



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

**APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL.  
RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL.**

A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional.

Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano.

Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual.

**NEGARAM PROVIMENTO AO APELO,  
POR MAIORIA.**

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70021085691

COMARCA DE PORTO ALEGRE

M.P.

APELANTE;

.

I.O.

APELADO;

.

S.V.S.

INTERESSADO.

.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em negar provimento ao apelo, vencido o Des. Relator.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE.**

Porto Alegre, 04 de outubro de 2007.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

**DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS,**  
Presidente e Relator.

**DES. RUI PORTANOVA,**  
Revisor e Redator.

## **RELATÓRIO**

### **DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS (PRESIDENTE E RELATOR)**

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, de sentença que julgou procedente a ação declaratória de união estável proposta por I. O. em face da SUCESSÃO DE V. S., a fim de “... reconhecer a existência de união estável entre o autor e seu falecido companheiro, no período compreendido entre 1999 e 2005.”

Em suas razões recursais, preliminarmente, argúi a incompetência da Vara de Família para o processo e julgamento, tratando-se de reconhecimento de união estável havida entre pessoas do mesmo sexo. A seguir, em resumo, aduz a impossibilidade jurídica do pedido, embora as características da relação havida entre o autor e o *de cujus*, contínua e duradoura, face à inexistência de previsão constitucional e legal acerca da chamada união homoafetiva.

Nesse sentido, defendendo a incompetência do juízo de família, conclui pugnando, caso superada, pelo reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido.

Apresentadas as contra-razões, sobem os autos a este Tribunal.

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça exara parecer pelo desprovimento do recurso.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

Observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

## VOTO

### DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS (PRESIDENTE E RELATOR)

Eminentes colegas. Em primeiro lugar, a alegada incompetência da Vara especializada em Direito de Família, que julgou a ação, vai rejeitada, como também preconiza o parecer ministerial, exarado neste grau de jurisdição.

A matéria neste Tribunal é tranqüila, na linha de reiterados precedentes apontados pelo Dr. Procurador de Justiça, sintetizando “*no sentido de que a própria natureza da relação, permeada pelo afeto, reclama a atuação de Varas e Câmaras especializadas em Direito de Família*”.

No mérito, o tema inegavelmente é tormentoso, envolvendo questão polêmica, referente à possibilidade ou não do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Na verdade, é preciso reconhecer que laboriosa jurisprudência, caminhando no avanço das relações sociais, passo a passo vem construindo essa possibilidade, partindo de decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho.

Nada obstante, com a vênia consentida dos que pensam em contrário, ainda não consigo, em cima de conceitos principiológicos ou até mesmo metajurídicos, contornar óbices claros advindos de norma constitucional e infraconstitucional.

Com efeito, se o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é permitido, como aceitar a chamada “*homoafetividade*” como formadora



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

da união estável? Vale dizer, atribuindo à união estável os efeitos do casamento, em situação quando o casamento não pode ser concebido.

Nenhuma dúvida há na interpretação do texto constitucional (art. 226, § 3º), ao prever **a união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a **sua conversão em casamento** (conversão penas possível entre homem e mulher).

Da mesma sorte, outra interpretação não se recolhe do Código Civil vigente (art. 1.723), conceituando “*a união estável como entidade familiar **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”. Aliás, dizendo o mesmo Código, logo adiante, que essa união, com tais características, não se constituirá nos casos de impedimento para o casamento (art. 1.723, § 3º). Como então concebê-la – pergunta-se -, em hipótese quando o casamento não é permitido.

No caso dos autos, é certo que o autor alega ter convivido durante mais de cinco anos com outro indivíduo, que veio a falecer em 2006, sem deixar bens a inventariar, aduzindo a necessidade de declaração do vínculo para efeitos previdenciários.

Entretanto, tal como pretendido, a existência de vínculo marital entre pessoas do mesmo sexo não tem respaldo no ordenamento jurídico pátrio, pressupondo a necessidade de mudança de ordem legislativa, razão da impossibilidade jurídica do pedido.

Levando, em consequência, à extinção do processo, por carência de ação (CPC, art. 267, VI).

A respeito, disso não discrepa a boa doutrina:

“A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente ‘a previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte’, pois, como bem explica Moniz de Aragão: ‘A possibilidade jurídica, portanto, não



RP

Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vista à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.”<sup>1</sup>

Nessa linha de pensamento, tenho como precisos os fundamentos do apelo ministerial, que em parte reproduzo:

“A constituição Federal de 1988, em sua art. 226, §3º, não deixa dúvida, a quem quis o Constituinte proteger, ao reconhecer a união estável, isto é, aqueles casais formados com o homem e a mulher, erigindo ao patamar de entidade familiar, devendo, inclusive, a lei facilitar sua conversão em casamento.

Quatorze (14) anos mais tarde, passa a vigor o atual Código Civil, que, mais uma vez, em seu art. 1.723, esclarece e reafirma que a união estável reconhecida legalmente é aquela formada entre um homem e uma mulher.

Mesmo assim, embora a Constituição Federal e o recente Código Civil não cogite da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, algumas decisões, mormente oriundas do Estado do Rio Grande do Sul, vêm afirmando sua possibilidade jurídica, tendo como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que não permite qualquer discriminação, inclusive em razão do sexo.

Ora, como é cediço, os princípios não têm cunho normativo, mas, sim, de orientação das diretrizes a serem asseguradas pelas leis subalternas e, também, pela própria constituição. Se está ocorrendo ofensa a qualquer princípio constitucional, esta deverá ser objeto de ações legislativas para corrigir tal imperfeição. Mas de qualquer maneira, deverá ser discutida na casa competente. O Poder Judiciário, ao reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, está, supletivamente, legislando casuisticamente, sem observação do trâmite regular do processo legislativo, pois decreta, em razão do caso concreto, a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, sem discutir com os representantes do povo e sem distribuir benefício a todos.

É importante frisar-se que as uniões estáveis até agora reconhecidas, entre pessoas do mesmo sexo, decorrem da morte

---

<sup>1</sup> (DIDIER JR., Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da ação. O Juízo de Admissibilidade do Processo. SP: Saraiva, 2005, p. 223. *apud* ARAGÃO, Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 394.)



RP

Nº 70021085691

2007/CÍVEL

de um dos companheiros. Ou, então, se vivos os conviventes, ingressam em juízo para a finalidade precípua de dissolução da união estável. Por isso, até o momento, não se cogitou, ainda, da aplicação do mandamento constitucional que determina que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, CF, art, 226, §3º. Preceito este já contido no Código Civil, em seu art. 1.726, *in verbis*:

A união estável pode converter-se em casamento, mediante pedido os companheiros ao juiz e assento no registro civil.

Mas, atualmente, neste Foro Central da Comarca de Porto Alegre, já tramita ação com pedido de reconhecimento judicial de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ora, esses conviventes, uma vez obtido o reconhecimento judicial da união estável, poderão fazer uso do dispositivo da Constituição e do Código Civil, para converter a união em casamento civil, bastando, para tanto, requer ao juiz.

Percebe-se, reconhecendo-se a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, estar-se-á, admitindo-se, de maneira oblíqua, o casamento entre elas, o que, ao entender do apelante, não encontra segurança jurídica adequada.

E mais, com base no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, que não permite possa haver discriminação, inclusive em razão do sexo, também tramita, neste Foro Central, ação judicial com pedido de habilitação para casamento feito por pessoas do mesmo sexo. E agora?"

No mesmo sentido, recolhem-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 648.763/RS, Ministro César Asfor Rocha, 4ª T., j. em 07.12.2006, DJU 16.04.2007, p. 204), assentando: "a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações".

Ademais, não parando por aí os precedentes da Corte Especial, o mesmo julgado faz remissão a vários outros: REsp n. 502.995/RN (DJ de 16.05.2005), Rel. Ministro Fernando Gonçalves; REsp n.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

148.897/MG (DJ de 06.04.1998), Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp 323.370/RS (DJ de 14.03.2005), Rel. Ministro Barros Monteiro; e mais recentemente o REsp n. 773.136, Ministra Nancy Andrichi (DJ de 13.11.2006).

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

### **DES. RUI PORTANOVA (REDATOR) –**

Peço vênias ao eminente relator para divergir.

#### **Fato incontroverso.**

Importante, antes de adentrarmos na questão de fundo, registrarmos que a presente ação declaratória possui como parte interessada a sucessão do falecido V., companheiro do apelado.

Tal sucessão é representada por Marcos, único filho do falecido.

Importa aqui, o registro de que Marcos, na condição de filho do *de cujus*, não se opôs ao pedido de reconhecimento da relação havida entre seu falecido pai e o apelado.

Tal se depreende dos termos de sua manifestação no primeiro grau, fls. 125/126, e do próprio fato de o filho não ter recorrido da sentença que reconheceu a relação entre o apelado e seu pai.

Quero, com esse registro, enfatizar que, no concreto, não há insurgência das partes envolvidas quanto ao reconhecimento da união. A irresignação é exclusiva do Órgão Ministerial de primeira instância, a qual, diga-se de passagem, não é acompanhada pelo representante do MP, no âmbito desse Tribunal, segundo se constata do parecer de fls. 267/275.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

Enfatizada a incontrovérsia das pessoas envolvidas diretamente com a relação alvo do apelo, passo ao mérito.

Vale a pena notar que mesmo o Ministério Público do primeiro grau, aqui recorrente, traz para discussão, apenas, o tema da possibilidade jurídica do pedido.

Para que não paire dúvida sobre os limites do apelo, colaciono trecho do próprio recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público, fls. 253/254 dos autos:

*“2.3.2 – DA MATÉRIA DE FATO:*

*No entanto, se outro for o entendimento de Vossas Excelências, resta, então, a análise do relacionamento mantido entre o apelado e o falecido V. Soares.*

*Nesse particular, não há dúvida. Efetivamente o apelado manteve de maneira contínua e duradoura, convivência pública com o falecido V. Soares. Para essa conclusão, concorrem as declarações trazidas aos autos pelas testemunhas arroladas em número de seis.*

*(...)*

*Acresce-se, ainda, o depoimento pessoal – fls. 153/157, esclarece, minuciosamente, o relacionamento havido entre os conviventes, desde o momento em que ambos se conheceram, passando pela convivência comum, pela doença de V., pelos cuidados dispensados pelo apelado ao falecido, pela convivência social mantida, até o óbito.*

*(...)*

*Assim, no caso de não acolhida a impossibilidade jurídica do pedido, é de ser reconhecida a união objeto do presente feito.”*

No que diz com o enfrentamento do tema referente a possibilidade jurídica, vale a pena por em destaque algumas considerações.

**A possibilidade jurídica.**



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

Gostaria de, neste momento, lembrar que, a possibilidade ou impossibilidade jurídica, não inviabiliza que uma pessoa venha a propor uma ação cível.

Vale a pena notar que o artigo 3º do CPC, é expresso em dizer que “para propor ou contestar ação é necessário ter **interesse e legitimidade**.”

Negritei as palavras “interesse” e “legitimidade” para destacar que apenas duas das condições da ação, é que são requisitos para que alguém proponha ou conteste uma ação.

Ou seja, por raciocínio de eliminação, a eventual **impossibilidade jurídica de um pedido** não inviabiliza que alguém proponha a ação.

Na verdade, então, é possível dizer, que a presente ação – assim considerada como instrumento para a busca do direito – é viável e possível.

Com isso, se está autorizado a adentrar no mérito da questão.

E – viável a ação – cumpre investigar o tema de fundo à luz do ordenamento jurídico (inclusive a Constituição) e da Justiça do caso concreto.

### **União Estável Homossexual.**

#### **LACUNA.**

Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna.

No que diz com lacunas no Direito, a doutrina nos apresenta duas posições fundamentais: uma centrada na doutrina de Kelsen, outra baseada nas lições de Bobbio.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

A primeira (de Kelsen) sustenta que o brocardo *permissitur quod non prohibetur* (o que não é proibido é permitido) afasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Entende o doutrinador que com essa máxima o sistema jurídico regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa. Esta forma de ver a questão da lacuna não é isenta de crítica. Contudo, aqui já encontramos um bom início para fundamentar a necessidade de se retirar conseqüências jurídicas (pessoais e patrimoniais) ainda que não haja expressa previsão legal a respeito das relações afetivas homossexuais.

Ocorre que, em todo o ordenamento jurídico, não se encontra um dispositivo legal proibindo seja a relação afetiva homossexual seja a proibição de que o juiz retire efeito das relações homossexuais. Não estamos diante daqueles casos em que a lei expressa e imperativamente proíbe o tipo de relacionamento e seus efeitos, tais como são os casos de nulidade de pleno direito dos casamentos. Logo, utilizando-se a mesma máxima e o mesmo raciocínio de Kelsen podemos dizer, sem medo de errar que, já que não é proibida, a união homossexual, ela é permitida pelo Direito.

Assim, tomando-se do espírito kelseniano, não se pode negar efeitos jurídicos a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo sem se cogitar de lacuna no direito, é de rigor reconhecer juridicidade às uniões afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico abarcaria tais relações de fato, mesmo sem expressa previsão legal a respeito.

Uma outra forma de ver a teoria das lacunas centra-se na doutrina de Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico. A teoria do jurista italiano parte da idéia de incompletude. Assim, “se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.”(Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 115).

Para Bobbio, na mesma obra (p.139), a incompletude ocorre não no sentido da falta de uma norma a ser aplicada, mas da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. O autor entende por lacuna “ a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas deveriam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distinguir daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (de direito já estabelecido).”

Dessa forma, a partir de Bobbio podemos dizer que estamos diante de uma lacuna na lei, porque há omissão quanto aos efeitos jurídicos da união afetiva homossexual. A lei não tem previsão quanto aos efeitos jurídicos decorrentes dessa união.

A idéia de existência de lacunas no direito ou no ordenamento jurídico é a idéia prevalente entre os juristas. Haverá sempre lacuna quando para uma solução jurídica para determinado caso se torne necessária e a legislação não ofereça uma solução que se adapte ao caso concreto em espécie. Nesse passo, o *vocabulo “lacuna” designa os possíveis “vazios”, ou melhor, os casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução* (Maria Helena Diniz. Lacunas no Direito, p. 29).



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

Vale repetir, quando se trata de uniões homossexuais a lei não prevê nenhuma forma expressa de solução. Por igual, também nenhuma lei proíbe taxativa ou implicitamente que se retire efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não há lei que ofereça solução jurídica para o caso. Há um vazio legal, pois em todo o ordenamento nacional não existe um direito objetivo que alvitre uma solução a ser tomada diante da ocorrência de tais uniões quando postas em juízo.

Enfim, há lacuna, pois estamos diante de um comportamento (comissão ou omissão) que não tem lei expressa permitindo. Também não há lei proibindo ou criando qualquer sanção para esta forma de união.

### **COLMATAÇÃO**

Assim, estamos diante de uma lacuna no direito. E a lacuna deve ser preenchida. Como se sabe, mesmo não havendo previsão expressa no ordenamento jurídico o juiz deve buscar uma solução para decidir a respeito dos efeitos jurídicos dessa relação. Isto porque, como diz o artigo 126 do CPC *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.* No mesmo sentido é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Enfim, seja tomando-se Kelsen e sua teoria da completude, seja acompanhando Bobbio e a teoria das lacunas, o juiz deve julgar. "Data venia", aquelas decisões que julgam improcedentes esse tipo de ação, sob o argumento de que não há lei a respeito, na verdade, estão pronunciando o *non liquet*.

A mesma lei que impede que o juiz deixe de julgar já projeta os critérios para suprir o vazio da lei.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

Vale a pena continuar com o texto do artigo 126 do CPC: ...*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.* Não é outra a determinação do Código Civil no seu Artigo 4º da Lei de Introdução: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

No presente caso, a lacuna será preenchida com princípios constitucionais e analogia. Para Bobbio a analogia e os princípios fazem parte do método de auto-integração para preenchimento de lacunas (Teoria do Ordenamento Jurídico, p.150). Para Maria Helena Diniz os princípios são também usados para o preenchimento de lacunas, mas fazem parte do método da heterointegração (Lacuna do Direito, p. 212) por entender como fonte subsidiária do direito.

### **PRINCÍPIOS: IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Segundo Roger Raupp Rios em “A Homossexualidade no Direito” (p.67) a concretização do princípio da igualdade se dá com a existência de um princípio geral de não discriminação por orientação sexual.

O autor exemplifica da seguinte forma.

De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a concretização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

*Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu*



RP

Nº 70021085691

2007/CÍVEL

*desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo.*

A CF, no artigo 3º, IV, reza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse passo, a discriminação por orientação sexual é uma forma de tratar sem igualdade. Tratar desigualmente, com preconceito.

Outro princípio que deve ser invocado para preencher a lacuna jurídica é o previsto no artigo 1º, III da CF, o da dignidade da pessoa humana, o qual é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

*O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. (Roger Raup Rios, ob. Cit. p.89)*

### **ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL.**

Certa a existência de lacuna a respeito do tema das uniões homossexuais, certo que o não reconhecimento de direitos aos parceiros do mesmo sexo significa uma afronta aos princípios constitucionais, cumpre, agora, ainda em na procura da colmatação da lacuna no Direito, buscar definição das conseqüências jurídicas em outro instituto jurídico. Ou seja,



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

vamos entrar no campo da analogia, pois Bobbio entende por “analogia” o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*. (ob. cit. p. 151).

Convém que se diga logo, a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas conseqüências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, como a desnecessidade da prova da colaboração.

O processo analógico obedece a requisitos de aplicação, tal como alinhados por Maria Helena Diniz (p.162).

O primeiro requisito é o vazio legislativo. Ou seja, que o caso não tenha previsão na norma jurídica. Este requisito está plenamente preenchido. Não parece haver dúvida, apesar de muitas tentativas, o legislador brasileiro, ainda não se encorajou a colocar no repertório legislativo brasileiro, a disciplina legal para as uniões homossexuais.

O segundo requisito exige que o caso não contemplado em lei (a união homossexual) tenha com o previsto (união estável), pelo menos, uma relação de semelhança. As semelhanças são evidentes. Ao primeiro, ambos os institutos são relações de afeto não formalizadas por celebrações oficiais, tais como ocorrem com o casamento. Em um e outro caso, as pessoas se unem pelo afeto e pela comunhão, pouco e pouco vão num crescendo de harmonia, a ponto de viverem como se casados fossem.

Por fim, o terceiro elemento analógico exige que haja identidade essencial ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a não contemplada. Este é o requisito que Bobbio (p.152) chama de *semelhança relevante*. Ou seja, terá que haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

Ora, indubitavelmente, a semelhança relevante de ambos os casos é o afeto informal. Os dois institutos centram-se em relações interpessoais de amor comum entre os parceiros.

Não se desconhece a importância deste sentimento, tanto para a elevação da solidariedade humana em geral como para a felicidade das pessoas em particular.

Os amantes que hoje vivem em união estável, também sofreram as agruras e as discriminações que hoje sofrem as famílias homossexuais. Esta é uma semelhança histórica relevante, que, por igual, faz aproximar algo que hoje está regulado (a união estável) com algo que ainda aguarda regulamentação legislativa.

No caso, temos um conjunto de normas (princípios constitucionais explícitos mais a lei da União Estável) das quais extraímos elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso não previsto, mas similar.

### **Da devida proteção à união homoafetiva.**

Seja qual for a decisão, os fundamentos terão por base as regras do direito de família. E aqui surge uma primeira controvérsia.

Há entendimento uniforme de que as relações homoafetivas são relações que devem ser reguladas pelo Direito de Família, e, por isso, de competência das Varas de Famílias, tem encontrado resistências.

O foco para afirmar a especialidade das relações homossexuais está na proteção jurídica adequada àqueles que optaram por manifestar seu sentimento de família por pessoas de mesmo sexo.

As relações de índole emotiva, sentimental e afetiva entre pessoas do mesmo sexo gera conseqüências que devem ser tuteladas por uma ordem jurídica que se diz democrática e pluralista. De nada adianta a



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

proteção genérica e ampla da lei se sua aplicação ficar presa às amarras da intolerância.

Muito tem se dito que a inaplicabilidade da lei da união estável às relações homoafetivas decorre da expressão constante em seu texto quanto a restrição aos sujeitos da relação de terem diversidade de sexo. Da mesma forma, o texto constitucional do § 3º, do artigo 226, faz a restrição aos sujeitos: homem e mulher.

Mas o próprio texto constitucional põe como princípio norteador e balizador do sistema o respeito à dignidade humana.

Acho que é preciso dizer: o homossexual é pessoa. E como tal merece a proteção que a ordem jurídica confere aos heterossexuais em situações análogas.

As decisões que têm entendido pela aplicação das regras da união estável às relações homoafetivas impedem a segregação da homossexualidade baseada no primado da dignidade da pessoa humana e no direito de cada um ser aquilo que deseja ser.

O fato de categorizarmos a proteção da homossexualidade não nos torna adeptos da opção sexual recriminada socialmente, mas nos faz tolerantes com a diferença do próximo e impõe à sociedade não uma regra de moral ou conduta, mas o respeito à diferença e à diversidade comportamental.

A decisão de tutelar o direito do homossexual e as relações que daí advém cabe ao aplicador da lei com base no ordenamento jurídico que está a sua disposição. Só existem, assim, dois caminhos: ou se reconhece o direito às relações homoafetivas e lhes imprime proteção e às relações jurídicas decorrentes, ou se segrega, se marginaliza. Não existe meio termo ou outorgue proteção parcial.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

A primeira hipótese coaduna-se com a tolerância que deve permear as relações sociais.

A segunda, traz o preconceito, o sectarismo, o *apartheid* pela opção sexual. Implica em reconhecer como menor uma relação entre duas pessoas de mesmo sexo, sob o paradigma das relações heterossexuais. Ainda que corrente seja a heterossexualidade, o paradigma é outro: é o do gênero humano.

Nesse sentido a posição de JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (*A relação homoerótica e a partilha de bens - Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas - Instituto Interdisciplinar de Direito de Família - IDEF, Editora Juruá, Curitiba/PR, 2001*):

*É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica à união homossexual os mesmos efeitos dela.*

Pouco importa se hetero ou homoafetiva é a relação. Importa que seja a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas. Importa que siga os elementos da união estável, mas que seus sujeitos sejam não somente o homem e a mulher, como também o homem e o homem e a mulher e a mulher. Negar-lhes esse direito é desprezar sua natureza humana e limitar a pessoa que são.

Portanto, no caso, aplica-se o instituto da união estável e seus efeitos, notadamente os patrimoniais.



RP  
Nº 70021085691  
2007/CÍVEL

ANTE O EXPOSTO, rogando vênias ao relator, voto no sentido de negar provimento à apelação interposta pelo Órgão Ministerial, para reconhecer a existência de união estável entre o autor e seu falecido companheiro, no período entre 1999 e 2005, mantendo-se inalterada a sentença.

**DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE**

De acordo com o eminente Revisor.

**DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS** - Presidente - Apelação Cível nº 70021085691, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O DES. RELATOR."

Julgador(a) de 1º Grau: ROBERTO ARRIADA LOREA