



Gerada em
30/05/2012
09:31:47

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju
Av. Paulo Henrique Machado Pimentel, Nº 170 - (DIA) - Inácio Barbosa

MANIFESTAÇÃO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dados do Processo

Número	Classe	Competência
201230200270	Habilitação para Casamento	2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju
	Situação	Distribuído Em:
	ANDAMENTO	19/03/2012

Dados da Parte

REQUERENTE	Advogado: ARLINDO JOSÉ NERY NETO - 4511/SE
REQUERENTE	Advogado: ARLINDO JOSÉ NERY NETO - 4511/SE

PROCESSO Nº 270/12.

HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO.

O Ministério Público do Estado de Sergipe, por conduto da Promotora de Justiça adiante signatária, com vista aos autos, vem ante V. Exa. manifestar-se nos seguintes termos:

_____ e _____, ingressaram com o presente pedido de habilitação para o casamento homoafetivo perante este Juízo, alegando, sinteticamente, que após o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, pelo Supremo Tribunal Federal, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são consideradas entidades familiar, podendo ser aplicada as estas as mesmas regras e consequências da união estável.

Alegam que convivem de maneira estável desde 06 de junho de 2011, e que procuraram os Cartórios de Registros Cíveis desta Comarca, para fins de Habilitação de Casamento, pedido que lhes foi negado, sob o fundamento de que necessitariam de uma determinação judicial.

Aduzem ainda, que a preferência sexual não pode ser parâmetro discriminatório, sob pena de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não discriminação entre os sexos.

Por fim, salientam que após o citado julgamento do STF, o STJ e os Tribunais de Justiça de alguns Estados já decidiram pela possibilidade do casamento homoafetivo. Inclusive, aceitando o pleito de habilitação para casamento diretamente nos Cartórios de Registro Civil.

As Requerentes juntaram os documentos essenciais à propositura da ação.

Vieram os autos com vistas para o Ministério Público.

É o relatório.

Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária e não havendo matéria fática a ser discutida, resta apenas a controvérsia jurídica sobre o tema, o que passa a apreciar.

A Constituição, enquanto fundamento de validade do ordenamento jurídico, possui força normativa que gera obediência formal e material de todo o tecido normativo infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade.

Assume, então, a Carta Magna, um verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites do Direito Civil, inclusive, no que concerne aos núcleos familiares.

Ocorre que a normatividade da Constituição é dotada de regras e princípios, tendo estes últimos ganhado relevância ainda maior, posto que, são os valores fundamentais do sistema, inclusive possuindo uma eficácia negativa e uma eficácia positiva, que lhes garantem aplicação direta e imediata. Por tal razão, Paulo Bonavides afirma que “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”.

Sobre o tema, Cristiano Chaves traz pertinente ensinamento:

É possível, destarte, que o magistrado, diante do caso concreto, delibere com base nos princípios, aplicando-os concretamente. E mais ainda. Além de serem aplicáveis direta e objetivamente, os princípios também serve como proposições genéricas e abstratas que influenciam as regras jurídicas, conferindo-lhes novo conteúdo.

[...]

Com isso, a tônica que passa a permear o Direito das Famílias é a prevalência de valores mais humanitários e sociais. É mister, por isso, perceber a necessidade de revisitar, reler os princípios gerais do Direito Civil, a partir das prescrições valorativas

constitucionais, evitando incompatibilidade no sistema jurídico.(grifo nosso)

Com isto em mente, percebe-se que a Constituição elenca a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º,III), declarando que o Brasil tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV), bem como que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º).

Neste toar, partindo do pressuposto que as normas e regras do Direito das Famílias devem estar adaptadas à legalidade constitucional, o próprio conceito de família deve se adequar a essa realidade, que é norteada pela dignidade da pessoa humana, pela liberdade e pela igualdade.

Logo, a família passa a servir como um verdadeiro elemento da afirmação da cidadania, não sendo possível excluir do seu âmbito a proteção das pessoas humanas, cuja dignidade está resguardada por mandamento constitucional. Assim, com a evolução do direito de família e seguindo a jurisprudência mais atualizada, não há como negar que a união estável de parceiros homossexuais constitui um núcleo familiar, visto que o fundamento primário de qualquer entidade familiar é o afeto.

Nesta vertente, Cristiano Chaves conclui que o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito de Família é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais.

Analisando o presente feito, devemos nos lembrar das palavras do ilustre Marcos Colares:

Creio que há algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será em vão sem a assunção pela sociedade – enquanto Estado, comunidade acadêmica, organizações não governamentais – de uma postura responsável em relação à família – *lato sensu*. Transformando o texto da Constituição Federal em letra viva. (“O que há de novo em Direito de Família?”, cit., p. 46)

A Constituição Federal, diz que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, e os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, caput e §5º). Ademais, ao trata da união estável, a Carta Magna reza no §3º do mesmo artigo que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

A doutrina moderna encampa o entendimento de que como os direitos fundamentais não podem ser interpretados de forma restritiva, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.4277DF, tendo como relator o Ex. Ministro Ayres de Britto reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Ressalta-se que tal decisão possui caráter *erga omnes* e efeito vinculante, não podendo o direito aqui garantido ser afastado por outros membros do judiciário. Conforme se vê na ementa abaixo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.

Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. 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. [...]

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM

HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". [...]

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. [...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Feitas estas considerações, tem-se que a presente questão cinge-se, tão somente, quanto à possibilidade jurídica do pedido de habilitação de casamento formulado pelas requerentes.

Pois bem, Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, mencionam que o casamento ocorre entre homem e mulher. Ressalta-se que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

Dessa forma, por questão de lógica e baseado no princípio da segurança jurídica, os fundamentos do supracitado julgamento também devem ser aplicados neste caso.

Isto porque, em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça, examinando matéria deste jaez, adotou o mesmo fundamento do STF quanto aos artigos 226 da CF e art. 1723 do CC, afirmando que os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de forma que não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais anteriormente expostos. É o que se vê no acórdão abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOFETIVO). 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 PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

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

Ante o exposto, lastreado nas decisões do STF e STJ, este Órgão Promotorial manifesta-se pela procedência do pedido com o conseqüente prosseguimento da habilitação para casamento da parte autora, nos termos da lei de Registro Público, salvo se houver qualquer impedimento ao matrimônio previsto na legislação vigente.

É o parecer.

Aracaju (SE), 19 de abril de 2012.

Ana Cristina Aragão de Carvalho

PROMOTORA DE JUSTIÇA