



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da 4ª Zona de Porto Alegre – Rio Grande do Sul

Recebimento Diverso: 00841.03563/2011

Contraentes: [REDACTED] e [REDACTED]

Natureza: Habilitação para Casamento

Trata-se de habilitação para casamento homoafetivo de [REDACTED] e [REDACTED], no qual consta que pretendem os contraentes se casarem, sem alteração nos nomes e sob o regime de comunhão parcial de bens.

A habilitação de casamento merece ser deferida, eis que presentes os requisitos para o matrimônio, com exceção do fato de serem os contraentes do mesmo sexo.

Quanto a este aspecto, cabe registrar que o recente julgamento da ADI 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal veio de encontro ao entendimento já firmado por esta signatária em casos semelhantes, pela inviabilidade do casamento homoafetivo. Tal julgamento vem reparar histórica injustiça social, que premiava a desigualdade e rechaçava a liberdade e a dignidade humana não só como princípios constitucionais, mas humanitários. Afinal, da mesma forma que um relacionamento heterossexual, a união homoafetiva é forma *digna* de associação de pessoas, então calcada no amor, na solidariedade, na assistência, na lealdade, traduzindo-se, nestes casos, em família.

Nessa senda, cabe a transcrição de trechos do voto lavrado pelo Exmo. Ministro Celso de Mello durante o julgamento da ADI 4.277/DF, o qual traduz com propriedade a ampla compreensão do conceito de família frente aos princípios e garantias constitucionais do nosso país:



**Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE**

“(…)

III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar.

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual.

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos instituições, estimula a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões – como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal – que põem termo a injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo, possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.



**Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE**

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.

É por tal razão que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

(...)

IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar.

De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido.

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação, evidenciadora de um "silêncio eloquent", poderia comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º).



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "ir" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja lição, apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referência:

"Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento."

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apega exclusivamente na literalidade do texto, não procede.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente 'Dos Princípios Fundamentais'. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloqüente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

.....
Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, 'a contrario sensu', o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais."
(grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, por sua vez, **expondo** esse mesmo entendimento e **ao também afastar** a objeção fundada na *estrita literalidade* do texto normativo inscrito no § 3º do art. 226 da Constituição (que se refere à união estável "entre o homem e a mulher"), **expendeu, a meu juízo, considerações que corretamente enfatizam** que essa alusão à **diversidade** de gênero "não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações homoafetivas", pois – segundo assinala esse ilustre jurista –, "Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma



**Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE**

norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento" (grifei).

E aduz, ainda, em seu douto magistério:

"Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão 'união estável entre o homem e a mulher' importa, 'a contrario sensu', em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional."
(grifei)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto *justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais* da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do *postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram*, numa *estrita* dimensão que privilegia o *sentido de inclusão* decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), *fundamentos autônomos e suficientes* aptos a conferir *suporte legitimador* à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo *como espécie do gênero entidade familiar*.

(...)

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República.

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a



**Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE**

necessidade de fazer prevalecer a **primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada, *como na espécie, por pura e simples omissão* dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais e **ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional e **demonstrar**, com esse gesto, **o respeito incondicional** que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, o **cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - **que deixa de cumprir**, *em maior ou em menor extensão*, a **imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam e **também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental, **tal como tem advertido** o Supremo Tribunal Federal:

**"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO -
MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS
INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

- **O desrespeito** à Constituição **tanto pode ocorrer** mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um **'facere'** (atuação positiva), **gera a inconstitucionalidade por ação**.

- **Se o Estado deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse **'non**



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)." (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público, que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo.

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários.

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.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a conseqüente proteção dos direitos das



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

minorias), a **estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, a **segurança** das relações jurídicas e a **legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, julgo procedente** a presente ação constitucional, **para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, *como entidade familiar*, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos **exigidos** para a constituição da união estável **entre** homem e mulher, **além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante**, que os **mesmos** direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis **estendem-se** aos companheiros na união entre pessoas **do mesmo** sexo.

É o meu voto. "

Portanto, o ponto nevrálgico da questão condiz, na realidade, com a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo.

Neste aspecto, como consequência lógica ao reconhecimento da união homoafetiva em verdadeira união estável realizado pelo excelso Tribunal, está a sua própria conversão em casamento, situação esta garantida constitucionalmente, conforme artigo 226, 3.º, parte final, seguido pelo artigo 1.726 do Código Civil.

Não obstante, o Código Civil não restringe a realização do casamento apenas entre os casais heterossexuais, estando estabelecido no artigo 1.511, tão somente, que *"o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges"*.

Do mesmo modo, o artigo 1.517 do Código Civil dita que tanto o homem como a mulher podem casar, não se verificando nenhuma exigência que o ato seja realizado apenas entre nubentes heterossexuais. Ademais, a mesma interpretação normativa dada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da ADI 4.277/DF para reconhecer a união estável homoafetiva deve ser empregada no caso, para viabilizar o casamento, afastando-se a estrita literalidade da lei e ampliando sua conceituação à luz dos princípios e das garantias contidas na lei maior, a Constituição Federal.



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

Portanto, no sentir desta signatária, não há óbice à realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Entendimento diverso serviria apenas para manter na marginalidade os relacionamentos homoafetivos ora constituídos com finalidade de constituir família.

Importa salientar que a partir do momento que a Corte Suprema entendeu a união homoafetiva como entidade familiar, esta deve gozar da mesma proteção atribuída à união heteroafetiva, sob pena de macular o princípio da igualdade, direito fundamental e intransponível, assegurado pela Carta Maior.

A família como base da sociedade brasileira recebe proteção especial do Estado, e o casamento, nos termos da lei civil, carrega a finalidade específica de referendar a sua importância, sendo este o maior valor em jogo.

Assim, na ausência de legislação específica para regularizar tais fatos da vida, a tutela jurisdicional precisa ser plena, razão pela qual, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277/DF, que possui eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, é de ser assegurado aos conviventes das uniões homoafetivas as mesmas consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da união estável heterossexual, principalmente, a possibilidade de ser convertida em casamento.

Afinal, do que valeria garantir o *status* de família às uniões homoafetivas se for impossível formalizá-las perante a sociedade?

Assim, ancorado nos princípios da igualdade, liberdade, segurança jurídica e, de modo especial, da dignidade da pessoa humana, não há outro desfecho para a presente habilitação que não seja o deferimento.



Ministério Público do Rio Grande do Sul
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PORTO ALEGRE

Ante o exposto, o Ministério Público opina pelo
deferimento da habilitação de casamento de [REDACTED]
[REDACTED] e de [REDACTED].

Porto Alegre, 17 de novembro de 2011.

Carmen Guilhembert Kosachenco,
Promotora de Justiça.