

RECURSO ESPECIAL Nº 827.962 - RS (2006/0057725-5)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **C W E OUTRO**
ADVOGADO : **ROGER CAETANO E OUTRO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL nos autos de ação declaratória de reconhecimento de união estável, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

"AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO.

A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar.

A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA" (fls. 262/310).

Os embargos infringentes que deram origem a tal decisão foram aviados em razão de acórdão proferido anteriormente em recurso de apelação, em sentido diametralmente oposto e em cuja ementa se lê:

"APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL.

O relacionamento homossexual de dois homens não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Apelo provido, em parte, por maioria" (fls. 199/203).

Sustenta a parte recorrente, no especial, as seguintes teses:

Superior Tribunal de Justiça

a) nulidade absoluta do processo a partir da sentença, uma vez que tal decisão foi proferida por juízo incompetente (Vara de Família e Sucessões) quando deveria ter sido prolatada por juiz titular de Vara Cível, já que se trata de sociedade de fato, e não de união estável. Sob esse aspecto suscita a ocorrência de dissídio pretoriano; e

b) violação dos arts. 1.363 do Código Civil de 1916; 2º, III, da Lei n. 8.971/94; 1º da Lei n. 9.278/96; e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois, segundo aduz, o acórdão recorrido, ao definir a união homossexual como união estável, utilizou-se de processo analógico em hipótese em que não lhe era permitido. Defende a ocorrência de divergência jurisprudencial entre o acórdão impugnado e julgados desta Corte e de outros Tribunais que prelecionam que "a união homossexual caracteriza, no máximo, a sociedade de fato".

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 370/399).

Admitido o recurso na origem (fls. 421/423), ascenderam os autos ao STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 429/431).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 827.962 - RS (2006/0057725-5)

EMENTA

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas".

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Encontram-se presentes os pressupostos necessários à admissão do recurso.

Cuida-se de ação declaratória de reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo.

Os autores, ora recorridos, alegam manter, desde 1990, relação de afeto pacífica e duradoura, contribuindo ambos financeiramente para manutenção do domicílio onde residem, em um verdadeiro contexto de família. Declaram, expressamente, a convivência e o interesse em deixar um para o outro todo o patrimônio de que possam dispor entre si, incluindo benefícios previdenciários.

O juiz singular julgou procedente o pedido dos autores (fls. 143/155), asseverando

Superior Tribunal de Justiça

que "os pressupostos da união estável antes mencionados encontram-se demonstrados pelos autores, ensejando a possibilidade de reconhecer a procedência do pedido com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade".

A Corte *a quo*, por maioria, deu parcial provimento à apelação do Ministério Público, entendendo que o relacionamento homossexual constitui-se em sociedade de fato.

Subsequentemente, no julgamento dos embargos infringentes, o Tribunal de origem, após longo debate, entendeu que o pedido era juridicamente possível e reconheceu a união estável entre parceiros homoeróticos.

O objeto da controvérsia suscitada no presente recurso especial cinge-se à discussão sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Registre-se, inicialmente, que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma norma que acolha as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, não há, também, nenhuma que proíba esse tipo de relacionamento.

Com efeito, a própria Constituição Federal reconhece a união estável entre pessoas de sexos diferentes e ignora, sem no entanto vetar, as uniões homoafetivas, apenas fazendo menção, em seu artigo 226 e §§, a exemplos de entidades familiares consagradas pelo costume social, visando a defesa do princípio da pluralidade familiar.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, é norma de repetição do texto constitucional, disciplinando a união estável entre homem e mulher e nada mencionando sobre aquela composta por pessoas do mesmo sexo.

Os arts. 1.363 do Código Civil de 1916; 2º, III, da Lei n. 8.971/94; e 1º da Lei n. 9.278/96, tidos por violados pelo Ministério Público Federal, limitam-se a definir sociedade, bem como a resguardar o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura, contínua. Também não se referem às uniões entre os homossexuais.

Nos dispositivos supracitados, como se vê, utilizados pelo recorrente para

fundamentar seu apelo, inexistente proibição taxativa ou implícita em reconhecer como entidade familiar a eventual união afetiva entre dois homens ou duas mulheres. Por isso, ditos normativos legais devem ser entendidos como verdadeiras cláusulas de garantia para as situações neles previstas; não podem, no entanto, servir como base de discriminação para outras hipóteses não contempladas na norma.

Sustenta a professora Suzana Borges Viegas de Lima, em seu artigo "Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional", publicado na obra coletiva "Direito Civil Constitucional", Editora Obcursos, Brasília, 2009, que: "Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é *numerus clausus*, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente".

Em excelente ensaio intitulado "Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil" (*in*: Temas de Direito Constitucional, tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 208-209), discorre com propriedade Luís Roberto Barroso, ao comentar a respeito da regra inserta no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal:

"É certo, por outro lado, que a referência a *homem e mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma 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."

Não se pode negar, a esta altura, que a união homossexual é uma realidade que merece reconhecimento jurídico, pois gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da proteção estatal. O Direito precisa valorizar tais relações sociais e não pode ficar estático à espera da lei.

Superior Tribunal de Justiça

É digna de registro, por isso, a posição adotada, recentemente, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CAT/Nº 1503/2010, dando "pela juridicidade da inclusão cadastral de companheira homoafetiva como dependente de servidora pública federal para efeito de dedução de Imposto de Renda, desde que preenchidos os demais requisitos exigíveis à comprovação da união estável disciplinada nos arts. 4º, III e 8º, II, 'b' e 'c' da Lei nº 9.250/95, e no art. 77 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99)".

Não obstante sua óbvia limitação à esfera tributária, é impossível deixar de ver na manifestação da PGFN, como órgão estatal que é, a ocorrência de importantíssimo passo para o reconhecimento da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo. Merece transcrição o seguinte trecho daquele parecer, o qual, *mutatis mutandi*, aplica-se ao presente caso:

"À luz do novel constitucionalismo, autoriza-se o reconhecimento da orientação sexual como direito oponível ao Estado. A afirmação da homossexualidade da união, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à fruição de direitos assegurados à união heterossexual. A lei tributária, vinculada à isonomia de tratamento, não colhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação, sendo vedado ao intérprete limitar o que a lei expressamente não limita."

Nesse contexto, até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas, o que fatalmente ocorrerá, a exemplo do que tem acontecido em diversos países do mundo, incumbe ao Poder Judiciário abrir os olhos para a nova realidade social. Não podemos nos escudar na ausência de lei específica para continuar negando direitos. Vivemos a época da inclusão e nada nos impede - uma vez que não há lei que o proíba, repita-se - de alargar as fronteiras de uma norma legal, fazendo-a incidir sobre situação para a qual não tenha sido criada, mediante a utilização de técnicas de integração ou interpretação legitimamente reconhecidas. É preciso retirar a máscara da hipocrisia e respeitar a orientação sexual como condição inerente ao ser humano e como direito fundamental de cada um. As relações homossexuais precisam ser retiradas da marginalidade jurídica e do olhar preconceituoso da sociedade.

Voltando à doutrina preconizada pela professora Suzana Borges Viegas de Lima (ob. cit.), encontramos consistente supedâneo a embasar a assertiva acima expendida, *verbis*:

"O regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas ainda é incerto, havendo opiniões das mais diversas quanto à sua existência. Certo é que, formalmente, o Brasil ainda não possui qualquer lei destinada a regulamentar de maneira expressa e

Superior Tribunal de Justiça

específica os direitos que decorrem das uniões de pessoas do mesmo sexo. Porém, não se pode dizer que não dispomos de instrumentos em nosso próprio ordenamento jurídico capazes de tutelar tais direitos, uma vez que o sistema não se esgota nem se restringe à norma positivada. Por isso, aplicam-se, para o reconhecimento e proteção de direitos emanados de relações homoafetivas, dentre outros recursos, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, o da pluralidade das entidades familiares, a analogia e os princípios gerais do direito, além das regras de inclusão presentes no ordenamento jurídico.

A interpretação civil-constitucional, associada aos mecanismos de integração da ordem jurídica, constituem a base para aplicação do conjunto de regras que vem a compor o *estatuto das relações homoafetivas*. As situações fáticas que delas decorrem merecem tutela adequada do Estado, sob a natureza que lhe é peculiar, ou seja, dentro do âmbito do Direito de Família. O reconhecimento constitucional representa o marco inicial para a plena proteção das *famílias homoafetivas*, que assim como as famílias convencionais, têm direito à proteção dos interesses que decorrem das relações marcadas pelo afeto, e não menos prestigiadas, por unirem pessoas do mesmo sexo."

Diversas decisões judiciais já vêm sinalizando o reconhecimento dessas relações ao orientar e definir as questões patrimoniais decorrentes da dissolução de relacionamento homoafetivo nos casos de falecimento de um dos parceiros ou de separação dos conviventes.

Limita-se, contudo, a jurisprudência dos tribunais superiores, com raras exceções, a reconhecer tal vínculo como sociedade de fato, e não como união estável, levando à sua inserção no âmbito do direito obrigacional. É de se reconhecer que esse posicionamento, em vez de críticas, merece elogios, por se tratar de louvável evolução ocorrida no seio do Judiciário, em relação a assunto que, até recentemente, representava verdadeiro tabu.

No entanto, é preciso avançar. É preciso colocar em prática "os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", tal como estatuído no preâmbulo de nossa Carta Magna. É preciso dar forma aos sempre etéreos princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, também previstos na Constituição Federal.

Não pode o julgador ficar preso à literalidade da norma legal, ou mesmo inerte ante a sua ausência, e deixar passar ao largo, de olhos fechados, a realidade dinâmica e fugaz, como se imaginando que, ao abri-los, tudo se resolverá por si só. Não! O homossexualismo, tenha ele sua origem em fatores biológicos, psíquicos ou sociais, não importa, é fato real, assim como real é o fato de pessoas de idêntico sexo viverem sob o mesmo teto, por desejarem estabelecer relação de afeto duradoura, por pretenderem constituir juntas um patrimônio comum, por quererem cuidar, efetivamente, uma da outra. Elas não querem ser sócias; querem formar uma família. Mais do

Superior Tribunal de Justiça

que simplesmente permitir, cabe ao Estado garantir que as relações de afeto estejam salvaguardadas do preconceito e da intolerância. As relações homoafetivas, por não serem proibidas, são lícitas perante o sistema jurídico brasileiro, merecendo, pois, toda a proteção da lei.

Diante de tal realidade e reafirmando-se a premissa segundo a qual as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo são absolutamente lícitas, a merecer integral tutela do Estado, aliada ao fato de inexistir, até a presente data, lei específica que regule essa união, é de se indagar qual o instituto jurídico melhor se amolda à espécie ora em julgamento com vistas à garantia dos direitos dos conviventes.

Não tenho dúvidas em afirmar que o regime da união estável entre homem e mulher é o que mais se aproxima da hipótese tratada nos autos, não havendo nenhuma razão por que não deva ser adotado na oportunidade.

De fato, como reconhecido nos autos, à exceção da identidade de sexos, todos os demais requisitos necessários ao reconhecimento de uma união estável estão presentes na hipótese. Confira-se trecho do acórdão recorrido, que procedeu a detalhada análise da prova dos autos:

"No caso concreto, os pressupostos da união estável se acham desenhados e preenchidos seus requisitos. Habitam imóvel adquirido por TLC Mattana, financiado pela Caixa Econômica Federal em 1991, e devidamente registrado em nome do adquirente no álbum registral (fls. 37-39).

Numerosos documentos, como contas telefônicas, comunicação, comunicação de clube social, cédula de identidade, pagamento de IPVA, atestam que ali vive CW (fls. 41-45), como ainda comprovam o domicílio de TLMCM (contas de energia elétrica, bloquetes bancários, fls. 47-49). Possuem conta bancária conjunta (fls. 50-51). Tais peças têm datas pretéritas, algumas de 1991, outras de 1998, também 2001 e 2003, o que demonstra a linearidade da relação. Além de que declaram viver como verdadeira entidade familiar" (fl. 297).

Dessa forma, se duas pessoas do mesmo sexo decidem se unir, compartilhando conquistas e dificuldades, e mantêm uma convivência pública, contínua, duradoura, bem como o propósito de constituição de família, baseada nos valores do afeto, respeito, companheirismo e assistência mútua, não vejo razão para deixar de estender a elas a mesma proteção trazida pelo instituto da união estável aos casais heterossexuais.

Sobre o tema, encontra-se o seguinte comentário de Maria Berenice Dias em sua obra "União Homossexual - O Preconceito & a Justiça", 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Documento: 7613231 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado

Superior Tribunal de Justiça

Advogado Editora, 2006, p. 93: "O silêncio constitucional e a omissão legisladora não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e fazer uso da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito das Famílias. Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição."

Também Fábio Ulhoa Coelho (in "Curso de Direito Civil", 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 157), após afirmar que "No direito brasileiro da atualidade, não há nada mais desrespeitoso ao princípio constitucional da dignidade humana que a ausência de disciplina legal da família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo" (p. 155), conclui:

"Enquanto o direito positivo brasileiro continuar ignorando as famílias fundadas por casais do mesmo sexo, cabe à jurisprudência a tarefa de não as deixar ao desamparo. No passado, quando a ordem positiva nacional proclamava indissolúvel o casamento, os Tribunais, atentos aos clamores da realidade social, construíram os instrumentos de proteção da união estável. Não foi um processo célere, nem indolor, mas os membros do Poder Judiciário que se sensibilizaram com a situação das inúmeras famílias fundadas pelos desquitados, então marginalizadas pela lei, estiveram à altura dos desafios daquele tempo. Deitando ao largo preconceitos, foram gradativamente amparando os direitos da concubina e de seus filhos. Os desafios do tempo atual são semelhantes. Em termos gerais, deve-se aplicar o regime jurídico da união estável às uniões nascidas de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Já existem alguns precedentes nesse sentido (Cahali, 2004:294/320; Pereira, 2004:69/71; RT, 849/165)".

Luís Roberto Barroso, por seu turno, no mesmo artigo já referido, ensina (p. 214-215):

"A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da

dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade* em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade* no oferecimento de condições subjetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer - isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada - ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

Nesse caso, a forma adequada da integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito."

Vale destacar que esta Corte, em decisão proferida no REsp n. 820.475/RJ, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconheceu a possibilidade jurídica do pedido, determinando o retorno dos autos à instância ordinária para que prosseguisse no regular processamento de feito relativo à declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Confira-se, a propósito, a ementa do aludido decisório:

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática

Superior Tribunal de Justiça

conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido." (Quarta Turma, REsp n. 820.475/RJ, relator p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 6.10.2008.)

A propósito, consta do voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão excerto de decisão proferida pelo Ministro Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 3.300/MC/DF (DJ 09.02.2006, p. 06), a reforçar ainda mais os argumentos já declinados, valendo transcrever:

"(...)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 consequências 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."

Anote-se, por fim, que a Lei n. 11.340/2.006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, inseriu no sistema jurídico as uniões homoafetivas como entidade familiar. Observe-se o art. 5º do aludido diploma legal, *in verbis*:

"Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de

Superior Tribunal de Justiça

orientação sexual."

Valho-me novamente da doutrina de Maria Berenice Dias (ob. cit. p. 195). Diz a consagrada civilista, desta vez mencionando Leonardo Barreto Moreira Alves, que "*o parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. O preceito tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. Pela primeira vez foi consagrada, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros. Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se este reconhecimento. Basta invocar o princípio da igualdade. A entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto*".

Adriana Ramos de Mello (*in* "Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher", Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 43) não destoia ao discorrer a respeito do dispositivo em questão: "Na verdade, a lei em estudo, de forma inédita em nosso direito, reconheceu a união homoafetiva como verdadeira 'entidade familiar' e não como mera 'sociedade de fato', e prevê medidas de proteção de caráter civil e penal, permitindo, inclusive, o afastamento do lar da agressora (art. 22, II), a restrição de visitas ao filho eventualmente adotado (por analogia ao art. 22, IV), a fixação de alimentos (art. 22, V) etc."

Ante tal quadro, entendo escorreito o acórdão impugnado que, levando em consideração o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, declarou a existência de união estável entre os autores recorridos, fazendo incidir, ao caso, por analogia, as normas legais que regem o relacionamento entre um homem e uma mulher que vivem em idêntica situação. Em decorrência, reputo não violados os dispositivos legais apontados como tal pela parte recorrente.

Por conseguinte, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, entendo que o pedido de declaração da união estável está afeto à vara de família (artigo 9º da Lei

Superior Tribunal de Justiça

9.278/96), e não à vara cível, daí por que inexistente nulidade no presente feito.

Ante o exposto, **conheço do recurso especial por ambas as alíneas (a e c) do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, mas para lhe negar provimento.**

É como voto.

