



26ª VARA CÍVEL/FAMÍLIA DA COMARCA DA CAPITAL

FÓRUM REGIONAL DA UFAL

Processo de habilitação para casamento.

Requerentes: XXXXXXXXXXXXXXXX e

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

DECISÃO

Trata-se de pedido de habilitação para casamento, formulado pelos requerentes acima identificadas e devidamente qualificados nos autos, através de advogados legalmente constituídos, onde informam, em síntese, que apesar de serem do mesmo sexo, nada há no sistema jurídico brasileiro que impeça a realização do casamento, até porque, o Supremo Tribunal Federal já decidiu por unanimidade que a união estável prevista na Constituição Federal e no Código Civil se aplica integralmente às uniões homoafetivas, assim como, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, solicitando a competente habilitação para casarem.

Foi dado vistas ao Ministério Público, tendo a Ilustre Promotora de Justiça Margarida Maria Couto Monte, em cuidadoso Parecer, sustentado a impossibilidade jurídica do pedido de habilitação, sob o fundamento de que tanto a constituição quanto o Código Civil, exigem a diversidade de sexos para o casamento, e que embora o STF tenha reconhecido como união estável a união homoafetiva, tal decisão não se aplica ao

casamento, que tem regramento próprio, opinando pelo indeferimento do pedido de habilitação.

É, SUSCINTAMENTE, O RELATÓRIO.

PASSO A DECIDIR.

Tenho me debruçado no estudo do Direito Civil há alguns anos, mais especificamente ao Direito de Família, e tive a oportunidade de estudar detalhadamente a natureza e as consequências jurídicas da união homossexual.

Pude observar durante tais estudos, que um fator extremamente relevante para análise de tais relações, era o fator moral, numa confusão entre moral e ética, que gerou e ainda tem gerado tantas contradições nas decisões judiciais acerca da matéria.

Há de se diferenciar, pela relevância do tema para o caso em análise, o conteúdo moral e o conteúdo ético de uma decisão, na perspectiva de uma busca por uma uniformização ética das decisões judiciais, até porque, em muitos casos, moral e ética não são sinônimos.

As relações pessoais são condicionantes para que se estabeleçam critérios que permitam uma convivência pacífica na comunidade e a necessidade dessa convivência faz surgir a moral, como conjuntos de regras que são destinadas a orientar o relacionamento dos indivíduos numa certa organização social.

Etimologicamente, Moral, do latim *mos, mores* significa costume, conjuntos de normas adquiridas pelo homem. Moral é a moral prática, é a pratica moral. Os problemas morais, simplesmente morais, são restritos, nunca se referindo à generalidade. O problema moral corresponde à singularidade do caso daquela situação, é sempre um problema prático-moral.

Acerca da moral como normas de conduta, Alf Ross, nos ensina:

Quando a palavra “moral” é usada como uma designação para as normas de conduta que são aprovadas pelo indivíduo em sua consciência, não é possível falar da “moral” como fenômeno objetivo da mesma maneira que é possível falar do “direito”. Quando no uso corrente da linguagem se fala da “moral” como se fosse um sistema de normas análogo ao “direito”, está se pagando um tributo a uma interpretação metafísica da consciência como revelação de princípios *a priori*, autoevidentes da razão.¹

¹ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 87.

A moral vem de fora para dentro do indivíduo, muitas vezes vinculados a opções políticas, vinculando pessoas iguais por motivos diferentes, como lembra Catherine Audard, ao apresentar o livro de John Rawls.²

No mesmo sentido, a Moral pode ser conceituada como o conjunto de regras de conduta consideradas válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. Esse conjunto de normas, aceito livre e conscientemente, regula o comportamento individual e social das pessoas.

Deste modo, tem-se como moral o conjunto de costumes, normas e regras de conduta estabelecidas em uma sociedade e cuja obediência é imposta aos seus membros, variando de cultura para cultura e se modifica com o tempo, no âmbito de uma mesma sociedade.

Podemos observar, portanto, que a moral é indicadora de normas de conduta, por vezes não jurídicas, e como tais sofrem influência de diversos fatores, variando de acordo não só com o grupo social ao qual se destinam, como questões religiosas, políticas, sexuais, entre outras.

A moral vista em sua essência influenciadora de condutas, com perspectiva de influenciar, inclusive, decisões judiciais, deve ser visto com cautela, até porque, os “ideais morais”, nem sempre se confundem com “ideais de justiça”.

Essa contradição é lembrada por John Rawls, quando nos ensina que “A complexidade dos fatos morais em certos tipos de casos seria tal que nos forçaria a reconhecer que nenhuma família de princípios primeiro formuláveis, caracteriza esses fatos de maneira suficientemente precisa para conduzir a uma conclusão certa”.³

Etimologicamente o termo ética deriva do grego *ethos* que significa modo de ser, caráter. Designa a reflexão filosófica sobre a moralidade, isto é, sobre as regras e os códigos morais que norteiam a conduta humana. Sua finalidade é esclarecer e sistematizar as bases do fato moral e determinar as diretrizes e os princípios abstratos da moral. Neste caso, a ética é uma criação consciente e reflexiva de um filósofo sobre a moralidade, que é, por sua vez, criação espontânea e inconsciente de um grupo

²RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, P. XXXIV.

³*Ibidem*, p. 127 e 128.

Com isso, o que está na essência da ética são princípios e valores que antecedem a realidade vivida, a partir de uma concreta visão do homem na sua específica natureza no reino animal. Daí a idéia que perpassa a perspectiva do homem como ser social e individual. Por isso mesmo, alcança a plenitude na ordem social, porque a sua natureza necessita integração na sociedade, ou seja, a natureza individual do homem não pode desenvolver-se sem a presença dos outros homens. Ninguém se basta a si mesmo. Em consequência, a sociedade é a união de seres humanos para uma vida comum, na relação de necessidade - capacidade, em que todos e cada um contribuem para a consecução do ser do indivíduo nos seus fins existenciais.⁴

Já João Maurício Adeodato, afirma que:

A origem etimológica das palavras é sempre um bom sinal para determinar-lhes o sentido, método que se pode chamar fenomenologia conceitual ou terminológica. A tradição do termo *ética* é milenar. Com a expressão *ethos* os gregos antigos queriam significar aquela dimensão da vida humana sobre que incidem normas, *nomoi*, normas destinadas a fornecer parâmetros para decidir entre opções de conduta futura igualmente possíveis e mutuamente contraditórias. O conceito de ética sofreu profundas modificações desde então e tem quase tantas definições quanto são os autores que o examinam. Sua aplicabilidade prática, porém, permanece fiel ao sentido original de hábito, uso, costume, direito. De uma perspectiva pragmática as normas éticas preenchem a mesma função vital: reduzem a imensa complexidade das relações humanas e ajudam o ser humano a decidir sobre como agir, E é a decisão que neutraliza o conflito.⁵

A ética é mais ampla do que o Direito e tem uma dimensão maior do que a moral, pois uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres, escapam do universo normativo do Direito. A ética enfeixa em si mesmo o Direito e a moral, servindo-lhes de esteio e sustentação. Apesar de não se confundirem, o Direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado mediante a imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para lhe dar efetividade. Sua exigibilidade não necessita da coerção estatal. A tendência do Estado é ditar normas jurídicas de modo a impor posturas que obedeçam aos padrões morais e éticos vigorantes na sociedade em determinada época. O Direito não pode ser aético, menos ainda antiético.

⁴DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Ética do Juiz**, Palestra ministrada no Seminário “ética e Justiça”, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em outubro de 2002, publicada no site: www.stj.gov.br, acessado em 12/12/2008.

⁵ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140 e 141.

Frequentemente, os termos "ética" e "moral" são empregados como sinônimos, mas entendemos que se reserva a este último apenas o próprio fato moral, enquanto o primeiro designa a reflexão filosófica sobre o mesmo.

Miguel Reale faz brilhante reflexão acerca do tema, trazendo a seguinte diferenciação:

Como estávamos dizendo, há o problema do valorda conduta ou do valor da ação, do *bem* a ser realizado, que constitui capítulo do estudo denominado *ética*. Não concordamos com aqueles autores que, como Del Vecchio, bifurcam a ética em dois ramos – a Moral e o Direito – mas não discordamos deles quanto à visão da experiência jurídica como um momento da vida ética. Pensamos que a *ética* pode ser distinta segundo se tenha em vista, prevalecentemente, a *subjetividade* do homem (domínio da moral) ou prevalecentemente, os *valores comunitários* (domínio da moral social e do Direito). Salientamos o emprego do advérbio “prevalecentemente”, porque, dada a natureza binada da pessoa humana, ao mesmo tempo voltada para os valores da subjetividade e da sociedade, a Moral, pode-se se desvincular inteiramente do social. Pelas mesmas razões, como será melhor explicado oportunamente, a Moral Social e o Direito, apesar de darem prevalência às normas objetivas ou heterônomas do agir, nem por isso fazem abstração dos valores da subjetividade.⁶

Assim, conforme se depreende do que foi dito acima, quando se indaga o que é correto, definir o que é bom, sendo a indagação de caráter amplo e geral, o problema é teórico, ou seja, simplesmente ético. Temos a moral como ação; a ética é a norma, já que ela não cria a moral, sendo, antes, uma abordagem científica da moral. É a ciência do comportamento moral dos homens na sociedade, ou melhor, um enfoque do comportamento humano cientificamente.

Nelson Saldanha, ainda sobre uma de diferenciação teórica, pontifica:

Desde logo as noções de “ética” e “moral”. Todos sabem que ética, de *ethos*, é termo de origem grega e no pensamento grego manteve em sua amplitude o lastro etnográfico mas ao mesmo tempo metafísico de sua raiz. E que *mora*, *demos*, *mores*, é termo de origem latina, que na Roma antiga permaneceu próximo do sentido originário, mas que no vocabulário moderno adquiriu sentido específico, ligado à idéia de dever e a outros conceitos formais. É um equívoco pensar na ética como “ciência da moral”, como alguns fazem: chega-se a mencioná-la como “teoria do comportamento”. Semelhante concepção esvazia o termo *ética* de seu grosso conteúdo humano e o encaminha a escolasticismos estéreis. Somente com a permanência desse conteúdo, e com alusão às raízes etimológicas, entenderemos a ética como realidade, que é por um lado consciência normativa (e axiológica) e por outro experiência situada.⁷

⁶REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26 e 27.

⁷SALDANHA, Nelson. **Ética e História**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.6.

E mais adiante, sacramenta o autor:

Em cada contexto (cultura, sociedade, época) a ética existe como um conjunto de estruturas – inclusive institucionais – e de ideais de comportamento, que se ligam a um ideal do ser humano: o que se chama de ética, em seu sentido historicamente efetivo, é um plano de relações entre aqueles ideais de comportamento e a avaliação efetiva dos comportamentos ocorridos.⁸

Sendo moral o que é vivido, é, então, o que acontece. Já a ética, é o que deve ser ou, pelo menos, o que deveria ser (conforme já salientamos, o objeto é o dever-ser). A ética estuda, aconselha, e até ordena. A moral é como expressão da coexistência. Tanto a ética como a moral relacionam-se aos valores e às decisões que levam a ações com conseqüências para nós e para os outros. Podem os valores variar, todavia todos relacionam-se com um valor de conteúdo mais importante, estando até mesmo, subentendido nos outros: o valor do bom ou o valor do bem.

Os dois vocábulos se referem a qualidades humanas: o modo de ser ou o caráter de cada um, em que se baseiam os costumes ou as normas adquiridas, o que vai pautar o comportamento moral do homem. Podemos dizer que a Ética analisa as regras e os princípios morais que são destinados a orientar a ação humana; tem em si uma estrutura capaz de analisar diferentes opções para se ter referência sobre o que é ou não correto em determinado momento.

Para que exista a conduta ética, é necessário que o agente seja consciente, quer dizer, que possua capacidade de discernir entre o bem e o mal (cabe observar agora que agir eticamente é ter condutas de acordo com o bem. Todavia, definir o conteúdo desse bem é problema à parte, pois é uma concepção que se transforma pelos tempos). A consciência moral possui a capacidade de discernir entre um e outro e avaliar, julgando o valor das condutas e agir conforme os padrões morais. Por isso, é responsável pelas suas ações e emoções, tornando-se responsável também pelas suas conseqüências

Os valores podem se entendidos como padrões sociais ou princípios aceitos e mantidos por pessoas, pela sociedade, dentre outros. Assim, cada um adquire uma percepção individual do que lhe é de valor; possuem pesos diferenciados, de modo que, quando comparados, se tornam mais ou menos valiosos. Tornam-se, sob determinado enfoque, subjetivos, uma vez que dependerão do modo de existência de cada pessoa, de suas convicções filosóficas, experiências vividas ou até, de crenças religiosas. Do que

⁸SALDANHA, Nelson. **Ética e História**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 9.

foi dito, as pessoas, a sociedade, as classes, cada qual têm seus valores, que devem ser considerados em qualquer situação.

A consciência se manifesta na capacidade de decidir diante de possibilidades variadas, decorrentes de alguma ação que será realizada. No processo de escolha das condutas, avaliam-se os meios em relação aos fins, pesa-se o que será necessário para realizá-las, quais ações a fazer, e que conseqüências esperar.

Eduardo Rabenhorst, ao criticar o emotivismo ético, leciona:

Isto porque, para tais autores, o predicado “bom” seria indefinível não na medida em que não podemos associar-lhe uma propriedade qualquer, mas simplesmente porque os julgamentos morais não possuiriam um sentido cognitivo, mas apenas um sentido volitivo ou emocional. E é assim que nos chegamos ao terceiro momento da virada que a distinção entre o factual e o normativo conhecerá no quadro da filosofia moral analítica: o “emotivismo ético”.⁹

Não podemos descartar a importância da influência tanto da moral como da ética na construção do Direito, nem podemos ser irresponsáveis ao ponto de colocá-las em mesmo patamar, máxime como motivação na elaboração da norma no caso concreto, porque não são iguais, como, na essência, também não são iguais ao Direito, sob pena de cristalização da sua própria evolução, como lembra Alf Ross.¹⁰

Na confusão que se faz entre ética e moral, temos visto sendo sustentadas várias limitações e até mesmo inviabilizações na concretude de direitos, na equivocada idéia de que o entendimento do que seja moral para o juiz deve direcionar sua decisão, já que, sendo para ele moral, é também ético, e como tal, é justo.

Por trás dessa moral pré-concebida pelo magistrado, tanto pode se encontrar paradigmas extremamente justos, como injustos, até porque, a moral nem sempre é do bem, existe, também, a moral do mal, e como já lembrava Juan Manuel Teran¹¹, o direito não é uma regulação moral da vida. O termo moral não se refere a um sentido “estritamente bom” da conduta, pois também há atos “moralmente maus”, ou seja, não coincide a terminologia popular com a terminologia filosófica. Geralmente se diz que a conduta é moral quando é boa, porém, “a conduta, do ponto de vista moral, pode ser

⁹RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos Fatos**, João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 37.

¹⁰ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 89.

¹¹TERAN, Juan Manuel. **Filosofia Del Derecho**, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1971, p. 65.

algumas vezes boas e outras más”. Por isso é correto dizer que apesar de existir atos moralmente bons, sem que isto seja necessariamente um pleonasma, pode haver atos moralmente ruins.

Outra questão que deve ser posta à reflexão é a moral da maioria versus moral das minorias e o esquecimento do conteúdo ético.

Quando se busca numa “moral discutível” fundamento para limitação de direitos fundamentais, principalmente os ligados às minorias, temos aí um exemplo claro de que a moral influencia negativamente o julgador, fazendo com que assuma como justa, uma conclusão para um grupo, que certamente não seria justa para o grupo ao qual está inserido.

Como já dito acima, e agora bem enfatizado, a moral nos impõe de fora para dentro, enquanto a ética adota sentido oposto, sendo uma formação construída de dentro para fora.

Seria muito mais razoável buscar a interpretação e aplicação da norma no caso concreto, buscando como fundamento o que seria justo para mim, caso tivesse eu a buscar o direito que se reclama, e não o que seria justo para os que, supostamente, por ser maioria, entendem justo ou injusto para outrem.

Ser moral é, muitas vezes, atender a ditames impostos por um grupo dominante, num determinado lugar e num determinado tempo, enquanto ser ético, ao nosso ver, é atender aos outros como gostaríamos que nos fosse atendido em situação idêntica.

Até a maioria que dita as regras de procedimento, quer vinculantes ou não, é, de quando em vez, questionada na sua própria legitimidade, dada a possibilidade de variação dessa mesma maioria, como lembra François Rigaux:

Há maiorias substituintes, e a prática parlamentar ensina que durante a mesma legislatura nem todas as leis são votadas pela mesma maioria. Todavia, esse temperamento de natureza política não basta para prevenir a transgressão de certos direitos fundamentais das minorias. Este é precisamente o objetivo das disposições substanciais de uma Constituição, e estas permaneceriam letra morta se, depois de ter sido cometida, tal violação não pudesse ser reparada.¹²

¹²RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 32.

Expressões como veados, prostitutas, maconheiro, libertinagem, adultério, se apresentam como elementos que possibilitam fundamentar uma verdadeira repressão jurídica às conquistas que estão sendo conseguidas por essas e outras minorias, cuja felicidade, ao que nos parece, também merece proteção do Estado, já que o direito fundamental à felicidade, implicitamente previsto na Carta Magna, se aplica a todos, sem qualquer possibilidade de discriminação.

Há quem sustente, ainda, que a moral seguida em determinada decisão sequer pode vir a sustentar a moral de uma maioria, já que a liberdade do julgador o permitiria invocar sua própria aceitação dessa ou daquela moralidade, ferindo de morte o direito como incessante busca da concepção de justiça, já que as regras morais são consideradas “inibidoras das tendências egocêntricas ou centradas no grupo e visam encorajar simpatias menos limitada”, como lembra o jusfilósofo John Rawls.¹³

Se, como visto, a moral tem que ser vista com prudência, dadas as suas concepções extremamente variáveis e muitas vezes dissonantes, há de se fazer um trabalho dentro da magistratura em prol de uma uniformização da ética.

Há de se procurar ter a ética como fundamento primeiro de qualquer decisão, num verdadeiro sentido de aplicação da ética, ou da ética-aplicada, a que se refere João Maurício Adeodato:

Dentre as diversas perspectivas da ética, a que interessa mais de perto é a chamada **ética aplicada** ou **ética do discurso prático**. Seus problemas típicos são, por exemplo, a igualdade ou desigualdade racial e sexual dos seres humanos; a relação entre a decisão que busca afastar o conflito e a noção de justiça; direitos humanos e aborto; eutanásia; manipulação genética; e manipulação de energia nuclear.¹⁴ (destaques do original).

A intimidade nas relações atuais entre Ética e Direito conduz a um número elevado de normas éticas inseridas em normas jurídicas positivas. Pode-se, citar, por exemplo, o princípio da moralidade, que foi inserido no caput do artigo 37 da Constituição Federal como um dos pilares da administração pública. Porém, além disto, princípios éticos foram inseridos no preâmbulo, onde se destacam a liberdade, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem

¹³RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 108.

¹⁴ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2002, p.140.

preconceitos, fundada na harmonia social. Ademais, princípios éticos perpassam o rol dos direitos fundamentais, insertos naquela norma fundamental.

Porém, não apenas no direito constitucional afloram princípios éticos. Também no Direito Civil encontram-se consagrados valores como bons costumes, equidade, indignidade, boa-fé, má-fé etc. No direito processual encontram-se consagrados princípios assecuratórios da ética no debate forense, como o dever da lealdade e boa-fé, de urbanidade, de verdade etc, os quais, acaso descumpridos, geram conseqüências processuais, em especial a declaração de litigância de má-fé e a imposição de penalidade correspondente.

A tendência do legislador é de arvorar-se no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente. Limita-se a regulamentar os institutos socialmente aceitáveis e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos. Qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido é tido como inexistente por ausência de referendo legal.

Parece-nos oportuno lembrar, que assim como a lógica, a ética deverá ser sempre fundamento do Direito, embora não sejam a mesma coisa, cabendo ao juiz através de um concretizar o outro.

Sobre o assunto comenta o Mexicano Juan Manuel Teran,¹⁵ que o Direito está relacionado com dois ramos da filosofia, no que tange à sua fundamentação, que é a lógica e a ética. Com a lógica no sentido de como é o Direito, e com a ética na sua essência, ou no como deve ser o Direito.

Claro que não estamos a defender que existe uma facilidade teórica de se buscar uma idéia de uniformização ética nas decisões judiciais, muito pelo contrário. Temos a exata consciência da dificuldade de sistematizar tal idéia e, principalmente, pô-la em prática, diante da própria complexidade conceitual acima já mencionada.

Porém, o poder do magistrado, principalmente no caso do Brasil, precisa ser controlado, efetivamente, e me parece que, se por um lado, o magistrado sofre a angústia de tal significativo poder, por outro, há necessidade de determinados controles da atuação judicial, e tais controles, ao que nos parece, necessariamente estarão vinculados a preceitos éticos, como lembra François Rigaux:

¹⁵TERAN, Juan Manuel. **Filosofia Del Derecho**, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1971, p. 178.

Sem dúvida, numerosas regras de direito deixam ao magistrado um amplo poder de apreciação: fixar a taxa da pena entre o mínimo e o máximo determinados pelo legislador, determinar o montante das perdas e danos, pronunciar-se sobre os efeitos jurídicos de um contrato anulado ou resolvido, designar a pessoa a quem será atribuída a guarda de uma criança, tomar as medidas conservatórias requeridas pela urgência. O que não quer dizer que essa parte da missão do juiz seja fácil de cumprir ou desprezível. Ela é também a que mais faz apelo à sabedoria, à humanidade, em suma, à ética do magistrado. Por isso ninguém jamais pretendeu que ela oferecesse a ilusória facilidade de uma operação puramente lógica e mecânica.¹⁶

Portanto, a perspectiva de uniformização ética das decisões, tem como pressupostos básicos, a exata consciência conceitual da ética e a exata consciência da necessidade dela ser a base de qualquer provimento judicial.

Nas questões relativas às uniões homossexuais, pode se verificar influências extremamente negativas de “morais” defendidas em inúmeros julgados, vinculando às tais uniões às aberrações naturais, em alguns casos, em outros como opção pela promiscuidade e pela libertinagem, imoralidade, pecado mortal, atentado contra a família e contra os bons costumes, entre outros, o que até hoje vem travando o avanço dos regramentos jurídicos que estão para ser aprovados no sentido de garantir proteção jurídica mais efetiva a tais entidades.

Acerca da natureza jurídica da união homossexual, alguns entendiam tratar-se simplesmente de uma união civil de fato, com consequências exclusivamente patrimoniais, na medida em que o direito ao patrimônio é diretamente proporcional à comprovação da contribuição para a construção do mesmo, aplicando-se a súmula 380, do STF. Outros entendiam caracterizar-se uma união afetiva, assemelhada à família, porém sem a proteção do Estado, por falta de previsão constitucional. Alguns entendiam tratar-se de uma entidade familiar a cujo disciplinamento aplicam-se as regras da união estável. E uma última corrente entendia caracterizar-se entidade familiar específica, constitucionalmente protegida.

Encontro-me, apesar da decisão da nossa Suprema Corte, entre os que vêm na união homossexual entidade familiar específica, abrigada constitucionalmente.

¹⁶RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 71.

Em artigo publicado na Revista do Ministério Público de Alagoas, acerca do tema, assim nos posicionei:

Valorizando-se, como se deve, a dignidade da pessoa humana, a liberdade da pessoa poder se relacionar com o que melhor lhe convier, a igualdade, a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive em função da orientação sexual da pessoa e, considerando que tais fatores devem ser utilizados na interpretação da norma Constitucional, haja vista, a necessidade de uma hermenêutica que aponte para a concretude dos direitos fundamentais, como é defendido pela grande maioria dos constitucionalistas contemporâneos e, somando-se a tudo isso o fato de que o *Caput* do artigo 226, da CF, não especifica quais os tipos de entidades familiares que merecem a proteção do Estado; de que a expressão *também*, do parágrafo 4º, do mesmo artigo, é inclusiva, não impondo uma taxatividade, ou seja, não estabelecendo que as entidades expressamente mencionadas no texto constitucional constitui *numerusclausus*; que o parágrafo 8º protege prioritariamente a pessoa e não a família, não havendo nem uma proibição expressa na Constituição, acerca do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, há de se concluir que a natureza jurídica de tais uniões é verdadeiramente de entidade familiar.¹⁷

Embora ainda mantendo meu entendimento acerca de ser a união homossexual uma entidade familiar específica, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a matéria, e por unanimidade entendeu que a união homoafetiva é uma união estável, nos mesmos termos e com o mesmo fundamento da união estável entre pessoas de sexos diferentes, tendo o Relator, Ministro Carlos Ayres Brito, que teve o voto vencedor, ampliado o artigo 1.723, do Código Civil, devendo o mesmo ser lido de forma a abrigar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim conclui o Eminentíssimo Ministro Relator:

[...] pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é **uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade**. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro.

[...] Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem**. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-

¹⁷LIRA, Wladimir Paes de. **A Análise da Natureza Jurídica da União Homossexual em um Caso Concreto Através de Provimento Judicial**, Revista do Ministério Público de Alagoas, nº 14, janeiro/junho.2005, Maceio-AL: MPEAL: UFAL/CJUR, 2005, p. 136.

equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

[...] Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer 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”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹⁸ (destaques do original)

Registre-se, por oportuno, que ainda não foi lavrado o acórdão do mencionado julgamento, tarefa que me parece não será fácil, já que, apesar de por unanimidade ter sido acompanhado o voto do relator, alguns Ministros apresentaram argumentos em seus votos de difícil conciliação.

O Ministro Lewandowski, apesar de ter votado com o Relator, utilizou argumentos semelhantes aos utilizados pelo Profº Paulo Luiz Netto Lôbo, que utilizei como razão de decidir nas primeiras sentenças que prolatei sobre a matéria, no sentido de que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar específica, devendo ser aplicada a ela as mesmas regras da união estável entre pessoas de sexos diferentes.

Do voto do Ministro, destaco:

[...] É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união “*entre o homem e a mulher*”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

[...] Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁸Brasil, STF, ADI 4.277 e ADPF 132-RJ, Relator Carlos Ayres de Brito, voto do Relator.

[...] Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

[...] Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

[...] Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.¹⁹ (destaques do original)

Inquestionável é, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento em análise, não apreciou a possibilidade de realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, limitando-se a apreciar a possibilidade de caracterização da união estável homoafetiva, quando presentes os requisitos.

Embora o STF não tenha analisado a questão do casamento homoafetivo, não impede que a matéria seja analisada pelo primeiro grau, através do controle difuso de constitucionalidade.

Como acima mencionei, sempre estive entre os que entende a união homossexual uma entidade familiar específica, interpretando-se o artigo 226, da Constituição Federal, sistematicamente com os demais dispositivos da Lei Maior, principalmente com o catálogo de direitos fundamentais previsto no artigo 5º, visando a efetivação da dignidade da pessoa humana pela concretização dos referidos direitos, e neste diapasão, tanto a união estável quanto o casamento estariam vinculados constitucionalmente a necessidade de diferenciação de sexos, embora fosse a união homossexual também uma entidade familiar.

Não me parece ser de grande relevância o meu entendimento pessoal, se o STF já decidiu, em caráter *erga omnes*, que o artigo que trata da união estável, previsto no Código Civil, se estende aos casais do mesmo sexo.

¹⁹Brasil, STF, ADI 4.277 e ADPF 132-RJ, Relator Carlos Ayres de Brito, voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Sendo essa a decisão do Supremo, me parece inafastável a possibilidade de se reconhecer a possibilidade do casamento civil entre tais casais, até porque, a mesma linha de raciocínio utilizada para uma hipótese se aplica integralmente à outra.

É importante verificar que o Ministro Carlos Ayres de Brito, ao julgar a questão da união estável homoafetiva, fez o seguinte destaque em seu voto:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. **Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”.**²⁰ (destaques meus).

Não podemos esquecer que no voto vencedor no STF, o Ministro Carlos Ayres conclui que deve ser interpretado extensivamente o artigo 1.723, do Código Civil, para alcançar as uniões homoafetivas, sob pena de inconstitucionalidade.

Não há como se dá interpretação diferente ao artigo 1.514, que trata do casamento, sob pena de incorrer em semelhante inconstitucionalidade.

Aliás, o Ministro Celso de Melo, também no julgamento do STF, já exaustivamente mencionado, aduz:

[...] *Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica edo postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.*

[...] *Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula*

²⁰Brasil, STF, ADI 4.277 e ADPF 132-RJ, Relator Carlos Ayres de Brito, voto do Relator.

destituída de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “**Fundamentos de Direito Constitucional**”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

[...] **Isso significa** que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo **como entidade familiar, desde** que presentes, *quanto a ela, os mesmos* requisitos **inerentes** à união estável **constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as *conjugalidades homoafetivas, por repousarem* a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, **hão de merecer o integral amparo** do Estado, **que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

[...] *Com efeito, torna-se indiscutível* reconhecer **que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após** o advento da Constituição Federal de 1988, **para efeito** de estabelecimento de direitos/deveres **decorrentes** do vínculo familiar, **consolidou-se** na existência e no reconhecimento *do afeto..*²¹(destaques no original).

É imperioso mencionar, que os argumentos utilizados no voto acima, de defesa dos direitos fundamentais das minorias, inclusive o de constituição de família, do afeto como valor jurídico para caracterização das entidades familiares, do direito fundamental à felicidade, entre outros, todos na perspectiva da concretização da dignidade da pessoa humana, se aplicam integralmente a análise da validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro Celso de Melo sustenta, inclusive, que qualquer discriminação por norma infraconstitucional quanto aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, é inconstitucional, quando diz:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.²²

²¹Brasil, STF, ADI 4.277 e ADPF 132-RJ, Relator Carlos Ayres de Brito, voto do Relator, voto do Ministro Celso de Melo.

²²*Ibidem.*

Muito feliz o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, quando teve o voto vencedor na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade da realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Diz o Ministro Relator em seu voto:

[...] De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a 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).

É importante ressaltar, ainda, 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.

Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênua, não é a mais acertada.

Os mencionados dispositivos 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.

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

[...] De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art.226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato ocorrido no Município de Jacareí/SP.

Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma.²³ (destaques do original).

²³BRASIL, STJ, RESP nº 1.183.376- RS (2010/0036663-8), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, voto do Relator.

Se a não inclusão dos casais homossexuais no artigo 1.723, o torna inconstitucional, por ferir direitos fundamentais como os da igualdade, da proibição de discriminação em função da orientação sexual e o da liberdade de se constituir em família, entre muitos outros, a não extensão no dispositivo que trata do casamento, às uniões de pessoas do mesmo sexo, pela própria lógica utilizada pelo Supremo, torna este último dispositivo igualmente inconstitucional, por ferir exatamente os mesmos direitos que na decisão acerca da união estável o STF procurou garantir.

Sei que no que tange ao casamento, as questões “morais” serão muito mais discutíveis, mas como já visto, não se trata desta ou daquela moral, e sim de decisão judicial que deve se pautar em argumentos ético-jurídicos.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da união estável, não permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo é defender uma completa incoerência no sistema jurídico brasileiro.

Tenho a consciência de que o casamento que ora realizarei, poderá vir a ser anulado, pelo Tribunal de Justiça ou por qualquer outro Tribunal Superior, mas isso não me permite optar pela não celebração, pois os direitos fundamentais que ora se procura preservar são autoaplicáveis, e o magistrado não pode se furtar em decidir a favor da concretização de tais direitos, por imposição da própria Carta Magna.

Pensei, inclusive, em fazer com que, de alguma forma, este processo chegasse a apreciação pelo Pleno do Tribunal de Justiça de Alagoas, antes da celebração do casamento, ainda na fase de habilitação, até para que se possa sentir a posição majoritária do meu Tribunal, mas fui convencido por alguns Desembargadores, inclusive o Corregedor Geral da Justiça, de que tal matéria só será apreciada pelo Tribunal depois da judicializada, ou seja, após a provocação através de uma ação de anulação do casamento, o que para tanto, se faz necessária a realização do casamento, até porque, as partes envolvidas precisam ver seu pedido apreciado.

Não posso, porém, em função de posicionamento ainda inédito no meu Estado, impor meu entendimento com possibilidade de causar prejuízos aos requerentes. Não seria só entendimento teórico, seria leviandade.

Todavia, o casamento que ora se determina a realização, caso venha a ser anulado, não trará nenhuma consequência negativa para os requerentes, salvo a de não conseguirem o intento de permanecerem casados, já que ficará devidamente

caracterizado o casamento putativo, já que as partes e o juiz entenderam não haver nulidade no casamento, gerando todos efeitos até a anulação, se for o caso, ou no mínimo, se comprovará com o casamento, a união estável, que acarreta as mesmas conseqüências pessoais, sociais e patrimoniais do casamento civil.

Por tudo quanto foi exposto e apesar do Parecer da Ilustre Promotora de Justiça, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** e determino a habilitação dos requerentes para o casamento civil, cumprindo todas as formalidades legais exigidas na legislação que trata da matéria, e designo o dia *** para a celebração.

Intimem-se os requerentes.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Maceió-AL, 25 de novembro de 2011.

Wlademir Paes de Lira
Juiz de Direito