

DECISÃO

(...)

A competência jurisdicional, na hipótese, afeita à Vara dos Registros Públicos, se limita ao pronunciamento da possibilidade jurídica da lavratura do registro de casamento¹, cujos contraentes sejam pessoas do mesmo sexo, haja vista, que o juízo natural para as questões inatas à aptidão legal para o matrimônio, decorrente da verificação dos requisitos da Habilitação, incumbe a uma das Varas de Família.

Traçadas as diretrizes do objeto da suscitação, passo ao exame da questão.

O ponto nodal da dúvida suscitada pelo Tabelião reside no esclarecimento da existência de permissão ou vedação legal à realização de casamentos, em se tratando de relação homoafetiva.

O Ministério Público ofereceu impugnação, repudiando a pretensão das habilitantes, sob o pálio de duas premissas básicas, à saber: a) inexistência de lei expressa e específica que permita o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo; e b) a existência de norma clarividente, a qual permite o casamento apenas entre homem e mulher.

Denoto, data *vênia*, que a impugnação ministerial não merece medrar.

¹Art. 59 - Compete ainda aos Juízes de Direito, especialmente em matéria de Registro Público:

I - processar e julgar:

a) - as causas que diretamente se refiram aos Registros Públicos;

VII - dirimir as dúvidas de qualquer natureza, levantadas sobre registro público;

À *prima facie*, é necessário entender a natureza jurídica das normas constitucionais e infraconstitucionais, que conceituaram os institutos da família e do casamento. Teriam estas, estabelecido de *Lege ferenda*, que o casamento civil só poderia ser realizado entre homem e mulher, e que o termo família englobaria apenas um conglomerado humano composto entre os descendentes e qualquer um dos seus ascendentes?

Absolutamente não.

As relações íntimas, quais sejam, aquelas que decorrem dos vínculos de afetividade, não podem ser constituídas por leis. Encontra-se além do poder legiferante estatal, a possibilidade de criar, estabelecer, restringir ou modificar uma relação interpessoal. Em suma, o Legislador e o Estado não dispõem de poder para impor às pessoas maiores e capazes, a forma, o modo e com quem poderão se relacionar.

O Estado não pode intervir em órbita exclusivamente privada, numa questão que atine puramente à intimidade pessoal.

Logo, o poder estatal não cria as relações emocionais, amorosas ou de afeto, porque tais são frutos da cultura, da sociedade, e da orientação de cada indivíduo, no âmbito sociológico e antropológico. Nesta esteira, a função estatal, como dito, não seria capaz de criar, transformar, e nem extinguir as relações íntimas, conjugais, sexuais e familiares entre indivíduos, mas apenas de reconhecê-las e declará-las, para fins de direitos e obrigações.

As relações homoafetivas são uma realidade, e esta realidade não pode ficar à margem da proteção legal e social. Sequer pode ser restringida ou minimizada, à pretexto da orientação sexual.

Interpretar que a legislação tupiniquim estabeleceu de forma taxativa e exaustiva, (e não de *Lege Lata*), o conceito de família e casamento, seria admitir que o Legislador tivesse o poder de engessar e estagnar as transformações sociais as quais vivenciamos.

O conceito e família está em constante evolução. Prova disto é a paternidade sócioafetiva. Até alguns anos atrás, seria inconcebível, em nossa ordem jurídica, a proclamação de uma paternidade não biológica.

Diante disto, indaga-se: Poderia o Legislador restringir a evolução social e deixar de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar?

O escólio de César Fiúza, disciplina o seguinte:

"A idéia de família é um tanto complexa e variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem a sua idéia de família, dependendo do momento histórico e cultural vivenciado. Com a Constituição de 1988, atentou-se para um fato importante: não existe mais um modelo de família como queriam crer o Código Civil de 1916 e a igreja. A idéia de família plural, que sempre foi uma realidade, passou a integrar a pauta jurídica constitucional, e portanto, de todo o sistema. Reconhecem-se, hoje, não só a família modelar formada pelos pais e filhos, mas além dela, a família monoparental, constituída pelos filhos e um dos pais; a família fraterna, consistente na vida comum de irmão; e até mesmo as famílias simultâneas, dentre outras, são reconhecidas". (Direito Civil 9ª Edição. BH. Editora Del Rey. 2006. pág. 939 a 942)"

Como bem explanado, o Legislador não poderia tolhir ou restringir em um único modelo, as entidades familiares que se estabeleceram através das mutações culturais, ideológicas e sociais.

Sob a mesma mira, Farias e Rosenvald, afirmam que: "não há taxatividade no rol contemplado no art. 226 da Lei das Leis, sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares ali previstos. (pág. 246. 2008) Portanto, dúvida não há quanto a interpretação extensiva do art. 226 da *Lex fundamentalis*², e do fato da união homoafetiva ter caráter de entidade familiar. Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste tópico é mansa e caudalosa³, ao reconhecer direitos civis advindos de união amorosa entre pessoas do mesmo sexo.

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)

A alegação do Ministério Público de que a Ação de Declaração de Preceito Fundamental nº 132/RJ e a ADI 4277/DF, permitiriam somente a união estável homoafetiva e a conversão desta em casamento, não prospera. A Ação de Declaração de Preceito Fundamental nº 132/RJ e a ADI 4277/DF embora não tenham enfrentado expressamente o tema aqui proposto, ou seja, da possibilidade da realização direta do casamento entre pessoas do mesmo sexo, deu importante passo rumo à aceitação da união civil homoafetiva, apesar do § 3º, do art. 226, e o Código Civil, trazerem como protagonistas da união estável e do casamento, os gêneros homem e mulher⁴. No julgamento da ADPF, que tem efeito *erga omnes*, reconheceu-se a vedação do Estado em fazer qualquer acepção de reconhecimento de direitos civis, sob o argumento de se tratarem de pessoas do mesmo sexo, prestigiando assim, aos princípios da paridade e da isonomia real, além da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da autonomia da vontade nas relações afetivas, senão vejamos:

“EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. 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. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA

⁴ 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. (Regulamento)

AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a

formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroaletivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.⁴ UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como

fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a

possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)”

O que a Constituição e Código Civil construíram, em termos dogmáticos, sobre a definição de casamento e entidade familiar, foi apenas um modelo básico e tradicional, não implicando que fosse o único.

O fato dos art. 1.514 e 1.565 do Código Civil⁵, preconizarem a realização do casamento civil entre homem e mulher, deve ser interpretado de forma harmônica e sistemática com a Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, inciso I, do qual emerge o comando normativo, que não haverá qualquer restrição ou impedimento ao exercício de direitos ou garantias fundamentais, em razão do sexo ou da orientação sexual, conforme anotado na ADPF acima citada.

Neste compasso, mesmo à míngua de norma expressa permissiva, deixar à margem da proteção estatal as relações homoafetivas, justo por serem homoafetivas, implicaria em violar os princípios da paridade e da isonomia, além da garantia

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

fundamental da dignidade e da não violação à intimidade.

O Estado, na hipótese de não reconhecer a união civil e o vínculo matrimonial entre pessoas do mesmo sexo, estaria determinando com quem os indivíduos poderiam se relacionar amorosa, afetiva e sexualmente. Sendo maiores e capazes, não tem o Estado o poder de interferir no relacionamento individual, e nem lhes negar proteção legal, prevalecendo o princípio da autonomia das vontades. O que se pretende é o Estado declare os integrantes da união homoafetiva, como detentores de direitos e obrigações recíprocas, e para com terceiros. Neste âmbito, não há nenhum impedimento legal para que o Estado assim o faça.

À luz do Estado Brasileiro, a união de pessoas com a finalidade de estabelecimento de uma vida em comum, deverá ser tutelada pelo ente estatal, independente de ser heteroafetiva ou homoafetiva.

A lavratura do casamento não se confunde com a conversão de união estável em casamento, já que são dois institutos totalmente distintos. Nesta esteira, a interpretação do Ministério Público, de que para realizar o casamento civil homoafetivo, haveria necessidade da prévia existência de união estável, deverá se restringir apenas a hipótese de conversão desta em casamento. Aliás, esse requisito é tanto para união hetero quanto homoafetiva, pois, do contrário, pelo princípio da isonomia, também o casamento civil entre pessoas de sexo oposto, só poderia se realizar havendo prévia união estável, seguindo esta ótica.

Por fim, finalizo expondo que o reconhecimento da possibilidade de matrimônio para pessoa do mesmo sexo, vem para evitar que injustiças sociais continuem acontecendo, como por exemplo, o não reconhecimento de direitos previdenciário; alimentos; direitos sucessórios; direito de habitação, e principalmente, o tratamento digno no âmbito social e familiar.

Do exposto, **REJEITO** a impugnação Ministerial, **DEFERINDO** a permissão para o registro do casamento civil, decorrente de relação homoafetiva, após deferida a Habilitação junto à autoridade competente.

*PODER JUDICIÁRIO DO ESPÍRITO SANTO
COMARCA DE COLATINA
VARA DA FAZENDA ESTADUAL, REGISTROS PÚBLICOS E MEIO AMBIENTE*

Ressalvo, entretanto, que esta decisão restringe-se apenas ao permissivo para a realização do CASAMENTO CIVIL, sendo que as celebrações de casamento NO AMBITO RELIGIOSO, deverão respeitar ao direito de crença e credo.

INTIMEM-SE.

Colatina-ES, 30/07/2012.

MENANDRO TAUFNER GOMES
JUIZ DE DIREITO