

Proponente: Claudia Aoun Tannuri e Carolina de Melo Teubl Gagliato

Área: Família

Súmula: A união homoafetiva é instituto de Direito de Família, sendo a ela aplicáveis as normas previstas nos Livros IV e V do Código Civil ('Do Direito de Família' e 'Do Direito das Sucessões'). É, pois, das Varas de Família e Sucessões a competência para o processo e o julgamento de ações que versem sobre uniões homoafetivas, cujos efeitos são equiparados aos da união estável.

Assunto:

A união homoafetiva deve ser reconhecida como entidade familiar, sendo que seus efeitos (alimentos, partilha de bens, sucessão, dentre outros), devem ser equiparados aos da união estável.

Portanto, ações de reconhecimento (com escopo declaratório) e ações de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva devem ser ajuizadas perante as Varas de Família e Sucessões.

Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:

A defesa desta tese é de suma importância e utilidade na representação em juízo dos necessitados, vítimas de discriminação em virtude de sua orientação sexual, a fim de que haja a tutela de seus direitos e interesses (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado – LCE n. 988/2006 – artigo 5º, III, VI, c, i e l).

A questão abordada na tese proposta é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do Direito de Família, dada sua relevância social. Como ainda há certa resistência do Poder Legislativo em editar leis sobre o tema, cabe ao Poder Judiciário, no julgamento de casos concretos, utilizar-se dos meios de integração do ordenamento jurídico para a solução justa das controvérsias que envolvam direitos homoafetivos.

Como integrantes de minoria que sofre com a discriminação e o preconceito da sociedade, carente de normatização de seus direitos, os homossexuais são hipossuficientes do ponto de vista social e jurídico.

Ademais, muitos homossexuais são economicamente necessitados, de modo que incumbe à Defensoria Pública do Estado ajuizar ações judiciais para ver reconhecidos seus direitos, nos termos dos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição 5º, inciso III da Lei Complementar Estadual n.º 988/2006.

Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos tribunais, contribuirá para a efetivação dos direitos de inúmeros usuários da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica:

A homossexualidade acompanha a história da Humanidade. Por certo, ela sempre existiu, no entanto, por diversas razões foi ocultada ou negada por longo período de tempo. Felizmente, nos dias atuais, os homossexuais vêm conquistando seu espaço e a aceitação da sociedade, eliminando gradativamente odiosos preconceitos. Não se trata de uma escolha ou de algum distúrbio genético, mas sim da orientação sexual da pessoa, uma forma de exercer sua sexualidade. Há diversas teorias que buscam explicar suas origens, mas, certamente, isso em nada interessa. Com efeito, o que de fato interessa é que os homossexuais, seres humanos, são dotados de dignidade e, desta forma, são titulares de direitos fundamentais unicamente pelo fato de serem pessoas.

André de Carvalho Ramos nos lembra, ao comentar a expressão direitos humanos:

"Assim, o adjetivo 'humanos' significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados 'direitos de todos'. Ou, conforme ensina NINO, a expressão 'direitos humanos' demonstra que tais direitos têm como único requisito de aplicabilidade a condição humana." (Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional, São Paulo: Renovar, 2005, p. 27)

Entretanto, cabe aqui fazer breve menção a alguns estudos a respeito do tema.

Dráuzio Varella explica:

"Como o presente não nos faz crer que essa ordem natural vá se modificar, por que é tão difícil aceitarmos a riqueza da biodiversidade sexual da nossa espécie? Por que insistirmos no preconceito contra um fato biológico inerente à condição humana? Em contraposição ao comportamento adotado em sociedade, a sexualidade humana não é questão de opção individual, como muitos gostariam que fosse, ela simplesmente se impõe a cada um de nós. Simplesmente é!" (disponível em , acesso em 24 de julho de 2009)

Desde os estudos de Alfred Kinsey, em 1949, popularizou-se a afirmação de que 10% da população humana teria orientação homossexual. Há estudos que apontam valores diferentes, tais como 4% e 14%. Kinsey elaborou uma escala, que divide a população em oito grupos: heterossexual exclusivo, heterossexual ocasionalmente homossexual, heterossexual mais do que ocasionalmente homossexual, igualmente heterossexual e homossexual (bissexual), homossexual mais do que ocasionalmente heterossexual, homossexual ocasionalmente heterossexual, homossexual exclusivo e indiferente sexualmente.

É muito difícil obter números seguros relativos à quantidade e frequência de homossexuais na população. O certo é que a existência e a aparição crescente de casais homossexuais é uma realidade social que não se pode mais negar.

Nas últimas décadas intensificaram-se os movimentos para defesa dos direitos dos homossexuais em todo o mundo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo já foi reconhecido na Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha, Noruega (países nos quais também é permitida a adoção por casais homossexuais) e África do Sul, bem como nos estados de Massachusetts, Califórnia e Connecticut. Há locais nos quais é regulamentada a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a qual possui os efeitos jurídicos da união estável, como, por exemplo, Dinamarca, França, Alemanha, Reino Unido, Hungria, Uruguai e as cidades de Buenos Aires e Cidade do México. Infelizmente, há, por outro lado, países que punem a homossexualidade com pena de morte (Arábia Saudita, Irã e Iêmen) ou com prisão (Líbano, Índia, Bangladesh, Quênia, Sri Lanka, Angola, Marrocos, Nicarágua, dentre outros).

No Brasil, não há legislação específica e expressa sobre o tema. Entretanto, é inadmissível que injustiças sejam disseminadas em razão de odiosos preconceitos e fatores de ordem ideológica ou religiosa. Diante da omissão do legislador, a lacuna da lei há de ser suprida pelo Juiz, que deve proceder à colmatação através de meios de integração (artigos 4º e 5º da LICC e artigo 126 do CPC), em atenção aos macroprincípios constitucionais da dignidade humana, liberdade e igualdade. Ademais, os julgadores devem aplicar a Constituição Federal, bem assim os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. É esta a resposta que a sociedade espera do Poder Judiciário, até porque não há proibição legal expressa ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

A Constituição Brasileira de 1988, promulgada no bojo do processo de democratização política, priorizou a proteção dos direitos e liberdades individuais e trouxe como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico o valor da dignidade humana. Trata-se do conteúdo expresso no artigo 1º, III e no artigo 3º, I e IV.

Por essa razão, é inconcebível e totalmente em desacordo com o espírito da nossa Constituição que sejam estabelecidas diferenciações em virtude da orientação sexual da pessoa.

Como afirma Flávia Piovesan, referindo-se a Ronald Dworkin e Fabio Konder Comparato:

"Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. Neste sentido, a interpretação constitucional é aquela interpretação norteada por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional. Impõe-se a escolha da interpretação mais adequada à teleologia, à racionalidade, à principiologia e à lógica constitucional. Como leciona o professor Fabio Konder Comparato, se os princípios gerais do Direito, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, constituíam uma fonte secundária, subsidiária, do Direito, aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte

primária por excelência para a tarefa interpretativa.” (Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp.192 e 193).

José Joaquim Gomes Canotilho ressalta:

“O Direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos Códigos; o Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios.” (A “principialização” da jurisprudência através da Constituição, RePro 98/84).

A concretização do princípio da dignidade humana em cada caso é tarefa que cabe ao Juiz. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta:

“(…) costuma-se apontar corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência- e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos-, de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que se reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional- tarefa cometida a todos os órgãos estatais.” (Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 202)

A doutrina prestigia a necessidade de reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Maria Berenice Dias afirma:

“A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamento que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer tutela legal. (...) Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano (...) A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.” (Manual de Direito das Famílias, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007, pp. 183 e 184).

No mesmo sentido, Rolf Madaleno:

"Nenhuma relação afetiva pode ficar à margem da proteção estatal, haja vista ser preceito da Carta Federal e convalidado como cláusula pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana e a homossexualidade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um... Enfim, as uniões homoafetivas constituem uma inescandível realidade social incapaz de ser ignorada, sobretudo quando cada vez mais se apresentam instituições e organizações engajadas pela aceitação e pela busca da aceitação e respeito pelas minorias." (Curso de Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.771 e 773).

Um ponto importante deve ser ressaltado. A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) inseriu no ordenamento jurídico as uniões homoafetivas, reconhecidas como entidade familiar. Em seu artigo 2º, determina que toda mulher, independentemente de sua orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; já no artigo 5º, parágrafo único, estabelece que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. A este respeito, afirma Maria Berenice Dias:

"Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros (...) Se família é a união entre duas mulheres, igualmente, é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. (...) "A marginalização a que até agora estavam sujeitas as uniões de pessoas do mesmo sexo - não só na esfera social, mas também no âmbito legal - acabou. Agora não há porque não as inserir no âmbito do Direito das Famílias. Está afirmado em lei que as uniões homoafetivas constituem entidade familiar. Afinal, diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica." (Os Reflexos da Lei Maria da Penha no Direito das Famílias, in Direito de Família: Processo, Teoria e Prática, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 55 e 57).

Erika Harumi Fugie afirma:

"De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito da personalidade, é direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no minimum necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito da personalidade, é atributo inerente à pessoa humana." (Inconstitucionalidade do art.226, § 3º, da CF?, RT 813/64, 2003, p.76)

Ana Carla Harmatiuk Matos ensina:

"Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana." (União de pessoas do mesmo sexo - aspectos jurídicos e sociais, 2004, p.148).

Sobre o tema, Ronald Dworkin destaca que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. (*Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss).

A ADPF n.º 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de levar a discussão sobre as uniões homoafetivas ao STF. Na petição inicial, observa-se:

"Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema... a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido- como houve- uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional(...)"

Recentemente, foi ajuizada a ADPF n.º 178, com o mesmo propósito.

Não há dúvida de que o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Poder Judiciário está intimamente relacionado ao direito que todo indivíduo tem de buscar sua felicidade. Segundo o pensador francês Pascal:

"todas as pessoas buscam a felicidade, Não há exceção para isso. Sejam quais forem os meios diferentes que empreguem, todos objetivam esse alvo."

Afirma Dalai Lama:

"Não sei se o universo, com o seu número infinito de galáxias e astros, tem um significado mais profundo. Mas é no mínimo claro

que todos nós, que vivemos nesta Terra, nos defrontamos com o objetivo pessoal de uma vida feliz.”.

Luis Roberto Barroso, observa, em artigo publicado – *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*:

“É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana. (...)As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação. 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 objetivas 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.”

Maria Berenice Dias afirma que o direito à sexualidade integra as três “gerações” de direitos, na medida em que se relaciona com postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana.

A mesma autora faz importante ponderação:

“A hipossuficiência social que decorre da homofobia se dá por preconceito e discriminação e gera, por reflexo, a hipossuficiência social e jurídica. A deficiência de normatização jurídica relega à margem do Direito certas categorias sociais. Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais, mesmo quando fruam de condição econômica suficiente.” (União

Homoafetiva, O preconceito e a justiça, 4ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 100)

A jurisprudência corrobora o entendimento acima:

"Relações homossexuais - Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido." (TJRS, 8ª CCív, AI 599 075 496, Relator Des. Breno Moreira Musso, j.17.06.1999)

"União 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 decorrentes 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 às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Dessa 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 parentes." (TJRS, 7ª CCív, AC 70001388982, Relator Des. José Carlos Teixeira Georgis, j.14.03.2001)

"Apelação Cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ausência de regramento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os princípios constitucionais (art.4º da LICC). Negado provimento ao apelo." (TJRS, 7ª CCív, AC 70009550070, Relatora Des. Maria Berenice Dias, j.17.11.2004)

"Registro de candidato- Candidata ao cargo de prefeito- Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município- Inelegibilidade (CF 14, § 7º). 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 CF. Recurso a que se dá provimento" (TSE, REsp Eleitoral 24564/Viseu-PA, Relator Min.Gilmar Mendes, j.01.10.2004)

Devem ser mencionados, ainda, os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

"Pensão por morte- Relação homoafetiva. Lei 498/2006 reconhece o direito pleiteado. A recusa ofende os princípios constitucionais de dignidade humana, isonomia e liberdade. "Não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente. Recurso provido." (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, AC 822.918-5/1-00, Relator Des. Marrey Uint, j.02.12.2008)

"Previdência social- Pensão- A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art.5º, caput, I,, CF)- O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.- Inteligência do art.40, § 5º, CF. Os juros de mora incidem a partir da citação (art.405 Cc e art.219 CPC) à razão de 6% ao ano, pois se trata de verba de caráter remuneratório (art.1º-F da Lei n. 9494/97). Precedentes do STF- Sentença reformada- Recurso provido." (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, AC 726.939.5/7-00, Relator Des. Rebouças de Carvalho, j.17.12.2008)

"Pensão- Servidora pública- Relação homoafetiva- Possibilidade de reconhecimento- Dependência econômica da autora comprovada- Aplicação dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana- Requisitos preenchidos- Ação procedente- Benefício devido a partir do óbito- Honorários corretamente arbitrados- Recurso da autora provida em parte- Recursos voluntário e necessário do Instituto não provido. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, AC 446.031-5/2-00, Relator Des.Luís Cortez, j. 10.06.2008)

"Indeferimento da inicial- Reconhecimento de união estável homoafetiva- Pedido juridicamente possível- Vara de Família- Competência- Sentença de extinção afastada- Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito." (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AC 5525744400, Relator Des. Caetano Lagastra, j.12.03.2008)

"Plano de saúde- Prestação de serviços médicos- Obrigação de fazer consistente na pretensão de incluir companheiro que manteve relacionamento homossexual semelhante à união estável reconhecida entre homem e mulher. Admissibilidade sob pena de ferimento ao princípio da isonomia e da liberdade sexual prevista no

art.5º, caput, 3º, I, da Constituição Federal. Jurisprudência do STJ. Procedência bem determinada. Recurso improvido.” (TJSP, AC 4859264900, Relator Des. Maia da Cunha, j.07.02.2007)

“Plano de saúde- Inclusão do companheiro do mesmo sexo como dependente. Possibilidade. Mandamentos constitucionais da isonomia e da vedação de discriminação por opção sexual. Reconhecimento dos conseqüentários jurídicos. Valor dos honorários mantido. Jurisprudência do STF e do STJ. Recurso improvido.” (TJSP, AC 4647304000, Relator Des.Maia da Cunha, j.16.11.2006).

“INVENTARIO. Inventariante. Sociedade de fato entre casal homossexual reconhecida por sentença transitada em julgado. Negativa, todavia, de reconhecimento da condição de herdeiro ao companheiro sobrevivente. Art. 226 §3º CF e 1723 CC. Ainda que não se denomine a união homoafetiva de união estável, por obstáculo da lei, há que se lhe reconhecer os mesmos direitos. Princípios da igualdade, liberdade e proteção da dignidade da pessoa humana. Art. 1º III e 5º CF. Vedação da discriminação em razão da orientação sexual do indivíduo. Casal que manteve convivência pública, contínua e duradoura por 20 anos, extinta apenas com a morte de um deles. Ausência de parentes sucessíveis. Direito de herdeiro que se reconhece ao companheiro sobrevivente, nomeando-se-o inventariante e prosseguindo-se no inventário. Recurso provido.” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 633.742-4/1-00, Relator Des.Teixeira Leite, j.25.06.2009)

Por fim, julgados do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios

da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, aligizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. " 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento9 - Recurso Especial não provido."

(STJ, 6ª Turma, REsp 395904/RS, Relator Min. Hélio Quagila Barbosa, j.13.12.2005)

"PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 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, 3ª Turma, REsp 238715/RS, rel.Min. Humberto Gomes de Barros, j.07.03.2006).

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 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.

(STJ, 4ª Turma, REsp 820475/RJ, rel.Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j.02.09.2008).

Em seu voto-vista, ressalta o ilustre Ministro Massami Uyeda: "Exatamente por se discernir que os fatos da vida são dinâmicos e, muitas vezes, não estão previstos em leis formais, mas que exigem uma apreciação valorativa, quando o Estado-Juiz é instado e provocado a apreciar a controvérsia, é que o próprio legislador infra-constitucional dispõe MP art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que: "Art.4º Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." e, no âmbito das disposições de Teoria Geral de Direito, ainda na sequência, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim estatui: "Art.5º Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

O Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n. 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro) – projeto cuja elaboração foi permeada pelo real significado do Direito de Família e com forte influência do IBDFAM – estabelece, em sua Justificativa relativamente à união homoafetiva:

"O estágio cultural que a sociedade brasileira vive, na atualidade, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão - diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988 -, abrigando generosamente os arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial. A explicitação do casamento, da união estável e da família monoparental não exclui as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, com finalidade de família, de modo público e contínuo. Em momento algum a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência brasileira tem procurado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares às

relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição. Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais.”

Estabelece o artigo 68 do Estatuto das Famílias:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança

Já os artigos 164 a 167 e 254 a 258 do Estatuto regulam o reconhecimento e a dissolução da união homoafetiva.

Não se pode olvidar que o texto legal escrito, muitas vezes, não é suficiente para abranger todas as situações que se desenham na realidade, especialmente no campo do Direito de Família. Trata-se do ramo do Direito no qual as transformações sociais mais irradiam seus efeitos, sendo que comumente o legislador não está em plena sintonia com todas as mudanças. Daí a importância da atividade do Poder Judiciário para que os casos concretos sejam solucionados de forma justa. O próprio ordenamento jurídico confere ao Magistrado instrumentos para suprir eventuais lacunas ou falhas legislativas, como os princípios gerais, a analogia e a equidade. A missão do Juiz não é simplesmente aplicar mecanicamente a literalidade dos textos legais aos casos que chegam ao Judiciário, vai muito além. É imprescindível que o Juiz tenha um papel ativo, que sempre esteja disposto a ouvir as partes, que se preocupe em trazer uma solução justa para os conflitos de interesses, em suma, que esteja comprometido com a Justiça e não com a escassez da letra da lei.

Cândido Rangel Dinamarco destaca:

“Não há lugar, na moderna cultura do processo civil de resultados, para o juiz-Pilatos que só observa e não interfere, nem para o juiz mudo, obstinadamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar prejuízos. O juiz moderno tem o dever

de participar da formação do material sobre o qual apoiará sua livre convicção.” (Instituições de Direito Processual Civil, v.II, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.234)

A interpretação literal do ordenamento jurídico é a mais pobre e vazia. Se, de fato, pretende alcançar o ideal de justiça, deve sempre o aplicador da Lei proceder a uma interpretação sistemática, balizada pelos macroprincípios da dignidade humana, liberdade e igualdade.

Se atualmente julgamos repugnante a idéia de restringir liberdades individuais (por exemplo, a liberdade de expressão), como ocorreu no Brasil com o AI n. 5, de 13 de dezembro de 1968, por certo, daqui a vinte anos soar á absurdo aos cidadãos brasileiros saber que antes havia restrições à liberdade de orientação sexual, bem como que não era reconhecida a igualdade de direitos aos homossexuais.

A homossexualidade integra a realidade dos seres humanos e o Estado não pode mais simplesmente fingir que não a vê ou deixá-la de lado. Não se pode querer ignorar ou reprimir o que salta aos olhos e que faz parte da natureza de muitas pessoas. Não se trata de opção, mas sim de orientação.

A união homoafetiva apresenta todos os requisitos configuradores da união estável, independentemente do *nomen iuris* que se pretenda conferir a ela. O fato é que se caracteriza como união afetiva e duradoura, e, por medida de justiça e eticidade, mister que haja o reconhecimento de efeitos jurídicos de direito de família a tal união. É o que preceitua o artigo 5º da LICC.

Fundamentação fática:

A tese proposta tem aplicabilidade em casos práticos que envolvam o reconhecimento de uniões mantidas entre pessoas do mesmo sexo, a fim de lhes atribuir efeitos próprios do direito de família, como direito a alimentos, à meação sobre o patrimônio comum, à herança, direito real de habitação, dentre outros. Destaca-se, ainda, a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva para fins previdenciários ou para inclusão de companheiro em plano de saúde.

Igualmente tem aplicabilidade em situações de violência doméstica (aplicação da Lei Maria da Penha), em que se faz necessária a propositura de ação principal de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva

Destaque-se, ainda, que a atribuição de efeitos equiparados aos da união estável para as uniões homoafetivas tem grande relevância social, contribuindo para a gradativa eliminação de preconceitos e discriminações.

Por fim, ressalte-se que a Defensoria Pública já ajuizou ações de reconhecimento de união homoafetiva. Merecem ser mencionados os seguintes processos judiciais:

- i) Processo n.º 100.09.306348-1 (o processo foi extinto por impossibilidade jurídica do pedido e a Defensoria Pública

interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento);

- ii) Processo n.º 100.09.306349-0 (o processo foi extinto por impossibilidade jurídica do pedido e a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento);
- iii) Processo n.º 100.09.149400-0 (a ação foi ajuizada junto às Varas da Família e das Sucessões do Foro Central, entretanto, o juiz que recebeu o processo determinou a remessa dos autos à Vara Cível e o juiz cível suscitou conflito de competência, o qual ainda não foi julgado);
- iv) Processo n.º 100.09.167095-0 (a ação foi ajuizada junto às Varas da Família e das Sucessões do Foro Central, entretanto, o juiz que recebeu o processo determinou a remessa dos autos à Vara Cível e o juiz cível, entendendo ser competente, determinou a citação do réu. A Defensoria Pública interpôs recurso de agravo de instrumento para que o feito se processe junto às Varas de Família).

Sugestão de operacionalização:

Sugere-se que o pedido de reconhecimento de união homoafetiva seja assim formulado na petição inicial:

"(...)

Dos pedidos:

(...)a procedência dos pedidos formulados, com a declaração da união homofetiva mantida pelas partes e sua dissolução, reconhecendo-se o direito da Autora à meação sobre os bens imóveis adquiridos na constância da união, bem como condenando-se a requerida ao pagamento de pensão alimentícia à requerente no importe de um salário mínimo mensal, mediante depósito bancário todo dia 10 de cada mês.

É evidente que tais pedidos comportam variações, a depender dos interesses do assistido pela Defensoria Pública do Estado.

Observe-se ser possível, até mesmo, o ajuizamento de ação de reconhecimento de união homoafetiva sem qualquer repercussão na esfera patrimonial, unicamente para fins morais.

Estas, pois, são as considerações apresentadas a respeito do tema. Pleiteia-se a adoção da Súmula acima transcrita como tese institucional da Defensoria Pública do Estado, Instituição absolutamente comprometida com a defesa dos direitos humanos e que, portanto, não pode se omitir em face das reiteradas violações dos direitos fundamentais dos homossexuais, devendo atuar junto aos Tribunais, além de firmar posição institucional a respeito do tema