

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : K R O
RECORRENTE : L P
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

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 PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

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.

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). 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 comprometido 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 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.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo.

No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araujo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RECORRENTE : K R O
RECORRENTE : L P
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. K. R. O. e L. P. , duas mulheres alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares.

Em seguida, em 25.3.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher (fls. 49-52).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER.

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher.

Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento

homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo.

Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar.

Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária.

A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002, aduzindo as recorrentes que o mencionado dispositivo - que prevê os impedimentos para o casamento -, não indica como tal a identidade de sexos.

Assim, aplicar-se-ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se habilitarem para o casamento.

Contra-arrazoado (fls. 184-188), o especial foi admitido (fls. 198-203).

O Ministério Público Federal, mediante parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 212-216).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : K R O
RECORRENTE : L P
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

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.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

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.

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 majorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das majorias 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.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização do direito privado*, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da *publicização* veio a chamada *constitucionalização do direito civil*, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal,

Superior Tribunal de Justiça

a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado.

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. (*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310)

No mesmo sentido é a filosofia de Chaïm Perelman sobre direito e moral:

Superior Tribunal de Justiça

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305)

A partir dessa idéia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534/SP), mas bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança.

[...]

Mas o conceito de "obsceno", "imoral", "contrário aos bons costumes" é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos.

Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual.

[...]

Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca *A Carne*, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da *Maya desnuda*, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um *cache-sexe* no *David* de Miguel Ângelo. (RMS 18534, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787)

Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das possibilidades de coexistência entre direito e moral:

[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã.

[...]

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o "pecado

nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação.

O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos "homem" e "mulher" (ou "marido e mulher"), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil.

Os dispositivos citados contêm a seguinte redação:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

[...]

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

[...]

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que:

[...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser “integrada” pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

4.1. Ressalto 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,

Superior Tribunal de Justiça

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".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/9/2008, DJe 6/10/2008; REsp 1085646/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11/5/2011, DJe 26/9/2011; REsp 827.962/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21/6/2011, DJe 08/08/2011.

Na mesma linha, 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'". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] 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".** (sem grifo no original).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no

caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu **projeto de vida**. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. **O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral.** É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.**

4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo.

A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo ter-se também em mente a polissemia da palavra "casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social*, uma *instituição natural*, uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa*, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família".

No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados.

Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, *verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana (Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. in. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento.

Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnoldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnoldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil.

O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu revogado art. 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Em direção análoga era o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei.

Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica,

e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso -, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se em 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".

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** (grifado no original)

A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa

figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original)

4.3. 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.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199)

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise

jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

Atentando-se a isso, 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.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é **como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado** e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

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.

4.5. 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).

Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais.

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asilo inviolável".

Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à dignidade da pessoa humana:

Art. 2º Toda mulher, **independentemente de** classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 1º

[...]

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

[...]

[...] nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...]

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original)

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n. 132/RJ, "proclamou 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).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

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 desigale 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.

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.

5. 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 vênia, 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.

Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp. n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

Em síntese, *mutatis mutandis*, foram os seguintes os fundamentos condutores do voto:

[...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

[...]

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.

5. 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.

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que "[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso" (DOUGLAS, William. *Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 1/6/2011).

O próprio acórdão recorrido afirmou que "a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar", já que o ativismo judicial "nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade".

Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por

primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há "aceitação social" do casamento homoafetivo.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma '*maioria moral*' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?" (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).

De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o "povo" como legitimador do poder - "Nós, representantes do povo brasileiro [...]" -, seguindo-se que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, parágrafo único).

Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo" (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público*. RDP 3/99. jan.-ma/1968).

Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma.

É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado dever prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os

eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "demo"cracia.

[...]

Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 pp. 53-56)

Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais, em determinado momento da história dos Estados Unidos.

Confira-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico *A Virtude Soberana* :

A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores.

[...]

Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes falem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável

ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656).

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular não é absoluta, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (*Op cit.* p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "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 reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos.

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas unidades federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA.

Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que

Superior Tribunal de Justiça

pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

O art. 1.628º, alínea "e", do mesmo Diploma dispunha que:

É juridicamente inexistente:

[...]

O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do instituto nos seguintes termos:

Art. 1º. Objectivo

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º. Alterações ao regime do casamento

Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

"Art. 1.577º. [...]

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

[...]

Art. 4º. Norma revocatória

É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil.

Art. 5º. Disposição final

Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro o art. 36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213).

Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem tornadas neutras quanto ao género.

Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o

Superior Tribunal de Justiça

casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa.* [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318)

Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o "respeito à autonomia e à igualdade dos indivíduos aos olhos da lei". Assim, a liberdade de "escolher se casar e com quem se casar seria vã" se o Estado pudesse "tolher os direitos do indivíduo de escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso exclusivo". Com efeito, a questão - defende Marshall - não é o valor moral da escolha, mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes "de se casar com o parceiro escolhido" (SANDEL, Michael J. *Op. cit.* p. 318).

Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Magaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do casamento, "é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento" (*Ibidem*, p. 320).

Em arremate, afirma que restringir o casamento aos heterossexuais "confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito" (*Ibidem*, p. 321).

Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massashusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma "união civil" para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados.

A resposta negativa da Suprema Corte ao pretense eufemismo legislativo foi, deveras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmiento, cujos excertos, no que interessa, transcrevem-se abaixo:

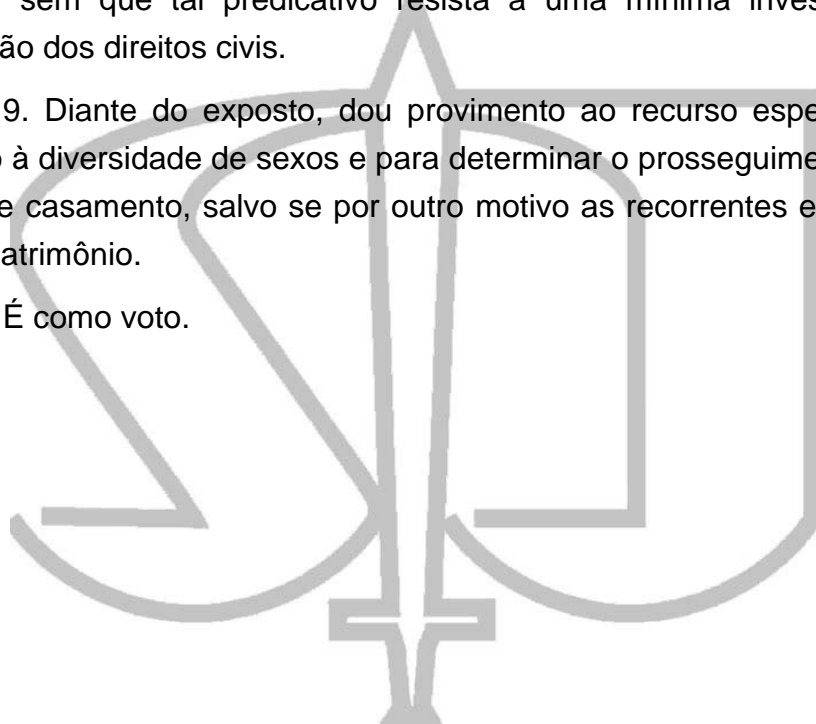
"A proibição absoluta do uso da palavra 'casamento' pelos 'cônjuges' do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões 'casamento civil' e 'união civil' não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A

Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja". (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43)

8. Nessa toada, 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.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Extrai-se do voto do Ministro Celso de Mello, na ADIn 4.277, que decidiu o Supremo Tribunal Federal, “com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo”.

Se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, §3º, da CF, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo STF. O Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, se a Constituição, segundo a leitura vinculante do STF, estabelece o direito dos conviventes homossexuais à união estável, afirmando, ainda, o art. 226, §3º, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, não há como se lhes negar essa conversão (ou, pelos menos motivos, a celebração diretamente do próprio casamento), na linha do disposto no art. 1.726, do Código Civil, segundo o qual “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

No sistema da Constituição vigente, a união estável é protegida, mas deve ser estimulada a sua conversão em casamento. Isso porque o regime legal do casamento destina-se a proteger mais eficientemente não somente os cônjuges - oficializando-lhes a união e dispensando-lhes qualquer outra prova do estado familiar – mas também a sociedade, na medida em que todos os que com eles convivem e contratam ficam cientes do estado civil respectivo, o que tem implicações patrimoniais relevantes, no âmbito do regime de bens do casal, da economia familiar, do direito sucessório, do regime de impedimentos legais (para fins processuais e eleitorais, por exemplo), dos direitos perante o Estado,

Superior Tribunal de Justiça

notadamente o sistema de previdência social, e também no que concerne aos interesses de eventuais credores, presentes e futuros.

Em face do exposto, acompanho o voto do Relator, para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos, determinando o prosseguimento do processo de habilitação, salvo se houver outro impedimento ao matrimônio.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : K R O
RECORRENTE : L P
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento Vossa Excelência pelo primoroso voto apresentado e destaque a qualidade da sustentação oral produzida pelo advogado, Dr. PAULO ROBERTO LOTTI VECCHIATTI. Cumprimento também os eminentes Ministros RAUL ARAÚJO e MARIA ISABEL GALLOTTI pelas elevadas e criteriosas considerações oferecidas em seus votos.

A lei e a jurisprudência têm procurado ao longo do tempo ampliar os conceitos sobre a união estável de modo a conferir a ela, em vários aspectos, a mesma extensão e a segurança jurídica do casamento.

A Constituição de 1988 – a Constituição Cidadã – reconheceu a união estável como entidade familiar. Mas, conforme se destacou da tribuna e também registrou a eminente ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto, ainda existem repercussões decorrentes das diferenças entre a união estável e o casamento, sobretudo de ordem patrimonial, embora no Código Civil de 2002 o legislador tenha dado guarida às uniões estáveis sem casamento. Isso ocorre, particularmente, no que concerne ao regime de bens e no âmbito do direito sucessório em relação ao cônjuge viúvo.

Senhor Presidente, Vossa Excelência destacou em seu voto (na página 12) que é o casamento civil o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias. Por isso, conforme Vossa Excelência também destacou, o artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em histórico julgamento de 05 de maio deste ano, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Entendo que os fundamentos determinantes que respaldaram essa decisão também são aplicáveis ao casamento.

A Constituição Federal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, não restringe o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar. Não cabe, pois, ao STJ, em decorrência dos mesmos princípios e valores constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal, oferecer restrições ao exercício

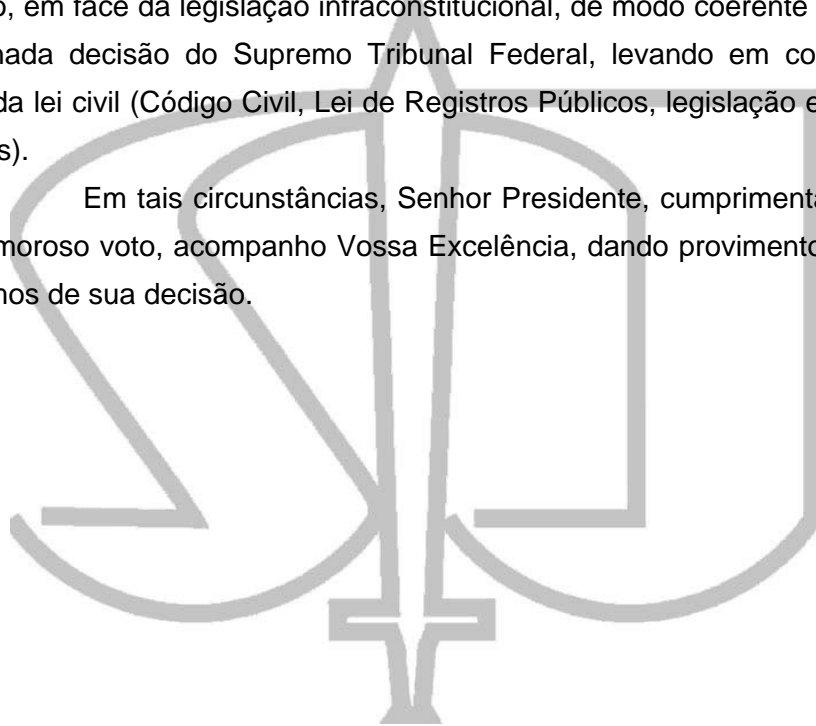
Superior Tribunal de Justiça

de direitos pelos homoafetivos, previstos na legislação infraconstitucional, próprios da relação jurídica heteroafetiva, onde se inclui o direito ao casamento e à segurança jurídica que dele advém.

Essa matéria, sem dúvida, enseja incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais e o ideal seria que o legislador aprimorasse a correspondente construção legal a propósito do assunto, considerando o atual estágio social e os princípios e valores que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável homoafetiva.

No entanto, enquanto isso não ocorre, não se pode prejudicar o jurisdicionado. Nessas condições, cabe a este Superior Tribunal de Justiça decidir o caso concreto, em face da legislação infraconstitucional, de modo coerente e harmônico com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, levando em conta seus reflexos no âmbito da lei civil (Código Civil, Lei de Registros Públicos, legislação eleitoral, dentre outros diplomas).

Em tais circunstâncias, Senhor Presidente, cumprimentando-o mais uma vez pelo primoroso voto, acompanho Vossa Excelência, dando provimento ao recurso especial, nos termos de sua decisão.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2010/0036663-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.183.378 / RS**

Números Origem: 10900882917 70030975098 70034045450

PAUTA: 20/10/2011

JULGADO: 20/10/2011
SEGREGO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : K R O

RECORRENTE : L P

ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI**, pela parte RECORRENTE: K R O

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, pediu vista o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

A controvérsia inserta no recurso especial cinge-se à análise da viabilidade de pedido de habilitação para casamento civil, formulado por duas pessoas do mesmo sexo, as quais sustentam que essa situação não estaria elencada entre as causas de impedimento ao matrimônio, previstas no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

O pedido foi recusado nas instâncias ordinárias, atentos os órgãos julgadores para o fato de que os dispositivos legais que tratam do casamento civil (CC/2002, arts. 1.511 a 1.570), especialmente os arts. 1.514, 1.535 e 1.565 do CC/2002, empregam expressamente os termos "homem" e "mulher".

Do mesmo modo, vê-se que a Carta da República, fazendo referência expressa a "homem" e "mulher", quando trata da união estável, consagra as seguintes espécies de entidades familiares: (I) aquela formada com o casamento civil (CF, art. 226, §§ 1º e 2º); (II) a decorrente de união estável (CF, art. 226, § 3º); e (III) as chamadas famílias monoparentais, ou seja, as constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Diante de tais previsões constitucionais, não se mostra viável, mediante atuação restrita ao âmbito legal, pretender resolver em sede de recurso especial a questão ora sob exame, pois não se poderia aqui sanar omissão ou interpretar normas que, na essência, revelam-se de cunho eminentemente constitucional, sujeitas, portanto, ao crivo da egrégia Corte Suprema.

De fato, a compreensão, ou não, da relação homoafetiva como susceptível de formar uma das mencionadas entidades familiares admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, no caso com a possibilidade de aplicação das normas inerentes ao instituto do "casamento civil", ou a necessidade ou possibilidade de criação de uma nova entidade familiar, além daquelas previstas no texto constitucional, depende de digressão no conteúdo normativo e principiológico da própria Lei Fundamental.

É que as leis civis, quanto ao tema, apenas cumpriram papel regulamentador das normas constitucionais, disciplinando as espécies de entidades familiares expressamente reconhecidas pela Carta de 1988. A atuação do legislador, até esta parte, limitou-se, no plano infraconstitucional, ao estabelecimento de normas aplicáveis às entidades familiares

Superior Tribunal de Justiça

reconhecidas como tais pela Magna Lei. Parece ter entendido que não havia como ir além das espécies previstas no texto constitucional, por serem as únicas explicitamente autorizadas.

Destarte, eventual omissão somente pode ser sanada por interpretação ou integração de normas e princípios insertos na Constituição Federal e, assim, está para além do alcance do Superior Tribunal de Justiça, incumbido da uniformização e interpretação do direito infraconstitucional, o conhecimento do presente recurso especial, cujo mérito traduz tema que passa, necessariamente, pela antecedente análise de normas e princípios constitucionais. A exegese do tema é, preponderantemente, extraída da própria Constituição Federal, e não das normas infraconstitucionais invocadas. E foi o que, *data venia*, impropriamente, fez o eminente Relator em seu bem elaborado voto.

O próprio egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ – as quais tratavam do reconhecimento de união estável homoafetiva como entidade familiar -, registrou claramente a proeminência da questão constitucional, como se constata de trechos dos votos proferidos por seus eminentes Ministros.

A título exemplificativo, cito:

(i) o eminente Relator, Ministro **AYRES BRITTO**, que diz, em seu voto: *“Desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes em ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto **nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família**”* (grifo nosso);

(ii) trecho do voto do eminente Ministro **CELSO DE MELLO**: *“Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representa, fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática”;*

Ademais, transcrevo trecho da ementa:

“3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO

Superior Tribunal de Justiça

*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 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.**” (grifo nosso)*

Consideradas essas premissas estabelecidas pela própria colenda Corte Suprema, parece confirmar-se o entendimento de que, em última instância, a interpretação da norma infraconstitucional, na espécie sob exame, fica a depender da prévia compreensão acerca dos preceitos constitucionais relacionados, que se sobrepõem.

No presente recurso especial, esta eg. Quarta Turma acha-se instada a dizer da possibilidade de se aplicar os regramentos normativos relativos ao instituto do "casamento civil" à relação homoafetiva, fazendo previamente obrigatórias digressões no âmbito constitucional, para dali, e somente dali, ou seja, da Constituição Federal, extrair

Superior Tribunal de Justiça

interpretação de normas e princípios que solucionem a lide. Sabe-se, no entanto, que ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, a Carta Magna reservou a competência para dirimir conflitos com base em interpretação de normas infraconstitucionais (CF, art. 105, III). Ao colendo Supremo Tribunal Federal (arts. 102, 103 e 103-A) foi que incumbiu de interpretar as diretrizes constitucionais a respeito de qualquer temática.

No julgamento do presente recurso especial, entendendo atuar sob efeito vinculante decorrente das decisões proferidas nas referidas ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, esta colenda Corte de Justiça, na realidade, está interpretando indevidamente aqueles acórdãos e, possivelmente, ampliando o conteúdo daqueles julgados do Pretório Excelso naqueles feitos. Ali, reconheceu-se a possibilidade de haver união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, enquanto aqui se está deliberando acerca de um outro instituto, o casamento civil, o qual não é um mero consectário ou apêndice (acessório) de uma união estável. O tradicional e milenar casamento civil e a inovadora e recente união estável são institutos jurídicos independentes, com previsões constitucionais e regramentos próprios.

Ter-se-ia observância de efeito vinculante caso o presente recurso especial tratasse de ação cujo mérito discutisse algum consectário de união estável homoafetiva, como, por exemplo, o regime de bens dessa união, a possibilidade de os companheiros fazerem em conjunto a declaração de ajuste anual de imposto de renda, o pagamento de pensão alimentícia, enfim, qualquer tema ligado a efeito ou atributo da união estável homoafetiva reconhecida pelo Supremo Tribunal. Mas não é isso. O que se tem aqui é a discussão em torno da possibilidade de haver casamento civil entre duas pessoas de mesmo sexo. E sobre esse tema, parece, a egrégia Corte Suprema nada deliberou, por ocasião do julgamento daquelas ações constitucionais.

Então, não se está aqui apenas aplicando o efeito vinculante decorrente daquelas decisões, mas pretendendo dar-se a uma decisão do eg. Supremo Tribunal Federal uma interpretação legítima, o que, no entanto, transborda dos limites de competência do colendo STJ. Qualquer eventual segura interpretação no sentido de que aquelas decisões alcançariam também o instituto do casamento civil, que tem previsão constitucional própria, merece ser dada apenas pela eg. Corte Suprema.

Ressalte-se, por oportuno, que os eminentes **Ministros Ricardo Lewandowski** e **Gilmar Mendes**, naqueles julgamentos, advertiram a eg. Suprema Corte quanto às ilações que poderiam ser feitas a partir da extensão de todos os efeitos da união estável heteroafetiva às homoafetivas, inclusive quanto à questão da facilitação da conversão da união estável em casamento.

A respeito do tema, ponderou o eminente **Ministro RICARDO**

Superior Tribunal de Justiça

LEWANDOWSKI que as ações deveriam ser julgadas procedentes “*para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações*” (grifo nosso).

No mesmo diapasão, salientou o eminente Ministro **GILMAR MENDES**:

“Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do eminente Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicações em relação à divergência de minha fundamentação.

É que, como já mencionei aqui, entendo existem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, § 3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação -, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas – evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos -, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão

tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da aplicação das regras de vedação ao nepotismo, por exemplo. Em relação à legislação eleitoral, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria ainda, a reflexão de sua repercussão no âmbito penal. Essas questões, mutatis mutandis, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento de pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicativos pelo ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável – naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos." (grifo nosso)

Destarte, o alcance da presente decisão transborda do âmbito do recurso especial, pois está para além dos limites do exame de norma infraconstitucional. Por isso, entende-se que somente o egrégio Supremo Tribunal Federal, seja dando eventual extensão interpretativa às decisões proferidas naquelas citadas demandas, seja interpretando a Carta Magna, em sede de recurso extraordinário ou de ação constitucional, poderá deliberar sobre o mérito do presente recurso.

Pelas razões expostas, pedindo vênias ao ilustrado Ministro Relator e aos eminentes Ministros que o acompanham, entendo que não deve ser conhecido este recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Cuida-se de recurso especial, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou a habilitação a casamento de duas mulheres, fazendo-o ante a ausência de norma legal que preveja a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, omissão essa, segundo a Corte Local, não suscetível de suprimento pelo Poder Judiciário sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes (art. 2º, da CF).

O eminente relator, Min. Luis Felipe Salomão, **votou no sentido de prover o recurso, admitindo a continuidade do procedimento de habilitação**, no que restou acompanhado pelos demais integrantes desta Colenda Turma, os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antônio Carlos Ferreira.

Não obstante o brilho dos votos dos colegas, senti-me na contingência de formular o pedido de vista, não por divergir quanto ao mérito da solução adotada pela já assentada maioria da Turma, mas para buscar conforto e segurança no tocante às questões atinentes à competência desta Turma para conhecer da matéria, notadamente em virtude da forte carga constitucional necessária para que se empreste provimento ao recurso.

Passo ao meu voto.

1 - Matéria Constitucional – Art. 2º da CF – Inexistência de prejudicialidade

O primeiro tema que me chamou à atenção na sessão em que se deu o início do julgamento deste recurso especial adveio do fundamento utilizado pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, para negar o pedido de habilitação. No caso, desprovendo a apelação, referiu-se aquela Corte local à ausência de comando legal que ampare o pedido de casamento de pessoas do mesmo sexo e, mesmo nutrido os julgadores do órgão fracionário simpatia pela ideia de admitir a consagração da união oficial entre pessoas do mesmo sexo, a rejeitaram por entender que apenas o Poder Legislativo deteria tal prerrogativa. Em amparo a essa

conclusão, houve invocação ao art. 2º da Constituição Federal, cujo conteúdo estabelece o curial princípio da separação entre os três poderes da República.

Diante disso, poder-se-ia indagar se a matéria constitucional ali suscitada não constituiria questão prejudicial, a atrair a aplicação do art. 543, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, que faculta ao Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do relator do recurso especial, remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal, para prévio julgamento do recurso extraordinário.

E, após reflexão, somente posso concluir pela resposta negativa.

Primeiro, porque a matéria discutida na ação e, por consequência, no presente recurso especial, reside essencialmente **na tese de violação a artigos do Código Civil, que disciplinam o casamento à luz das diretrizes de cunho genérico dispostas no art. 226 da CF.**

A menção ao artigo 2º da CF pela Corte de origem é meramente retórica, justo que as autoras desta ação não buscam a concessão de direito subjetivo desprovido de densidade normativa ou a elas vedado pelo ordenamento jurídico; ao revés, pretendem apenas o reconhecimento de que direitos, atualmente consagrados somente aos casais heterossexuais, sejam-lhe estendidos, mediante interpretação extensiva das normas que regem o casamento civil.

Ademais, a omissão do Legislativo, por si só, não acarreta a improcedência do pedido ou permite a negativa de prestação jurisdicional. Basta lembrar o que dispõe o art. 126 do CPC (*“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”*).

Isso é: verificando a inexistência de suporte jurídico ao pedido, basta ao juiz rejeita-lo com base no art. 269, I, do CPC, sendo totalmente despicienda a invocação do art. 2º da CF quando da prestação jurisdicional de resposta negativa ao pedido. Do contrário, em todo julgamento de improcedência em que o togado fundamentasse sua decisão na falta de respaldo legal, estaria a parte, então, obrigada a questionar o art. 2º da CF para reverter a decisão, o que soa absurdo.

Tocante à menção, no aresto de origem, acerca do art. 226 da CF, também não se vislumbra a necessidade de aguardar julgamento do recurso extraordinário. Vale lembrar que, em âmbito constitucional, a única disposição acerca do casamento não proíbe nem autoriza que ele seja realizado entre pessoas

do mesmo sexo, trazendo o parágrafo primeiro do art. 226 a mera enunciação de que “o casamento é civil, e gratuita sua celebração”, concluindo-se, assim, que o dispositivo **traz conteúdo totalmente aberto, deixando a cargo do legislador ordinário conformar-lhe o respectivo conteúdo.**

A par disso, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132 (convertida em ADIN), procedeu à exaustiva análise do mencionado dispositivo, podendo se extrair dessas premissas a conformação constitucional a ser obedecida na interpretação das normas infraconstitucionais.

Nesse panorama, a análise do art. 226 da CF, neste caso concreto, não é primordial em relação ao exame dos artigos infraconstitucionais que disciplinam o casamento, uma vez que a leitura de tal dispositivo já foi devidamente realizada pela Corte Suprema, nada impedindo, ademais, que, após o presente julgamento, seja o recurso extraordinário enfrentado pelo STF, porquanto a interpretação a ser aqui conferida aos dispositivos do Código Civil poderá lá ser questionada em confrontação ao mencionado dispositivo constitucional.

Em função disso, não vislumbro, como também não vislumbraram os eminentes colegas, eventual prejudicialidade do julgamento do recurso extraordinário em relação ao presente recurso especial.

2 – Afetação à Corte Especial – Improriedade

A segunda temática, que impulsionou meu pedido de vista, diz com suposta necessidade de declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, dos dispositivos que normatizam o casamento civil, por traduzirem eventual óbice ao acolhimento do pedido deduzido nesta ação. Nessa conjuntura, despontaria a incompetência deste órgão fracionário para prosseguir no julgamento, ante a cláusula de reserva de plenário inscrita no art. 97 da CF, matéria que também é alvo da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Todavia, novamente aqui a resposta é negativa.

Para que se dê provimento ao recurso especial não é necessário diminuir o alcance de qualquer dispositivo do Código Civil, mas apenas alargar-lhes a abrangência. É dizer, não constitui pressuposto, para admitir o casamento civil entre casal homoafetivo, afastar a vigência de qualquer dispositivo legal, porquanto em diploma algum de nosso ordenamento jurídico existe uma norma que vede expressamente essa união.

Superior Tribunal de Justiça

Existe, é verdade, um conjunto de normas que disciplina o casamento entre casal heterossexual, entretanto, em nenhum momento esse mesmo ordenamento estabelece regra específica enunciando que somente será admitido o casamento para pessoas de sexo diverso, tampouco que proíba pessoas do mesmo sexo em contrair o casamento.

Logo, permitir o prosseguimento do pedido de habilitação não depende da declaração de inconstitucionalidade propriamente dita de artigos do Código Civil.

Usa-se, aqui, a técnica da interpretação extensiva, inspirada na exegese dada pelo STF ao artigo 226 da CF, ampliando o alcance desses mesmos artigos que já disciplinam o casamento heterossexual, de modo a entender cabida a mesma proteção jurídica a eles dispensada também aos casais homoafetivos.

Essa interpretação ampliativa detém forte amparo jurídico, justo que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF n. 132-RJ (convertida em ADIN), ao interpretar o art. 1.227 do CC (que trata da união estável entre casais homoafetivos) à luz do disposto no art. 226 e seus parágrafos da CF, externou, em decisão dotada de efeitos *erga omnes*, a firme compreensão de que a Carta Máxima veda discriminação que tenha por pressuposto a orientação sexual do indivíduo. Reconheceu, assim, com base na técnica de interpretação conforme à constituição, a higidez da união estável entre casais homoafetivos nos mesmos moldes e termos daquela referente aos casais heterossexuais.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal ditou o exato conteúdo do art. 226 da Constituição Federal, vedando distinção jurídica entre casais em razão de sua orientação sexual, por óbvio que todo e qualquer diploma infraconstitucional deverá ser reinterpretado em consonância ao decidido pela Corte Suprema.

Ou seja, a nova orientação constitucional causa impacto direto e imediato em todos os diplomas de inferior hierarquia em vigor no ordenamento jurídico.

Isso possibilita aos órgãos fracionários dos Tribunais, valendo-se exatamente daquela mesma linha de exegese constitucional, declarar o novo alcance dos dispositivos legais que tratam do assunto, sem violação à cláusula de reserva de plenário, **sobretudo por não deter referida orientação caráter negativo e sim extensivo.**

Sobre o tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o exercício de interpretação conforme à Constituição de dispositivos infraconstitucionais não reclama a reserva de plenário, por não importar em total

supressão de incidência da norma:

Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.." (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97).

No mesmo rumo, esta Corte tem assentado:

A interpretação extensiva da norma infraconstitucional efetuada pelos órgãos fracionários que compõem o Superior Tribunal de Justiça não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade, que requer rito próprio, nos termos do art. 97 da Constituição Federal (AgRg no REsp 1237371/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 15/08/2011).

Logo, como não se trata de afastamento de incidência das normas que disciplinam o casamento civil, mas sim de ampliação de seu alcance, à luz de interpretação dada pelo STF ao art. 226 da CF, torna-se impróprio cogitar em remeter a questão à Corte Especial deste STJ.

3 – Afetação à Seção – Discricionariedade

Outro ponto que chamou à atenção deste signatário condiz com eventual afetação da matéria, para que seja julgada diretamente pela 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o que se afigura possível ante o teor do artigo 14, III, do RISTJ.

Tal providência, entendo, seria de suma importância, tendo em conta a relevância da matéria em jogo, a qual tem o condão de repercutir diretamente na vida de milhares de pessoas que se estejam em situação jurídica idêntica, gerando uma verdadeira corrida ao judiciário para regularização das uniões estáveis já existentes e, quiçá, a celebração originária de casamentos.

Ainda se desconhece a orientação que eventualmente poderá vir a ser seguida pela Terceira Turma desta Casa, sendo que eventual divergência daquele órgão fracionário quanto à linha de decisão aqui e agora adotada potencializaria grave insegurança jurídica em âmbito nacional, o que, se possível, deve ser evitado, mormente em sede de assunto que afeta tão fortemente o íntimo e o próprio cotidiano dos interessados.

Não desprezo a orientação “política” de nossa Turma, na esteira de somente levar para julgamento ante a Seção matérias sobre as quais já haja um mínimo número de decisões em idêntico sentido.

No entanto, a relevância da temática sugere a quebra dessa nossa praxe, porquanto não se está aqui lidando com assuntos cotidianos, de cunho meramente patrimonial. Em realidade, o assunto aqui tratado envolve a felicidade, a vida privada, o *status* social e o estado civil de milhares de pessoas.

Por isso, a definição do assunto, desde logo, pelo órgão responsável por ditar a palavra final em legislação infraconstitucional de direito privado no Brasil deteria, inegavelmente, muito mais força e geraria muito maior segurança jurídica a todos, do que a decisão tomada isoladamente na Turma, além de permitir, em um colegiado maior, a troca de ideias e discussão mais abrangente do tema, a formar uma conclusão judicial dotada de insuperável autoridade e uniformidade.

De toda sorte, ainda que, quanto ao mérito, entenda no mesmo sentido já externado pelos eminentes pares, todavia, lanço ao exame desse colegiado a questão acima suscitada.

4 – Mérito

Superadas as considerações iniciais, no mérito, resta imperioso admitir seja conferida a proteção familiar, típica do regime do casamento, aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, ao casal homoafetivo, porquanto não existe um único argumento de cunho jurídico a obstar o reconhecimento da validade jurídica de tal união.

Qualquer empecilho que se levante à admissão da validade dessa proteção parte unicamente de restrições ideológicas, discriminatórias da orientação sexual, o que não mais se admite no moderno Estado Democrático de Direito.

Entre as finalidades do Estado também está a de tutelar valores morais, preservar costumes, permitir o convívio de diversidades e variados referenciais, atento a que a sociedade da era do consumo, ainda que distanciada do modelo humanístico, admita uma infinda variedade de *ethos vivendi*, gerados a contar da coexistência entre individualidades típicas e padrões plúrimos de convivência, não tendo mais lugar (o Estado) **apenas para impor** ao jurisdicionado parâmetros estereotipados. Agregar e fundar a fraternidade, a união das pessoas, protagonizar a tolerância e não criar normas que as deixem à margem do ordenamento jurídico,

em função de credo, da classe social, da raça, da orientação sexual, precisamente porque o Estado não existe apenas para satisfazer ou legitimar os interesses das maiorias, e mesmo das classes dominantes, cumprindo-lhe velar também pelos direitos das minorias, sob pena de omitir-se exatamente no cumprimento de uma das suas principais funções, que é a de propiciar alternativas e sistemas de inclusão, repudiando discriminações que apenas aguçam o marginalizar de condutas destes que, como se está a ver, não mais se contentam em, acuados, ver como que apenas toleradas as suas opções de perfil sócio-familiar, almejando e merecendo, sim, se ver admitidos, sentir-se lídima e legitimamente incluídos, sem sobressaltos, no cotidiano rotineiro das gentes.

Toda intervenção direta do Estado na vida privada das pessoas somente se justifica, no atual ordenamento jurídico, de cunho democrático, caso tenha por escopo realizar a proteção do indivíduo, para garantir-lhe direito ou cobrar-lhe obrigações.

Assim, como já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a preocupação maior da Constituição Federal, ao estabelecer diretrizes ao direito de família está em proteger esse núcleo de pessoas, indispensável à formação do Estado.

Não pode ser outro o entendimento retirado a partir da redação do art. 226 do texto constitucional. Pela imponência de sua redação faço questão de transcrevê-lo: **“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”**.

Conceituando a família, não contém a Carta Magna qualquer comando discriminatório. Reconhece-a em função da coexistência afetiva entre pessoas, não vinculando sua existência à conformação clássica de família surgida somente a partir do casamento entre homem e mulher. É o afeto, a vida em comum, o traço marcante a caracterizar uma família.

Indubitável, assim, sobretudo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 132-RJ, que o núcleo de pessoas surgido da união de casal homoafetivo se constitui em família.

De outro lado, o casamento, desde os tempos remotos, constitui-se no instrumento jurídico principal a conferir segurança às relações familiares, pois ele estabelece oficialmente, ante ao ordenamento e à sociedade, os vínculos e deveres conjugais, regime patrimonial, dentre outra elevada gama de obrigações e direitos, garantindo, assim, a plena vida em comum do casal.

Ora, se a união homoafetiva é reconhecidamente uma família, se o

Superior Tribunal de Justiça

fundamento da existência das normas de direito de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa proteção, seria totalmente despropositado concluir que esse elevado instrumento jurídico do casamento não pode alcançar os casais homoafetivos.

Interpretação nesse sentido, reitera-se, somente pode ser obtida mediante o foco do preconceito e da intolerância, o que não se mostra admissível em nosso atual estágio de evolução humana.

Por todas essas razões, considerando que o Supremo Tribunal Federal já examinou matéria atinente à proteção familiar com foco incidente na mesma discussão agora em debate (união homoafetiva), e, entendendo que a solução aqui assinalada não tem, por si, o condão de afastar as vezes do legislador, no caso posto, por interpretação extensiva e à vista da inexistência de vedação normativa à tutela estatal daqueles que pretendem constituir uma entidade familiar por homoafetividade, é de se reconhecer a proteção familiar, típica do regime do casamento, aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual:

a) para não contrariar minha própria exposição, suscito, preliminarmente, a questão de ordem para que o presente recurso tenha o seu julgamento afetado à Segunda Seção ante a relevância da matéria;

b) todavia, caso não seja este o entendimento desta egrégia Turma, acompanhando o eminente relator, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **K R O**
RECORRENTE : **L P**
ADVOGADO : **GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, concordo com Vossa Excelência. A competência para julgamento deste recurso especial é da Quarta Turma, o juiz natural para esse caso. Sabemos, é claro, que o assunto é relevante, que tem repercussão e desconhecemos a convicção dos eminentes Ministros integrantes da Terceira Turma a propósito do tema. Penso que, nessa hipótese, poderíamos afetar o próximo recurso à Seção. A própria Terceira Turma também poderá julgar um recurso da espécie ou submetê-lo à Seção, ou poderíamos aguardar o julgamento de eventuais embargos de divergência. Por isso concordo com Vossa Excelência.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2010/0036663-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1183378 / RS**

Números Origem: 10900882917 70030975098 70034045450

PAUTA: 20/10/2011

JULGADO: 25/10/2011
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : K R O
RECORRENTE : L P
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo.

No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araújo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.