

15
6



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Apelação nº 0084863-79.2006.8.26.0000, da Comarca de
São Paulo, em que são apelantes

[REDACTED] e
[REDACTED]

[REDACTED] sendo apelado
[REDACTED].

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do
Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte
decisão: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO,
VENCIDO O RELATOR SORTEADO, QUE DECLARARÁ. ACÓRDÃO
COM O 3º JUIZ.", de conformidade com o voto do(a)
Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos
Desembargadores FRANCO COCUZZA(Presidente), vencedor,
NOGUEIRA DIEFENTHALER, vencido, e MARIA LAURA
TAVARES.

São Paulo, 1 de agosto de 2011.

FRANCO COCUZZA
RELATOR DESIGNADO

06



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1

Apelação nº 0084863-79.2006.8.26.0000

Apelante:

e outra

Apelada:

Voto nº 14.306

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO DE
APELAÇÃO – PRETENSÃO QUE VISA
CONDENAR A RÉ A OBRIGAÇÃO DE
FAZER CONSISTENTE EM CONSIDERAR
COMPANHEIRO (A) HOMOSSEXUAL COMO
DEPENDENTE PREFERENCIAL DA MESMA
CLASSE DOS COMPENHEIROS
HETEROSSEXUAIS PARA FINS DE
DEPENDÊNCIA NO PLANO DE SAÚDE E
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR –
JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA -
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE – REGULARMENTE
COMPROVADA A UNIÃO ESTÁVEL AS
RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO
SEXO SÃO CAPAZES DE GERAR
DIREITOS, DEVERES E PRODUZIR
EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO –
RECURSO PROVIDO



2

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de recurso de apelação, extraído dos autos da Ação Civil Pública (Autos nº 1171.000.2004.074285-7) interposto contra a r. sentença (fls. 437/441), proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital que julgou improcedente o pedido de dependência de companheiros do mesmo sexo em planos de saúde ou de pensão por morte. Condenou as autoras ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, considerados o grau de complexidade da causa e a magnitude do trabalho profissional desenvolvido.

A apelante (fls. 445/471) pleiteia a reforma da r. sentença, nos seguintes termos: I) não pode haver afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da livre expressão sexual; II) é vedado o tratamento discriminatório contra homossexuais; III) o inciso V, do artigo 201, da Constituição Federal de nenhum modo exclui os casais homossexuais do direito ao recebimento de benefícios previdenciários; IV) o princípio da proporcionalidade não pode ser violado; V) não há necessidade de nova regulamentação ou regulamentação específica, pois pode ser aplicada a Lei Complementar n. 180/78 (artigo 147, IV); VI) as associações tem legitimidade para propor a presente demanda; VII) requereu o afastamento do limite territorial introduzido pela inconstitucional e ineficaz Lei n. 9494/97; VIII) requereu os benefícios da Justiça Gratuita.

Foram apresentadas contra-razões de apelação às fls. 473/489.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

O Ministério Público de 2ª instância manifestou-se às fls. 494/513.

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pela [REDACTED] em face de [REDACTED] -- [REDACTED] com o objetivo de considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais para fins de dependência no plano de saúde e previdência complementar.

Merece provimento o recurso.

Quanto ao pedido de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, cabe ressaltar que o acesso à justiça é uma garantia constitucional prevista no inciso LXXIV, do art. 5º:

O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Acrescente-se, ainda, que o artigo 4º, da Lei 1.060/50, assim dispõe:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

(...)

Assim, nos termos da lei, para obter a benesse da justiça gratuita basta a simples afirmação da parte de não poder arcar com as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou de seus familiares, não exigindo a legislação constitucional, prova do estado de pobreza e, conforme constante nos autos, foi juntada a Declaração de Hipossuficiência (fl. 30).

O princípio constitucional da igualdade disposto na Constituição Federal deve ser aplicado a todos os ramos do Direito e a todos os cidadãos.

Dispõe o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos:



“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

O Supremo Tribunal Federal por intermédio do Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADI 3.300/MC/DF, DJ de 09/02/2006 já se pronunciou no sentido de ser relevante o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

Imperioso, pois reconhecer que mesmo as relações entre pessoas do mesmo sexo, sejam capazes de gerar direitos e deveres e produzir efeitos no mundo jurídico, especificamente, as decorrentes de comprovada União Estável.

Não aplicar as normas legais pelo princípio da igualdade seria o mesmo que aplicar o preconceito e não permitir para as pessoas que se enquadram nesse tipo relação usufruam de seus direitos fundamentais.

Faz-se tão somente necessário, que reste demonstrada de forma inequívoca, a presença dos elementos essenciais, à caracterização da União Estável. E isto deve ocorrer independentemente da diversidade de sexos.



Assim, restou consignado pela Ministra Nancy Andrigui, da 3ª Turma do STJ, no Recurso Especial 1026981/RJ:

“Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.”

Assim, outro não pode ser o posicionamento desse Relator, mesmo se tratando a demanda de questão de direito previdenciário, o que, também, restou consignado no Recurso Especial, supra mencionado:

“A integração por meio do uso da analogia, a permitir que os efeitos do instituto da união estável abarquem a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidas as características que se amoldam à referida entidade familiar, permite que as normas reguladoras do Regime Geral da Previdência Social sejam, em igual medida, utilizadas para a concessão do benefício da pensão por morte a reconhecido companheiro de participante de entidade de previdência privada complementar.

Desse modo, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante.”

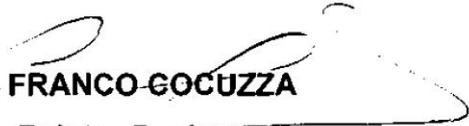


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

Aliás, não podemos deixar de fazer menção para a nova definição de entidade familiar inserida no ordenamento jurídico pela Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha que contemplou casais formados por pessoas do mesmo sexo, quando dispôs no § único, do artigo 5º que *“as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”*.

Por todo o acima exposto, **dá-se provimento ao recurso**, para os fins, acima expostos. Custas e despesas processuais na forma da lei. Honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).


FRANCO COCUZZA

Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 13437

Processo: 0084863-79.2006.8.26.0000

Apelante: [REDACTED]

e [REDACTED]

Apelado: [REDACTED]

Comarca de São Paulo

5ª Câmara de Direito Público

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Vistos;

A [REDACTED]

E A [REDACTED]

[REDACTED] interpuseram recurso de apelação nos autos da ação civil pública ajuizada em face do [REDACTED], contra r. sentença de 437/441, cujo relatório integro a este voto, por meio da qual o r. Juízo "a quo" julgou-a improcedente e condenou as apelantes ao pagamento dos ônus sucumbenciais e a honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (mil reais).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inconformados com referida decisão dela recorreram as autoras buscando reformá-la.

Ao longo das razões de apelação os apelantes pugnaram no sentido da reforma do julgado que ora examinamos, para o fim de se dar azo à mudança de categoria, de tal sorte que fossem, se o caso de acolhimento, alçados, os parceiros homossexuais para a categoria de dependentes dos titulares do benefício. E, fazem-no apoiados no princípio da igualdade – isonomia. Intentam, outrossim, lograr por via judicial a concretização, tirada mediante interpretação, extensiva de que ao instituto da união estável, regido pelo parágrafo 3º do artigo 226 da Carta da República, se aplique ao caso das chamadas *uniões homoafetivas*. Pretende, ademais, invertidos os ônus sucumbenciais, a condenação da apelada, majorando-se a verba honorária à ordem de 20% sobre o valor da condenação.

Acha-se em ordem e bem processado op presente recurso que, instruído com a contrariedade das razões adversas (suprido com o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

culto parecer da D. Procuradoria de Justiça), tem condições de procedibilidade.

É o relatório. Passo ao voto.

Peço vênia para discordar da douta maioria que acompanhou o voto a lavra do DD. Desembargador relator designado FRANCO COCUZZA e faço-o nos termos a seguir expostos.

Constata-se que o r. Juízo "a quo" negou procedência ao pedido formulado na inicial baseando-se no entendimento de que a norma contida no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição da República não comporta a interpretação ampliativa pretendida pelos apelantes, já que visa à proteção da família, devendo, por isso, ser limitada à união de pessoas de sexo oposto. Adotou, ainda, a tese acerca da qual a discussão trazida pelos apelantes centra-se no âmbito do direito civil, de vez que a união homossexual constitui sociedade de fato, de modo a afastar a aplicação das regras do direito de família.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Adiro à inteligência eleita pelo Douto Magistrado "a quo", muito embora se pretenda dar às chamadas uniões homossexuais "status" de mesmo "ranking" das sociedades de fato, há muito o que prover para esta sorte de união avizinhar-se às categorias das sociedades civis. É bem por isso que não tenho como entender toda essa modalidade de fenômenos deste matiz, sem que pretensões como a que presentemente examinamos, conte com o suprimento de texto normativo. Não o temos aqui, nesta demanda; falta-nos a legislação; – creio, em adição, não bastar integrar a substância do pedido em curso, dentro dos conceitos que guiam a jurisprudência da horizontalização dos direitos fundamentais. Estes são objeto de tutela legal, quer dizer, tirante algumas hipóteses de direito natural (por exemplo, à autodefesa), que nem sempre são pormenorizados em Lei, o mais requer o implemento da potência Legislativa.

Preconiza a Carta da República, o conceito de família, quer a legal, quer aquela que não se constituiu sob o regime do matrimônio – ambas, no entanto, acham-se guarnecidas pela "affectio maritalis". Quaisquer uma delas recebe do Estado



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

torrentes de legislação que se “conformam” à essa estrutura sociológica que “*in societatis*” é a família; – mais que uma concepção antropológica, tampouco apenas sociológica e, por assim dizer, nem mesmo religiosa – a família é uma realidade!

Ora, todas essas regras que se inserem no universo semântico, quer dizer – naquele compêndio de leis que defluíram da Constituição, dizem respeito ao fenômeno, ou, realidade da família – todas elas (os estamentos legais “*infra*”) têm que por força dos fatos (vale dizer: da realidade) que estar em ordem de compatibilidade com os elementos que a compõem. Inescapável! Formam-se os elementos a propósito do binômio “homem-mulher”. Interferir na estruturação daquela torrente de leis e ordenamentos que advém do alto da Constituição é mister que refoge ao papel do julgador.

Primeiramente para dar passo a esta sorte de demanda, vimos (v.g.) ser o caso de prévia normatização de acento específico. Não vejo de outro modo, pois que, todos os conteúdos normativos de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nível constitucional se inserem no cerne de um universo semântico cujo matiz irradia-se "de" e "em razão" do dual "homem-mulher". Não há como vencê-lo, nem mesmo por ficção. Quem, por exemplo, será o companheiro na relação homossexual? E mais: estas contradições não se superam por via, (v.g.) da homogeneização dos direitos fundamentais (e materiais) da igualdade, por exemplo, de vez que, o esteio normativo (desta família de leis) finca-se exatamente na desigualdade material, objetiva que se constitui a propósito da união estável; quer dizer, aquela que concerne ao gênero, isto é - à união homem-mulher (que num primeiro momento institui-se - pode ser - "*in affectio societatis*" para depois, com este elemento, constituir-se em sociedade que também se estrutura em "*affectio maritalis*").

Pois assim, se tratássemos de sociedade de fato, aí sim, poderíamos aferir o nível e a qualidade das obrigações, que, por força destas mesmas relações, seriam tratadas como tais - vale dizer, caso a caso, situação por situação - como que se fossem sociedades de fato - claramente formadas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sob "*affectio*" da constituição de bens e direitos -
mas não em massa.

Enquanto não houver condição legal
habilitante para o implemento de favor aqui
pretendido, não será possível realizá-lo. Em suma,
"*de lege ferenda*" haveremos de esperar
normatização adequada às hipóteses.

Isso posto, dá-se meu voto no
sentido do **desprovemento** da presente apelação.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR