



Cezar Augusto: Resolução do CNJ sobre casamento gay é tentativa de legislar

Embora integremos uma república instituída em 1889, regimes políticos, que ao longo do tempo a compuseram, a enxovalharam de tal modo que a sua plenitude só se garantiu, verdadeiramente, com as Constituições de 1946 e a atual, de 1988. E a república é importante e fundamental, porque nela a coisa pública, no seu sentido mais amplo, deve ser respeitada, preservada e protegida, o que usualmente se faz dividindo a gestão estatal em funções primordiais, que se interpenetram e se submetem a controles, o que em Direito Constitucional se convencionou chamar de sistemas de freios e contrapesos.

No nosso modelo de Estado, que repete tantos outros consolidados no mundo democrático, idealizado por Montesquieu em 1748, temos estas funções exercidas pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Para uma convivência pacífica e organizada da sociedade, a subordinação legal dos cidadãos, de forma geral e impessoal, limita-se, como regra, ao que advém do trabalho do Poder Legislativo e da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Notadamente quando são manejados mecanismos constitucionais que, excepcionalmente, admitem que determinadas decisões produzam efeito assemelhado ao das leis em sentido estrito, como ocorre com as ações de controle de constitucionalidade.

É certo que há hipóteses, também excepcionais, nas quais a Constituição Republicana defere a outros entes públicos a edição de atos com efeitos gerais e abstratos, exemplificando-se com as Medidas Provisórias. Mas, insista-se, estas hipóteses são realmente excepcionais, daí porque não serão aqui levadas em conta.

Com essas considerações iniciais merece algum comentário a recente Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, na qual o referido órgão veda às autoridades competentes – e aqui só se pode ler os magistrados e delegatários de serviços extrajudiciais – a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. A matéria não está legislada nem pacificada pelos Tribunais.

Destaque-se que nos considerandos do referido ato há menção à ADPF 132/RJ, na qual o Supremo Tribunal Federal, enfrentando tão somente o conteúdo do artigo 1.723 do Código Civil, decidiu, com efeito vinculante, afastar qualquer interpretação discriminatória da união estável entre parceiros do mesmo sexo, removendo o obstáculo da literalidade da norma legal para permitir a constituição familiar homoafetiva, não tratando de qualquer outra forma de família que não a decorrente da união estável e não reconhecendo o casamento homoafetivo de forma automática.

Há, ainda, na Resolução do CNJ, menção ao Recurso Especial 1.183378/RS, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo afastamento do óbice relativo à diversidade de sexos para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento. Todavia, o Recurso Especial produz efeito apenas entre as partes que participaram da ação judicial, não podendo sequer ser utilizado para legitimar ato dotado de generalidade e abstração. A resolução do CNJ, portanto, disse mais do que o decidido pelo STF, sendo conveniente apontar que a união estável se caracteriza, em regra, como uma relação



informal, surgida de situação de fato, independente do elemento volitivo para sua caracterização, enquanto o casamento é negócio jurídico solene, dependente de inequívoca manifestação ou declaração da vontade para a celebração, embora tenham, ambos, o fim de formação de família. O STF tratou apenas de uma das controvérsias que o tema encerra, de modo que o ato do CNJ está, em verdade, criando norma de efeito abstrato e geral, o que não se inclui entre as suas funções, segundo se lê do artigo 103-B da Constituição Federal.

Não se discute aqui o mérito do ato, até porque, posso adiantar, sou inteiramente favorável ao conteúdo material do que ali se defende. A questão está na inobservância de princípios tão caros à República, como o da separação dos poderes, protegido pelo artigo 60 da Carta Política, que lhe dá status de cláusula pétreia. Não se discute, também, a importância do papel desempenhado pelo CNJ.

Todavia, a sua natureza de órgão administrativo é inegável e já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.367/DF. Assim, a competência advinda de sua natureza precípua não o legitima a assumir o papel de legislador, regulamentando a orientação de cartórios em matéria que, por lei, se sujeita a processo de dúvida a ser solucionado pelos magistrados, nem pode dar interpretação conforme à Constituição, por ser atribuição do Supremo Tribunal Federal.

O poder regulamentador do CNJ, por conseguinte, restringe-se a interpretar as leis em sentido formal com o objetivo de aplicação administrativa, nunca intervindo na atividade legislativa ou jurisdicional. Sobre o tema principal aqui tratado andou bem a Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro ao editar o Provimento CGJ 25/2013, estabelecendo que se trata de matéria jurisdicional a apreciação de eventual impedimento legal para casamento homoafetivo, não podendo ato normativo interno do tribunal sobrepor-se ao entendimento do juízo competente.

Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, como dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Constituição e o seu exercício se dá através da divisão tripartite acima mencionada, na qual as atividades legislativas são exercidas primordialmente pelos parlamentares e as jurisdicionais pelos juízes.

O tema de fundo está realmente a merecer um tratamento legislativo e o Congresso já o vem discutindo por um longo tempo. Mas a obediência republicana recomenda que aguardemos este debate, que está se dando no foro próprio. Ou, se a espera se alongar por muito tempo, que busquemos os mecanismos judiciais possíveis, assegurando, assim, a segurança jurídica, fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Date Created

30/05/2013