



Processo nº: XXXXXXXXXXXXXXXXX

SENTENÇA

Trata-se de habilitação para casamento formulado por **AAA** e **XXX**, ambos qualificados, perante o Cartório Antônio do Prado.

O Ministério Público apresentou impugnação ao argumento de que o casamento não é possível em razão da ausência de Lei prevendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Decido.

A necessidade de intervenção judicial no presente procedimento resulta da impugnação do Ministério Público, na forma do parágrafo único do artigo 1.526 Código Civil.

O primeiro esclarecimento necessário é o de que a Resolução nº 175/13 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) apenas obriga o responsável pelo Cartório de Registro Civil proceder ao registro da habilitação. Referida Resolução não vincula o Juiz de Direito, em razão do princípio do livre convencimento (Art. 93, IX da CF), de maneira que cabe ao julgador dizer se o casamento entre pessoas do mesmo sexo está ou não permitido no Direito Brasileiro.

O segundo esclarecimento que reputo importante é que já compartilhei com o nobre Promotor de Justiça o entendimento no sentido de que não obstante o julgamento proferido na ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ pelo STF, o casamento entre pessoas do mesmo sexo dependia de previsão legal. Entretanto, atualmente penso diferente. Passo a explicar, portanto, o motivo pelo qual entendo que o deferimento já é possível.

Diferentemente de muitos que defendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo tornou-se possível a partir do julgamento do STF, já mencionado, não tenho dúvida de que o fundamento a ser desenvolvido aqui, no que se refere ao casamento, difere daquele apresentado quando do julgamento da ADI 4277/DF



e ADPF 132/RJ. É que aquele julgamento cuidou de reconhecer mais uma possibilidade de entidade familiar, qual seja, a relação homoafetiva, a qual guarda características similares à união estável heterossexual, prevista no artigo 226, §3º da CF e artigo 1.723 do CC. Portanto, tal julgamento cuidou de reconhecer que a união formada entre pessoas do mesmo sexo, havida de forma pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, deve produzir as mesmas consequência jurídicas das relações previstas no artigo 1.723 do CC e que ambas gozam da mesma proteção do Estado.

Conforme se extrai da própria Constituição Federal, não pode haver qualquer forma de tratamento desigual entre os diversos arranjos que formem famílias, sejam elas constituídas de maneira formal, por meio do casamento; ou informal, em suas mais diversas possibilidades, não descritas em lei. De fato, não há porque imaginar que todas as possibilidades de formação de família devam estar descritas em Lei e menos ainda na própria Constituição Federal.

Certamente o constituinte de 1988 conceituou união estável porque até aquele momento o legislador ainda não havia enfrentado a matéria e o tema era frequente no Judiciário, de modo que a situação clamava previsão legislativa, felizmente feita pelo Constituinte. O mesmo ocorria em relação a família monoparental, expressamente cuidada no § 4º do artigo 226. A dinâmica social naturalmente vai gerando outras modalidades de famílias constituídas informalmente, como, por exemplo, tios e sobrinhos órfãos; avós e netos, abandonados por seus genitores, etc. O importante é a certeza de que todas gozam da mesma proteção do Estado, na forma do caput do artigo 226 da CF, independentemente de terem sido constituídas formal ou informalmente.

O casamento é o único modelo de família constituído formalmente. Tal modalidade de família não foi conceituada na Constituição Federal, mas está descrito no artigo 1.514 do CC.

A questão nodal aqui é dizer se o casamento entre pessoas do mesmo sexo está permitido no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante o fato de o Código Civil afirmar categoricamente que a realização do casamento se dá entre "*homem*



e *mulher*". A conclusão para esta questão inevitavelmente passa pela análise da produção judicial do Direito.

Inegável que ao cumprir seu dever precípua de interpretar a norma, o julgador também produz norma. Tanto é que o § 1º do Art. 518 do CPC determina que o Juiz não receberá a Apelação quando o julgamento estiver em conformidade com Súmula do STJ e do STF. Outro aspecto confirmador disso é o fato de nós, juízes, costumarmos fundamentar nossos julgados em jurisprudências dos Tribunais. Até mesmo o STJ e o STF rotineiramente fundamentam seus julgados em precedentes jurisprudenciais.

Neste aspecto não há como negar que o julgamento do STF (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), o julgamento do STJ (RESP 1.183.378/RS) e até a Resolução 175 do CNJ sejam influenciadores da formação de convicção do julgador no sentido de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que posteriormente ao julgamento do STF, Corregedorias de Justiça de vários Estados da Federação cuidaram de regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo: SC, RJ, RO, PR, MS, BA, SE, PI, SP e AL.

O que justifica, agora, o entendimento de que é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, se a Constituição Federal data de 1988, o Código Civil está em vigência desde janeiro de 2003, e o CC anterior (1916) também era expresso quanto às palavras "*marido e mulher*"?

A resposta está exatamente na evolução da sociedade e na possibilidade da produção judicial do Direito quando o legislador não atende ao anseio da sociedade em determinado ponto.

O censo IBGE 2010 revelou que havia no Brasil 60.000 famílias formadas por pessoas do mesmo sexo¹. Certamente o número é bem maior, uma vez que a pesquisa é anterior ao julgamento do STF (2011), quando muitas famílias ainda não declaravam que eram formadas por pessoas do mesmo sexo. Existem vários movimentos na sociedade clamando a possibilidade legal de casamento entre pessoas do mesmo sexo e ainda assim o legislador até o momento não se dispôs a estabelecer uma

1 <http://oglobo.globo.com/economia/vida-com-dois-pais-duas-maes-5902254>



discussão baseada nos preceitos da Constituição Federal, insistindo em não fazê-lo com base apenas, única e exclusivamente, em argumento religioso.

É sabido que o Brasil é um estado laico e como tal, o argumento religioso não pode fundamentar as questões de Direito. Todos os agentes públicos estão adstritos a esta norma, como também estão obrigados a aceitar as manifestações de pensamento (Art. 5º, IV da CF).

No que tange, à interpretação da norma, sobretudo naquelas situações em que a decisão irá gerar norma não prevista na Legislação, o julgador deve fundamentar o julgado nos princípios norteadores da Constituição Federal e nos tratados internacionais subscritos pelo País. Somente quando tal fundamentação for possível é que a norma criada pelo julgador estará apta a integrar o sistema normativo.

Pois bem. Dispõe o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal que constitui um dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*. Se admitimos que o casamento é possível entre pessoas de sexos diversos e não o admitimos entre pessoas do mesmo sexo, necessitamos buscar o porquê, mas isso somente é necessário a partir do momento em que pessoas do mesmo sexo pleiteiam o direito ao casamento.

Portanto, qual o motivo pelo qual não permitimos o casamento entre pessoas do mesmo sexo? Já sabemos que o ordenamento jurídico brasileiro não admite o fundamento religioso. Qual é, então, o argumento contrário a tal pretensão? Não é, evidentemente, o fato de que o casamento tem fim reprodutivo. Certamente tal argumento cai por terra quando encontramos casais heterossexuais que se casam e não pretendem ter filhos. Tampouco se cogita a anulação de casamento quando um dos cônjuges descobre a infertilidade depois de casados. Também é certo que a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo não traz qualquer restrição ao direito dos heterossexuais, que continuarão se casando, sem que as relações homoafetivas lhes afetem quanto aos seus direitos preexistentes. Na verdade, a admissão do direito de casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas impõe aos demais um dever: tolerar e



respeitar as diferenças.

Destarte, não encontro nenhum motivo para dizer que o casamento entre pessoas do mesmo sexo pode trazer qualquer prejuízo para a sociedade. A história mostra que o exercício da intolerância é que gera catástrofes. Em corolário a isso, podemos vislumbrar que o exercício e a prática da tolerância podem, quiçá, ser positivo no sentido de promover o desenvolvimento da sociedade.

A Declaração De Direitos do Homem e do Cidadão (1789) estabeleceu no seu Art. 4º o limite a ser observado para o exercício de uma liberdade: “*A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei*”.

É certo que a interpretação desta regra hoje deve entender “*lei*” em sentido amplo: ordenamento jurídico. Se assim não fosse, estaríamos desprezando toda produção de Robert Alexy, no tocante à diferenciação entre regras e princípios, o que seria absurdo porque no exercício de interpretação da norma, o julgador deve também fazer uso da carga intelectual que adquire através dos estudos dos grandes pensadores da Filosofia do Direito.

Parece desnecessário mencionar que quando a Constituição Federal trata de preconceito de sexo ela está a tratar exatamente da sexualidade. Também deixo de cuidar do que constitui a sexualidade porque isso já fora feito magistralmente pelo Ministro Aires Britto no voto já mencionado.

Em consectário com o objetivo de promover o bem de todos (Art. 3º, IV da CF) inevitável pensar em “*todos*” como **todas as pessoas**, logo indispensável trazer a esta fundamentação, o princípio da dignidade da pessoa e, por ser o princípio mais amplo consagrado na Constituição Federal, apenas reafirmo que a concretude deste princípio depende da capacidade do Estado de tratar a pessoa a partir da máxima Kantiana de que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas². A

² Justiça – O que é fazer a coisa certa. Michael J. Sandel; [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Página 154.



limitação da possibilidade de exercer a intimidade sexual de acordo com o desejo do sujeito atenta contra sua dignidade. E a garantia de um direito (no caso o casamento) a quem é heterossexual e sem que haja a permissão do mesmo direito ao indivíduo homossexual é uma limitação de direito, posto que deixa de enxergar a pessoa como um fim em si mesmo.

Em 1991 a Anistia Internacional passou a considerar a discriminação contra homossexuais uma violação contra direitos humanos e indubitavelmente os direitos humanos foram norteadores do Constituinte brasileiro.

No que tange às afirmações no sentido de que a produção judicial do Direito atenta contra o Estado Democrático de Direito, é importante ressaltar que não estamos diante de um fenômeno novo e estranho. Cito, por exemplo, que até 1988 a união estável entre pessoas heterossexuais não estava prevista na legislação. Coube, primeiramente, ao Judiciário acolher aquele arranjo como **família**, evitando situações de extrema injustiça.

Apesar das diferenças entre o Brasil e os EUA, é bom lembrar que o primeiro Estado Americano a reconhecer o casamento gay foi Massachusetts e o fez por decreto da Suprema Corte em 2003, mas o primeiro estado a legalizar, por lei, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi Vermont, em 2009³. Tal situação não enfraqueceu a democracia Americana. Aliás, uma análise mais aprofundada da produção judicial do Direito, tanto no Direito Americano quanto no Brasileiro, revela que ela foi muito mais produtora no sentido de fazer justiça, principalmente quanto às minorias, do que se simplesmente não tivesse existido.

Posto isso, com base no Art. 5º XXXV da CF, afastando as palavras "homem e mulher" dos artigos 1.514 e 1.517 do CC porque ferem o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CF) e atentam contra os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, IV da CF). Consequentemente, defiro o pedido de habilitação para casamento de XXXX e AAAA.

Devolvam os autos ao Cartório Antônio do Prado para a celebração

³ Justiça – O que é fazer a coisa certa. Michael J. Sandel; [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Página 315.



**tribunal
de justiça**
do estado de goiás

PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara de Família e Sucessões
Comarca de Goiânia-GO

do casamento, cabendo a aquele oficial promover à intimação do Ministério Público.

P.R.I.

Goiânia, 28 de maio de 2013.

Sirlei Martins da Costa
Juíza de Direito