



www.direitohomoafetivo.com.br

TJSC
Tribunal de Justiça

Dados do acórdão
Classe: Conflito de Competência
Processo: 2008.030289-8
Relator: Henry Petry Junior
Data: 20/10/2008

Conflito de Competência n. 2008.030289-8, de Lages

Relator: Juiz Henry Petry Junior

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. AÇÃO NOMINADA DE SOCIEDADE DE FATO. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTO DA PRETENSÃO CENTRADO NA UNIÃO HOMOAFETIVA. PLEITO DE MEAÇÃO. 2. ENTIDADE FAMILIAR. RELAÇÃO FUNDADA NA AFETIVIDADE. 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. 4. POSSÍVEL ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL. 5. COMPETÊNCIA DA VARA DA FAMÍLIA. ACOLHIMENTO DO CONFLITO.

1. "O *nomem iuris* conferido à petição, desde que adaptável ao procedimento legal, não implica em inadequação do meio processual" (TJSC, Apelação cível n. 2003.020538-1, da Capital, rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. em 09.12.2003).

2. "O direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par" (DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 68).

3. "Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade." (TJRS, Apelação Cível Nº 70001388982,

Sétima Câmara Cível, rel. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, j. em 14.03.2001).

4. "O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável." (STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006).

5. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual, cenário que faz chamar a competência da vara especializada de família.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2008.030289-8, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages, e suscitado Juiz de Direito da Vara da Família, Infância e Órfãos e Juventude e Sucessões da Comarca de Lages:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, acolher o conflito de competência para declarar competente o Juízo suscitado. Custas legais.

RELATÓRIO

B. de S. ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato em face do espólio dos bens deixados por P. J. de M., representado por L. D. de M., nos autos qualificados, argumentando, em resumo, que: a) a partir do início do ano de 1995, principiou sociedade de fato e relacionamento afetivo com P. J. de M.; b) sempre moraram na mesma residência, dormiam juntos e com eles residiam a mãe (L. D. de M.) de P., o padrasto e a filha adotiva (P. F. de M.); c) por esforço comum, amealharam patrimônio; d) os bens foram registrados em nome de P.; e) após o óbito de P., ocorrido em 15.02.2008, iniciaram-se os desentendimentos com a família do falecido, referentes à divisão dos bens; f) para evitar qualquer celeuma que possa advir, diz, a demanda deverá ser processada como sociedade de fato, vinculada ao Direito das Obrigações e, por conseqüência, de competência da vara cível; g) os bens havidos durante a sociedade de fato devem ser divididos em proporções iguais entre o autor e a herdeira de P.; e h) a suspensão do inventário dos bens deixados pelo falecido se faz necessária.

Requeru: a) reconhecimento e dissolução da sociedade de fato havida entre o autor e P., atribuindo-se ao postulante a meação dos bens adquiridos no curso da união; b) suspensão do inventário autuado sob o n. 039.08.005344-9; c) deferimento liminar para autorizar o autor a permanecer na posse do veículo VW Golf, placas MBS - 3819; e d) concessão do benefício da justiça gratuita.

Distribuído o feito para a vara da família, órfãos, sucessões e infância e juventude, o magistrado singular - juiz Francisco Carlos Mambrini - declinou da competência para uma das varas cíveis.

Redistribuído o feito para a 3ª vara cível, o magistrado daquela unidade - juiz Stanley da Silva Braga - suscitou conflito de competência neste Tribunal. Argumentou que: a) a matéria discutida nos autos perpassa a análise da união de pessoas do mesmo sexo, impondo-se a competência da vara da família; e b) o processo de inventário dos bens deixados por P. tramita perante a vara da família, impondo-se também o processamento da presente demanda naquele Juízo.

Pugnou por acolhimento do conflito de competência para determinar o processamento dos autos perante a vara da família.

O Juízo suscitado prestou informações às fls. 65/66.

O Procurador de Justiça Jobél Braga de Araújo manifestou-se às fls. 69/73, opinando pelo processamento do feito perante o Juízo suscitante.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

1. A admissibilidade do conflito de competência

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do conflito de competência.

2. As particularidades da hipótese *sub judice*

Registro impropriedade na nomeação da ação - 'ação de dissolução de sociedade de fato' -, o que poderia sugerir conclusão diversa daquela constante nesta decisão.

É que, em verdade, o autor pretende é atribuir "ao requerente o direito de meação dos bens constituídos no curso da união" (fl. 03) (grifei) - o que só é possível à luz do direito de família. Isso porque a dissolução de sociedade de fato configura matéria de cunho exclusivamente patrimonial, incompatível com meação que só está presente no regime de bens. Se não bastasse, o pano de fundo da pretensão inicial é a alegada relação homoafetividade havida entre o autor e o falecido P. J. de M., pautada no afeto.

Referido raciocínio, consigne-se por cautela, não afronta o princípio da congruência, pois, afinal, o que se aprecia é o pedido formulado, independentemente da nomeação da demanda. É sabido que "O nome iuris conferido à petição, desde que adaptável ao procedimento legal, não implica em inadequação do meio processual" (TJSC, Apelação cível n. 2003.020538-1, da Capital, rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. em 09.12.2003).

Ademais, é de se apontar outra consequência grave da discussão. Se se entender que há mera sociedade de fato, chamando a competência do juízo cível, a solução da lide haverá de ser lançada tendo em conta a contribuição de cada um dos 'companheiros' para, depois, determinar-se a divisão proporcional à contribuição individual. Todavia, se de união homoafetiva estável se tratar, impõe-se a partilha igualitária, nos termos do regime legal, sendo desimportante a contribuição material de cada um.

Enfim, essas são as premissas que irão iluminar a posição que segue.

3. O mérito

Dispõe o art. 5º, LIII, da Constituição Federal que: "*Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*".

A controvérsia dos autos reside em estabelecer a competência - da vara da família ou da vara cível - para processar demanda intitulada "ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato", tendo como pano de fundo a existência de união homoafetiva.

De início, impõe-se tecer algumas considerações introdutórias.

3.a A família contemporânea e o afeto

A Constituição Federal estatui em seu art. 226 que a "*família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*".

A definição de família não é e não pode ser estanque. As transformações políticas, econômicas, culturais e sociais vêm ao longo dos tempos transmutando as relações interpessoais.

O conceito de entidade familiar ampliou-se consideravelmente ao longo dos tempos, para incluir, inclusive, relacionamentos não advindos do casamento legal, como a união estável. A discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos restou afastada pelo legislador. A paternidade socioafetiva é tema relevante nas ações de investigação de paternidade do vínculo biológico, chegando ao ponto de superá-la, por vezes (CC/02, art.1.597, V). Enfim, o delineamento da família contemporânea tem no afeto sua mola propulsora.

Sobre a evolução do conceito de família, leciona RODRIGO DA CUNHA PEREIRA:

A partir de LACAN e LÉVI-STRAUSS, podemos dizer que família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de "lugar", que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológicos podem ter dificuldade em ocuparem este lugar de pai ou de

mãe, tão necessários e essenciais à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos e Sujeitos de Direitos.

É essa estruturação familiar que existe antes, e acima do Direito, que nos interessa trazer para o campo jurídico. E é sobre ela que o Direito vem, através dos tempos, e em todos os ordenamentos jurídicos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo, ou seja, na estruturação do ser-sujeito e das relações interpessoais e sociais, que possibilitam a existência dos ordenamentos jurídicos.

Nossa velha e constante indagação persiste: o que é que garante a existência de uma família? Certamente não é o vínculo jurídico e nem mesmo laços biológicos de filiação são garantidores. Essas relações não são necessariamente naturais. Elas são da ordem da cultura, e não da natureza. Se assim fosse não seria possível o milenar instituto da adoção, por exemplo. Devemos, então, a partir da compreensão, e da constatação, de que é possível estabelecer um conceito universal para família, visitar o inciso III do art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que família não é natural, mas essencialmente cultural.

(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social*, in Revista Brasileira de Direito de Família, Vol. 16, jan./fev./mar. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003).

LOURIVAL SEREJO completa que:

Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis em suas características já estão presentes em grande maioria das famílias atuais, a saber: despatrimonialização (substituição da preocupação capitalista de acumular bens pela valorização das relações familiares autênticas entre os membros de uma família), valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos, desbiologização do conceito de paternidade, guarda dos filhos a terceiros, companheirismo, democracia interna mais acentuada, instabilidade, mobilidade e inovação permanente. (SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23).

Não se pode perder de vista que: "o direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par" (DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 68).

Dir-se-á que o art. 226 da Constituição Federal dispõe que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", é composta tão-somente de três espécies: a) o casamento (art. 226, §1º); b) a união estável entre homem e

mulher (art. 226, §3º); e c) comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, qual seja, a família monoparental (art. 226, §4º) .

A sujeitar-se, o intérprete, ao texto frio e explícito da norma constitucional, não constituiriam família, por exemplo, a entidade formada por avô e neto, tio e sobrinho, irmãos, sogra e nora etc., comunidades, todas, fundadas essencialmente no afeto.

Por tal incongruência, é que se sustenta que a conceituação da família não deve ficar concentrada na letra da lei, mas agregar fatores sociais, culturais e econômicos, que são dinâmicos. Sua compreensão não há de ser limitativa, restritiva ou excludente, mas sim ampliativa e inclusiva, de modo a observar seu caráter plural e instrumental.

O legislador pátrio sinaliza evolução nesse sentido. A Câmara dos Deputados aprovou recentemente o Projeto de Lei n. 6.222/05, estabelecendo novas regras para adoção. Embora tenha sido excluído do texto original a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, foi mantida a alteração que acrescenta o parágrafo único ao art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo que: "*Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende além da unidade pais/filhos e/ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*". O Projeto segue agora para o Senado Federal.

A redação do art. 2º, §1º, I, da Lei n. 10.836/04, que criou o Programa Bolsa Família, estabelece que considera-se família, para fins daquela legislação: "*a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros*";

Por tudo, vê-se que a compreensão acerca da família contemporânea vai além do casamento, da união estável e da monoparentalidade, pois, absorvidas as transformações sócio-culturais, proteger também àqueles segmentos fundados no afeto.

3.b União homoafetiva e legislação estrangeira

As questões que envolvem o reconhecimento da união homoafetiva vêm sendo debatidas em vários países, com níveis de liberdade distintos.

Conforme dados da Anistia Internacional, mais de 70 países do mundo consideram a homossexualidade crime e em 30 países constatou-se abusos aos direitos humanos dos homossexuais, também chamados 'crimes de ódio, conspiração e silêncio' (DIAS, Maria Berenice. DIAS, *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 51).

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas assentou que leis que proíbam relações homoafetivas entre adultos violam o disposto no art. 1º do

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que dispõe: "*Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.*"

O primeiro país a reconhecer legalmente a união homoafetiva foi a Dinamarca, no ano de 1989. Adotou um modelo de 'parceria registrada', através do registro do relacionamento de casais homossexuais, linha posteriormente seguida por outros países nórdicos: Suécia, Noruega e Islândia. Os primeiros parceiros dinamarqueses, e do mundo, a formalizar sua união foram Axel (72 anos) e Eigil Axil (67 anos), que mantiveram uma relação de 40 anos de vida em comum (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 92).

Na esteira da tendência de reconhecimento legal da união homoafetiva, a Holanda conta com a legislação mais liberal sobre a matéria, estando na vanguarda ao estender aos casais homoafetivos, desde 2001, o direito ao casamento. A Bélgica enveredou pela mesma trilha e, no ano de 2003, autorizou o casamento de pessoas do mesmo sexo.

A Constituição da África do Sul, de 1996, proíbe expressamente qualquer discriminação fundada na orientação sexual, porém, não reconhecia o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 2006, após o Tribunal Constitucional do país entender que a legislação até então existente discriminava homossexuais ao definir o casamento como "uma união entre um homem e uma mulher", o Parlamento sul-africano aprovou lei que possibilita o casamento entre pessoas do mesmo sexo ao prever: "a união voluntária de duas pessoas, solenizada e registrada por um casamento ou união civil".

Na Europa ocidental, a Alemanha conta desde 2001 com legislação que prevê direitos às uniões homoafetivas. Na Inglaterra, embora sob forte resistência, em 2001 possibilitou-se o registro das uniões. A França, no ano de 1999, aprovou o Pacto Civil de Solidariedade (PACs) entre pessoas do mesmo sexo, equiparando os membros dos PACs aos cônjuges. Na Espanha, a lei catalã, do ano de 1998, prevê um modelo parecido com o PAC francês. O parlamento português, em março de 2001, aprovou o Decreto 56/VIII, que traz em seu bojo medidas protetivas às uniões de fato.

Já o Tratado de Amsterdã, concluído em 1997, autoriza o Conselho da União Européia, após consulta ao Parlamento Europeu, a tomar medidas sancionatórias contra atos discriminatórios decorrentes de orientação sexual.

Aliás, em janeiro deste ano, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou a França por ter impedido uma mulher homossexual e sua companheira de adotar uma criança, em uma decisão sem precedentes. A condenação abarcou o pagamento à litigante de 10 mil *euros* por danos morais, além de cobrir suas despesas judiciais, no valor de 14.528 *euros* (Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL269311-5602,00.html>>, acesso em: 12.03.2008).

Nas Américas, o Canadá autoriza a extensão de benefícios de saúde a parceiros do mesmo sexo, e o casamento de pessoas do mesmo sexo desde 2005. Em caso de discriminação decorrente da orientação sexual, aquele país reconhece a violação à garantia constitucional da igualdade.

Em Buenos Aires, na Argentina, a Lei n. 1004/2002, promulgada em janeiro de 2003 pelo Decreto n. 63, possibilita a formalização das uniões civis de pessoas do mesmo sexo naquela cidade, com a criação de registro público próprio, estabelecendo união civil aquela "*formada livremente por duas pessoas, independentemente de seu sexo ou orientação sexual*".

Posteriormente, o Uruguai transformou-se no primeiro país da América Latina em legalizar a união civil entre homossexuais, em dezembro de 2007, ao aprovar a chamada "união concubinária". Referida legislação reconhece e regula todas as relações estáveis entre pessoas que vivem juntas por mais de cinco anos, inclusive do mesmo sexo.

Nos Estados Unidos, de uma maneira geral, os estados não autorizam o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No estado da Califórnia, em recente julgado de sua Corte Suprema (maio/2008), aprovou-se a suspensão à proibição do casamento de pessoas do mesmo sexo. A decisão coloca a Califórnia, junto com o estado de Massachusetts, como os únicos estados americanos onde pessoas do mesmo sexo podem se casar legalmente.

Enfim, essa é uma breve panorâmica sobre o cenário atual acerca do reconhecimento dos direitos em favor da união homoafetiva em alguns países.

Após essa rápida contextualização, passo à análise sob o enfoque da Constituição Federal.

3.c União homoafetiva e as garantias constitucionais

Não se desconhece o posicionamento no sentido que: "*O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.*" (TJSC, Apelação Cível n. 2006.016597-1, da Capital, Relator: Des. MAZONI FERREIRA, j. em 28.09.2006). No mesmo sentido: STJ, Resp 648763 / RS, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. em 07.12.2006; e TJSC, Apelação Cível n. 2006.046480-0, rel. Des. MARCUS TULLIO SARTORATO, j. em 29.07.2008.

Ouso divergir, *venia*.

A união homoafetiva como entidade familiar

O afeto, como já explicitado, é elemento essencial das relações interpessoais e a união homoafetiva é uma realidade social. A convivência com base no afeto não é um privilégio dos heterossexuais.

Nos relacionamentos homossexuais, o amor, o afeto, o desejo, o erotismo e as relações sexuais estão tão fortemente presentes que saltam as barreiras do estigma social. Esse complexo de fatores, da ordem do não -racional e até do subconsciente, manifesta-se independentemente da orientação sexual e representa uma das melhores maneiras de se realizar como ser humano (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 59).

Argumento no sentido de que o casamento/união estável teriam por fim a procriação, não serve, a meu sentir, como justificava à desqualificação da união homoafetiva. Primeiro, a paternidade não advém somente do vínculo biológico, uma vez que adoção é uma realidade, primada na socioafetividade. Segundo, *"a impotência generandi tanto quanto a concipiendi jamais foram causa de desfazimento de vínculo matrimonial, até mesmo em face do Direito canônico."* (DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 67).

Nesse ponto, de registrar-se recente situação noticiada pela imprensa, dando conta que uma americana, nascida mulher, após legal e anatomicamente (retirada de seios, administração de hormônios) mudar para o sexo masculino, engravidou, por inseminação artificial, constituindo-se no primeiro "pai grávido" de que se tem notícia:

Prestes a completar 1 mês, SUSAN JULIETTE passa bem, depois de fazer história: o corpo que a gestou, por inseminação artificial, pertence, para todos os fins legais, a um homem, o americano THOMAS BEATIE, 34 anos, que nasceu Tracy Lagondino mas removeu os seios, fez tratamento hormonal e mudou de sexo. Beatie diz que o parto foi normal e que já se recuperou. "Peso 2 quilos menos que antes de engravidar. E não tenho marca de estria", comemora o pai-mãe. A companheira Nancy, 45, está amamentando (por indução, com hormônios e estímulo). "Somos, finalmente, a família que sempre sonhamos", diz.

(Revista Veja, edição 207, 30 de julho de 2008, disponível em: <<http://veja.Abril.com.br/300708/gente.shtml>>, acesso em 31.07.2008).

A defesa de que a união homoafetiva não é entidade familiar por fugir aos padrões "normais" também se mostra discriminatória e em extrema dissintonia com o conceito contemporâneo de família.

Embora a discussão sobre o tema gire em torno do reconhecimento como entidade familiar, é incontroverso que a união homoafetiva é fato lícito.

Não se pense, todavia, que a família homoafetiva se confunde com a família casamentária - fundada no casamento, união formal entre pessoas de sexos diferentes - ou como família convivencial - fundada na união estável, como laço informal entre pessoas de sexos diferentes. Trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedor de especial proteção do Estado" (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de*

respeito à Constituição da República. Revista Brasileira de Direito de Família. n. 28. fev. mar. 2005. Porto Alegre: síntese, IBDFAM, 2005, p. 33) (grifo nosso).

O modelo de família sofreu grandes transformações, e continuará mutante. Cabe ao operador do Direito de Família estar atento e em sintonia com as transformações que clamam respostas jurídicas.

Nesse contexto, a questão merece enfrentamento à luz dos princípios constitucionais (dignidade, igualdade e segurança jurídica).

Nos últimos anos, a moderna dogmática constitucional vem operando a distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, com o intuito de superar o positivismo legalista.

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paulade. *A nova interpretação constitucional*. Organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 340)

A Constituição Federal consagra em seu art. 1º, III, o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, constituindo-se em verdadeira pedra de toque do sistema jurídico pátrio. É princípio natural positivado pelo ordenamento jurídico, e tem como premissa o respeito ao ser humano, dentro da sua individualidade.

Na Carta Constitucional, apesar de não privilegiar especificamente determinado direito individual quando os delimita no artigo definidor das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), sem dúvidas enaltece os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Desse modo, "devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (*inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade*)" (MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 62-63). E continua o julgador:

Fica evidente aqui que, também no Direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito. (p. 69-70) (grifo nosso).

Destaca SARLET que "*A dignidade da pessoa humana é a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Não é criada, nem concedida pelo ordenamento jurídico, motivo por que não pode ser retirada, pois é inerente a cada ser humano.*" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e*

direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41).

E completa aquele doutrinador:

O Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidores de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode - e neste ponto parece haver consenso - denominador de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. (SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 64).

Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, leciona LUÍS ROBERTO BARROSO que duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: 'I) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado como fim em si mesmo; II) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual "reconhecimento". E completa o jurista que o "não reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo viola essas duas dimensões nucleares da dignidade humana" (BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507>, acesso em 11.08.2008).

Desta forma, a inclinação sexual não pode ser fator de exclusão do indivíduo, nem tampouco retirar-lhe a garantia de viver com dignidade.

Sob outro prisma, a ausência de regime jurídico a ser aplicado às uniões homoafetivas, se excluída a incidência dos efeitos da união estável, gera insegurança jurídica.

Da lição de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO extrai-se que:

A vida familiar com segurança jurídica é o ideal, também porque o Estado está preocupado com sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade, dentro do lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros, irmanados no amor (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 241).

No âmbito familiar, questões como alimentos, guarda de filhos, meação, direito hereditário, exoneração de alimentos para ex-cônjuge que viva em união homoafetiva etc, ficariam à margem do sistema jurídico.

Perante terceiros, a indefinição do regime jurídico da união homoafetiva, se reconhecida apenas sociedade de fato, proporciona também insegurança jurídica. Dúvidas remanesceriam sobre outorga marital, responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou comuns aos companheiros e inelegibilidade eleitoral.

Nessa linha, "*se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico*" (BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507>, acesso em 11.08.2008).

As concepções jurídicas contemporâneas de igualdade remetem ao conceito aristotélico. Para Aristóteles, a identificação do que é justo ocorre por intermédio de juízos sobre o que é bom e melhor. A pesquisa dialética encerrada no seio da *pólis* estabelece a correção destes juízos. Quanto mais amplas forem as circunstâncias informadoras do julgamento, maior será o grau de justiça alcançado no ato de julgar e, por conseqüência, a realização do princípio da igualdade (RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28).

LUÍS ROBERTO BARROSO assenta que:

O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas políticas de reconhecimento, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a idéia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritárias. (BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507> , acesso em 11.08.2008).

Além de seu preâmbulo, a Constituição Federal ratifica o princípio da igualdade em seu art. 5º, *caput*, ao estabelecer que: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*".

Reafirmada a intenção do constituinte originário, no art. 3º, IV, da CF, consta que constituem 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. Por certo que, no âmbito da igualdade formal, a orientação sexual está incluída na vedação à discriminação por gênero.

A igualdade material, no que toca à orientação sexual, institui, na relação homoafetiva, o direito de ser tratado igualmente e o dever de dispensar tratamento igual, sempre que não houver fundamento racional para a desigualdade. O preconceito ou ponto de vista particular jamais pode ser tido como fundamento para atitudes discriminatórias (BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507>, acesso em 11.08.2008).

Sob esse prisma, resta saber se na dualidade de sexos exigida na regra do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, há *congruência entre a distinção de regime estabelecido e a desigualdade de situações correspondentes* (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 35).

Eis o conteúdo do art. 226, § 3º, da CF: "*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*".

Muitas vezes, na busca de solução de eventuais conflitos, equivocadamente busca-se o estabelecimento de superioridade entre os direitos individuais. Contudo, apesar de não se negar que a Constituição apresenta diferentes pesos dentro da ordem constitucional - inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, vez que é pressuposto para o exercício dos demais -, é certo que a fixação de rigorosa prevalência entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, ensejando desvalor com a própria Lei Maior, que é um complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica, de antemão lançada, diferenciada somente pode ser admitida em casos especialíssimos.

O Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, do STF, ressalta:

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geht vor Sachgutwert).

Tal como apontado por Rüfner, a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àquela outros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição legal não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão-somente a idéia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamentais*. In: *Direitos Fundamentais e Controle de*

Constitucionalidade. 3 ed., Saraiva: São Paulo, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Constitucional - UNISUL - IDP - REDE LFG. p. 53-54).

O constitucionalista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO explica:

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenômenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axio-lógico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma «lógica do tudo ou nada», antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu «peso» e as circunstâncias do caso. (in: *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 190).

Para LUIS ROBERTO BARROSO a referência homem e mulher da regra daquele artigo (art. 226, §3º, da CF) não traduz em vedação da extensão às relações homoafetivas e completa:

Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram (BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507>, acesso em 11.08.2008)

ADAUTO SUANES assenta que o §3º, do art. 226, da Constituição Federal, bem como as leis que o regulamentam, *afrontam o espírito e a letra da Constituição de 1988, quando restringem a proteção legal apenas às uniões estáveis de pessoas de sexo diferente, fazendo uma distinção que os princípios supraconstitucionais, albergados no art. 5º, não autorizavam, nem mesmo como exceção* (SUANES, Adauto, *apud* DIAS, Maria Berenice. *União*

homossexual: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 85).

De concluir-se, então, que a norma não proíbe a união homoafetiva, porquanto constituiria afronta ao princípio constitucional da igualdade.

Todavia, mesmo na perspectiva da igualdade, deve-se preservar as diferenças. A intenção não está num nivelamento sistemático das relações homoafetivas aos modelos já existentes. Ressalvadas as peculiaridades, almeja-se um sistema paritário que não promova discriminações sob o critério da orientação sexual (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 171).

Preenchimento da lacuna legislativa e o princípio da analogia

Viu-se, por tudo, que não é possível que há norma proibitiva ao reconhecimento das uniões homoafetivas, o que, ao revés, seria inconstitucional, insisto. Ora, havendo omissão normativa, cabe ao intérprete supri-la. Vejamos.

O princípio da indeclinabilidade estatuído no art. 126, do Código de Processo Civil, estabelece que: "*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*". Na mesma linha, o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

A analogia se aplica para os casos em que "não haja regramento expresso na lei sobre determinada matéria, o juiz pode aplicar outra norma legal prevista para a situação jurídica semelhante" (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 335).

Nas uniões homoafetivas os elementos essenciais da união estável podem se encontrar presentes: convivência pública, pacífica e duradoura com o intuito de constituir família. Entretanto, estabelece ANA CARLA HARMATIUK MATOS que "*tal estreitamento está relacionado aos aspectos próprios da affectio maritalis sem a presença da formalização*" (*in União entre pessoas do mesmo sexo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 88).

Enquanto, por injustificável omissão do legislador, "*não forem disciplinadas as novas estruturas familiares que florescem independentemente da identificação do sexo do par, ninguém, muito menos os operadores do Direito, pode fechar os olhos a essas realidades*" (DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 19/20).

Daí porque se invoca o princípio da analogia para concluir-se que: a) a Constituição Federal abriga expressamente três tipos de família: casamento, união estável com dualidade de sexos e família monoparental; b) a união

homoafetiva, como outra espécie de família, está protegida implicitamente pela Constituição; c) a outra espécie de família, apesar da falta de norma específica, é defluência da própria ordem jurídica e equiparável, pela presença de elementos semelhantes, às uniões estáveis, com caráter de entidade familiar. (BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507>, acesso em 11.08.2008).

Diante de todo exposto, a melhor forma de integração da lacuna legislativa é atribuir à união homoafetiva a natureza de grupo familiar - equiparável, a meu sentir, à união estável heterossexual - , por analogia.

3.d Panorama jurisprudencial

A matéria aqui discutida está longe de ser pacífica. A jurisprudência pátria vem gradativamente mudando para acolher as uniões homoafetivas como entidades familiares dignas de reconhecimento.

No Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, o Ministro CELSO DE MELO, em sede da ADI n. 3300, sinaliza posicionamento no sentido aqui defendido:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?

Mesmo julgando extinto o processo, ante à ocorrência de óbice formal, assentou o Ministro no corpo da decisão:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da

igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.) (grifo nosso).

Também no STF tramita a ADPF n. 132, de relatoria do Min. CARLOS AYRES BRITTO, argüida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que visa a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquela unidade da Federação. Referida demanda aguarda julgamento.

Instada, a Advocacia-Geral da União (AGU), por seu Advogado-Geral José Antonio Dias Toffoli, emitiu naqueles autos parecer favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Assentou a AGU que:

A compreensão do texto normativo não pode ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresse, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns.

Já se afirmou em doutrina que "a família existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por pessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoal de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns."

Nesses termos, pode-se afirmar que, a despeito de a Carta de 1988 não haver contemplado - de modo expresso - o tratamento jurídico das uniões homoafetivas no capítulo que dedica à família, a evolução e a complexidade das relações humanas estão a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais.

Com efeito, pode-se afirmar que o tratamento diferenciado entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade. É ofensivo ao senso comum - e à força normativa do princípio da isonomia - que, no caso do art. 19 do Decreto-lei nº 220/75, possa ser deferida licença para aquele companheiro ou cônjuge para tratar da doença de seu consorte, sendo impossível ao que mantém união homoafetiva estável - cuja relação se funda nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões - similar tratamento.

(disponível : <http://www.espacovital.com.br/parecer_agu.Pdf>, acesso em: 14.08.2008) (grifo nosso).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 238.715, relator o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, mesmo não conhecido o recurso, restou registrado:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do Recurso Especial, à míngua de prequestionamento.

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

(STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006) (grifo nosso).

Do corpo do julgado colhe-se que:

A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável tem direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros.

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais. A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva. Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

[...]

Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva. Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico. A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg no Resp 174.856/NANCY e Edcl no AgRg no AG 256.536/PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1/PERTENCE- Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799/CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

(corpo do acórdão supra) (grifo nosso).

Na Quarta Turma da mencionada Corte, até esta data, encontra-se em andamento o julgamento do Resp. n. 820475, tendo como relator o Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, com resultado parcial. O relator, Min. PÁDUA RIBEIRO, acompanhado pelo Min. MASSAMI UYEDA, votou favoravelmente ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. O julgamento de desempate, a cargo do voto do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, está previsto para esta data, por coincidência.

O sempre citado precedente do Tribunal Superior Eleitoral também deve ser registrado. Naquela Corte, em sede de Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, de relatoria do Min. GILMAR MENDES, restou reconhecida a inelegibilidade de companheira que vive em relação homoafetiva estável, nos termos do art. 14, § 7º, da Constituição Federal:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

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.

Recurso a que se dá provimento.

(TSE, Resp Eleitoral n. 24.564, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 01.10.2004).

Nos Tribunais Pátrios, é da Corte do Rio Grande do Sul o pioneirismo no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, e a competência das varas de família para dirimir os conflitos daí advindos:

UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da

dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, j. em 14.03.2001).

Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aplicando o princípio da analogia, reconheceu-se a relação homoafetiva da ex-esposa do lá apelante como causa de exoneração de alimentos, nos termos do art. 1.708, do Código Civil:

ALIMENTOS. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL DA MULHER. COMPROVAÇÃO. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRINCÍPIO DA ANALOGIA.

Apelação Cível. Relação homoafetiva entre o ex-cônjuge mulher do apelado com companheira, comprovada nesta lide. Pedido do ex-cônjuge marido de sua exoneração de prestação alimentícia à ex-mulher por este motivo. Concessão pelo Juízo monocrático da exoneração obrigacional familiar requerida em tela, com fundamento no princípio da analogia, em face do disposto no artigo 1.708 do Código Civil Brasileiro ("Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos"). conhecimento e desprovemento do apelo.

(TJRJ, Apelação Cível n. 2006.001.24129, rel. Des. CELIO GERALDO M. RIBEIRO, j. em 15.08.2006) (grifo nosso).

No âmbito deste Tribunal, o reconhecimento da união homoafetiva se restringe a fins previdenciários. Eis os pertinentes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - DEPENDENTE - COMPANHEIRO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA - EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - FUMUS BONI IURIS DECORRENTE DE INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO - PERICULUM IN MORA QUE SE ORIGINA DO CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA

O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro de servidor público falecido. No caso, o fumus boni iuris decorre da interpretação sistêmica do direito e o periculum in mora do caráter alimentar da verba.

(Agravo de Instrumento n. 2004.021459-6, da Capital, Relator: Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS, j. em 04.11.2004);

E:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO - UNIÃO HOMOAFETIVA - RECONHECIMENTO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA - PRECEDENTES - APELO E REEXAME NECESSÁRIO INACOLHIDOS.

Em face de lacuna legislativa, cabe ao Judiciário oferecer proteção jurídica às situações oriundas de união homoafetiva, através de uma interpretação sistemática, com fundamento nos princípios da dignidade humana, igualdade e repúdio a discriminação.

"Como direito e garantia fundamental, dispõe a Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É o 'caput' do art. 5º.

"Conforme o ensinamento mais básico de Direito Constitucional, tais regras, por retratarem princípios, direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras, inclusive aquela esculpida no art. 226 § 3º, que prevê o reconhecimento da união estável entre homem e a mulher..." (Homoafetividade o que diz a Justiça. Dias, Maria Berenice. Porto Alegre.2003. p. 109)

(Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.021488-2, da Capital, Relator: Des. FRANCISCO OLIVEIRA FILHO, j. em 07.08.2007) (grifo nosso).

Não há se invocar, venia, o argumento segundo o qual a questão resume-se à seara patrimonial, não trazendo, essa compreensão, prejuízo ao autor. É que se as demandas nas quais se discute patrimônio, nas uniões heterossexuais (casamento e união estável), são processadas nas unidades de família, razão por que, entender-se o contrário em relação à homoafetividade, ensejaria discriminação fundada na inclusão sexual, o que não é tolerável.

É da jurisprudência:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO FORMADA POR CASAIS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. CONSTITUIÇÃO PROÍBE QUALQUER FORMA DE DISCRIMINAÇÃO. CONFLITO PROCEDENTE. É competente o Juízo de Direito da 1ª Vara de Família da Capital para julgar ação declaratória de união formada por casais do mesmo sexo, por ser incabível em nossa Carta Magna qualquer forma de discriminação. (TJ-MS; CC 2007.030521-7/0000-00; Campo Grande; Terceira Turma Cível; Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli; DJEMS 28/02/2008; Pág. 31);

E:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES. 1. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de

lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o companheiro homossexual. 5. No entanto, embora comprovada a relação afetiva entretida pelo par, não há prova suficiente da constituição de uma entidade familiar, nos moldes constitucionalmente tutelados. Por igual, não há falar em sociedade de fato, por não demonstrada contribuição à formação do patrimônio, nos moldes da Súmula 380 do STF. AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (TJRS, Apelação Cível Nº 70016239949, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Julgado em 20.12.2006) (grifo nosso).

Por tudo, com todas as vênias possíveis em face de incursões que transbordam a competência, tenho que a alegada relação, centrada e movida por afeto, há de ser dirimida perante o juízo de família, mesmo que, ao final, eventualmente, se conclua que a prova impede o reconhecimento da relação como entidade familiar.

Conclusão

Em suma, voto pelo acolhimento do presente conflito para declarar competente para processar o pleito o Juízo suscitado, qual seja, a vara da família da comarca de Lages.

DECISÃO

Ante o exposto, por maioria, a Câmara decide acolher o conflito para declarar competente o Juízo suscitado, qual seja, a vara da família da comarca de Lages, nos termos supra.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto vencido, dele participando a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Rita .

Florianópolis, 2 de setembro de 2008.

Henry Petry Junior

Relator

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato:

Ementa Aditiva do Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BENS. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, BEM COMO A DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ANTE A FALTA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVERSIDADE DE SEXOS COMO UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DOS ARTIGOS 226, § 3º, DA CF/88 E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE DE FATO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA A DIVISÃO DO BEM COMUM QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA ACERCA DAS MATÉRIAS. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL PARA PROCESSAMENTO DO FEITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA INACOLHIDO.

Pesa a este julgador divergir da solução adotada pela douta maioria, que entendeu por bem acolher o conflito de competência para declarar competente para processar o pleito o Juízo suscitado, qual seja, a Vara da Família da Comarca de Lages.

Cinge-se a controvérsia acerca da determinação de qual o Juízo competente para processar e julgar o presente feito, se uma das Varas Cíveis da comarca de Lages ou a Vara da Família dessa comarca.

Da análise dos autos, nada obstante ter-se dado a ação o nomem juris de "reconhecimento e dissolução de sociedade de fato", verifica-se que o autor, Sr. B. de S., pretende, em síntese, o reconhecimento da união estável mantida por 13 (treze) anos com p. J. de M., bem como a conseqüente meação do patrimônio amealhado durante o convívio comum.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o artigo 1º da Lei n.º 9.278/96, ao regular o § 3º do art. 226 da Carta Política, reconhece a convivência duradoura, pública e contínua de um homem com uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, como uma entidade familiar.

Seguindo o mesmo rumo, o Código Civil/2002 dispõe no art. 1.723, *caput*, que:

"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". (sem grifo no original)

Faz-se necessário esclarecer, por conseguinte, que a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos relacionamentos eventualmente havido entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não há como se equiparar a união homoafetiva à união estável.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, não há disposições legais que regulamentem a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse vértice, acentua José Sebastião de Oliveira:

A grande verdade é que a norma constitucional, à exceção da diferenciação de sexos (art. 226, § 3º, da CF), não impôs elementos estanques qualificadores da união estável. E se o próprio constituinte não o fez, seria inconstitucional que o legislador infraconstitucional o fizesse. (Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: RT, 2002. p. 185).

Destarte, como a união homoafetiva não foi expressamente contemplada na legislação pátria, estas devem ser equiparadas a uma sociedade de fato, sendo submetidas às regras do direito civil comum, como previsto no art. 981 do Código Civil, *in verbis*:

"Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."

A esse respeito, o civilista Sílvio de Salvo Venosa preleciona:

De fato, no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar status de proteção como entidade familiar. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. Para a existência do reconhecimento do companheirismo, portanto, é necessário que não haja impedimento para o casamento. Há países que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que implica reconhecimento dessa união como entidade.

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais às sociedades de fato. (Sílvio de Salvo Venosa. Direito Civil: Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 459).

Sobre o mesmo tema, Arnaldo Wald destaca:

A entidade familiar, alçada à condição de união estável, requer como primeiro pressuposto a heterossexualidade de seus partícipes. Exclui, assim, o novo diploma legal, a união estável de homossexuais (O novo direito de família, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 318).

Impende salientar que, para que uma união estável seja reconhecida como tal, deve preencher alguns requisitos, entre eles: a convivência duradoura; a ausência de impedimento para constituir o matrimônio; a continuidade da relação; a publicidade; a intenção de constituir família; e a dualidade de sexos.

Na hipótese vertente, um dos elementos essenciais para a configuração da união estável não se encontra presente, qual seja, a dualidade de sexos, impondo que a relação entre as partes reste configurada apenas como sociedade de fato.

Acerca do assunto, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis (REsp n. 323.370/RS, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

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 (REsp n. 502.995/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves).

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO (REsp n. 148897/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Este Tribunal de Justiça assim também tem se posicionado:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.

"O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher." (Ap. Cív. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira) (AC n.º 2007.032992-5, Desª. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE E MEAÇÃO DE BENS - UNIÃO HOMOAFETIVA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O PEDIDO DA VARA CÍVEL - DECISÃO CASSADA - REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO - RECURSO PROVIDO.

"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 [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (STJ, Min. Fernando Gonçalves) (AC n. 2007.024239-3, Des. Fernando Carioni).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXEGESE DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher (AC n. 2006.016597-1, Des. Mazoni Ferreira).

Dessa forma, consoante o ordenamento jurídico brasileiro, repise-se, inviável é o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Desta forma, no que tange ao pedido para divisão do patrimônio comum, trata-se de pleito que deve ser regido consoante o direito obrigacional, previsto no art. 981 do Código Civil, sendo competente, portanto, para o processamento e julgamento do feito, uma das Varas Cíveis.

Destarte, tendo em vista que o pedido resume-se à divisão do patrimônio comum, regido pelo direito obrigacional, e não havendo discussão a ser travada no âmbito do direito de família, é incompetente o juízo da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude para apreciação do pleito, posto tratar-se de competência de caráter absoluto.

Assim, é competente para a apreciação do pedido de reconhecimento de sociedade de fato e de divisão do bem uma das varas cíveis da comarca de origem.

Ante o exposto, vota-se no sentido de acolher o conflito de competência.

Des. Marcus Tulio Sartorato