

Processo nº: 001.02.010865-7(5986/02)

Ação Declaratória

Requerentes: E. M. O. e K. F. M.

Vistos etc.

E. M. DE O. E K. F. M., qualificados na inicial, através do Escritório Modelo de Prática Jurídica, ajuizaram ação Declaratória de União Estável, alegando que convivem em uma união homoafetiva baseada no carinho, cumplicidade e companheirismo há aproximadamente 2 (dois) anos, sendo que ambos contribuem para a manutenção da família e todas as demais despesas comuns.

Argumentam, ainda, que E. M. de O. é transexual, portadora do vírus HIV e hepatite B, pedindo, liminarmente, a inclusão do Sr. E K. F. M como dependente econômico da requerente consubstanciado no fato da sua efetiva possibilidade de contaminação e, por fim, que seja julgada procedente a ação com a declaração da união estável para regularizar a situação jurídica dos mesmos. Juntaram os docs. de fls. 23 a 42. Durante a instrução foram ouvidas duas testemunhas.

O Ministério Público, em cuidadoso Parecer às fls. 50/52, opinou favoravelmente ao reconhecimento da existência do companheirismo entre as partes a ser regulado pelas normas relativas da União Estável.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

A inicial preenche os requisitos legais, já que os pedidos são compatíveis com *ratio petitum*, ou, entre outras palavras, com a fundamentação de fato e de direito que lhes deram causa, tratando-se, a presente demanda, de ação de jurisdição voluntária, já que não há réus no processo, portanto, matéria de ordem pública, cabendo ao Magistrado utilizar-se dos poderes instrutórios de forma ampla, a fim de preservar a regularidade processual, sendo necessário, portanto, se verificar a competência deste Juízo em razão da matéria.

Independentemente da natureza jurídica da união homossexual, matéria que será analisada adiante, as lides decorrentes de tais sociedades não podem ser tratadas na vala comum do direito obrigacional, em função da assistência mútua e do afeto que indiscutivelmente as envolve.

Mesmo para os que defendem que a união homossexual não se enquadra entre as entidades familiares constitucionalmente protegidas, as questões a ela pertinentes devem ser discutidas no âmbito do Direito de Família e conseqüentemente na esfera de competência dos Juízes de Família, como se pode observar na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a apelação cível nº 70002355204, que teve como Relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, cuja ementa abaixo se trancreva, *in partibus*:

*(...) Para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquela próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são as relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do artigo 861, do CPC. Recurso Conhecido e provido.*

Como se pode observar no julgado acima, mesmo os que defendem não ser a união homossexual uma entidade familiar, reconhecem que as questões relativas a tais uniões devem ser tratadas nos Juízos de Família.

Portanto, este Juízo é competente para processar e julgar o feito.

Vale salientar, por oportuno, que embora seja um dos requerentes transexual, ou seja, ter se submetido à cirurgia de mudança de sexo, como não houve mudança do sexo no registro de nascimento, permanece a situação de união entre pessoas do mesmo sexo.

Acerca da natureza jurídica da união homossexual, alguns entendem tratar-se simplesmente de uma união civil de fato, com conseqüências exclusivamente patrimoniais, na medida em que o direito ao patrimônio é diretamente proporcional à comprovação da contribuição para a construção do mesmo, aplicando-se a súmula 380, do STF. Outros entendem caracterizar-se uma união afetiva, assemelhada à família, porém sem a proteção do Estado, por falta de previsão constitucional. Alguns entendem tratar-se de uma entidade familiar a cujo disciplinamento aplicam-se as regras da união estável. E uma última corrente entende caracterizar-se entidade familiar específica, constitucionalmente protegida.

Encontro-me entre os que vêm na união homossexual entidade familiar específica, abrigada constitucionalmente, cujo regramento infraconstitucional ainda não existe, havendo necessidade de buscar instrumentos de aplicação do Direito para efetivar as conseqüências jurídicas de tais relações, dentre os quais a analogia, haja vista a necessidade de aplicação imediata dos direitos relacionados com tais relações, por estarem alicerçados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

Quando da introdução no sistema jurídico do texto constitucional vigente, a primeira conclusão a que se chegou acerca do novo contorno do Direito de Família, é que além da família formada pelo matrimônio, passavam a ser reconhecidas duas outras novas espécies de família, quais sejam, a união estável e a família monoparental.

Seguindo a interpretação muito adequadamente formulada pelo Ilustre Professor alagoano Paulo Luiz Netto Lobo, em artigo publicado na Revista de Direito de Família, nº 12, jan-fev-mar 2002, Porto Alegre: Editora Síntese, intitulado: *Entidades familiares - Para além do numerus clausus*, utilizado, inclusive, como razão de decidir na decisão interlocutória proferida pela Juíza do Juizado Especial, quando corretamente determinou a remessa do processo para a Vara de Família, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 226, estabelece que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*.

Com tal previsão, o texto constitucional afastou o termo *formada pelo matrimônio*, das famílias que merecem proteção do Estado, não especificando, no *caput* do artigo, quais as outras modalidades de agrupamentos que poderiam ser caracterizados entidades familiares sob o prisma constitucional.

No parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, fica reconhecida a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, e mais adiante, no parágrafo 4º, se estabelece que *se entende, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*, a denominada família monoparental.

Observe-se que a expressão "*também*", prevista no parágrafo 4º, é uma expressão inclusiva, ou seja, gera uma interpretação de que outras poderão ser incluídas, já que não impõe a idéia de taxatividade. Para entendimento contrário, o legislador deveria ter usado outra técnica, como estabelecer no próprio *caput* do artigo quais as entidades familiares que merecem a proteção do Estado, como antes aconteceu com a família matrimonial, prevendo, por exemplo, que *a família formada pelo matrimônio, pela união estável entre o homem e a mulher e a formada por qualquer dos pais e seus filhos, base da sociedade, etc.*, ou estabelecer através de incisos taxativos as entidades familiares passíveis de proteção, como por exemplo, estabelecer no parágrafo 3º, que além da família matrimonial, são reconhecidas como entidades familiares: *A união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*, o que efetivamente não ocorreu.

Acrescente-se o fato de que o parágrafo 8º, do mesmo artigo 226, prevê que o *Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*. Tal previsão se deve ao fato de que a Constituição está alicerçada na dignidade da pessoa humana, que se apresenta como um dos fundamentos da constituição, na forma do artigo 1º.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), tendo esta, como um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e é consubstanciada nos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e proibição de discriminação em função da orientação sexual, se moldando pois, a dignidade da pessoa humana, de Direitos Fundamentais e sociais, cuja efetivação deixa de ser uma possibilidade e passa a ser uma inafastável necessidade, dentro da visão constitucional moderna.

A dignidade da pessoa humana, embora já extremamente fluida, pelo exagero em sua utilização, como lembra Humberto Ávila, mas de fundamento extremamente relevante para o caso em análise, está intimamente ligada aos direitos fundamentais, como ensina Ingo Sarlet, na obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25,26 e 78, quando diz que:

A vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, já constitui um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional contemporâneo, já que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, e os direitos fundamentais podem ser reconduzidos à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como lembra Vieira de Andrade.

Cláudio Ary Melo, no livro *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141, acrescenta que: *a dignidade da pessoa humana é, assim, equiparada à fruição do mais amplo sistema de liberdades iguais para todos*.

Ao se referir, no parágrafo 8º, do artigo 226, que o *Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram*, o legislador constituinte, atendendo ao comando da dignidade da pessoa humana, promoveu uma nova ordem de valoração no Direito de Família, no momento em que estabeleceu a proteção à família como um interesse mediato do Estado, colocando a proteção da pessoa humana que a compõe, como interesse a ser cumprido de forma imediata ou prioritária.

Dentro dessa proteção imediata à pessoa se encontra, entre outras, a proteção no que diz respeito à orientação sexual e à sexualidade, já que não

basta dizer que não se pode discriminar a pessoa em função da orientação sexual, se a liberdade de se estabelecer afetiva e sexualmente com outra teria proteção estatal limitada a depender da igualdade ou não de sexos.

Acerca do direito à sexualidade, comenta Maria Berenice Dias, no artigo *Liberdade Sexual e Direitos Humanos*, publicado nos anais do III Congresso de Direito de Família, coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: IBDFAm - Del Rey, 2002. p. 86:

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém, genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. Entre eles não se pode deixar de incluir e enxergar a presença do direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e cada um, que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza.

A sexualidade é, assim, um elemento integrante da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o indivíduo humano - e, mais amplamente, o próprio gênero humano - não se realiza, do mesmo modo quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.

A família brasileira, como toda família ocidental, sofreu influência da estrutura familiar encabeçada pelo *pater familias*, do Direito Romano, onde o patriarca detinha o poder de vida e morte sobre os integrantes da família e as mulheres e as crianças eram tratadas como objeto e não como sujeitos de direito.

Por muitos séculos a família era vista muito mais sobre o prisma social, político e econômico, do que pelo prisma afetivo, ou seja, a família era muito mais uma construção patrimonial do que um espaço de felicidade pessoal.

Essa visão fez com que se construíssem conceitos, presunções e paradigmas dentro do Direito de Família, que culminaram com a exacerbada limitação do instituto, aliada a uma dificuldade exagerada nas dissoluções e recomposições de sociedades afetivas ou, em outras palavras, o Estado passou a interferir demasiadamente na conceituação, caracterização e dissolução das sociedades familiares, de modo a primar pela exclusividade da família matrimonial - influência da Igreja Católica - pelos aspectos patrimoniais da família e pelo sancionamento exacerbado para os que, em busca de uma recomposição afetiva, ousavam contrariar o suposto "interesse do Estado", desconstituindo a própria sociedade conjugal.

Acerca do assunto, comenta José Sebastião de Oliveira, no livro *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 245:

Em princípio dever-se-ia partir da idéia de afetividade e felicidade no seio familiar. Só num segundo momento é que se deveria caminhar para a regulamentação dos aspectos patrimoniais - e, ainda assim, sem exageros.

Contudo, os Códigos Civis - entre os quais o pátrio - editados no início deste século e sob inspiração liberal "alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive do Direito de Família".

Ele provoca verdadeira inversão de valores a tal ponto que aquilo que se poderia conceituar de acessório - ou seja, o eventual patrimônio existente na relação familiar - supera em importância o principal, vale dizer, o elemento pessoal-afetivo que deve existir na manutenção da textura familiar.

Paulo Lobo, em artigo publicado na obra coletiva *O direito de família e a Constituição de 1988*, coordenado por Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63 e 63, complementa:

O elemento patrimonializante marcou a contribuição histórica do liberalismo e do individualismo no âmbito das relações de família, suplantou o elemento religioso, ético e costumeiro.

Nosso Código Civil está sedimentado sob intenso conteúdo patrimonializante, no que se refere às relações familiares.

Com a construção moderna acerca dos Direitos Fundamentais, a pessoa humana passou a ter mais importância do que a própria família da qual faz parte, impondo a conclusão de que a família é um espaço de felicidade pessoal, onde o ser humano necessita estar inserido por laços de afetividade, sem os quais a família perde importância, no plano da obrigatoriedade de sua manutenção, permitindo à pessoa a liberdade, não só de desconstituição, como de formação da própria família, sem a necessidade de exacerbada carga de regras estatais. a família é o que é e não o que o Estado quer que seja.

Como Diz Paulo lobo, em artigo publicado na revista do IBDFAM, acima citado, p.45:

*O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico.*

*(...) Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.*

Sob a égide da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a compõe, temos estabelecido no artigo 5º, a liberdade, a igualdade e a

proibição de qualquer forma de discriminação, inclusive acerca da orientação sexual da pessoa.

Tal assertiva impõe concluir que se duas pessoas do mesmo sexo resolvem estabelecer uma sociedade afetiva, não podem ser discriminadas, assim como, não pode o Estado negar guarida jurídica a tal relação, quando a Constituição, expressamente, não faz tal restrição. A Carta Magna não é apenas uma Lei, mas um direito, como diz Paulo Bonavides, na obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 535:

Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, significa, enfim, desata-la dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor *principal*, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade. (destaque do autor).

E mais adiante, acerca dos direitos fundamentais, assevera Paulo Bonavides, na obra citada, p. 539 e 540:

*Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do homem, no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder.*

*Saliente-se que não se está diante de uma possibilidade do legislador infraconstitucional vir a reconhecer as uniões "homoafetivas" - expressão defendida pela eminente Desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, que embora eu, particularmente, entenda de cabimento questionável, merece ressalva pela importância que tem a Berenice Dias na luta por esses e outros direitos sociais - se trata de um direito consagrado no texto constitucional de tal reconhecimento. O Direito de Família já não se interpreta só pelo que estabelece o Código Civil e sim pelo que é contemplado pela Constituição, através do Direito Constitucional da Família, como ensina Luiz Edson Fachin, in Comentários ao Novo Código Civil, V. XVIII, Coordenar Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4:*

*Sob o pálio da CF 88, diversos aspectos fundamentais redirecionaram a jurisprudência, a doutrina e a legislação. Por isso, a reavivitação do Direito Civil da Família compreende o Direito Constitucional da Família. Por exemplo, a igualdade como imperativo ético e humano, nela traduzida na forma de princípio jurídico, integram conquistas que não operam no Código Civil de 1916, decorre da principiologia axiológica constitucional e se assenta na "repersonalização" das relações jurídicas, isto é [...] centralização do regime em torno do homem e dos imediatos interesses que faz do Direito Civil o foyer*

*da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples". (destaques do autor).*

Valorizando-se, como se deve, a dignidade da pessoa humana, a liberdade da pessoa poder se relacionar com o que melhor lhe convier, a igualdade, a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive em função da orientação sexual da pessoa e, considerando que tais fatores devem ser utilizados na interpretação da norma Constitucional, haja vista, a necessidade de uma hermenêutica que aponte para a concretude dos direitos fundamentais, como é defendido pela grande maioria dos constitucionalistas contemporâneos e, somando-se a tudo isso o fato de que o *Caput* do artigo 226, da CF, não especifica quais os tipos de entidades familiares que merecem a proteção do Estado; de que a expressão *também*, do parágrafo 4º, do mesmo artigo, é inclusiva, não impondo uma taxatividade, ou seja, não estabelecendo que as entidades expressamente mencionadas no texto constitucional constitui *numerus clausus*; que o parágrafo 8º protege prioritariamente a pessoa e não a família, não havendo nem uma proibição expressa na Constituição, acerca do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, há de se concluir que a natureza jurídica de tais uniões é verdadeiramente de entidade familiar.

*A interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de a ordem jurídica, como ressalta Glauco Barreira Magalhães Filho, no trabalho Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 79.*

Embora utilizando a analogia com a união estável, José Carlos Teixeira Gomes, em artigo intitulado *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*, publicado nos anais do III Congresso de Direito de Família, promovido pelo IBDFAm, já acima mencionado, p.127, afirma:

*Na ausência da proibição expressa de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da "unidade da constituição", segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do Direito de Família a norma do § 3º, do artigo 226, da CF/88, não exclui a união estável entre os homossexuais.*

Tal entendimento se reforça pelo fato de que diversos outros arranjos, reconhecidamente familiares, não constam expressamente no texto constitucional. Não podemos admitir, por exemplo, que os avós que vivem com seus netos, ou o tio que vive com seus sobrinhos, ou os irmãos que vivem juntos sem a companhia do pai ou da mãe, não sejam considerados entidades familiares que mereçam a proteção do Estado, porque não estão expressamente contidas no texto da Constituição.

Portanto, a caracterização da entidade familiar não está mais vinculada a uma especificidade legislativa, e sim, à ocorrência de requisitos de fato que se presentes, identificam tratar-se de família.

Tais requisitos, como ensina Paulo Luiz Netto Lobo, em artigo acima citado, são: a *AFETIVIDADE*, se caracterizando esta não pelo afeto comumente denominado, mas pelo afeto familiar, *sentimento entre duas ou mais pessoas, que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuge quanto aos meios e aos fins de sua afeição*, o *affectus maritalis*, como lembra Gustavo Tepedino; a *ESTABILIDADE*, ou seja, uma união duradoura, afastando com isso as uniões eventuais ou passageiras; e a *OSTENSIBILIDADE OU PUBLICIDADE*, esta como sendo a demonstração pública de que uma pessoa apresenta-se como integrante do núcleo familiar da outra, afastando as relações clandestinas.

Estando presentes os requisitos acima, o agrupamento se caracteriza como entidade familiar, independentemente da orientação sexual das pessoas envolvidas, e aquilo que a Constituição não discrimina ou limita, não cabe a ninguém fazê-lo, inclusive ao Estado.

Até bem pouco tempo atrás, a influência de supostos "valores morais e religiosos", interferiam exacerbadamente na norma jurídica, ao ponto de uns se confundirem com os outros, como lembra o Eminentíssimo Professor da Universidade Federal de Pernambuco, Doutor João Maurício Aldeodato, na obra *Ética e Retórica*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206:

*Para tomar um exemplo no Egito antigo, um ilícito jurídico é ao mesmo tempo uma grande imoralidade e mesmo um pecado contra a estrutura social. Não há essa separação entre o ilícito religioso, o ilícito moral, o ilícito jurídico, o ilícito dos usos sociais, que seriam, para seguir a doutrina tradicional, as grandes ordens normativas mais assemelhadas.*

Precisamos aprender a sermos mais tolerantes com o diferente, ou o que não está próximo do cotidiano, já que possuímos a tendência de repugnarmos o que julgamos diferente, como lembra Eduardo Ramalho Rabenhorst, Professor Doutor da Universidade Federal da Paraíba, no trabalho *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*, Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 93, quando trata da igualdade tolerância e racismo:

Somos intolerantes com aqueles que falam uma língua diferente, com aqueles que se vestem diferentemente, com aqueles que se alimentam de coisas que julgamos repugnantes, etc. Por isso, a tolerância e o respeito pelo diferente exigem um aprendizado. Não nascemos tolerantes, mas aprendemos a ser.

Não devemos respeitar as famílias como respeitamos a nossa, devemos é respeitar a nossa família e respeitar a dos outros, da forma com que estas resolvam se estabelecer.

Ao reconhecermos nas uniões homossexuais natureza jurídica de entidades familiares, não estamos fomentando a imoralidade, ao contrário, estamos diminuindo a distância entre a justiça judicial ou processual e a justiça social, sendo esta o objetivo que devemos almejar sempre.

Maria Berenice Dias, em artigo acima citado, p. 88, conclui:

*Está na hora de o Estado - que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana - deixar de sonegar o timbre jurídico - a juridicidade - a tantos cidadãos que têm direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade.*

No caso em análise, os autores mantiveram uma relação de parceria homossexual, com todas características de entidade familiar, possuindo, portanto, esta natureza.

Vale frisar que a caracterização da entidade familiar ocorre pela presença dos requisitos, e não pela manifestação posterior das partes ou de uma delas, ou seja, se presentes os requisitos, houve ou há uma entidade familiar, como é o caso presente.

*Em sábias palavras Virgílio de Sá Pereira disse que o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera. A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção social é estreita para o fato, e este não se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei se é possível, fora da lei se é necessário.*

Sendo uma entidade familiar, surge uma outra questão acerca da união homossexual, no que concerne a que espécie de entidade familiar se enquadraria.

Há quem defenda tratar-se de uma união estável, já que a definição de união estável como sendo entre homem e mulher se trata de um ferimento da Constituição pela própria Constituição, utilizando-se, de forma, ao meu ver, equivocada a tese de Otto Bachof - já que a tese de Bachof não se refere a normas constitucionais inconstitucionais em função de regras da própria Constituição, e sim, de normas inconstitucionais frente a uma constituição natural, jusnaturalista, que estaria acima de quaisquer Constituições - como é o caso da Desembargadora Maria Berenice Dias, que em artigo publicado no Site do IBDFAM (<http://www.ibdfam.com.br/>), sustenta:

*A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma Constitucional contrária a um princípio Constitucional, tal fato configura um conflito, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustenta Otto Bachof, já em 1951.*

*Assim, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea. Flagrado o confronto, possível é concluir-se igualmente inconstitucional a restrição do art. 1º, da Lei nº 9.278/96, que regulamenta a união estável, podendo e devendo ser aplicada às relações homossexuais.*

Na jurisprudência, temos diversos julgados estabelecendo direitos às uniões homossexuais, como o STJ, que já possibilitou a partilha de bens entre parceiros de uma união homossexual; o TRF da 4ª Região, que determinou a inscrição como dependente em plano de saúde de parceiro homossexual; o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que determinou o pagamento de pensão por morte a parceiro, o que é, inclusive, orientação atual do INSS, através de Instrução Normativa; e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que além de reconhecer ser da competência dos Juízos de Família os julgamentos das questões envolvendo uniões homossexuais, entendeu que as mesmas se caracterizam como união estável, para efeito de disciplinamento das conseqüências jurídicas.

Particularmente, mantenho entendimento de que a união homossexual é uma entidade familiar específica, não podendo e nem devendo ser enquadrada nesta ou naquela entidade, carecendo de uma regulamentação própria. Porém, como tal regulamentação ainda não existe, há de se utilizar, por analogia, regramentos de outras entidades, inclusive da união estável, já que muitas das conseqüências jurídicas da relação homossexual envolvem direitos que são auto- aplicáveis ou não podem aguardar a legislação específica sob pena de perecimento, havendo de se utilizar outras regras de aplicação, inclusive a analogia.

Nesse sentido, PAULO LÔBO, em sua obra: Direito Civil - Famílias, São Paulo: Saraiva, 2008. Pg.68 e 69, ensina:

*As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do art.226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo.*

A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art.226 são auto-aplicáveis, independentemente de sua regulamentação. Por outro lado entendemos que não há necessidade de equipará-las à união estável que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos como fez com a união estável as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação

de estrutura, nomeadamente quanto as relações pessoais de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. O efeito prático é o mesmo, mas preservando-se suas singularidades.

Embora a clareza da exposição fática e do objeto do pedido, em razão do pedido ter sido a declaração de união estável, torna-se necessário aclarar que na causa de pedir, em verdade, os requerentes relatam que vivem em união homoafetiva, pedindo a declaração da "união estável", não como instituto, mas, sim, como entidade familiar, gênero.

Infere-se do exposto que embora a ausência técnica na petição inicial, as partes pleiteiam o reconhecimento da entidade familiar em vivem para terem resguardados os direitos decorrentes da relação. Assim, se pode o Juiz reconhecer a entidade familiar, que é o mais, quiçá o menos, que é reconhecimento da União Homoafetiva, espécie daquela.

No caso presente não há impedimentos ao pedido, até porque as partes são solteiras e vem de comum acordo requererem o reconhecimento da relação homoafetiva, porém, o ordenamento jurídico não regulamenta tal instituto, no entanto, o Juiz não pode deixar de decidir por lacuna ou obscuridade da lei, cabendo, nos termos do artigo 126 do código de processo civil, ao magistrado, não havendo normas legais para decidir o caso concreto, aplicar-lhe a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

O fato da União Homoafetiva não ser tecnicamente uma União estável, não impede o seu reconhecimento como entidade familiar, o que não feriria a sistemática processual em função de não se estar diante de um julgamento "extra-petita" e, sim, de procedência parcial do pedido, já que, na essência, o que os interessados buscam são as garantias jurídicas que terão com o reconhecimento da entidade familiar, pouco importando o nome que se dê a tal entidade, tendo sido utilizada a expressão "união estável" apenas por menção feita por parte da doutrina, como já analisado.

Portanto, o fato de pedir declaração de união estável não impede a declaração da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, ou, homoafetiva, até porque, embora distinta da união estável, como não há para ela regramento próprio, há que se aplicar as mesmas regras da união estável, como acima afirmado.

Diante das declarações dos autores que afirmam viver em união homossexual e as provas documentais apresentadas às fls.30 a 32, máxime, as fotos, endereço comum (doc.28 e 29), declaração em escritura pública(doc.37) e fotos/edições jornalísticas (38, 41/42, o que foi corroborado pelo depoimentos das testemunhas que foram incisivas ao afirmarem que as partes vivem juntos em parceria homossexual a cerca de 05 anos, que se apresentam como casados e assim são vistos pela comunidade, não restando dúvidas quanto a existência da relação homoafetiva.

Portanto, conforme se observa dos autos é público e notória a União Homoafetiva vivida entre os requerentes, não havendo, nos autos, qualquer óbice legal ao reconhecimento da situação jurídica.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE em parte o pedido para reconhecer a existência de entidade familiar (União Homoafetiva) vivida entre E. M. DE O. e K. F. M. desde 2003 até a presente data, o que faço nos termos do artigo 269, I do C.P.C., e com fundamento no artigo 226, *caput*, e § 8º, combinado com o artigo 1º, inciso III, artigo 3º, inciso IV e 5º, *caput*, todos da Constituição Federal, para que surtam seus efeitos legais, inclusive, previdenciários.

Sem custas e sem honorários, por tratar-se de assistência judiciária.

P.R.I.

Maceió-AL, 22 de abril de 2008.

**WLADEMIR PAES DE LIRA**

**Juiz de Direito**