

PROCEDIMENTO A SER ADOTADO NA HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO DEPOIS DO JULGAMENTO DO STJ

João Pedro Lamana Paiva¹

Por mais que tenha sido criativa a utilização do princípio privatístico segundo o qual *é permitido tudo que não seja expressamente proibido* como argumentação na defesa dos interesses do casal de mulheres que, no dia 25 de outubro último, perante a 4ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1183378, terminou por obter uma decisão que admitiu a possibilidade do *casamento* entre pessoas do mesmo sexo, ele parece não ser adequado a essa questão de direito.

Perante a referida decisão pretoriana, as repercussões no âmbito da classe dos registradores civis foi imediata já que o recurso julgado era originário do Estado do Rio Grande do Sul onde as recorrentes haviam intentado obter, primeiramente no âmbito administrativo e posteriormente no âmbito judicial, em primeiro e segundo graus de jurisdição, autorização para habilitação para o casamento, sem obter êxito em suas pretensões.

Imediatamente surgiu o questionamento: o que fazer, a partir de agora, se outros interessados passarem a comparecer nos Cartórios pretendendo habilitar-se para o casamento?

Deve-se dar início ao procedimento, declarando o Oficial, desde logo, o impedimento do julgamento em razão de falta de amparo legal; ou deve-se informar aos interessados que a habilitação só será processada se houver autorização judicial?

Frente a essa dilemática situação, resolvemos alinhar algumas considerações a respeito, não esquecendo, entretanto, que, ao enfrentar temas polêmicos, sempre se pode correr o risco de ser pré-julgado como retrógrado, formalista, discriminador, etc. e tal.

O que não podemos perder de vista, creio, é que a lei, ainda que por vezes muito criticável, foi um dos maiores instrumentos civilizatórios da humanidade porque ela passou a ser respeitada como instituto que prescreve ou ordena a regra de comportamento. Logo, organiza a sociedade, disciplinando as relações.

Se a lei passar a ser relativizada em qualquer âmbito e por qualquer aplicador, começará a perder seu valor fundamental e sua autoridade na regulação das questões sociais. Assim, se a lei vigente está equivocada não há problema: basta editar nova lei que a modifique. Aliás, os parlamentos estão aí para isso. Eles constituem a instância democrática e republicana adequada à resolução legal dos conflitos e à superação das contradições.

¹ *Registrador Civil e Diretor de Cultura do SINDIREGIS.*

Também não podemos esquecer que foi o Estado quem resolveu regular a família e a situação civil das pessoas, publicizando essas relações de Direito. Logo, nada mais natural que ele mesmo altere o regime dessas relações através de uma lei que, hoje, se revela imprescindível. Além disso, é bom frisar que não é da vocação do Judiciário a tarefa de legislar.

Assim, por maiores que sejam os méritos das decisões judiciais que vêm sendo editadas para o enfrentamento dessas questões polêmicas, elas não podem ser as primeiras e desconhecer, por exemplo, a própria Constituição do país, nas prescrições de seu art. 226:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Também o Código Civil não pode ser desconsiderado nas prescrições de seus artigos 1.514, 1.517, 1.535 e 1.565:

“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. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.”

“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.”

Além disso, muitos outros dispositivos legais colocam o *homem* e a *mulher* como os naturais protagonistas da formação da *família* através do *casamento*. O quanto mais surgiu, depois disso, é substancialmente diferente e deve ser tratado pela *lei* com respeito às diferenças. Nada impede que a lei dê tratamento isonômico, às mais diversas situações, mas, no momento, o que mais prejudica o conjunto da sociedade é a *ausência de lei* reguladora.

Perante a vergonhosa omissão dos legisladores o que está ocorrendo é que os magistrados estão *legislando* através de seus julgados e esse estado de coisas não pode perseverar no país. Já existe essa atividade legislativa até mesmo autorizada pela Constituição, através da *súmula vinculante*, mas, pelo que sabemos, nenhuma foi editada versando essa matéria de tamanho interesse para tantas pessoas no Brasil.

Diante disso, nada mais resta aos registradores, na operação desse ramo do Direito Público que é o Direito Registral, do que fazer valer o princípio fundamental imposto pela Constituição que é o da *legalidade*, de modo a afirmar que a *habilitação* continua normalmente para a realização do casamento entre homem e mulher, bem como para conversão da união estável entre homem e mulher em casamento, pois, enquanto não alterada a legislação civil e a Constituição, as regras para o casamento continuam iguais, mesmo após a decisão do STJ.

Finalmente, caso os registradores passem a ser pressionados pela sociedade e principalmente pela mídia, *sugiro*, primeiramente, que as Corregedorias-Gerais de Justiça se manifestem no sentido de orientar os Oficiais do Registro Civil a instaurar um incidente, por ocasião do processamento da habilitação de casamento, dando ciência aos contraentes de que o casamento só se efetivará depois de submetida a habilitação à manifestação do órgão do Ministério Público e do Juiz de Direito da Comarca, prevenindo ajuizamentos de processos e contribuindo para a desjudicialização.

Na hipótese de silenciarem as Corregedorias-Gerais de Justiça das Unidades da Federação, poderá conduzir a iniciativa de orientação a Corregedoria Nacional de Justiça, na forma do que preveem os incisos VIII e XI do art. 3º de seu Regulamento-Geral que possibilita ao Corregedor Nacional a resolução da questão em debate, através do exercício das seguintes atribuições:

“VIII - promover de ofício ou propor ao Plenário, quando for o caso de urgência e relevância, quaisquer medidas com vistas à eficácia e ao bom desempenho da atividade judiciária e dos serviços afetos às serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro;” ...

“XI - editar recomendações, atos regulamentares, provimentos, instruções, orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, bem como dos demais órgãos correicionais;”

Nos dias atuais, quando se fala tanto em *respeito às diferenças*, sempre que se chega ao momento de respeitá-las, contraditoriamente, termina-se por invocar um *princípio de igualdade* visando a transformar em iguais coisas absolutamente diferentes. É o fenômeno humano, operando no centro do universo de suas inconfessáveis contradições.

Sapucaia do Sul/novembro/2011.