



www.direitohomoafetivo.com.br

Número do processo: 2.0000.00.503767-2/000(1)

Relator: LUCIANO PINTO

Data do acórdão: 02/06/2005

Data da publicação: 11/08/2005

Ementa:

UNIÃO HOMOAFETIVA - PENSÃO PARA O SOBREVIVENTE - POSSIBILIDADE LIMITADA À VERIFICAÇÃO DA DEPENDÊNCIA E DA MÚTUA COOPERAÇÃO EQUIPARAÇÃO À FAMÍLIA E À UNIÃO ESTÁVEL - IMPOSSIBILIDADE. Em tese, é possível o pedido de pensão pelo companheiro sobrevivente, no plano de pensão e previdência privada de que era titular o falecido, em razão da união de fato homoafetiva, cabendo a prova da dependência e demais requisitos. A união homoafetiva não se equipara aos conceitos de família e de união estável, contidos no art. 226, § 3º da CF e na Lei nº 9.287/96. V.v.: Pode a parte sobrevivente postular pensão e demais direitos correlativos, em razão de falecimento do companheiro de união homoafetiva, ao influxo do princípio constitucional da não-discriminação e por aplicação analógica do art. 226, §3º, da CF, bem como do art. 1º da lei 9.278/96, atribuindo-se a tal união a mesma cidadania de relação familiar, o que não significa caracterizá-la como entidade familiar, mas, tão-só, dar-lhe um conteúdo de similaridade com o qual possa assegurar plenos direitos patrimoniais aos parceiros.

Súmula: Deram provimento para cassar a sentença, com as ressalvas da revisora. Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dra. Maria Emília Mitre Haddad.

UNIÃO HOMOAFETIVA - PENSÃO PARA O SOBREVIVENTE- POSSIBILIDADE LIMITADA À VERIFICAÇÃO DA DEPENDÊNCIA E DA MÚTUA COOPERAÇÃO EQUIPARAÇÃO À FAMÍLIA E À UNIÃO ESTÁVEL - IMPOSSIBILIDADE. Em tese, é possível o pedido de pensão pelo companheiro sobrevivente, no plano de pensão e previdência privada de que era titular o falecido, em razão da UNIÃO de fato homoafetiva, cabendo a prova da dependência e demais requisitos. A UNIÃO homoafetiva não se equipara aos conceitos de família e de UNIÃO estável, contidos no art. 226, § 3º da CF e na Lei nº 9.287/96. V.v.: Pode a parte sobrevivente postular pensão e demais direitos correlativos, em razão de falecimento do companheiro de UNIÃO homoafetiva, ao influxo do princípio constitucional da não-discriminação e por aplicação analógica do art. 226, §3º, da CF, bem como do art. 1º da lei 9.278/96, atribuindo-se a tal UNIÃO a mesma cidadania de relação familiar, o

que não significa caracterizá-la como entidade familiar, mas, tão-só, dar-lhe um conteúdo de similaridade com o qual possa assegurar plenos direitos patrimoniais aos parceiros.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível Nº 503.767-2 da Comarca de BELO HORIZONTE, sendo Apelante (s): A. S. C. e Apelado (a) (s): TELEMAR NORTE LESTE S.A. e OUTROS,

ACORDA, em Turma, a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA, COM AS RESSALVAS DA REVISORA.

Presidiu o julgamento o Desembargador EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e dele participaram os Desembargadores LUCIANO PINTO, (Relator vencido parcialmente) MÁRCIA DE PAOLI BALBINO (Revisora e Relatora para o acórdão) e LUCAS PEREIRA (Vogal).

Produziu sustentação oral, pelo apelante, a Dr^a. Maria Emília Mitre Haddad.

Belo Horizonte, 02 de junho de 2005.

DESEMBARGADOR LUCIANO PINTO

Relator vencido parcialmente

DESEMBARGADOR MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Revisora e Relatora para o acórdão

DESEMBARGADOR LUCAS PEREIRA

Vogal

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR LUCIANO PINTO:

A. S. C. ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela em face de Telemar Norte Leste S.A., Fundação Sistel de Seguridade Social e seus planos de benefícios: PAMA e PAMA - PCE (Planos de Assistência Médica ao Aposentado) e PBS - A (Plano de Benefícios da Sistel). Narrou que viveu durante mais de 20 anos em UNIÃO homoafetiva com G. N., funcionário da 1ª requerida, e, que esse faleceu em maio de 2004.

Disse que o sr. G. N. era segurado na Sistel - Planos de Benefícios, mas que não indicou nenhum beneficiário no contrato celebrado com esse ente da previdência privada.

Por fim, asseverou que, em razão da UNIÃO homoafetiva que mantinha com o sr. G. N., tem o direito de ser incluído como seu beneficiário e dependente na Sistel, usufruindo de seus planos de benefícios: Planos de saúde, PAMA e PAMA-PCE, bem como o de receber pensão pela morte daquele.

Às f. 218/220 sobreveio emenda à inicial, em que o autor pediu - e também como tutela antecipada - a condenação da Telemar e da Sistel no pagamento de complementação de pensão, referente aos créditos de aposentadoria por invalidez, a que teria direito o de cujus, bem como pediu que o pagamento da pensão se desse a partir de maio/2004 (mês do falecimento).

O MP se manifestou, à f. 234/245, dizendo que não há interesse público em discussão, por isso que se guardava de emitir parecer.

A sentença de f. 247/265 extinguiu o processo, por entender que o pedido do autor é juridicamente impossível, com base no art. 267, VI, do CPC.

Inconformado, o autor manejou apelação.

Em suas razões de recurso, disse que seu pedido é juridicamente possível, tanto que o INSS reconheceu a UNIÃO homoafetiva que mantinha com o sr. G. N., e concedeu a pensão por morte e o recebimento de valores deixados pelo sr. G. N. como FGTS, PIS, PASEP, saldos de salários e outros.

Asseverou que diante da ausência de normas legais que regulem a UNIÃO estável homoafetiva, dada a semelhança e identidade de razão, devem ser aplicadas analogicamente as normas concernentes à UNIÃO Estável.

Ressaltou que a listagem das entidades familiares descrita no art.226 da CF/88 não é taxativa, mas exemplificativa.

Afirmou que a possibilidade de reconhecimento de uma UNIÃO homoafetiva e do direito aos frutos financeiros decorrentes está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Com isso, concluiu que por tais princípios é possível comparar as relações heterossexuais às homoafetivas.

Por fim, requereu o provimento do recurso, para que fosse dado regular andamento ao processo em 1º instância, bem como fosse concedido o pedido de tutela antecipada ou que fosse determinado que as rés depositem judicialmente os valores referentes à pensão por morte.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Vejo que assiste razão ao apelante.

Toda vez que um direito fundamental é violado reponta o direito de ação, para o convalidamento da lesão, por isso que o próprio direito de ação é em si

mesmo, também, um direito fundamental, que há de sobrepairar bem acima das contingências formais da lei, situando-se no patamar dos princípios e, portanto, dos mandamentos nucleares do sistema jurídico.

Houvesse violação de princípio fundamental que não pudesse ser convalidada por meio do direito de ação os direitos humanos perderiam sua efetividade.

Versando sobre o tema, Jean-Marie Coulon, então primeiro presidente da Corte de Apelação de Paris, e Marie-Anne Frison-Roche, professora do Instituto de Estudos Políticos daquela cidade, bem esclareceram tal tópico:

Le droit d'accès au juge est intime de la citoyenneté non seulement parce que le juge protège ce droit d'accès mais encore parce que le procès est lui-même devenu un lieu de débat public, qu'on l'approuve ou qu'on le regrette. Le Conseil constitutionnel a lié expressément le droit d'accès au droit et citoyenneté. Plus encore, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme expriment le caractère fondamental de l'action en justice, du fait même de son instrumentalité : en effet, ils posent que toute personne a droit à accéder à la justice << contre les actes violant les droits fondamentaux >> ou << contre les droits et libertés reconnus par la Convention >>. Ainsi, s'il n'y a pas d'accès à la justice, il n'y a plus de droits fondamentaux. C'est en cela que l'action en justice est un droit fondamental, c'est pourquoi le droit d'agir en justice ne peut plus guère être qualifié de formel au regard de droits qui seraient eux substantiels, puisque sans ce droit processuel, les droits de l'homme perdent leur effectivité. (Jean-Marie Coulon e Marie-Anne Frison-Roche. Libertés et droits fondamentaux. 8. ed. Paris: Dalloz, 2002, p.473).

Poder-se-ia obtemperar, como o fez a sentença recorrida, que o art. 226 e seus parágrafos, da Constituição da República, não prevêm a hipótese de UNIÃO estável entre pessoas do mesmo sexo, mas sem razão, porque a Constituição tem que ser compreendida enquanto sistema de princípios e, como tal, contempla também os da igualdade e da não-discriminação (art. 3º, IV, CF).

O tratamento hermenêutico a ser dado em caso de colisão de princípios é o de que um deles deva recuar, prevalecendo o de maior peso.

Paulo Bonavides, forte na lição de R. Alexy, esclarece:

"Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes quer dizer - elucida Alexy - que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou o que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso - afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo - se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera." (Paulo Bonavides. Curso de direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 251).

Existe, pois, uma afinidade entre a teoria dos princípios e a dos valores, por isso que Paulo Bonavides, na obra citada, assinala "a importância vanguardista" da teoria de Alexy no "tocante ao valor normativo dos princípios".

Ora, no caso presente, o princípio do art. 226 da CF, que versa sobre a UNIÃO estável entre o homem e a mulher, deve ceder ao princípio da igualdade e sobretudo ao princípio da não-discriminação, primeiro, porque isso de dizer que a Constituição não permite interpretação analógica é somente uma posição hermenêutica, segundo, porque o princípio da não-discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República, tal como se vê no caput do art. 3º do texto constitucional.

Quando a Constituição assinalou a igualdade sem distinção de sexo, proibindo qualquer forma de discriminação (inciso IV, art. 3º, CF) aí compreendeu a questão dos homossexuais, como bem esclarece José Afonso da Silva:

"A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que esta expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servidos de base para desequiparação e preconceitos." (José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 223).

Fica claro, pois, que o apelante, na sua condição HOMOSSEXUAL, tem o direito constitucional de não ser discriminado, e, portanto, tem no ordenamento jurídico o livre acesso à justiça, para garantir direito seu, de natureza fundamental.

O princípio do art. 226, §3º, da CF, cede lugar e recua diante do princípio do art. 3º, IV, da mesma carta política, e, o em fazendo, se flexibiliza de modo que possa ter aplicação analógica.

Passo seguinte é de ver que o art. 1º da Lei 9.278/96, que reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, é passível, sob a lógica do razoável, de aplicação ao caso presente, logo, existe possibilidade jurídica para o pedido.

A lógica do razoável é uma província diversa da razão matemática, porque decorre de realidades humanas sobre as quais intervêm juízos sobre adequação dos meios para prevalência de tais realidades, com os olhos fitos sobretudo na licitude de tais meios.

Nesse passo, ressalte-se que o princípio da não-discriminação, suporte da igualdade entre os cidadãos, é meio altamente lícito para a consecução dos objetivos fundamentais da República, de modo que as situações que reclamem a aplicação desse princípio devem ser cuidadas sob o *logos* razonable, para que ele nunca perca sua efetividade.

A UNIÃO homoafetiva implica uma situação representativa de entidade familiar, quando decorrente de convivência duradoura, pública e contínua, porque o princípio da não-discriminação afasta a limitação de que tal UNIÃO seja somente entre homem e mulher.

Luis Recaséns Siches referindo-se ao relato de Radbruch, conta o caso de uma estação ferroviária da Polônia, na qual havia um cartaz que proibia a entrada de cachorros, quando ali apareceu alguém acompanhado de um urso, sendo que o vigia proibiu o acesso. A pessoa protestou dizendo que estava acompanhada de um urso e a proibição era somente para cachorros.

Prossegue Siches dizendo que se se aplicasse a lógica tradicional obviamente a pessoa acompanhada do urso teria o direito de entrar, contudo, qualquer juízo de razoabilidade chegaria à conclusão do absurdo da entrada do urso.

Trata-se de um exemplo caricatural, mas que bem define a situação e esclarece que a lógica tradicional é meramente enunciativa, cabendo ao juízo de razoabilidade os pontos de vistas de valor, como esclarece aquele grande jurisfilósofo.

Veja-se a lição de Siches para maior clareza:

El meollo de la sentencia judicial no se obtiene aplicando la lógica tradicional, porque la lógica tradicional, tanto la de Aristóteles como la de los modernos y contemporáneos, es la lógica para tratar con ideas, o para tratar con realidades desde el punto de vista de lo que esas realidades son. En cambio, al juez no le interesa determinar puras realidades, sino decidir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades. Y precisamente los aspectos que de esas realidades interesan están conjugados con criterios estimativos. No importa que un oso no sea realmente un perro. Lo que importa es que, para los efectos estimativos de aquella situación, un oso representa lo mismo que un perro. No importa que quien dictó aquella norma geral que prohibía el acceso con perros al andén nunca pensara de hecho en osos. Al juez no le interesa la diferencia entre perros y osos desde el punto de vista del conocimiento científico o del conocimiento vulgar, ni tampoco le interesa saber si al legislador se le ocurrió o no pensar en osos. Lo que el juez debe averiguar es si la valoración, que sirvió al legislador como determinante de aquella prohibición, era aplicable al nuevo caso planteado y no mencionado; para lo cual debe también examinar o analizar los aspectos de las situaciones sociales en

relación con aquella valoración. Para llevar a cabo esos dos tipos de averiguaciones recíprocamente relacionadas, emplea un criterio. Ese criterio ya hemos visto que no puede ser el de la lógica tradicional. Ese criterio es el del logos de lo razonable, el logos de lo humano. Ese criterio es, en suma, el método correcto de interpretación jurídica, y, por tanto, el método correcto para la función jurisdiccional. (Luis Recaséns Siches. El logos de "lo razonable" como base para la interpretación jurídica in: *Dianoia*, Anuario de Filosofía, México: Fondo de Cultura Económica, año II, 1956, num. 2, p. 53).

Existe, pois, uma valoração da situação posta em juízo, ao abrigo do princípio constitucional da não-discriminação, que impõe uma extensão ao art. 1º da lei 9.278/96, ao influxo da lógica do razoável, para nele integrar a possibilidade da UNIÃO homoafetiva, sobretudo, para gerarem reflexos patrimoniais, o que, por consequência, dá foros de cidade ao pedido do autor.

È de ver que a jurisprudência vem consagrando essa posição, sendo de notar que na apelação cível nº 70006844153, do TJRS, de que foi relatora a Des. Catarina Rita Krieger Martins, afastou-se a tese da impossibilidade jurídica do pedido, verberando-se o farisaísmo do desconhecimento da existência de uniões homoafetivas e seus efeitos jurídicos.

Vítor F. Kümpel assinala que o egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do REsp 24564/PA, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, em 1/10/2004, entendeu que"Os sujeitos de uma relação estável HOMOSSEXUAL, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal." (Vítor F. Kümpel. *Breves Reflexões Sobre o Homossexualismo*. In: *Revista Magister - Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Editora Magister S.A., nº 04 jan/fev/05, p.72 e ss).

Obviamente, em tal passo, o TSE reconheceu a existência de relação afetiva estável, como assinala Vítor F. Kümpel, que acrescentou o fato de o Min. Gilmar Mendes ter assinalado no referido voto que o Supremo Tribunal Federal já reconhece direitos previdenciários e patrimoniais entre parceiros.

Ao influxo desse acórdão do TSE, que analogicamente reconheceu a UNIÃO HOMOSSEXUAL como submetida à regra de inelegibilidade do art. 14, §7º, da CF, o eminente doutrinador que estamos a citar conclui de modo irretorquível:

"Retomando o pensamento já comentado, a decisão é muito mais do que inovadora, pois não só estabeleceu uma analogia, em norma restritiva de direito, como equiparou os institutos constitucionalmente díspares. Sem levar em conta se há ou não a mesma ratio entre UNIÃO estável HOMOSSEXUAL e UNIÃO estável heterossexual, para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação, ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois, nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito. O prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a

faculdade de o HOMOSSEXUAL exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família.

Dessa forma, fica a questão dos efeitos do precedente jurisprudencial vir a caracterizar relações familiares, em que, citando pessoas como as parceiras Maria Eulina e Astrid Maria, possam, a partir de agora, exigir o direito de adoção; obrigação alimentar recíproca; direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares. Ressaltando que, como foram equiparadas a pessoas casadas e vivendo uma UNIÃO estável (por serem consideradas inelegíveis), porque, então, ao mesmo tempo, não poderiam usufruir dos direitos acima mencionados ?". (Vítor F. Kümpel. Op cit).

Não há como fugir à inflexão lógica do argumento retrotranscrito, pois, se o Estado, por meio de seu mais alto Tribunal Eleitoral impôs a duas cidadãs a regra da inelegibilidade, em razão de UNIÃO homoafetiva, por óbvio em situações de similaridade, os parceiros de qualquer UNIÃO HOMOSSEXUAL têm o direito de requestar do mesmo Estado garantias dos mesmos direitos de família, porque foram tais direitos os empolgados para a incidência do art. 14, §7º, da CF, quando da imposição da inelegibilidade no caso aqui tomado como paradigma.

IMPORTANTE- Com isso se vê que o pedido do autor é, sim, juridicamente possível e, ressalte-se, aqui, o juízo cível poderá até mesmo possibilitar a prova sobre a existência da UNIÃO homoafetiva, se ela vier a ser contestada, porque não se estará invadindo seara do juízo de família, haja vista que a decisão de mérito não dirá e nem esse é o objetivo do pedido, que o autor e o de cujus constituíam uma entidade familiar, mas, tão-somente, por analogia e forte na lógica do razoável, dirá, se a questão, no mérito, configura ou não uma situação de fato sobre a qual podem incidir direitos familiares, tais como aquele aqui postulado.

De assinalar que o autor deverá emendar a inicial e requerer a citação da mãe do de cujus para que intervenha no feito como litisconsorte necessária, haja vista a alegação de f. 278 de que ela está recebendo os valores da pensão por morte postulado pelo apelante, logo, eventual sentença de mérito poderá atingi-la, e assim ela tem o direito de se defender.

Com tais considerações, dou provimento ao apelo, cassando a sentença e determino o prosseguimento regular do feito.

Custas ex lege.

A SRª. DESEMBARGADORA MÁRCIA DE PAOLI BALBINO:

O tema central em discussão no presente recurso não é corriqueiro em nossos tribunais, sendo de certa forma, tormentoso para o julgador brasileiro, porque novo e porque não há norma positivada que o regule de forma expressa.

Após longa reflexão, dos estudos que tenho feito do direito em discussão no presente caso, desde a primeira revisão, pacifiquei-me, agora convicta, em dar

adesão ao judicioso voto do eminente Desembargador relator, apenas em menor amplitude, como passo a expor.

Dos autos consta que, no juízo de primeiro grau, a inicial do autor foi indeferida pelo digno e culto Juiz da 11a. Vara Cível desta Capital, porque S.Exa. entendeu, conforme consistente motivação que apresentou na sentença, ser juridicamente impossível o pedido do autor, de sua inclusão como beneficiário e dependente na Sistel-Planos de Benefícios, sua inclusão como pensionista, e também o pedido de recebimento de créditos de aposentadoria por invalidez, de cujo plano foi titular o finado G. N., com quem o autor teria vivido em UNIÃO homoafetiva por vinte anos e desde os quatorze anos.

No julgamento iniciado na sessão precedente dessa Câmara, a conclusão contida no voto, brilhante e erudito, do eminente Desembargador relator, foi no sentido de que, ao menos em tese, a ação proposta pelo autor é juridicamente possível, entendendo S.Exa. que o pedido não encontra vedação expressa e está amparado no ordenamento jurídico delineado a partir da Constituição da República, que previu como garantias fundamentais dos cidadãos, dentre outros, a igualdade, a não-discriminação, assim como o direito processual constitucional do pleno acesso ao Judiciário. Entendeu possível o tratamento análogo da relação supostamente havida entre o autor e o finado G. N., à entidade familiar de que trata a Lei 9.278/96, para admitir como possível, em tese, o pedido formulado.

Dou minha adesão ao r. voto, mas em menor amplitude.

Em princípio, tenho que o reconhecimento de um direito não deve partir, necessariamente, apenas da norma positivada. Um direito pode ser reconhecido sem que haja lei que o preveja explicitamente, como no caso dos autos, porquanto integrante do sistema jurídico como um todo, na categoria dos direitos naturais ou fundamentais de todo ser humano, que comumente são externados, percebidos, mas só posteriormente positivados por marcantes fatos sociais, como revela a própria história da civilização, em constante modificação e evolução.

É trabalho do intérprete acompanhar atentamente o fato social e as exigências contemporâneas, em que se inserem os valores jurídicos, tão bem lembrados pelo em. Des. relator, concorrendo o intérprete para a evolução do Direito com a completa avaliação do possível alcance de certa norma, implícita na ' Lei maior'.

Num segundo momento, também refleti quanto à propriedade e à oportunidade, para o caso ora em julgamento, da máxima jurídica de que à todo direito deve corresponder uma ação em que nela se exerça.

Avaliei, num terceiro momento, a necessidade de o julgador estar sempre atento ao fato social das necessidades humanas aos direitos no Estado Democrático de Direito, que informa o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Há, portanto, direitos fundamentais, necessários ou concebidos pelo indivíduo no seu tempo, nem sempre explicitados na Constituição (a exemplo, no país, do da dignidade da pessoa humana, que não foi elevado à direito fundamental, e que é largamente invocado ou adotado pelos julgadores na atualidade), cuja conformação no Estado Democrático, entretanto, sempre teve como fundamento de validade, na pirâmide de hierarquia das normas delineada pela doutrina, exatamente as exigências e valores sociais pressupostos, verificados das relações dos indivíduos, cada vez mais complexas e em constante evolução, direitos esses que provocam constante releitura ou novas interpretações do todo que compõe o sistema jurídico.

De se observar que a generalidade e abstração da norma constitucional propicia a asserção de que sua interpretação deva ser ampla, móvel e evolutiva, conforme a evolução dos fatos sociais.

Segundo Juarez de Freitas em seu "A Interpretação Sistemática do Direito", São Paulo: Malheiros, o sistema jurídico consiste em:

"uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na lei maior".

Segundo o mencionado autor, toda parte do sistema está conectada com seu todo, e toda interpretação comete a aplicação da totalidade do sistema jurídico, de princípios gerais, de normas e de valores que integram o sistema, sendo que de tal exame conjunto é que melhor solução se dá à concretude, desde que se averigüe qual seja, em cada caso, o interesse mais fundamental, sem se afastar de sua máxima teleológica que é a finalística da realização da Justiça, recolhendo da norma o dever-ser que quis expressar.

Lado outro, o maior desafio do juiz na atualidade, segundo o filósofo Ronald Dworkin, que define o julgador da modernidade como o 'juiz héracles', é o de decidir (evidentemente que despido ao máximo possível das noções pessoais preconcebidas, apreendidas ou internalizadas ao longo de sua formação individual, como as possui todo cidadão- "Ética e Direito"- Perelman, São Paulo: Martins Fontes, 1996), analisando cada caso como um caso novo, irrepetível como os fatos da história, único e difícil sim, interpretando as normas de todo o sistema jurídico de forma sistematizada e não apenas de forma isolada e literal, também considerando e sopesando princípios e especialmente os valores sociais e jurídicos contemporâneos, para apresentar solução que se apresente como a única adequada e justa que o caso comporta, e que guarde aceitação racional segundo entendimento do cidadão médio ("A Matter Of Principle"-Dworkin- citado pelo prof. Marcelo A. Cattoni de Oliveira em seu "Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito-Belo Horizonte: Del Rey, 1997).

É fato constatável que há muito, tal como o afirma a doutrina filosófica da Ciência do Direito, não mais tem lugar a postura positivista pura, afirmada por Kelsen, pelo julgador.

É também lição de igual filósofo da atualidade, Norberto Bobbio -"A Era dos Direitos"-Rio de Janeiro: Campus, p.10 e 24, citado pela prof. Miracy B.S. Gustin em sua obra social filosófica "Das Necessidades Humanas aos Direitos", Belo Horizonte: Del Rey, 1999, que:

"A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido; [há que se distinguir entre] a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos 'sem direitos'. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los".

De tais considerações e reflexões, pois, concluí pelo acerto do entendimento do em. Des. relator, a que dou adesão, no sentido de que a ação e o pedido formulado pelo autor sejam juridicamente possíveis, porquanto inseridos implicitamente na Constituição da República dentro das garantias fundamentais da igualdade, liberdade, não discriminação e do Direito Processual Constitucional do pleno acesso ao Judiciário, aos quais ainda acresço o da necessidade humana da autonomia como valor maior humano concebido na atualidade ("Das Necessidades Humanas aos Direitos" -Prof. Miracy Gustin, Op. Cit):

" A própria complexidade das tarefas que se atribui à filosofia do Direito deve ser enfrentada. A abrangência de sua ação não mais se restringe a uma tarefa deontológica de curto alcance. É sua missão refletir não somente o direito como norma mas, também sobre o direito como fenômeno humano e cultural. (...) A busca dos valores de justiça deve estar combinada com uma permanente reiteração das questões da igualdade e da liberdade políticas. (...)Deve-se, portanto, garantir aos indivíduos e aos grupos ou coletividades oportunidades que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar a potencialidade de atividade criativa. Em face disso, supõe-se que a pré-condição indispensável para que isso ocorra é desenvolver no ser humano a condição de autonomia. Essa condição deve ser considerada genericamente necessária e indispensável à atuação do ser humano- individual ou coletivo- no sentido de criar e recriar condições que permitam a superação de seus sofrimentos graves, sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua liberação dos constrangimentos internos e externos.(...)Pode-se afirmar que a necessidade humana fundamental do homem contemporâneo é a autonomia, condição básica cujo conceito evoluiu e transformou-se ao longo da história do homem.

Ao julgador compete, com efeito, na qualidade de intérprete final da norma, permissa venia, no exame da concretude que se lhe apresenta, buscar não só

uma solução corrente ou análoga a casos semelhantes passados, mas uma solução justa, razoável e condizente com sua especificidade e com sua atualidade, porque o fato social lhe impõe revisitar conceitos, especialmente os conceitos legais indeterminados.

Quão difícil delimitar os conceitos legais indeterminados ou fluídos da igualdade, da liberdade, da autonomia, que dão, juntamente com outros, a exata noção da necessidade humana, como parâmetro do direito que se tenciona proteger no exato momento do julgamento do caso concreto, sendo admissível e razoável, entendo, adotar o método da pesquisa da necessidade humana sob foco, dentre as demais também relevantes, a partir da assimilação do grau de gravidade do dano que se verificaria com o seu não reconhecimento. Daí a sobreposição de uns valores sobre outros em cada individual julgamento do caso concreto.

No caso e nesse julgamento, quão danoso seria afirmar, dentro da concepção das necessidades humanas, não ter o autor o direito de exercer ação que lhe possibilite usufruir, como ser típico de sua sociedade, as fundamentais e amplas garantias da igualdade, da liberdade, da não discriminação como bem o alertou o eminente Desembargador relator, constantes da nossa ' lei maior'.

Concluindo, se igual, autônomo e livre, como um ser típico, como um cidadão da sociedade em que vive, o autor tem o direito igual ao exame de sua postulação jurídica, abstraída a nomenclatura que se possa dar, por irrelevante, à relação que ele, como alega, viveu com o finado G. N.

Por tais razões é que também entendo ser possível a ação e o pedido do autor, em tese, mas limitada à verificação da existência de uma relação de fato, com os seus possíveis reflexos decorrentes da dependência ou da mútua cooperação que restarem provados por ele no curso do processo, o que na jurisprudência há muito está pacificado, quando nossos tribunais passaram a reconhecer semelhantes direitos da companheira ou da concubina, antes mesmo da vigência da lei que hoje trata da UNIÃO estável.

Não vou tão além, destarte, em afirmar poder estar caracterizada 'família' na relação supostamente havida entre o autor e o finado G. N.

Isso porque, vejo na concepção individual e social, mesmo a mais moderna, que há objeção da consciência livre humana, do alcance da acepção 'família' (instituição idealizada e criada pelo próprio homem no curso da evolução da civilização e desde seus primórdios), sendo possível sua verificação apenas entre homem-mulher, dada sua natural e idealizada característica, de meio fundamental da construção ou da criação do ser humano, da criação da pessoa.

Entendo não ser possível, demais disso, a aceitação da afirmação do autor, contida na inicial, de que há UNIÃO estável na relação que supostamente teve com o finado, porquanto a Lei 9.278/96 que regula esse específico instituto, é expresso em limitar a relação homem-mulher em suas normas regulamentares e protetivas.

Essas ressalvas, todavia, não retiram o pretensão direito reclamado na inicial, analisado, como ressaltei, sob o enfoque da relação ou parceria de fato.

Naturalmente que ao autor competirá produzir prova das circunstâncias em que tal parceria de fato desenvolveu-se ao longo do tempo, para que o MM. Juiz possa aferir a extensão dos direitos materiais que terá, dentro dos que foram requeridos na inicial (já que alegou ter sido indicado como beneficiário em pecúlio e INSS do finado, não o sendo no pretendido benefício do plano SISTEL), conferindo-se, ainda, direito de defesa aos sucessores do finado, eis que, em caso de procedência dos pedidos, haverá reflexo no direito patrimonial deles.

Concluindo, acompanho o eminente Desembargador relator quando afirma da possibilidade jurídica da ação e do pedido, em tese, também entendendo deva ser citada a ascendente do finado em litisconsórcio passivo, apenas ressaltando o menor alcance do meu voto, ou seja, não reconheço a possibilidade de se equiparar a relação de fato em foco, com o conceito de família ou de UNIÃO estável.

É o meu voto.

O SR. DESEMBARGADOR LUCAS PEREIRA:

Cuida-se, na espécie, de apelação interposta por A. S. C., qualificado nos autos, figurando como apelada Telemar Norte Leste E outros, insurgindo-se contra a r. decisão do MM. juiz de 1º grau, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender que o pedido formulado pelo apelante, é juridicamente impossível, uma vez que no nosso ordenamento jurídico não existe previsão legal, disciplinando a sociedade homoafetiva, decorrente de falecimento do companheiro.

O eminente Relator, é pelo provimento do recurso.

Com efeito, prescreve o art. 226, §3º, da Constituição Federal:

"que para efeito de 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".

Todavia, embora nossa Carta Magna discipline somente a UNIÃO estável entre o homem e a mulher, não se pode olvidar que nos dias hodiernos, a UNIÃO entre pessoas do mesmo sexo constitui realidade inquestionável, não só no Brasil, como de resto, em todos os países do mundo. A propósito, noticiou dias atrás a imprensa, ou mais precisamente o "jornal Estado de Minas", edição de 21.05.2005:

"O governo espanhol quer assinar convênios com outros países para permitir que casais homossexuais tenham acesso à adoção internacional, anunciou ontem a Secretaria de Serviços Sociais, Família e Incapacidade, Amparo Valcarce.

Uma vez modificada a lei, informaremos com transparência o restante de países de nossa legislação e iremos estabelecendo convênios e acordos entre eles, disse Valcarce à emissora privada, Antena 3".

A realidade no caso em comento, já se encontra tão sedimentada que já existe até mesmo, como de sabença, o Projeto de Lei nº 1.151/65, tramitando no Congresso Nacional, tratando do tema, sobretudo no que tange à pensão e à partilha de bens, em aditamento às leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

De outro norte, alhures decidiu a jurisprudência:

"A sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido, não impede ao autor intentar nova demanda em que deduza pretensão mais ampla com fundamento em causa petendi distinta (STJ - 4ª Turma, Resp. 43.692-3- SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 31.5.94, não conheceram, v.u. DJU 27.6.94, p. 16988), sendo de assinalar-se, a título de justificativa, que uma determinada pretensão pode, em certo momento, não encontrar respaldo no ordenamento jurídico e mesmo não se verificar após transcurso de certo tempo, em virtude de alterações legislativas ou da própria evolução do entendimento jurisprudencial". (RSTJ 73/199)

Com essas considerações, pois, dou provimento ao recurso para cassar a sentença, nos precisos termos do voto do eminente Relator, com as ressalvas feita pela eminente Revisora.

É como voto.