



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
JUIZO DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE
SALVADOR – BA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL

PROCESSO N.º 2341662-3/2008

SENTENÇA

R. DA S. B. e Z. M. DO N., ambas devidamente qualificadas nos autos, por meio de advogados regularmente constituídos, ajuizaram a presente ação objetivando ver declarada a união estável havida entre elas.

Em sua inicial, após requererem os benefícios da Justiça Gratuita e a contagem dos prazos processuais em dobro, por estarem representadas por associação de apoio jurídico e que, por analogia, equipar-lhe-ia as prerrogativas da Defensoria Pública. Narram as requerentes que convivem de forma pública, duradoura e monogâmica por um período superior a 10 anos, o que caracterizaria a existência de uma verdadeira união estável, haja vista que “pautava suas vidas na construção e manutenção de laços afetivos marcados pelo amor, respeito e compreensão mútuos.”

Dizem mais que, como prova da convivência duradoura e com animus de formar família, e que, além disso, evidenciaria a dependência econômica recíproca entre as requerentes, são elas dependentes de cartões de crédito uma da outra, além de que uma das companheiras figura como dependente em seguro de vida instituído pela outra.

Por final, invocando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pedem procedência do pedido, com a conseqüente declaração da união havida entre as requerentes.

Juntaram aos autos diversos documentos, os quais são indicativos da vida em comum, tais como fotografias, missivas de amor, correspondências enviadas para endereço comum, etc.

Designada a ouvida das partes e das testemunhas por elas arroladas, a mesma se realizou, estando o respectivo termo colacionado as fls. 71/72 dos autos.

Ouvido o Ministério Público, em memorável parecer da lavra da Promotora de Justiça CLÁUDIA ELPÍDIO (fls. 74/77), pugnou pela procedência do pedido, devendo-se, pois, certificar e reconhecer a união estável homoafetiva havida entre as suplicantes.

Vieram-me autos conclusos para decisão.

É o relatório.

DECIDO.

Defiro, inicialmente, o benefício da assistência judiciária gratuita requerido na exordial, uma vez que comprovados os requisitos legais para acolhimento do pleito.

Por outro lado, indefiro a contagem do prazo em dobro requerido pelos patronos das requeridas por integrarem eles associação de apoio jurídico sem fins lucrativos.

É que, conquanto os serviços de assistência judiciária prestados pelas faculdades de direito realizem relevante serviço social, não podem usufruir da prerrogativa de prazo em dobro conferida à Defensoria Pública pelo artigo 5º da Lei 1.050/50, por ausência de previsão legal.

Nesse sentido, destaca-se o “cargo equivalente” a que se refere a lei diz respeito aos serviços organizados de assistência judiciária prestados pelo Estado, vez que a finalidade legal é facilitar o trabalho estatal, muitas vezes sobrecarregado pelo volume excessivo de processos.

Embora não se desconheça respeitáveis posicionamentos filiados a tese extensiva defendida pelas suplicantes, brilhantemente defendida pelo promissor jurista Ticiano Alves¹, tenho que as prerrogativas processuais da

¹ Com a devida vênia, não é esse o entendimento que mais coaduna com a finalidade do próprio instituto do prazo em dobro conferido a Defensoria Pública e a quem exerça cargo equivalente. Outro fator determinante não é se o NPJ ou assemelhado possui convenio com o

intimação pessoal e da contagem do prazo em dobro estendem-se apenas aos defensores Públicos e aos agentes estatais que no âmbito de uma estrutura de assistência judiciária organizada mantida pelo poder Público, desempenhem os encargos institucionais a que se refere o artigo 134 da Constituição Federal.

Fica indeferido, pois, o pleito incidental, no particular.

Quanto ao mérito, da análise atenta dos fatos articulados nos autos relativos ao relacionamento desenvolvido entre as requerentes, tenho que o mesmo se apresenta de forma duradoura, uma vez que data dos idos de 1997 o início da convivência das companheiras, cujo laço afetivo que as une exsurge da prova carreada aos autos com características de estabilidade, publicidade e intensidade próprias do que se imagina para um núcleo familiar.

Com efeito, conforme afirmou a testemunha V. da C. T., "(...) as requerentes são muito ligadas, muita afinidade; Que já disseram ter sociedade conjugal; Que moram juntas; Que possuem uma casa próxima a da depoente onde vivem juntas.", constatação esta que foi reiterada pelo depoimento das demais testemunhas ouvidas em audiência, assim como pelo depoimento pessoal de ambas as requerentes.

Neste passo, repita-se, as provas e elementos constantes nos autos dão conta da formação de um núcleo familiar estável e duradouro, cuja união se baseia, singelamente no amor independentemente da orientação sexual adotada pelas conviventes.

Estado e sim a própria função por ele exercida, vale dizer, a defesa de interesse de pessoas necessitadas.

A desigualdade de tratamento só é lícita quando fundada em fator de discriminação correlacionado com a finalidade do dispositivo prestigiada constitucionalmente. Se a finalidade da norma é tornar menos dificultosa a defesa dos interesses de cidadãos hipossuficientes em juízo, o fator de discriminação deve ser a função pública e gratuita prestada a todo aquele que demonstre insuficiência de recursos, independentemente de haver convenio com o Estado ou não.

Surpreendentemente, a pessoa carente que procurar a Defensoria Pública ou órgão conveniado com o estado gozará do benefício de prazo e a que for atendida por um NPJ que exerce "função equivalente" terá a prerrogativa negada.

Deve-se ter em mente, essencialmente, que o benefício é concedido à parte e não ao seu defensor. Como admitir, pois tratamento tão desigual a pessoas em situações iguais? Foca claro diante disso, o absurdo que leva a interpretação tão restrita da norma do artigo 5º, §5º da LAJ." (SILVA, Ticiano Alves e. Prazo em dobro aos núcleos de prática jurídica e assemelhados. Interpretação do artigo 5º, da Lei 1.060/50. Jus Navigandi, Teresina, ano II, n1501, 11 ago. 2007. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10275](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10275) Acesso em 27/02/2009)

Daniela Mercury, artista de grandeza maior no cenário musical dos últimos tempos, vanguardista por essência, cuja inquietude provoca a própria reinvenção e renovação da expressão do segmento artístico em que atua, canta em um dos versos de sua canção: “o amor não é seu/ não é meu nem de ninguém/ o amor só quer amor/ não importa de onde vem”².

É o que ocorre no caso dos autos. As requerentes, após se conhecerem, nutriram, mútua e reciprocamente, um sentimento amoroso de tamanha grandeza que saltaram as barreiras do estigma social, dando azo à ruptura dos tradicionais e, por que não dizer, arcaicos, conceitos de família enraizados nas mentes de muitos preconceituosos que teimam em discriminar o diferente sem mesmo perquirir acerca dos valores éticos que norteiam não só as pessoas das conviventes, mas a própria relação em si desenvolvida na qual se dá amor em troca de puro amor, não importando de onde ou de quem vem.

Eis, pois o contorno fático que se forma após a análise detida das provas carreadas aos autos, restando, então, dar-lhes a conseqüência jurídica adequada.

Neste diapasão, cumpre ressaltar que o texto constitucional, além da família decorrente do casamento, conferiu status de entidade familiar à união estável entre um homem e uma mulher e às famílias chamadas monoparentais, deixando de disciplinar, no entanto, as relações afetivas entre dois indivíduos do mesmo sexo.

Sucedo que, apesar, de o ordenamento jurídico brasileiro não discipliná-las, não se pode deixar de reconhecer estas relações homoafetivas e os seus efeitos jurídicos, pois não pode o operador do Direito, à custa de manter intacto determinado dispositivo de lei, deixar à margem do sistema legal os anseios daquele que não se enquadram no conceito tradicional de família ou entidade familiar, uma vez que o homossexual não é cidadão de segunda categoria, sendo certo que a opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade do ser humano.

De mais a mais, há de se registrar que a definição de família é e jamais poderia ser estanque. As transformações políticas, econômicas, culturais e sociais vêm ao longo dos tempos transmudando as relações interpessoais, sendo que o próprio conceito de entidade familiar ampliou-se consideravelmente ao longo dos tempos, para incluir, inclusive, relacionamentos não advindos do casamento legal, como ocorreu com a união estável.

² Trecho da música “Amor de Ninguém”, de autoria de Jorge Papapa, constante no álbum “Balé Mulato”, da Daniela Mercury, 2005, EMI.

Aliás, diversos institutos do Direito de família sofreram significativas alterações conceituais com a evolução da sociedade, tal como ocorreu com a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, a qual restou afastada pelo legislador, cabendo ressaltar que, hodiernamente, a paternidade socioafetiva é tema relevante nas ações de investigação de paternidade do vínculo biológico, chegando ao ponto de superá-la, por vezes.

Enfim, o delineamento de família contemporânea tem no afeto sua mola propulsora, valendo transcrever o ensinamento de Rodrigo da Cunha pereira acerca da sua evolução conceitual:

“A partir de Lacan e Levi Strauss, podemos dizer que família é uma estruturação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estar necessariamente ligados biologicamente. Tanto é uma questão de "lugar", que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológica. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológicos podem ter dificuldade em ocuparem este lugar de pai ou de mãe, tão necessários e essenciais à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos e sujeitos de Direitos.

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

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

família não é natural, mas essencialmente cultural.

(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos. Psicanálise e Inclusão Social. In Revista Brasileira de Direito de Família. Vol. 16, jan/fev/mar. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003) – sem grifos no original

Na mesma linha de raciocínio, Lourival Serejo completa que:

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

Entretanto, não se pode perder de vista que: *“O Direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independente da orientação sexual do par”.* (DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito e a justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 68), sendo certo que a conceituação da família não deve ficar concentrada na letra da lei, mas agregar fatores sociais, culturais e econômicos, que são dinâmicos. Sua compreensão não há de ser limitativa, restritiva ou excludente, mas sim ampliativa e inclusiva, de modo a observar seu caráter plural e instrumental.

Outrossim, claro é que o magistrado não pode ser escravo de nada, nem mesmo da literalidade da lei. O Direito é produto de uma dialética equilibrada entre teoria e ação, entre intuir e saber, entre o preceito legal e o dinamismo da vida. Ora, se a ordem não contempla a solução única, como ocorre com as ciências exatas é natural que a escolha da solução adequada dependa, não mais da “razão pura”, mas da razão prática.

Conforme explicita Carlos Maximiliano:

"Não basta a elaboração lógica dos materiais jurídicos que se encontram num processo, para atingir o ideal de justiça baseado nos preceitos codificados. Força é compreender bem os fatos e ser inspirado pelo nobre interesse pelos destinos humanos; compenetrar-se dos sofrimentos e aspirações das partes, e lhes não oferecer "uma pedra de simples raciocínio, e, sim, o pão de amparadora simpatia". O juiz, embora não se deixe arrastar pelo sentimento, adapta o texto à vida real e faz do Direito o que ele deve ser, uma condição da coexistência humana, um auxiliar da idéia, hoje vitoriosa, da solidariedade social".

Por isso o magistrado ficará abaixo do seu ministério sublime, se lhe faltar algum dos requisitos seguintes: "inteligência suficiente por natureza, estudo e exercício; ânimo simples e imparcial por estar livre de preconceitos, paixões e interesses; intenção de conhecer a verdade: estudo diligente; minuciosa e contínua intenção de conhecer dos mais insignificantes circunstâncias do fato". (Hermenêutica e aplicação do Direito - Revista Forense - 18º edição - 1998 - p. 101/102).

Com efeito, pó reconhecimento de um direito não deve partir necessariamente, apenas da norma positivada. Um direito pode ser reconhecido sem que haja lei que o preveja explicitamente, como no caso dos autos, porquanto integrante do sistema jurídico como um todo, na categoria dos direitos naturais ou fundamentais de todo ser humano, que comumente são externados, percebidos, mas só posteriormente positivados por marcantes fatos sociais, como revela a própria história da civilização, em constante modificação e evolução.

É trabalho do intérprete acompanhar atentamente o fato social e exigências contemporâneas em que se inserem os valores jurídicos, concorrendo ele para a evolução do Direito com a completa avaliação do possível alcance de certa norma, implícita na Lei Maior.

Neste contexto, a situação posta nos autos, porquanto tormentosa para alguns juristas, merece enfrentamento à luz dos princípios constitucionais da dignidade e da igualdade.

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, onde a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

Nesse passo, a Constituição, compreendida enquanto sistema de princípios, não obstante ausência de previsão expressa acerca da família homoafetiva, contempla os princípios da igualdade e da não discriminação (art. 3º, IV, CF).

E o tratamento hermenêutico a ser dado em caso de colisão de princípios é o de que um deles deva recuar, prevalecendo o de maior peso.

Para Bonavides, forte na lição de R. Alexy, esclarece:

“Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer - elucida Alexy - que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede a outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso - afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo - se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.” (Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 8.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p.251.)

Existe, pois, uma afinidade entre a teoria dos princípios e a dos valores, por isso que Paulo Bonavides, na obra citada, assinala “a importância vanguardista” da teoria de Alexy no tocante ao valor normativos dos princípios”

Ora, no caso presente, o regramento constante do artigo 226 da Constituição Federal que versa sobre a união estável limitada ao relacionamento entre homem e a mulher, deve ceder lugar ao princípio da igualdade EI, sobretudo, ao princípio da não-discriminação, o qual constitui um

dos objetivos fundamentais da República, tal como se vê no caput do art. 3º do texto constitucional.

Quando a Constituição assinalou a igualdade sem distinção de sexo, proibindo qualquer forma de discriminação (inciso IV, art. 3º, CF) aí compreendeu que a questão dos homossexuais, como bem esclarece José Afonso da Silva:

"A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotar a orientação que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher aqueles fatores que têm servido de base para desigualdades e preconceitos". (in Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 223).

Fica claro, pois que as Requerentes, na sua condição homossexual, têm o direito constitucional de não serem discriminadas.

A união homoafetiva implica uma situação representativa de entidade familiar, quando decorrente de convivência duradoura, pública e contínua, porque o princípio da não discriminação afasta a limitação de que tal união seja somente entre homem e mulher.

Luis Recaséns Siches, referindo-se ao relato de Radbruch, conta o caso de uma estação ferroviária da Polônia, na qual havia um cartaz que proibia a entrada de cachorros, quando ali apareceu alguém acompanhado de um urso, sendo que o vigia proibiu o acesso. A pessoa protestou dizendo que estava acompanhada de um urso e que a proibição era somente para cachorros.

Prossegue Siches dizendo que se se aplicasse a lógica tradicional, obviamente a pessoa acompanhada do urso teria o direito de entrar, contudo,

qualquer juízo de razoabilidade chegaria à conclusão do absurdo da entrada do uso.

Trata-se de um exemplo caricatural, mas que bem define a situação e esclarece que a lógica tradicional é meramente enunciativa, cabendo ao juízo de razoabilidade os pontos de vistas de valor, como esclarece aquele grande jurisfilósofo.

Veja-se a lição de Siches para maior clareza:

“El meollo de la sentencia judicial no se obtiene aplicando la lógica tradicional, porque la lógica tradicional, tanto la de Aristóteles como la de los modernos y contemporáneos, es la lógica para tratar con ideas, o para tratar con realidades desde el punto de vista de lo que esas realidades son. En cambio, al juez no le interesa determinar puras realidades, sino decidir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades. Y precisamente los aspectos que de esas realidades interesan están conjugados con criterios estimativos. No importa que un oso no sea realmente un perro. Lo que importa es que, para los efectos estimativos de aquella situación, un oso representa lo mismo que un perro. No importa que quien dictó aquella norma general que prohibía el acceso con perros al andén nunca pensara de hecho en osos. Al juez no le interesa la diferencia entre perros y osos desde el punto de vista del conocimiento científico o del conocimiento vulgar, ni tampoco le interesa saber si al legislador se le ocurrió o no pensar en osos. Lo que el juez debe averiguar es si la valoración, que sirvió al legislador como determinante de aquella prohibición, era aplicable al nuevo caso planteado y no mencionado; para lo cual debe también examinar o analizar los aspectos de las situaciones sociales en relación con aquella valoración. Para llevar a cabo esos dos tipos de averiguaciones recíprocamente relacionadas, emplea un criterio. Ese criterio ya hemos visto que no puede ser el de la lógica tradicional. Ese criterio es el del logos de lo razonable, el logos de lo humano. Ese criterio es, en suma, el método correcto de interpretación jurídica, y, por tanto, el método correcto para la función jurisdiccional.” (Luis Recaséns Siches. El logos de "lo razonable" como base para la interpretación jurídica in: Dianoia, Anuario de Filosofía,

México: Fondo de Cultura Económica, año II, 1956, num. 2, p. 53).

Existe, pois, uma valoração da situação posta em juízo, ao abrigo do princípio constitucional da não discriminação, que impõe uma extensão ao conceito de união estável ao influxo da lógica do razoável, para anele integrar a possibilidade da união homoafetiva.

Lado outro, 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 da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).

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 a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras 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 Luis Roberto Barroso que 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; 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. (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 27/02/2009).

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

Ademais, havendo omissão normativa quanto a determinado fato que se apresenta ao meio social, cabe ao intérprete supri-la.

É o que preconiza o princípio da indeclinabilidade estatuído no art. 126, do CPC, que 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 do 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*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 335)

Enquanto, por injustificável omissão do legislador, “*não forem disciplinas 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 & a Justiça. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p.19/20)

Daí porque se invoca o princípio da analogia para concluir-se que: a Constituição Federal abriga expressamente três tipos de família: a) casamento, união estável com dualidade de sexos e família monoparental; b) a união homoafetiva, como outra espécie de família, está protegida implicitamente pela Constituição; c) a outra espécie de família, apesar da falta de norma específica, é defluência da própria ordem jurídica e equiparável, pela presença de elementos semelhantes, às uniões estáveis, com caráter de entidade familiar ((BARROSO, 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 27/02/2009).

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

Não se pode olvidar, contudo, que 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 de ADI 3300, mesmo julgando extinto o processo, ante à ocorrência de óbice forma, sinaliza posicionamento no sentido aqui defendido, extraindo-se do 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, "Unões 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.)."

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 238.715, sendo relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, mesmo não conhecendo o recurso, restou registrado:

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, Resp 238.815, Terceira Turma, Rel. Min. HUM,BERTO GOMES DE BARROS, em 07.03.2006).

De acordo com o julgado, colhe-se que:

A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes da 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 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 evidencia 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 STH 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. VINVULAMO-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 Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, por ocasião do julgamento do Resp 24564/PA de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, em 1/10/2004, entendeu que ...”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, parágrafo 7º da Constituição Federal.”

Ao influxo desse acórdão do TSE, que analogicamente reconhece a união homossexual como submetida à regra da inelegibilidade do artigo 14, parágrafo 7º, da Constituição, Vitor F. Kumpel esclarece que:

"Retomando o pensamento já comentado, a decisão é muito mais do que inovadora, pois não só estabeleceu uma analogia, em norma restritiva de direito, como equiparou os institutos constitucionalmente díspares. Sem levar em conta se há ou não a mesma ratio entre união estável homossexual e união estável heterossexual, para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação, ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois, nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito. O prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família.

Dessa forma, fica a questão dos efeitos do precedente jurisprudencial vir a caracterizar relações familiares, em que, citando pessoas como as parceiras Maria Eulina e Astrid Maria, possam, a partir de agora, exigir o direito de adoção; obrigação alimentar recíproca; direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares. Ressaltando que, como foram equiparadas a pessoas casadas e vivendo uma união estável (por serem consideradas inelegíveis), porque, então, ao mesmo tempo, não poderiam usufruir dos direitos acima mencionados ?". (Vítor F. Kümpel. Breves Reflexões Sobre o Homossexualismo. In: Revista Magister - Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Editora Magister S.A., nº 04 jan/fev/05, p.72 e ss)

Não há como fugir à inflexão lógica do argumento retro transcrito, pois, se o estado, por meio de seu mais alto Tribunal Eleitoral, impôs a duas cidadãs a regra da inelegibilidade, em razão de união homoafetiva têm o direito de requestrar do mesmo Estado garantias dos mesmos direitos de família, porque foram tais direitos os empolgados para a incidência do art. 14, §7º da Constituição, quando da imposição da inelegibilidade no caso aqui tomado como paradigma.

Como bem asseverou a douta Desembagadora Helísa Combat, por ocasião do voto proferido na apelação cível de n.º 1.0024.06.930324-6.001:

"Todavia, ao meu ver, os direitos decorrentes da união homoafetiva são indissociáveis do conceito de entidade familiar, ou seja, não há como conferir direitos sem, antes, reconhecer que a união entre pessoas do mesmo sexo configure uma entidade familiar.

E, no meu entendimento, desde que preenchidos os requisitos necessários, deve ser reconhecida como união estável a união homoafetiva. E, considerando-se que a Constituição Federal reconhece o caráter de entidade familiar da primeira, não há motivos para se negar, à segunda, o mesmo título.

A partir da segunda metade do século XX, com, dentre outros fatores, a quebra do patriarcalismo, a revolução feminista e a globalização, a família passou por grande transformação, tendo deixado de ter como requisitos apenas o casamento, o sexo e a reprodução. Hoje, a antiga instituição é calcada, acima de tudo, no vínculo afetivo, admitindo-se, pois, várias formas de se constituir uma família, que pode ser a tradicional, formada por pai, mãe e filhos; aquela formada apenas por pai ou mãe e seus filhos; aquela constituída apenas por irmãos, nada impedindo que pessoas de mesmo sexo também formem uma família. Nesse novo século, a antiga fórmula pré-estabelecida para se definir a família, cedeu lugar ao convívio, ao companheirismo e à afetividade. "

Diante de tudo que se argumentou, e ainda em consonância com as provas constantes dos autos, JULGO TOTALMENTE PROCEDENTE o pedido constante da exordial, declarando, destarte, a UNIÃO ESTAVEL HOMOAFETIVA, havida entre R. da S. B. e Z. M. do N., para todos os fins de Direito, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Sem custas nem honorários, em face da ausência de litigiosidade no feito e do deferimento do pedido de assistência gratuita.

Transitada em julgado esta sentença, arquivem-se os autos, com a devida baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Salvador, 02 de abril de 2009.

ANTONIO MONACO NETO

Juiz de Direito