



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

Processo nº0017579-03.2012.8.08.0014

Requerentes: K. R. e E. C. S.

Habilitação para o casamento (expedientes especiais)

“Nenhum conhecimento nos ajudará se perdermos a capacidade de nos comover com a desgraça de outro ser humano, com o olhar amável de outro ser humano, com o canto de um pássaro, com o verde de um jardim. Se o homem se faz indiferente à vida, não há nenhuma esperança de que possa fazer o bem” (Erich Fromm, El corazón del hombre)¹.

DECISÃO

Vistos etc.

Cuidam os autos de procedimento de habilitação para o casamento em que figuram como contraentes as nacionais K. R. e E. C. S.

Cumpridos os trâmites legais, o ínclito Oficial do Cartório do Registro Civil e Notas do Distrito Sede da Comarca de Colatina submeteu o feito ao parecer do Exmo. Promotor de Justiça com atribuições no foro extrajudicial.

O eminente presentante do *Parquet* formulou, então, profícuo arrazoado, manifestando-se adversamente à consumação do casamento. Vazou-se o Ministério Público, por seu órgão local, nos argumentos primordiais de que o ordenamento pátrio desconheceria a figura jurídica do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido excepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião dos julgamentos históricos da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, tão somente a possibilidade singela e exclusiva de reconhecimento de efeitos civis às **uniões estáveis** contraídas sob o pálio da homoafetividade, vedada, no entanto, qualquer outra forma de constituição do matrimônio distinta da conversão constitucional do art. 226, §3º, *in fine*, da CRFB/88.

Ao laborioso parecer ministerial seguiu-se a venerável decisão de fls. 32/41, da lavra do Exmo. Dr. Juiz de Direito Menandro Taufner Gomes que, analisando a questão sob a ótica eminentemente registral, concluiu pela inexistência de vedação jurídica legítima à

¹ apud FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

consumação da habilitação e ao conseqüente registro do ato matrimonial, haja vista o primado constitucional dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O Ministério Público interpôs recurso contra o indigitado pronunciamento *a quo*, tendo sido a sua irresignação provida em parte, para declarar nula a decisão de piso, haja vista estar afeita a temática *in quaesto* à competência do juízo de uma das varas com competência em matéria de direito de família.

Promovida a redistribuição por sorteio, em consequência ao ato de fls. 76, ordenou-se, já nesta paragem, a abertura de vistas ao Exmo. Dr. Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria Cível desta Comarca, em exercício junto à Primeira Vara de Família de Colatina, para que expressasse seu convencimento acerca da possível dissociação entre as atribuições do *Parquet* nos foros judicial e extrajudicial e, na hipótese de afirmar-se titular de atribuição específica para o procedimento em curso, exarar seu colendo parecer.

O Ministério Público carreu sua manifestação às fls. 91/107, opinando, em epítome, favoravelmente à possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

É o que nos incumbia relatar em essência. Decido.

Cuidam os autos de procedimento de habilitação para o casamento instaurado entre pessoas de mesma identidade sexual.

Pouco poderia acrescer à escorreita e brilhantemente fundamentada decisão de nosso dileto colega, o Exmo. Dr. Menandro Tauffner Gomes, de cujas ilações, tangidas pela isenção, comedimento e tecnicidade próprias de sua extraordinária formação jurídica e humanística, compartilhamos sem reboços.

O cerne da objeção erigida pelo probo e erudito membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em seu esplêndido parecer de fls. 14/30 consiste em determinar se as contraentes K. R. e E. C. S., por pertencerem ambas ao gênero feminino, seriam aptas a convolar núpcias, em obediência às regras gerais do casamento civil ou se, ao reverso, preponderaria a vedação literal consignada no estatuto civil pátrio, a uniões formais dessa ordem entre pessoas de mesmo sexo.

O caso vertente ostenta a nota característica da identidade sexual entre as contraentes, sendo ambas mulheres, o que contraria, *prima facie*, a normatização infraconstitucional, que se reporta estritamente ao núcleo binário homem-mulher.

Em que pese tal divergência entre a *facti specie* enfocada e os ditames expressos no aludido texto normativo, não vislumbro impedimento à formalização do matrimônio, notadamente em face da mutação social que ensejou, em um crescendo, o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

reconhecimento paulatino, mas inexorável, de paridade entre os cidadãos brasileiros, independentemente da conotação dada à sua orientação sexual íntima.

Não se desconhece a lamentável e persistente omissão legislativa, na regulamentação expressa dos requisitos caracterizadores e dos efeitos jurídicos de enlaces tais, como a que se pretende constituir nestes autos. No entanto, sempre coube à jurisprudência, sobretudo no âmbito constitucional, da preservação dos direitos fundamentais, exercer papel contramajoritário, plasmando decisões socialmente relevantes em temas para os quais o parlamento, com sua composição heterogênea e mutável, encontra óbices naturais à formação do consenso.

De inefável pertinência, nesta baila, as palavras de VENOSA, sobre o papel, juridicamente inovador e socialmente reformador, da jurisprudência:

A jurisprudência não está mencionada na lei como fonte, mas a sua importância como tal, ainda que subsidiária, é inarredável. É uma fonte informativa. As leis envelhecem, perdem a atualidade e distanciam-se dos fatos sociais para as quais foram editadas. Cumpre à jurisprudência atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda às necessidades do momento do julgamento. Por isso, entendemos que a jurisprudência é dinâmica. O juiz deve ser um arguto pesquisador das necessidades sociais, julgando como um homem de seu tempo, não se prendendo a ditames do passado. Aí se coloca toda a grandeza do papel da jurisprudência²

E nessa esteira, faço coro as palavras sempre percucientes de Maria Berenice Dias, pioneira no trato sistemático da matéria em estudo:

“Na presença dos vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia que se funda no princípio da igualdade. [...] Em nome do princípio da igualdade, é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, ele reconheça direitos às situações merecedoras de proteção”³.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 60.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

Porque o juiz não pode negar-se a decidir (LICC, art. 4º, e CPC, art. 126), cabe-lhe colmatar as lacunas do ordenamento jurídico positivo, recorrendo às suas fontes subsidiárias.

Instrumento poderoso nessa tarefa é a analogia, que permite ao aplicador, por um processo quase-lógico de raciocínio, estender uma norma jurídica a hipóteses não diretamente compreendidas no texto legal, fundando-se, para tanto, na semelhança entre o caso tratado e institutos jurídicos dotados de regulamentação expressa. Busca-se a *ratio legis*, fincando-se na premissa de que *ubi eadem ratio ibi idem legis dispositio*.⁴

Pois bem, vigoram em nosso ordenamento jurídico três institutos que se aproximam das uniões estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo, cada qual com grau distinto e crescente de pertinência, e com diferentes amplitudes de direitos e deveres consectários. São eles: as sociedades de fato, as uniões estáveis e o casamento.

Das primeiras, nesta sede, não se cogita, pois não se está a perquirir da existência de mera sociedade civil. O fundamento do liame que enlaça as contraentes não é o escopo lucrativo ou econômico, mas a vivência comum da afetividade. Logo, a matéria societária, alheia ao âmbito familiar, encontra-se suplantada, devendo-se buscar no campo específico do direito de família a moldura que estabelecerá os contornos definitivos do regime jurídico colimado.

Tangente à moldura legal da união estável, dotada das características de publicidade e de intuito familiar, já se pacificou na instância sobranceira do Excelso Pretório a possibilidade jurídica de sua conformação, em tudo equiparável aos vínculos informais, porém públicos, duradouros e dotados da intenção de constituir a família, entre pessoas de sexo heterogêneo.

Desta última, porém, tampouco se cogita *in casu*, uma vez que as habilitantes não colimam cercar-se meramente da proteção legal deferida ao vínculo informal da união estável, mas pretendem munir-se da segurança jurídica própria do matrimônio civil, por tratar-se de instituto envolto em solenidades, devidamente observadas na constituição do relacionamento entre as nubentes.

Nesta senda, tenho como perfeitamente admissível a constituição de referida unidade familiar, sob o modelo peculiar ao casamento e com total paridade de eficácia jurígena aos instituídos para os matrimônios celebrados entre casais heterossexuais, o que

⁴ “Fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança. [...] O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna”. (FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 301-302.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

se concebe à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o valor constitucional basilar de todo o ordenamento jurídico, impondo a elevação do ser humano ao centro desse sistema, imbuindo-se os seus operadores da compreensão “*de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade*”⁵.

Nas palavras esclarecedoras de ALEXANDRE DE MORAES:

*“[...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a **pretensão ao respeito por parte das demais pessoas**, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem **menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos**. [...]”*⁶

O princípio da dignidade, como epicentro axiológico da ordem constitucional, irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e vincula todos os institutos de direito à realização da personalidade do ser humano. Como tal, representa não somente um limite à atuação do Estado, mas também um norte para a sua ação positiva: “*O Estado não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, deve também promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano e seu território*”⁷.

E não há dúvida de que a realização plena da pessoa humana, como ser dotado de inteligência, sentimentos, desejos e necessidades afetivas, perpassa inexoravelmente a expressão dessas qualidades, por meio da interação familiar e afetiva com os que lhe são caros.

Disso provém a ilação percuciente de Maria Berenice Dias:

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode simplesmente ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23.

⁶ in Direito constitucional. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.50.

⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

tivesse relação com a dignidade humana. [...] A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. [...] Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”⁸.

A consciência dessa verdade inefável, como premissa maior da interpretação do direito de família, traz consigo o condão de instilar a revisão dos institutos tradicionais nesse campo, dada a constatação fática de que os arranjos familiares hoje corriqueiros e tolerados no cenário social transcendem aos modelos tradicionais e conservadores albergados pelo direito posto.

Há que se ter em mente que a família não está mais adstrita às noções milenares de matrimônio, como sinônimo de sexo e procriação, tendo-se tornado, nos dizeres de Giselle Groeninga, “*um caleidoscópio de relações que muda no tempo, se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração*”⁹.

Enveredando-se na análise histórica do conceito de família, e dos valores determinantes dessa concepção, Maria Berenice Dias pontifica que:

“Com a evolução político-cultural que sucedeu ao Absolutismo, deixou o Estado de se submeter aos rígidos dogmas da Igreja, que atribuía à família uma natureza divina. Esse movimento, denominado secularização ou laicização, é a base da cultura liberal. Conforme Belmiro Pedro Welter: A moral, a contar da separação entre a Igreja e o Estado, não é mais um mandato das alturas, não é sacra, e sim profana”.

Abandonada a idéia do casamento, como entidade sacrossanta, ocorreu uma natural derivação rumo ao pluralismo das entidades familiares, enlaçando-se estruturas não convencionais, que têm como marca diferenciadora o elo de afetividade entre os seus membros¹⁰.

Observando essa evolução do modelo familiar, albergado pela novel constituição, Francisco José Ferreira Muniz a celebrou, afirmando:

⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 192-193.

⁹ DIAS, Maria Berenice. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 182.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 180-181.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

*[...] A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família. [...]*¹¹

Nas palavras de Gustavo Tepedino, citado por Cristiano Chaves de Farias, a essência dos artigos 226 a 230, da Lex Mater remete à ilação de que *“a milenar proteção da família, como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”*¹².

De fato, à medida em que a família deixa de ser compreendida como um núcleo econômico e reprodutivo, avançando para uma visão socioafetiva, novos arranjos familiares surgem naturalmente, em que o matrimônio tradicional, entre o par designado biologicamente por homem e mulher é abandonado, como referencial necessário, para atender-se precipuamente à proteção e ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade do ser humano¹³.

A família, nessa novel perspectiva, deve ser encarada como um sistema democrático, um núcleo incentivador e edificador da felicidade de seus integrantes, substituindo-se *“a feição centralizadora e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a confiança recíproca”*. A família, funcionalizada pela constituição republicana, existe em razão de seus componentes, como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, não o contrário. Sendo assim, a proteção ao núcleo familiar deve estar necessariamente atrelada à tutela do indivíduo, **sendo descabida toda e qualquer forma de violação da dignidade do ser humano, a pretexto de garantir proteção àquela estrutura, em sua conformação primitiva, como instituição**¹⁴.

¹¹ *apud* VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 30.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22-23.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23-24, *passim*.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

Cumpra lembrar que a realidade social é dinâmica e multifacetada e que, de igual modo, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação¹⁵.

A própria família apresenta-se como um dado sociológico e biológico, de caráter natural reconhecido pelo Estado, de modo que o direito posto não pode abstrair o fenômeno sociológico da família, como realidade social que lhe é preexistente¹⁶ e que lhe outorga o fundamento de validade (CF, art. 1º, parágrafo único). Neste sentido, preconiza-se:

“Ao legislador cabe ‘carimbar’ – para usar a expressão de Pontes de Miranda – os fatos da vida, transformando-os em normas jurídicas mediante o estabelecimento de sanções. O Direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos. Mas a norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias e as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano. Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só a vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz”¹⁷.

Por isso, sem embargo das notáveis posições em sentido diverso¹⁸, a falta de previsão legislativa específica, no trato das relações homoafetivas, não pode ensejar a negativa de prestação jurisdicional a essas uniões, que são uma verdade sociológica irrecusável, tampouco pode permitir a escusa em tutelar juridicamente os direitos que lhe são conexos, que são inegavelmente mercedores de proteção¹⁹.

Não obstante o silêncio mordaz da lei, a nenhuma espécie de vínculo afetivo pode-se deixar de conferir o *status* familiar, mercedor de proteção jurídica. Nem mesmo a literalidade do art. 226, §3º, da CF, ao cingir-se às expressões homem e mulher, tem o poder de indicar o contrário. Afinal, é a própria Carta Magna que consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), livre de discriminações e de preconceitos (art. 3º, IV), realçando, ademais, que os direitos e garantias “expressos” em seu corpo não excluem outros (implícitos) decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §2º).

Em realidade, somente os resíduos do preconceito intrínseco à nossa sociedade explicam a omissão legal, tangente à regulamentação das convivências e do matrimônio

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 22.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21.

¹⁸ Por todos, leia-se a obra de Sílvio de Salvo Venosa.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

homossexuais, quando estas em nada se diferenciam das uniões estáveis e do matrimônio entre homem e mulher²⁰.

É inconcebível que os marcos decisórios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no ensejo do julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277, os quais representaram corajoso avanço na declaração da isonomia plural inerente ao estado democrático brasileiro, sejam vilipendiados, aviltados em sua envergadura, para que se apequenem a uma visão tímida e atrelada ao passado!

A união estável, como entidade coordenada pela vivência diuturna, pela publicidade do relacionamento e pela vontade recíproca em formar o nexu familiar, não é servil ou subalterna ao casamento, merecendo as mesmas graças que este, na tutela especial e prioritária instituída pelo *caput* do art. 226 da Constituição da República.

Por isso, assentir sob a tônica constitucional à formatação de uma união estável entre pessoas de orientação sexual homogênea, muito mais do que expressar tolerância ou condescendência com uma modalidade menor de formação de família, subserviente e inferior ao casamento, expressa a proclamação da igualdade absoluta entre as pessoas de qualquer gênero ou formação, no que pertine à consolidação de seus laços afetivos e à persecução dos direitos civis que lhe concernem. Significa estabelecer em definitivo que os vocábulos “homem” e “mulher”, eleitos pelo venerável constituinte para a representação de seres iguais, conjugam-se semanticamente para expressar muito mais, guardando sinonímia com a pessoa humana, livre de designações preconceituosas.

Se assim é, e se não estão aprisionados os seres humanos ao predicado sexual, para a definição dos direitos reconhecidos à união estável, tampouco poderão eles ser preteridos na escolha livre e consciente de formatarem o seu vínculo sob a visão solene da celebração matrimonial, mormente porque, ao reverso, não há qualquer termo predicativo de gênero na redação do *caput* e §§ do art. 226, à exceção do já suplantado §3º em evidência!

É inegável, em uma abordagem hermenêutica histórica e teleológica do dispositivo constitucional em comento, que a Carta Política não se fez imbuída de um espírito restritivo, cerceador de direitos, ao enunciar o reconhecimento jurídico da vivência afetiva entre homem e mulher como digna de proteção estatal, exercendo, ao reverso, influência revitalizadora e ampliativa do ordenamento vigente, que até então proscovia até mesmo as uniões informais entre pessoa de gênero diverso, por se apartarem da tônica formal do casamento.

Perceba-se que o constituinte foi sensível às construções pretorianas, que desde antanho reconheciam as injustiças oriundas da condenação das uniões estáveis à invisibilidade, e prescreveu, em caráter cogente, a necessidade de que recebessem adequada regulamentação nos estatutos civis.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

A norma em questão cristaliza os anseios predominantes em um momento histórico que palpitava sob os influxos da redemocratização, sendo nítido o seu espírito protetivo, acolhedor e liberalizante que, colocado sob a devida perspectiva, contrapunha-se à época a preconceitos da mesma ordem que os ora antepostos às famílias homossexuais.

Não se há de ver, dessarte, na menção ao par heterossexual, constante do art. 226, §3º, da CF, uma negação dos enlaces homoafetivos, mas um primeiro e vigoroso passo na renovação do direito das famílias, rumo à almejada juridicização do afeto e da solidariedade, que ora se colhem à luz dos artigos 5º, caput e §2º, 1º, III e 3º, IV, todos da Carta Republicana²¹.

Registra o Exmo. Min. Luis Felipe Salomão, ao discorrer sobre o REsp nº 1183378: *"[...] O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 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. [...] O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV, da CF/88)."*

Daí porque o Supremo Tribunal Federal ter explicitado de forma altissonante que *"ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual"* (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe).

Nessa ótica, malgrado a timidez e a resistência conservadora que inibiram o avanço legislativo nesse campo, a qualidade de seres humanos, livres de quaisquer dísticos pejorativos ou discriminatórios, basta para assegurar, a qualquer pessoa, o exercício dos direitos oriundos da convivência familiar, da sexualidade e do afeto, como expressões de

²¹ Daí o escólio de Maria Berenice Dias, segundo a qual o constituinte limitou-se a "citar" as espécies de família mais corriqueiras, mas sem pretensões exaustivas, de modo que o elenco do art. 226, da CRFB/88 deve receber uma leitura meramente exemplificativa, jamais em *numerus clausus* (in Alimentos no código civil. cit. p. 181).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

sua personalidade, podendo reivindicar do Estado, como destinatário precípua dos mandamentos constitucionais, **a declaração de sua paridade, perante os concidadãos, a isonomia dos seus direitos e o respeito à sua dignidade.**

Vale dizer que a omissão deliberada do legislador positivo, que se recusa, por questões várias, a cumprir a missão constitucional de emprestar efetividade a princípios basilares, como os da isonomia e da dignidade da pessoa humana, é por si mesma portadora da pecha de inconstitucionalidade, tal qual averbou o Exmo. Min. Celso de Mello, no julgamento da ADI-MC 1484-6-DF, abraçando a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, *in verbis*:

"[...] As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad), verbis: "A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. Afeta, também, o sentido da Constituição. Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade (...). Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes, serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição."



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

Regressando, sempre e sempre, às ponderosas lições de Maria Berenice Dias, destaco-lhe a percuciente admoestação:

*“Tentar engessar a família pelo elo do casamento **ou pela diversidade do sexo do par** é singelamente deixar ao desabrigo da juridicidade uma legião de famílias que constituem a sociedade dos dias de hoje. [...] No momento em que se passou ao primado dos direitos humanos, cai por terra qualquer tentativa de caráter punitivo a limitar o direito do cidadão [...]*

A maneira de o ser humano buscar a felicidade perpassa pelo estabelecimento de elos de afetividade. Afinal, há até uma música que diz: é improvável, é quase impossível, ver alguém feliz de fato sem alguém para amar. Se as relações se estabelecem da forma não legal ou não convencional, cabe ao juiz identificar a existência de um vínculo familiar para abrigá-las sob o manto da juridicidade. Essa é a única forma de se fazer justiça: enxergar a realidade e flagrar as situações merecedoras de tutela.

*Os relacionamentos afetivos geram obrigações mútuas, direitos e deveres de parte a parte. [...] Punir quem vive fora dos parâmetros aceitos pela moral conservadora não é função do juiz. A ele compete fazer justiça. Não pode usar a espada que consta do símbolo de sua profissão para podar direitos. Não cabe colocar uma venda nos olhos para não ver opções de vida e formas de buscar a felicidade”*²²

Pontificou o Exmo. Min. Ayres Britto, ao relatar a ADPF nº 132-RJ, com extrema perceptividade, que *“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.”*

De fato, não há sentido algum em negar direitos ao ser humano, como punição pelo exercício lúdimo de sua liberdade pessoal, máxime quando esse seu agir não ultraja, não degrada, nem lesiona, em nenhum grau relevante, a esfera jurídica dos que o circundam!

Falta a essa flagrante discriminação legal o seu indispensável suporte axiológico, uma justificativa objetiva e razoável, pautada em critérios genericamente aceitos e voltada a uma finalidade compatível com os direitos e garantias constitucionais²³. E sem eles, todos

²² DIAS, Maria Berenice. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 185-187, passim.

²³ “[...] O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

os discrimens impostos pelo legislador, todas as diferenciações entre situações fundamentalmente equiparadas, longe de afirmarem o princípio da isonomia, traduzem-se em genuínas e repudiadas inconstitucionalidades.

A desigualdade jurídica, assim estabelecida por omissão, é puramente arbitrária, desprovida de motivação razoável e de finalidade legítima, fulcrada somente em resquícios de valores conservadores e anacrônicos, de fundo puramente dogmático-religioso, sem esteio axiológico nos bens juridicamente relevantes tutelados pela ordem constitucional.

A República Federativa do Brasil é um estado laico e, nessa tônica, assegura direitos e interesses que, muitas vezes, não representarão aqueles dos grupos religiosos tradicionais. Mas, é oportuno dizer, a liberdade religiosa, expressa pela Constituição Federal, se de um lado protege a inviolabilidade da crença e do culto, também assegura o direito de não professar religião alguma. E não é lícito, sob pena de malferir tal preceito, que proteja uma fundamental liberdade do indivíduo, punir alguém, ao omitir-lhe o gozo de direitos reconhecidos aos seus concidadãos, pelo simples fato de viver em desacordo com a moral religiosa dominante.

O Exmo. Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, expressou com percuciência o conceito de separação entre os princípios albergados pelo Estado laico e as diretrizes dogmáticas religiosas tradicionais, como expressão necessária de uma sociedade democrática e plural, nos moldes preconizados pela constituição da república:

[...]A laicidade, que não se confunde com laicismo, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo – [...] Deuses e céares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro. [...] Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular

provisórias, impedindo que se possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. [...] Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. [...] (ALEXANDRE DE MORAES, op.cit., p. 65)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

*tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprovava qualquer delas. [...] Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente confessional. [...] Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não podem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. [...] as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. **Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.** [...] (grifo nosso)*

Recorde-se que, em nome da primazia religiosa, da moral conservadora e dos interesses das castas influentes e majoritárias, muitas injustiças e exclusões foram cometidas ao longo da história do direito, inclusive, contra boa parte dos segmentos sociais que hoje, arvorando-se em seus preceitos imanentes, tentam imiscuir-se na produção legislativa, para obstar a eficácia plena dos ditames constitucionais em evidência neste discurso. Basta lembrar, que em passado não muito distante, crenças eram sufocadas, por divergirem da religião oficial do Estado; pessoas eram tratadas como mercadorias, famílias eram dizimadas e dispersas, em função da cor e da etnia; seres humanos eram considerados juridicamente incapazes, desprovidos da eficácia da expressão de suas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

vontades, pela simples razão do sexo com que nasceram; legiões de brasileiros eram cerceados em sua cidadania, impedidos de participar do sufrágio e, conseqüentemente, da formação da vontade estatal, por serem pobres ou analfabetos; filhos nasciam e morriam, sem direito à paternidade, pelo pecado alheio, de não terem sido gerados sob o manto protetor do casamento.

A evolução do direito deve seguir um trajeto inexorável rumo à igualdade, à solidariedade social, ao respeito ao cidadão, num círculo crescente, que não se permite seja detido ou constricto em seu avanço, sequer pelo interesse das maiorias, pois, em um Estado Democrático, o reconhecimento das diferenças é de essencialidade vital.

E frente a essa escalada, que persegue a universalidade dos direitos civis, é indefensável que seres humanos continuem a ser feitos vítimas dos mesmos odiosos preconceitos que flagelaram por séculos a humanidade, distinguindo-os por sua raça, religião, sexo, origem social ou, *in casu*, pela vivência de sua afetividade e sexualidade.

Assim proclama Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, citado *ipsis litteris* por Maria Berenice Dias:

“Um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente pela CF, a que denominamos entidades familiares implicitamente constitucionalizadas”²⁴.

“A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. [...]”²⁵ Toda e qualquer expressão discriminatória arbitrária, desimportando sua origem ou fundamento, agride a Constituição Federal.

Os enlances familiares de qualquer espécie, desde que pautados na afetividade, estabilidade e ostensividade, estão ao abrigo da matriz constitucional e, por conseguinte, sob o timbre das regras do Direito de Família²⁶.

Sendo assim, onde houver afeto entre **duas** pessoas, respeito, solidariedade, comunhão de vida, ética familiar, ostensividade e intenção de constituir família, haverá uma união familiar tutelada pelo direito.

²⁴ *apud* DIAS, Maria Berenice. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 180.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 192-193.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. in Alimentos no código civil. CAHALI, Francisco José et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 180-181.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

A jurisprudência, imantada por essas reflexões, não se tem furtado em conceder proteção às famílias, ainda que ao desabrigo de norma expressa. Cito, *ad exemplum*, o precedente a seguir ementado, por sua envergadura:

[...] O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

[...] - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. [...] (REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010)

Não foi outra a conclusão firmada pela Corte Suprema deste País, sob os influxos do Exmo. Min. AYRES BRITTO, quando do julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132-RJ, ao resguardar total paridade entre as famílias, independentemente da acepção de gênero de seus componentes, e ao banir o critério de sexo ou de orientação sexual, como discrimen juridicamente admissível, no trato dos direitos civis. De forma sucinta, repercute o ementário jurisprudencial a dimensão dos marcos fincados naquele histórico julgamento, nos excertos que interessam à análise corrente:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

1. [...]. 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 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 lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

*designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos 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*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

*parte”. [...] 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**. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212) [grifos nossos]*

Não é razoável interpretar o novo com os olhos presos no horizonte do passado, buscar reduzir a inovação à inatividade, ignorar a transcendência dos valores democráticos para aprisioná-los às reverberações de antigos regimes, pouco a pouco suplantados pela marcha inabalável da história rumo à tutela incondicional da dignidade da pessoa humana.

Nosso Código Civil, por mais extraordinária que seja a sua envergadura, e por mais elogiáveis que sejam os esforços de atualização dos estudiosos e parlamentares que sobre ele se debruçaram durante os seus mais de trinta anos de elaboração, é esquivo em áreas sensíveis, afastando-se de temas centrais nos debates da sociedade pós-moderna, sendo fruto de um momento histórico em que, talvez, não estivesse ainda preparado o tablado para a discussão franca, isenta e desapaixonada de um tema de tal modo eminente como o que ora se propõe à baila.

Frente à tendência amplificadora dos direitos e garantias fundamentais, vazada no art. 5º, §2º, da Constituição da República, repudia-se qualquer reducionismo estrábico na interpretação dos seus preceitos plurais e antidiscriminatórios (v.g., art. 1º, V, e art. 3º, IV, CF), sobretudo quando a exegese colimada inverte o escalonamento axiológico e a hierarquia do ordenamento jurídico, buscando iluminar a norma constitucional sob a chama débil e mortíça de marcos legais já nascidos velhos, impregnados por valores de décadas findas e esboçados sob a inspiração de ideais segregatórios de uma sociedade que marchava, invocando a família, a divindade e a liberdade, rumo a um estado autoritário e despótico.

Quer o casamento, quer a união estável, quer as famílias monoparentais ou as diversas outras ramificações que delas se espraiam, precisam ser assimiladas sob as vestes hodiernas do não preconceito, da não discriminação, tutelando-se a igualdade entre os que se propõem a viver a aventura nem sempre exitosa do afeto, com seus bônus, suas angústias, seus sucessos e seus fracassos, mas sempre sob o pálio isonômico do direito.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

Nesse passo, apóio-me sobre os alicerces firmados pela decisão primitiva do juízo registral, para arrimar as balizas de meu pensamento, harmônico com o daquele conspícuo magistrado:

[...]Como bem explanado, o Legislador não poderia tolher 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, e do fato da união homoafetiva ter caráter de entidade familiar. Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste tópico é mansa e caudalosa, ao reconhecer direitos civis advindos de união amorosa entre pessoas do mesmo sexo. [...]

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 mulher. 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 [...]

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 Civil, 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.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

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 fundamental da dignidade e da não violação à intimidade. [...]

Vindo ao encontro dessas digressões, colaciono o multicitado precedente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Exmo. Min. Luis Felipe Salomão, que averbou textualmente:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

[...] 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. 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.

4. 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.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

5. *O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.*

6. *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.*

7. *A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.*

8. *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, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.*

9. *Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. 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 compromissado 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*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. 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.

11. Recurso especial provido. (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012)

A decisão exarada pelo Exmo. Juiz de Direito Menandro Tauffner Gomes não descurou desse aspecto fundamental:

"[...]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. [...]

Importante anotar, nessa toada, a norma regulamentar expedida pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, consubstanciada no Ofício-Circular nº 59/2012, que recomendou expressamente aos oficiais do registro civil de pessoas naturais que unifiquem o procedimento de habilitação para o casamento civil, proscrevendo qualquer tratamento discriminatório, quanto ao rito correspondente, entre os matrimônios homo ou heteroafetivos (fls. 77).

De tal arte, as disposições do Código Civil vigente, relacionadas ao casamento e à prévia habilitação matrimonial, nas passagens em se reportam ao gênero dos contraentes, devem ser reinterpretadas, consoante os novos matizes emergentes do texto constitucional e da evolução dos costumes, lendo-se na textualidade do direito posto apenas a moldura geral desses institutos, a permitir, com novas pinceladas do intérprete, a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE COLATINA

inserção do quanto baste à garantia efetiva da igualdade plena e substancial entre as pessoas naturais.

Em arremate, louvo-me no teor do brilhante parecer ministerial exarado às fls. 91 e ss., pelo Exmo. Dr. Pablo Drews Bittencourt Costa, cuja juridicidade mereceria transcrição integral, da qual peço vênias por omiti-la apenas em razão da já excessiva extensão deste pronunciamento. Faço coro com as suas colocações, que tecem uma lição incedível de hermenêutica e de história do direito, robustecendo as já abalizadas digressões dos magistrados que me antecederam no feito, em primeiro e segundo graus de jurisdição. Enalteço, ademais, a estatura jurídica e a combatividade do ilustre membro do Ministério Público estadual, Dr. Izaias Gomes Vinagre, profissional emérito por quem nutrimos especial admiração, por ter inaugurado tão salutar debate, que certamente não se esgotará neste plano!

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **rejeito** a impugnação instaurada pelo Ministério Público às fls. 14/30, **homologo** os atos praticados ao longo deste processo e **defiro** o requerimento inicialmente formulado pelas nubentes, autorizando a expedição do certificado de habilitação, na forma do art. 1.531, do CCB/02, bem como a conseqüente celebração do matrimônio e o seu registro na forma legal.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Dê-se ciência deste julgado, em especial, ao suscitante da impugnação, por intermédio do titular da 1ª Promotoria Cível do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em exercício na Comarca de Colatina.

Colatina(ES), 17 de setembro de 2012.

SALOMÃO AKHNATON ZOROASTRO SPENCER ELESBON

Juiz de Direito