MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Autos de Habilitação de Casamento
Contraentes: J. M. Da S. E L. A. R. F.

Parecer do Ministério Público

MM. Juiz:

Trata-se o presente de pedido de habilitação de casamento formulado por **J. M. Da S. E L. A. R. F.**, pessoas do mesmo sexo, as quais preencheram os requisitos formais para tanto.

A questão de toque do presente pedido e razão de uma manifestação mais profunda deste órgão ministerial se deve ao fato de que se trata ambas do sexo feminino.

Analisando o presente pedido, este órgão do **Ministério Público** nada tem a opor, sendo que passo a justificar tal posicionamento.

Inicialmente, é importante destacar que o pluralismo é uma realidade social. A sociedade moderna não é um corpo homogêneo, senão algo composto por uma heterogeneidade de classes e frações de classe; de grupos étnicos, sociais, econômicos, com diversidades culturais e ideológicas. Não há uma identidade comunitária lastreada em uma homogeneidade social. As sociedades são hoje multiculturais.

Neste ambiente, a compreensão do outro, do diferente, é um dos maiores desafios atuais. Não há mais como, em uma sociedade multifacetada, considerar determinadas experiências e culturas como norma e outras manifestações como estágios anteriores e inferiores. Compreende-se ou ao menos se percebe atualmente, o quanto é arrogante o cerne desta perspectiva.

Grupos sociais diversos dos nossos apresentam maneiras diferentes e muitas vezes desconcertantes de “se humano”. A tarefa é reconhecer a humanidade dessas “outras” maneiras, enquanto continuamos vivendo as “nossas”. Isso é fácil de alcançar e exige uma mudança em nossa autocompreensão e, portanto, em nosso modo de vida. Nota-se que todos têm o direito de buscar a felicidade, pouco importando seus credos, suas raças e suas opções sexuais.

Em sendo de todos, a preservação e a convivência harmônica de todos os segmentos culturais é, antes de tudo, uma necessidade. É preciso perceber, sem distorções, características correspondentes nas vidas dos outros. Para conseguirmos isto, deve-se reconhecer que a maneira de ser do grupo dominante não é a única “natural”, mas que simplesmente representa uma dentre várias formas possíveis.

Nesse ambiente de tensão, o ornamento jurídico assume importante papel na fixação de fundamentos éticos e princípios que possibilitem a comunhão e condução de uma configuração comum, entre os diversos segmentos sociais e suas diferentes manifestações. É diante desse quadro que surge a necessidade de intermediação do direito para promover o equilíbrio e a convivência senão harmônica, mas possível destes diversos grupos.

Na constante batalha entre códigos e condutas que muitas vezes se opõe radicalmente, cabe ao ordenamento jurídico impedir que um determinado grupo imponha ao outro, seus valores como verdadeiros e únicos a serem adotados. O direito assume, ou ao menos deve assumir, um importante papel na proteção dos segmentos dominados, visando a não assimilação forçada de uma minoria. **O operador do direito deve ter em mente a importância da diversidade cultural e social,**

promovendo a tolerância e a não discriminação.

Ocorre, entretanto, que a consideração de direitos de grupos desprovidos de poder não é de nossa tradição. No processo de contrato e de interpretação das culturas, determinadas “verdades” e seus fundamentos éticos são colocados em xeque. Surge a indagação, especialmente neste contexto, o que é “verdade” e por que, mesmo co prejuízo para nós próprios, devemos aceitar a “verdade” dos outros?

A construção de nossa sociedade, desde longa data, foi lastreada na proteção dos direitos da classe, confundindo-se tal situação com a ideia errada de democracia, na qual a noção equivocada se lastreia na máxima que “a democracia é a ditadura da maioria”.

Mas não é este o conceito de democracia. A essência deste instituto consiste na busca de soluções negociadas, sem apelo para a violência, para os diversos conflitos que não deixam de vicejar no seio da sociedade. Há a necessidade de se respeitar pluralidade nascida na heterogeneidade de convicções.

Há, portanto, uma necessidade de que se entenda e promova uma sociedade plural, onde convivam diferentes visões que, apesar das divergências, admita uma sintonia, que possibilitem uma convivência pacífica. A convivência cultural destes inúmeros segmentos passa a ser um exercício democrático diário, cujo processo de decisão e normatização somente são legítimos quando concorrem vontades inclusivas e discursivas de todos os segmentos sociais.

Esclarecido tal fato, tem-se que um dos nortes a serem seguidos para esta convivência harmônica é a tolerância, que assume relevante papel como mediador dos conflitos existentes entre os vários grupos sociais e instrumentos eficaz para uma democracia plena.

Nascida com o escopo de possibilitar uma convivência adequada entre diferentes crenças religiosas que dividiram a sociedade ocidental após a revolução religiosa, a filosofia da tolerância prega o respeito ao pensamento alheio e a proibição do exercício da violência como forma de imposição de ideias.

A tolerância reconhece, antes de tudo, a liberdade do indivíduo não só para eleger as convicções que irão orientar o seu modo de vida sem ser molestado, mas também para trocá-las ou abandoná-las a qualquer momento. Sua finalidade é instrumental, pois tem por objetivo permitir a paz pública na convivência com a diferença.

Nesta perspectiva, não fica difícil vislumbrar como a tolerância está intimamente associada aos direitos e liberdade individuais. Inicialmente associada à liberdade religiosa, a tolerância também exigiu o reconhecimento da liberdade de pensamento, com o reconhecimento da existência de uma consciência individual e de espaços íntimos de cada um que são indevassáveis.

A filosofia da tolerância permitiu que fossem delineados os primeiros conceitos de liberdade, que se traduziam no conceito de liberdade negativa, que protege aquele espaço íntimo da consciência, livre de coações e de interferências externas. Deste modo, embora seu conteúdo inicial visasse à defesa da liberdade religiosa, passou-se depois a abranger a defesa de qualquer liberdade.

Tais conceitos se associaram de imediato com os valores trazidos pelo constitucionalismo moderno, que defendia uma forma de estado plasmada na ideia de liberdade do indivíduo e reconhecimento de direitos que lhe são próprios.

Estendendo cada vez mais o seu âmbito, a tolerância abarcou progressivamente divergências

ideológicas, políticas e culturais, vicejando de forma ampla em sociedades caracterizadas pelo pluralismo de seus segmentos. Igualmente deixou de ter um conteúdo somente negativo, assumindo também um papel positivo, consiste em ações visando à promoção dos grupos minoritários para que assumam papel de relevo da vida social e política, garantindo que seus valores culturais não sejam suprimidos pela ação direta dos grupos dominantes ou pela baixa estima imposta a eles.

É certo que existem limites para o exercício da tolerância. Há determinados valores e fundamentos éticos eleitos que não podem ser objeto de transigência. Encontramos em nossa Constituição lindes impostos, na qual a tolerância não pode incidir. Cite-se aqui, a guisa de exemplo, o artigo 1º de nossa Carta, onde encontramos os princípios fundamentais que nos regem, entre eles a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Assim, não somente tais valores, bem como outros eleitos pelo constituinte não podem ser violados, sob a alegação de que se deve tolerar e admitir comportamentos individuais ou de grupos. Há de se contemplar a existência de limites, cabendo ao intérprete da constituição, excluir determinadas possibilidades concretamente consideradas atentatórias a valores constitucionais, salvaguardando outras consideradas ao bem comum.

Apreendido o conceito de tolerância, fica claro associá-lo com os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito. Estes dois últimos conceitos estão imbricados de tal forma, que se confundem. O fundamento do Estado Democrático de Direito é justamente o reconhecimento dos direitos fundamentais do seu componente subjetivo.

Associado o Estado Democrético de Direito com os direitos fundamentais, associa-se facilmente tolerância com estes, a iniciar primeiramente pela imbricação histórica existente como já demonstrado acima. Ademais, como bem coloca JJ. Gomes Canotilho uma das funções dos direitos fundamentais é da “não discriminação”, ensinando que:

<I>A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos... É ainda com uma acentuada-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva.[1]</i>

Desta forma, considerando que o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais somente atingem seus maiores potenciais em uma sociedade democrática, a tolerância e todo o conteúdo que tal conceito abarca, como mecanismo de proteção das minorias, é fundamental, pois se trata de elemento mediador, possibilitando a convivência harmônica entre diversos segmentos sociais.

Deve o Estado Democrático de Direito promover o equilíbrio dos interesses sociais, tendo como valores a serem perseguidos: o pluralismo, a tolerância, o princípio da maioria, o respeito das minorias, os direitos fundamentais,. A justiça e o bem comum, orientando toda a acomodação destes valores à carga principiológica contida na Constituição Federal.

Embora o princípio da igualdade permeie todo o nosso ordenamento jurídico, tanto em nível constitucional, como infraconstitucional, seu comando ainda não foi efetivado de forma ampla.

É a tolerância que torna possível o reconhecimento da existência de direitos fundamentais universais presentes nos outros.

O reconhecimento da igualdade de direitos em uma sociedade plural é um verdadeiro exercício democrático, sendo que a evolução da cidadania de um povo deve por ele se iniciar.

Entre os diversos grupos que estão vulneráveis à intolerância da maioria tem-se o composto pelos homossexuais. Embora ninguém negue serem também detentores de direitos fundamentais, estes não raras vezes são colocados apenas como normas programáticas, que quiçá um dia, serão densificadas. Inegável, portanto, que pessoas nesta situação formem um grupo vulnerável, à mercê não só de agentes estatais, mas também da sociedade como um todo.

O estigma que campeia sobre eles faz com que muitos defendam que se tornaram vítimas da intolerância, porque se colocaram nesta situação, razão pela qual não estariam albergados pela proteção dada pelo reconhecimento de direitos fundamentais. Tornam-se, na visão de muitos, semelhantes aos apátridas, ou seja, desligados do tecido social em que nasceram e privados de quaisquer elementos básicos de cidadania. Olvida-se tal visão que, na maioria das vezes, a origem da discriminação se encontra, em grande parte, na omissão coletiva do Estado em executar e da sociedade em cobrar a efetivação de políticas públicas eficazes que evitariam tal enigma.

Pois bem. Isto colocado há de permitir o pedido efetuado pelas contraentes, que em público assumem sua sexualidade e pretendem ser reconhecidas como casadas.

Não há qualquer impedimento a tal fato, sendo que embora se trate de questão polêmica, verdade é que nada impede referido pedido. Sobre o tema, a preciosa lição de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

”As transformações da sociedade estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi assentada pela Psicanálise, ensejando constar que a sexualidade se insere antes na ordem do desejo, que na genitalidade, como sempre fora tratada pelo Direito. Ante essa mudança, o pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de constituir-se uma família. Principia, aí, a liberdade de afeto. Ou seja, a possibilidade de não se sujeitar aos modelos herdados e ainda postos como lei. Ganho curso histórico a libertação dos sujeitos” (...)

“A legislação vigente regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo casamento, verdadeira instituição, matrimonializadas, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, ao passo que o moderno enfoque dado à família se volta muito mais à identificação dos vínculos afetivos que - enlaçado os que a integram - consolidam a sua formação.”[2]

Importante destacar que celebrar o casamento de J. M. da S. e L. A. R. F., em momento algum faz com que se atente contra a instituição da “família” ou do próprio “casamento”. Ao reverso, trata-se de adaptar o conceito aos anseios de uma nova sociedade, mais justa, mais fraterna, mas igual e que respeita as diferenças, fazendo com que todos possam conviver de forma menos preconceituosa em nosso mosaico social. Assim, conferir à união homoafetiva o caráter de casamento, não se trata de reconhecer a degradação da instituição “família”, mas sim, a sua inevitável transformação.

Na esteira da explanação retro, não se pode negar à união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável, o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o artigo 226, da Constituição Federal, não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo o ser observando-se os princípios constitucionais da igualdade e da

dignidade da pessoa humana. Este dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não tenha o legislador tido essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas.

Ora, não se pode esquecer o princípio da igualdade e sobretudo o princípio da não-discriminação, haja vista que o princípio da não-discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República, tal como se vê no caput do art. 3º do texto constitucional.

Nesta ordem de ideias, fundamentada em sua maioria em manifestação do Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo Imaizumi, 2º Promotor de Justiça de Itápolis, este órgão do Ministério Público não tem oposição a apresentar ao presente pedido.

Casa Branca, 21 de outubro de 2011.

Yara Jerozolimski
1ª Promotora de Justiça de Casa Branca

Ana Luiza Ferrete Garcia de Figueiredo
Analista de Promotoria I

---

[1] Direito Constitucional e teoria da Constituição, p. 404-405.
2 (Direito de Família e o Novo Código Civil - Ed. Del Rey: 2002 - p. vii).

Poder Judiciário
São Paulo
1ª Vara da Comarca de Casa Branca
Corregedoria Permanente

Vistos.

Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de Itobi encaminhou pedido de habilitação para casamento de J. M. da S. e L. A. R. F.. O Ministério Público opinou pelo acolhimento do pleito. É o relatório.

Decido. O casamento estabelece “comunhão plena de vida” (artigo 1.511 do Código Civil), constituindo o meio primordial de se edificar família, a qual se considera a “base da sociedade” (artigo 226, caput, da Constituição Federal). Esta sociedade, por sua vez, tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, caput, da Constituição Federal) e vedada qualquer forma de discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal).

Logo, a família é meio para a dignidade humana, devendo ser garantida a todos, de maneira indistinta. Não constitui um fim em si mesma, mas meio para a felicidade humana - cuja busca é de todos, não somente da maioria.

Ao deixar de prever o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Legislador impediu que certas

pessoas estabelecessem “comunhão plena”, negando-lhes os meios para se desenvolverem de maneira integral. Ao assim agir, omitiu-se de maneira inconstitucional, ofendendo os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV e 5º, caput, da Constituição Federal - e, porque não dizer, a própria ratio do artigo 226, caput, da Constituição Federal, que não pretende outra coisa senão a estruturação da sociedade em núcleos de solidariedade, garantindo o pleno desenvolvimento de seus cidadãos.

Por total razão, embora formalidades só possam ser criadas por lei, é o caso de se sanar a omissão apontada, evitando que a postura inconstitucional do Legislador atinja direito fundamental das contraentes - direitos estes que, por natureza, devem ter interpretação ampliativa, não se curvando à ditadura da lei. Afinal, as leis não bastam. Os lírios não nascem das leis (Carlos Drummond de Andrade, Nosso Tempo).

Isto posto, AUTORIZO o pedido. Comunique-se imediatamente.

PRIC.

Casa Branca, 21 de outubro de 2011.

Felipe Antônio Marchi Levada
Juiz Substituto