

Agravo de Instrumento n. 2010.065947-1, da Capital
Relator: Des. Sônia Maria Schmitz

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE
RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA. COMPETÊNCIA.

1. [...]
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. (CC n. 2008.030289-8, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.065947-1, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é/são agravante M. P. de L., e agravada M. C. V. C. da C.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer e desprover o recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de agosto de 2011, os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior (Presidente) e Des. Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 24 de novembro de 2011.

Sônia Maria Schmitz
RELATORA

RELATÓRIO

M.P.de L. interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital que, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva n. 023.10.007266-9 ajuizada por M.C.V.C.da C., reconheceu a competência para processar e julgar a ação e deferiu a antecipação de tutela para que a agravada perceba 50% (cinquenta por cento) dos lucros das empresas C.C.- F. SS. Ltda. e RTA C.de F. e tenha acesso aos seus dados e documentos contábeis. Sustentou, em suma, que a competência para processamento e julgamento do feito é da Vara Cível, porquanto a pretensão veiculada é de cunho meramente patrimonial, já que inexistente previsão legal que reconheça a união homoafetiva como entidade familiar. Argumentou, também, que a decisão combatida é *extra petita* por haver deferido pedido inexistente, qual seja, 50% dos lucros da empresa C.C.- F. SS. Ltda., como também pelo fato de inexistir a sociedade RTA C.de F. Discorrendo acerca de seu direito, ultimou, pugnando pela concessão de efeito suspensivo e, a final, pelo provimento do agravo (fls. 02-16).

Concedida a carga almejada, foi determinada a remessa do processo de origem à 3ª Vara Cível da comarca da Capital, em razão da conexão existente aos autos n. 023.09.068274-5 (fls. 248-254).

Devidamente intimada, a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para contrarrazões (fl.259), sendo os autos remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça que opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 262-266).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Este é o relatório.

VOTO

M.P.de L. e M.C.V.C.da C. viveram em união homoafetiva durante determinado tempo e, por motivos aqui irrelevantes, passaram a contender judicialmente pela dissolução da sociedade, compreensível em razão das conseqüências patrimoniais. Discute neste agravo M.P. de L. a fixação da competência para julgar aquela demanda que entende afeta ao Direito Civil *lato sensu* e não ao Direito de Família.

Antes de mais nada, importa registrar que o tema pertinente ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar sempre mereceu exaustiva reflexão e incentivou tormentosos debates, ora defensivos, ora contrários. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em maio último, ao julgar a ADI n. 4277/DF e a ADPF n. 132/RJ, encerrou a polêmica ao reconhecer a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo-lhe, por conseguinte, idêntica proteção àquela dispensada à união estável heteroafetiva.

A propósito, extrai-se do Informativo Semanal n. 625 publicado pelo Supremo Tribunal Federal, as notas tomadas na sessão de julgamento dos processos dantes referidos – os votos encontram-se pendentes de publicação – *in verbis*:

Relação homoafetiva e entidade familiar - 1

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC ("*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*") não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa a conclusão do Plenário ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Preliminarmente, conheceu-se de arguição de preceito fundamental — ADPF, proposta pelo segundo requerente, como ação direta, tendo em vista a convergência de objetos entre ambas as ações, de forma que as postulações deduzidas naquela estariam inseridas nesta, a qual possui regime jurídico mais amplo. Ademais, na ADPF existiria pleito subsidiário nesse sentido. Em seguida, declarou-se o prejuízo de pretensão originariamente formulada na ADPF

consistente no uso da técnica da interpretação conforme a Constituição relativamente aos artigos 19, II e V, e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da aludida unidade federativa (Decreto-lei 220/75). Consignou-se que, desde 2007, a legislação fluminense (Lei 5.034/2007, art. 1º) conferira aos companheiros homoafetivos o reconhecimento jurídico de sua união. Rejeitaram-se, ainda, as preliminares suscitadas.

Relação homoafetiva e entidade familiar - 2

No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas conseqüências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não.

Relação homoafetiva e entidade familiar - 3

Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação.

Relação homoafetiva e entidade familiar - 4

Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, *caput*). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, art. 226, § 3º: "*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*"). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros. [...] (Informativo Semanal n. 625, de 11.05.2011).(sem grifo no original)

Tecidas essas considerações, passa-se à análise da matéria de fundo propriamente dita concernente à definição do juízo competente para processar e julgar ações de reconhecimento e dissolução de relação homoafetiva.

Pois bem. Anteriormente à decisão histórica do STF que concedeu às uniões homoafetivas o *status* de família, tem-se que a questão em debate já foi objeto de abrangente reflexão pelo Desembargador Henry Petry Júnior no Conflito de Competência n. 2008.030289-8, de Lages, cujo excerto, por significativo e com o fito de evitar tautologia, adota-se como razões de decidir:

[...]

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 - denominar 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 frustrar 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 consequência, 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, 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).

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 Rübner, a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àqueles 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 familiare. (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 extraiam, 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 expresso, 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 desprovimento 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. (Conflito de Competência n. 2008.030289-8, de Lages, rel. Des. Henry Petry Júnior).

Nesse viés, competente a Vara de Família para processar e julgar ações de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva.

Transposta essa questão, resta ver que a Magistrada *a quo* não proferiu, em absoluto, decisão *extra petita*.

Sim, porque ao deferir a antecipação de tutela para que a agravada perceba 50%(cinquenta por cento) dos lucros das empresas C.C.- F. SS. Ltda. e RTA C.de F., assim o fez em relação aos lucros que a agravante venha a perceber, sobretudo àqueles concernentes à empresa RTA C.de F, cuja

existência resta caracterizada pelas notas fiscais acostadas às fls. 105-113, sobejando indício de que as duas empresas, na verdade, se confundem.

Este é o voto.