente protegido. Sendo assim, Salomão afirmou (BRASIL, 2011, p. 11):

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Ainda, destacou que os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não sendo possível enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta aos princípios constitucionais da igualdade, não discriminação, dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar (BRASIL, 2011).

Em sua conclusão, o Ministro descreve o ativismo judicial como necessário para cobrir omissões legislativas e para proteger as garantias fundamentais regidas na Constituição (BRASIL, 2011, p. 16-21):

Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma. [...]

Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

[...] enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. (grifo nosso)

Seu voto foi pelo provimento do recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento. Importante pontuar que a votação do recurso especial não foi unânime, tendo o Ministro Raul Araújo votado pelo não conhecimento do recurso.

3.2 REsp 1.2845.66/RS: o único julgado que não reconheceu a união estável homoafetiva

O julgamento desse Recurso Especial foi colocado em destaque por ser o único, dentre todos os encontrados na pesquisa jurisprudencial do STJ, que não reconheceu a união estável homoafetiva. Em verdade, o julgamento se pautou na existência de sociedade de fato e ocorreu quatro anos depois da ADI 4.277.

No relatório feito pelo Ministro João Otávio de Noronha, se tratava de ação declaratória de união estável e arrolamento de bens na qual a autora buscou o reconhecimento de que viveu, por doze anos, com a ré. Por existir documentos comprovando a união, a ação foi julgada parcialmente procedente, determinando a partilha dos bens adquiridos na constância da convivência comum. Inclusive, a união estável foi reconhecida nesse ponto.

A ré interpôs apelação e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento por maioria, por entender que a lei não reconhece união estável de pessoas do mesmo sexo. Foi interposto embargos infringentes em 2010, em que o 4º Grupo de Câmaras Cíveis da Corte deu provimento para determinar que os bens adquiridos durante a “parceria civil” das duas fossem partilhados independentemente do real contributo de cada para tanto, dividindo o patrimônio em partes iguais de 50%. Em sua ementa ressaltava a inexistência de união estável.

Interessante pontuar que esse mesmo Tribunal de Justiça já tinha reconhecido anteriormente a união estável homossexual, como consta no julgamento do REsp 704803/RS em 2010. Inclusive, é mostrado nos autos que o mesmo 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, ao receber embargos infringentes, reconheceu a união estável homossexual. Embora não tenha sido encontrado a peça dos embargos infringentes, presume-se que foi interposto antes de 2010. Sendo assim, é possível afirmar que o 4º Grupo do Tribunal possui divergências em suas decisões, visto que anteriormente já tinha sido reconhecido a união estável, e no caso em tela, esta não foi mais admitida.

Diante disso, foi interposto Recurso Especial, com fundamento nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do permissivo constitucional, alegando violação dos arts. 1.514, 1.517, 1.565, 1.659, incisos I, II e VI, 1.723 e 1.725 do Código Civil. Eis o que dizem os artigos:

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.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

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

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

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.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Segundo a recorrente, a união homossexual não pode ser inserida no contexto de entidade familiar, já que não é abraçada no sistema protetivo do Direito de Família. Ainda, não pode ser equiparada a união estável por falta de parâmetros de comparação, cabendo observar que não pode nem mesmo ser convertida em casamento, hipótese prevista pelo legislador para união heteroafetiva (BRASIL, 2015). Diante disso, a partilha igualitária do patrimônio adquirido durante a “parceria civil” não pode ser efetuada por não haver previsão legal, além de que o patrimônio a ser partilhado foi construído exclusivamente com esforço da recorrente.

Apesar dessas motivações para o Recurso Especial, Noronha entendeu que como a questão do reconhecimento da união estável e sua definição como “parceria civil” não foi contestado no Tribunal Estadual pela parte interessada, a única questão a ser resolvida no REsp seria a divisão patrimonial.

Diante disso, o Ministro baseou seu voto considerando a situação de partilha de uma “sociedade de fato”, ou seja, ignorou o precedente do STF. Segundo Noronha (BRASIL, 2015, p. 4):

Sobre isso, sustenta a recorrente:

“Se não há previsão legal para regradar as relações homossexuais e tampouco a figura da parceria civil e, se tampouco é possível equiparar, por analogia, a relação homossexual com a união estável ou com o casamento, muito menos poderia a união havida entre as litigantes ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar uma igualitária partilha do patrimônio adquirido durante a relação que tiveram e sem a verificação do esforço de cada uma para a aquisição deste patrimônio, pois, sendo assim, à parceria civil, NÃO OBSTANTE A TOTAL AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL foram conferidos direitos inclusive mais amplos do que ocorre na união estável, já que sequer foram admitidas exceções à presunção do esforço comum, como ocorre com a aplicação do artigo 1.659, I, II e VI do CC, e que deveria ter sido utilizado, observado, respeitado neste caso” (e-STJ, fl. 1.761).

A recorrente tem razão.

Apesar de a jurisprudência do STJ ter-se pacificado no sentido de que não há impedimento legal para o reconhecimento da união estável nas relações homoafetivas, o Tribunal a quo entendeu diferente, e a parte interessada (ora recorrida) conformou-se com esse posicionamento, pois dele não recorreu.

Entretanto, ao considerar uma sociedade de fato, o Ministro teve que se basear em antigas jurisprudências sobre a divisão patrimonial desse tipo de união, onde poderia ser desfavorável à uma das partes, uma vez que não tinha legislação estipulando a percentagem da divisão. “A aferição de algum percentual dependia do caso concreto” (BRASIL, 2015, p. 5), ou seja, tinha chances de uma das partes não receber qualquer percentual, dependendo totalmente do julgador.

No fim, o Ministro concedeu percentual de 50%, excluindo os bens referidos dos incisos I e II do art. 1659 do Código Civil. Desta forma é possível concluir que ele, além de não instituir o regime de comunhão parcial previsto na união estável, criou uma situação de partilha que inexistente, baseando-se na comunhão parcial ao excluir os bens dos referidos incisos.

A decisão de Noronha não apenas ignorou os precedentes da ADI 4.277, como também criou uma situação de insegurança jurídica, mesmo que tenha garantido uma divisão de patrimônio em partes iguais de 50%. Isto porque, como o percentual da sociedade de fato

não era estipulado por lei, as partes tinham que torcer para que o julgador concedesse percentual favorável a elas.

3.3 Análise dos julgados onde a união estável foi reconhecida

Após identificar os dois recursos especiais com decisões singulares, foram analisados os demais 17 julgados encontrados na pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Em um primeiro momento, chamou atenção o fato de existirem sete julgados originados no estado do Rio Grande do Sul, gerando um questionamento se o Tribunal do Rio Grande do Sul reconhecia as uniões estáveis homoafetivas.

O resultado foi que nos sete julgados, o TJRS reconheceu a união.

Entretanto, algo mais foi percebido. Dentre os sete julgados que o TJRS admitiu a união estável homoafetiva, em três houve a participação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E em todos os três, o MPRS interpôs Recurso Especial, sob justificativa de violação ao Código Civil, afirmando que inexistia esse tipo de união.

Concluiu-se que em ações que envolveram o MPRS, este nunca reconheceu a união estável homoafetiva. Os julgados aconteceram em 2010, 2011 e 2013⁴.

Diante disso, foi definido analisar todos os julgados, a fim de determinar quais Tribunais de Justiça reconheciam ou não a união homoafetiva.

Dos 17 julgados, mediante leitura dos relatórios, em sete Tribunais de Justiça a união não foi admitida, seja por alegação de inexistir essa entidade familiar, seja reconhecendo como apenas sociedade de fato.

Entretanto, algo expressivo foi revelado: em todos os julgados advindos do Rio de Janeiro⁵ (3), em se tratando de reconhecimento de união estável homoafetiva, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nunca reconheceu essa união.

Além disso, também foi percebido que dentre os 17 julgados, em cinco houve participação do Ministério Público Estadual como parte. Dentre essas participações, em quatro foram contra tribunais que tinham reconhecido a união estável homoafetiva. Em apenas um caso, o tribunal e o MP concordaram pela inexistência da união. Relembrando o que foi citado

⁴ REsp 704803/RS, REsp 827962/RS, REsp 964489/RS, respectivamente.

⁵ REsp 820475/RJ, REsp 1026981/RJ e REsp 1291924/RJ.

anteriormente, entre esses cinco julgados com participação do MP, três eram do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

3.4 Resultado da pesquisa jurisprudencial

Tendo como base o resultado da pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, onde foram encontrados 19 acórdãos que dizem respeito à união estável e ao casamento civil homoafetivo, e a análise dos relatórios dos julgados encontrados, torna-se possível responder as indagações que envolvem o problema de pesquisa.

Em relação ao reconhecimento dessa entidade familiar, a Corte Superior tem maior tendência em concedê-la. Apesar de em 18 acórdãos terem reconhecido, é impossível ignorar a exceção, que, além de ter sido uma decisão baseada em “sociedade de fato”, esta aconteceu anos depois da ADI 4.277. Detalhe que no relatório do acórdão, o Ministro deixa claro que o Poder Judiciário já entendia ser possível a união homoafetiva.

No entanto, nos acórdãos em que foi concedido a união estável/casamento civil, a grande maioria utilizou da ADI como precedente, seja citando diretamente trechos do acórdão ou os princípios constitucionais que englobam o julgamento feito pelo STF.

Investigando mais a fundo nos relatórios dos acórdãos, foi possível visualizar alguns padrões de Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos estaduais. Dentre os mais relevantes foram de que tanto o Ministério Público do Rio Grande do Sul quanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nunca reconheceram esse tipo de união estável.

Diante dessas divergências entre as instâncias do Poder Judiciário, foi possível concluir que o efeito *backlash* existiu após o julgamento da ADI 4.277. Dentre os julgados pós-ADI, a união estável não foi reconhecida por seis vezes nos Tribunais de Justiça, além de não ter sido concedida pelo STJ em 2015.

Portanto, o entendimento feito pelo Supremo Tribunal Federal e ratificado pelo Conselho Nacional de Justiça, de que são possíveis a união estável e o casamento civil de casais homoafetivos, ainda não está consolidado no Poder Judiciário em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se dispõe a analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277, contribuiu para a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a união estável e o casamento civil de casais homoafetivos.

Após compreender quais foram os fundamentos que englobam o julgamento do STF, como os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, e as críticas feitas pela comunidade jurídica, como acusações de ativismo judicial, foi possível iniciar a investigação dos efeitos práticos da decisão.

O principal deles foi o efeito *backlash* tanto no Poder Legislativo quanto no Judiciário. A reação pública após esse julgamento provocou a criação de projeto de lei que vai totalmente contra ao que foi decidido pelo Supremo, como também a relutância de vários magistrados em reconhecer uniões estáveis e habilitações para casamentos homossexuais.

Essa relutância resultou em 15 acórdãos pós-ADI que precisaram ser discutidos no STJ. Dentre eles, 13 versavam sobre união estável e foram concedidos. Nos 2 julgados restantes, um versava sobre casamento civil homoafetivo e no outro a união estável não foi reconhecida.

Além disso, fez-se uma análise sobre qual era a posição dos Tribunais Estaduais em relação ao assunto nos acórdãos, descobrindo-se que existe um número significativo de não reconhecimentos em sede de apelação. Até mesmo os Ministérios Públicos Estaduais insistiram que essas uniões são impossibilidades jurídicas.

Desta forma, compreendeu-se a partir desta pesquisa que apesar da grande maioria dos julgados encontrados no site do STJ terem reconhecido essas uniões, existe uma exceção após a ADI. Diante disso, pode-se afirmar que a Corte Superior tem grande tendência em conceder a união estável e o casamento civil homoafetivo, porém a jurisprudência não é unânime nem está consolidada.

Por outro lado, o Conselho Nacional de Justiça, após o julgamento do REsp 1.183.378/RS no STJ e por influência da ADI 4.277, ratificou a possibilidade da celebração do casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre casais homoafetivos na Resolução 175/2013.

Em suma, apesar da matéria ser complexa dentro das esferas do Direito, é inquestionável que o julgamento do Supremo foi uma vitória para a comunidade LGBTQIAP+, onde ratificou os seus direitos constitucionais básicos de liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e

de constituir uma família. Ainda, mesmo com jurisprudência em dissonância no Superior Tribunal de Justiça, a sua tendência em reconhecer, até mesmo anos antes da ADI 4277, uniões homoafetivas já é significativa, pois dá ainda mais esperança de que o Poder Judiciário está atento pelas demandas sociais e em cumprir os princípios fundamentais garantidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088/35007>. Acesso em: 5 set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Seção). Recurso Especial. **REsp 1085646/RS**. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário [...] Recorrente: F J F. Recorrido: R D C. Relator(a): Min. Nancy Andrichi. Brasília, 11 de maio de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1085646_RS_1327062628326.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664412014&Signature=AzK%2F%2Bhu92PVGYSsKrfv%2FE%2FqVAB8%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). Recurso Especial. **REsp 1300539/RS**. 1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" [...] Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, N P G E OUTRO. Recorrido: P L. Relator(a): Min. Og Fernandes. Brasília, 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1300539_5f26d.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664416536&Signature=ki2IpJWm7FBIMyWPrg3pXD25RV8%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. **AgRg no REsp 1298129/SP**. 1. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, aplicável o entendimento desta Corte [...] Agravante: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente – Fundação Casa. Agravado: Rosângela da Silva Domingos. Relator(a): Min. Sidnei Beneti. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24180453/inteiro-teor-24180454>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Embargos de Declaração no Recurso Especial. **EDcl no REsp 633713/RS**. 1. A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível, em hipóteses excepcionais [...] Embargante: I L M. Embargado:

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24976742/inteiro-teor-24976743>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 1026981/RJ**. 1- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário [...] Recorrente: Severino Galdino Belo. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1026981_RJ_1306693159763.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664410443&Signature=GyTasRiChRc7FrmkJ8iUH8IWSM%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 704803/RS**. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada [...] Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e E H K. Recorrido: T M DE S. Relator(a): Min. Vasco Della Giustina. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_704803_b0e9a.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664410682&Signature=KFGK8%2BO5F%2BMhI6sbKN5YmadMbUU%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 930460/PR**. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário [...] Recorrente: L M DE F. Recorrido: S L – ESPÓLIO. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de maio de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_930460_PR_1327049908300.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664412161&Signature=%2Fg%2FbBiuTRL7Fe8ASAAehRfaMhPg%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 1199667/MT**. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário [...] Recorrente: C E F DA S. Recorrido: C P DAS S. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de maio de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1199667_MT_1327358419118.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664412322&Signature=anXMIcxWtRzqKGyG6me%2FA%2BxzozM%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 1281093/SP**. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor [...] Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: D H M E S. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23042089/inteiro-teor-23042090>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 1291924/RJ**. 1. Recurso especial tirado de acórdão que, na origem, fixou a competência do Juízo Civil para apreciação de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva [...] Recorrente: A M C DE O. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23356819/inteiro-teor-23356820>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 1381609/MG**. 1. É indubitável que a Constituição Federal reconhece juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo da afetividade [...] Recorrente: M A R. Recorrido: D N H E C E OUTRO. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24914568/inteiro-teor-24914569>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **REsp 1284566/RS**. 1. Relações estáveis homoafetivas. Decisão que fez coisa julgada formal [...] Recorrente: S T B. Recorrido: N D. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 23 de junho de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1284566_8d3d0.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664391446&Signature=h6iSA2Sic7tmTg5hGHfFk%2FiSIYc%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. **AgRg no REsp 805582/MG**. 1. Na linha da jurisprudência predominante no STJ, não é juridicamente impossível o pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo [...] Agravante: G M DE S. Agravado: M L F S. Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 21 de junho de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_805582_85bea.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664413930&Signature=Vl26N1wVFPouk6y4go7uMf3OL0E%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. **REsp 820475/RJ**. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas [...] Recorrente: A C S E OUTRO. Relator(a): Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 02 de setembro de 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_820475_RJ_02.09.2008.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664410235&Signature=P4Vsx79IzTb%2B%2FqgUGEurDMDaCGk%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. **REsp 827962/RS**. 1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher [...] Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: C W E OUTRO. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 21 de junho de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_827962_RS_1327344938475.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664412649&Signature=ltNz4TOSu1xMzlOglBSfg7v4InE%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. **REsp 1183378/RS**. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional [...] Recorrente: K R O. Recorrido: L P. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resp-1183378-voto-relator-julgamento.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. **REsp 964489/RS**. 1. O Juízo da Vara de Família é competente para dirimir as questões relativas à união estável homoafetiva [...] Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: M J DOS S P. Relator(a): Min. Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em:
https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_964489_5c71a.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1664414388&Signature=h8fHEf68OBRFESTJeo1S9Xlb2ts%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. **REsp 1204425/MG**. 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis [...] Recorrente: M B S R. Recorrido: M T S C E OUTRO. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em:
https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1204425_a4bcc.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1664491772&Signature=JQAixSM7ukHW63mf5WkNW4DqaVM%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. **REsp 1302467/SP**. 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados [...] Recorrente: P D A. Recorrido: C E C. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 3 de março de 2015. Disponível em:
https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1302467_c7740.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1664416371&Signature=M NvgH6KkfwHl2uPsyfzGueEB60U%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Recurso Especial. **REsp 395904/RS**. 1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado [...] Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social -INSS. Recorrido: Vitor Hugo Nalério Dulor. Relator(a): Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 13 de dezembro de 2005. Disponível em:
https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_395904_RS_1273103485472.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1664409981&Signature=%2BUYPXYVg4HYgOZeSscBpCMurGXY%3D. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4.277/DF**. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil [...] Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 5 set. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em:
<https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar.

2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496562>. Acesso em: 5 set. 2022.

KMIEC, Keenan D. The Origen and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, p. 1441-1477, 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, Bolonha-Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 5 set. 2022.

SENADO FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade (Adin). **Senado Notícias**, [s. d.]a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adin>. Acesso em: 12 set. 2022.

SENADO FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). **Manual de Comunicação da Secom**, [s. d.]b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/guia-juridico/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf>. Acesso em: 5 set. 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: a possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 3. ed. Bauru: Spessoto, 2019.