

**UNIÃO HOMOAFETIVA:
NOVO MODELO DE ENTIDADE FAMILIAR**

BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais
bpaiva@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente trabalho pretende demonstrar que a união homoafetiva deve ser considerada um novo modelo de entidade familiar.

A legislação de regência, os ensinamentos doutrinários, assim como os recentes entendimentos dos tribunais serão as ferramentas utilizadas para o desenvolvimento do assunto proposto.

O subtítulo inicial abordará as características relacionadas à concepção moderna de família.

O tópico seguinte irá cuidar dos núcleos familiares contemplados pelo direito brasileiro. Almeja-se confirmar a tese de que o rol estabelecido no art. 226 da Carta Magna é apenas exemplificativo.

Num terceiro momento, a união homoerótica será avaliada à luz da ordem constitucional vigente, cabendo ao Poder Estatal, nesse contexto, tutelar tal forma de convívio por força da consolidação da sociedade pluralista.

Destacam-se, no quarto capítulo, os efeitos jurídicos que decorrem da união afetiva homossexual. Denota-se que eles são adequados,

somente se a aludida união for reconhecida como unidade familiar. Por outra banda, se a relação entre pessoas do mesmo sexo constitui sociedade de fato, suas consequências são restritas.

Uma vez que não existe no Brasil legislação sobre o tema, o magistrado precisa estar atento aos instrumentos de que dispõe para dirimir as questões homoafetivas. Essa é a discussão central do quinto item.

No último tópico, o estudo será permeado por interpretações jurisprudenciais que conferem aplicabilidade à matéria.

2. Definição moderna de família

O conceito de família passou por algumas mudanças ao longo dos anos. A estrutura alicerçada no casamento, composta pelo pai, mãe e filhos, não é mais a única forma de convivência admitida na sociedade hodierna.

Outros modelos familiares saltam aos olhos e merecem ser respeitados, haja vista que os objetivos de qualquer família são idênticos, ou seja, a procura da felicidade, bem como a realização pessoal de cada um de seus integrantes.

De acordo com os ensinamentos da jurista Lidiane Duarte Horsth, a família moderna há de ser encarada como o agrupamento de duas ou mais pessoas, em caráter estável e ostensivo, que tem como motivo principal de sua manutenção a existência do amor e do afeto entre seus membros, devendo haver, ainda, comunhão de interesses e planos comuns (HORSTH, 2007, p. 232).

Noutro vértice, registra-se que a organização familiar precede ao Direito, sendo certo que, para ser reconhecida, não necessita estar atrelada às ideologias consagradas em determinado momento histórico.

A evolução da família independe de atualizações jurídicas. Não podem ser marginalizados certos tipos familiares simplesmente porque não há normas de proteção a eles direcionadas.

Destarte, levando-se em consideração os aspectos culturais e afetivos, assevera-se que todas as unidades familiares devem ser açambarcadas pela ciência jurídica, mormente pela preterição de alguns elementos tradicionais face à nova realidade social.

3. Entidades familiares no direito brasileiro

O texto constitucional pátrio instituiu três modelos de entidades familiares, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 2008).

O Código Civil de 2002, no livro destinado ao Direito de Família, assim preconiza:

Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Com base nos dispositivos supramencionados, insta salientar que foram positivadas certas categorias de entidades familiares, quais

sejam: o casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Embora somente tais famílias tenham sido eleitas pelo legislador brasileiro, não podem ficar afastados desse universo, por exemplo, os irmãos que vivem juntos sem a presença dos ascendentes e as uniões homoeróticas.

A lógica do sistema jurídico conduz à conclusão de que a enumeração exarada no art. 226 da Constituição da República é meramente exemplificativa. A diferença de sexo e a reprodução biológica não são requisitos indispensáveis para a constituição de família.

Nesse ambiente, aduz Maria Berenice Dias:

A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. Assim, a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal [...]. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. (DIAS, 2001, p. 102).

Paulo Luiz Netto Lobo entende que o rol estabelecido na norma constitucional não é taxativo, a saber:

A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo ‘também’ nela contido. ‘Também’ tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto. (LÔBO, 2002).

Desse modo, caso fossem tuteladas pelo poder público apenas as modalidades estabelecidas expressamente no ordenamento jurídico, seriam discriminadas, injustificadamente, outras relações familiares, o que não coaduna com o Estado de Direito.

4. A união homoafetiva como novo modelo de família à luz da ordem constitucional vigente

Alguns estudiosos da matéria, em vez de inserirem as uniões homossexuais no universo do Direito de Família, as situam no âmbito do Direito Obrigacional, o que não parece ser o entendimento mais acertado, em razão do espírito constitucional que rechaça distinções desarrazoadas.

Sabe-se que o preâmbulo da Constituição de 1988 há de ser visto como um elemento de integração e interpretação dos artigos que o seguem. Ademais, mesmo não sendo considerado norma constitucional, demonstra as vontades políticas e ideológicas do Estado. O texto preambular da Constituição Republicana tem por escopos, entre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Gize-se que os efeitos jurídicos decorrentes da união homoafetiva precisam estar em sintonia não só com o preâmbulo, mas também com as diretrizes constitucionais que sustentam as ações estatais.

O fundamento da dignidade da pessoa humana, bem definido por Alexandre de Moraes, imprescindível à manutenção da ordem social, carece ser invocado no intuito de conferir proteção ao relacionamento afetivo homossexual.

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limi-

tações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (MORAES, 2006, p. 16).

Além disso, se a República Federativa do Brasil preza pela isonomia, liberdade e promoção do bem comum, sem discriminações de qualquer natureza, não é admissível excluir as uniões homoeróticas do campo de ação do Direito Familiar.

Pactuar com a ideia de que pessoas do mesmo sexo não podem constituir família é o mesmo que negar efetividade aos postulados basilares da democracia.

Recentes julgados reforçam os argumentos acima delineados:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAfetiva. UNIÃO FORMADA POR CASAIS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. CONSTITUIÇÃO PROÍBE QUALQUER FORMA DE DISCRIMINAÇÃO. CONFLITO PROCEDENTE. É competente o Juízo de Direito da 1.^a Vara de Família da Capital para julgar ação declaratória de união formada por casais do mesmo sexo, por ser incabível em nossa Carta Magna qualquer forma de discriminação. TJMS - Confl. Comp. 2007.030521-7/0000-00; 3.^a Turma Cív. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (MATO GROSSO DO SUL, 2007).

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO - UNIÃO HOMOAfetiva - RECONHECIMENTO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA - PRECEDENTES - APELO E REEXAME NECESSÁRIO INACOLHIDOS. Em face de lacuna legislativa, cabe ao Judiciário oferecer proteção jurídica às situações oriundas de união homoafetiva, através de uma interpretação sistemática, com fundamento nos princípios da dignidade humana, igualdade e repúdio à discriminação. 'Como direito e garantia fundamental, dispõe a Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É o *caput* do art. 5º Conforme o ensinamento mais básico de Direito Constitucional, tais regras, por retratarem princípios, direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras, inclusive aquela esculpida no art. 226 § 3º, que prevê o reconhecimento da união estável entre homem e a mulher...' TJSC – AC 2007.021488-2, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho (SANTA CATARINA, 2007).

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. TJRS – AC 598362655, 8.^a Câmara Cív. Rel. Des. José S. Trindade (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Portanto, como se nota, as uniões homoafetivas não podem ficar distantes do Direito de Família, sob pena de haver o cerceamento de direitos à determinada parcela social, mediante a violação de princípios fundamentais, sendo que essa limitação não foi desejada pela Constituição Cidadã.

5. Efeitos jurídicos decorrentes da união homoerótica

Muito se discute no mundo jurídico acerca da natureza da união homossexual.

Os jurisconsultos conservadores opinam no sentido de que ela está conectada ao direito das obrigações e configura sociedade de fato, acarretando, dessa maneira, a partilha de bens efetivada proporcionalmente ao esforço empregado por cada parceiro na aquisição do acervo patrimonial.

As decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de Santa Catarina ilustram esse pensamento, senão vejamos:

Processo civil. Relação homoafetiva. Pedido de reconhecimento e dissolução. Natureza obrigacional. Juízo de Vara de Família. Falta de competência. O Juízo de Vara de Família não é competente para o processamento e julgamento de pedido de reconhe-

cimento e dissolução de relação homoafetiva. O art. 9º da Lei nº 9.278/96, ao fixar a competência do juízo de Vara de Família para as matérias relativas à união estável, restringiu-se aos casos da entidade familiar descrita no seu art. 1º, sem abranger as relações entre pessoas do mesmo sexo e seu reconhecimento para efeitos obrigacionais. De ofício, anularam a decisão. Processo nº 1.0145.08.501549-6/001, TJMG/Relator Almeida Melo, julgado em 01/10/09 (MINAS GERAIS, 2009).

Apelação Cível nº 2007.036284-6, de Balneário Camboriú.

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, Data do julgamento: 29/08/2008.

DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BENS. PRETENSÃO INESCONDÍVEL DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. AVENTADA A DESERÇÃO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DEFERIDA CONCOMITANTEMENTE AO RECEBIMENTO DO RECURSO. PRELIMINAR AFASTADA. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, BEM COMO A DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE ACOHLIMENTO DO PRIMEIRO PLEITO ANTE A FALTA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVERSIDADE DE SEXOS COMO UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DOS ARTIGOS 226, § 3º, DA CF/88 E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO DA CARÊNCIA DE AÇÃO ANTE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO *EX OFFICIO* DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RELAÇÃO A ESTE PEDIDO. EXEGESE DO ARTIGO 267, VI, DO CPC. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE DE FATO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA A DIVISÃO DO BEM COMUM QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA ACERCA DAS MATÉRIAS. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROCESSAMENTO DO FEITO POR UMA DAS VARAS CÍVEIS. RECURSO DESPROVIDO.

Uma das condições que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. Dessa forma, a união homoafetiva jurídi-

camente não existe pelo casamento, nem pela união estável, podendo configurar, todavia, se do interesse das partes, sociedade de fato (SANTA CATARINA, 2008).

Para o professor Thiago Hauptmann Borelli Thomaz, tal união não é admitida como família.

Não se nega a existência de tais uniões, o que se nega é a formação de entidade familiar. A relação entre homossexuais existe e surte efeitos no mundo jurídico, não efeitos de direito de família, mas de direito obrigacional [...]. Reconhece-se hoje a união homossexual como sociedade de fato, talvez amanhã seja reconhecida como entidade familiar. Tudo depende da adequação do pensamento à realidade, o que não ocorre da noite para o dia. (THOMAZ, 2003).

Em contrapartida, há operadores jurídicos entendendo que as relações homoafetivas precisam ser contempladas pelo Direito Familiar a fim de que inúmeros cidadãos não sejam injustiçados e impedidos de exercer direitos constitucionalmente assegurados.

Se pessoas do mesmo sexo formam no máximo sociedade de fato, não se aplicam a elas, por exemplo, os direitos sucessórios e o usufruto.

Maria Berenice Dias (2008), em um de seus artigos sobre o tema, afirma:

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade, ensejar a consagração de injustiças e autorizar enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir a herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida ao outro, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo. (DIAS, 2008, p. 299).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 70003967676, concedeu a totalidade do acervo hereditário ao companheiro sobrevivente, em sede de união homoafetiva.

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.

Embargos infringentes acolhidos, por maioria. TJRS – EI 70003967676, 4º grupo de C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. (DIAS, 2008, p. 310).

Diante do caso concreto, compete ao julgador, que também é intérprete, decidir pela observância restritiva do artigo 226, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, ou pela obediência aos princípios pautados na liberdade de escolha sexual e na proteção da vida íntima da pessoa humana. O segundo caminho amolda-se ao Direito contemporâneo que não permite desigualdades imotivadas e interpretações desproporcionais.

A ciência jurídica é ampla e a lei constitui apenas uma de suas vertentes, não podendo esta ser examinada separadamente da hermenêutica principiológica e dos valores que estimulam o sistema.

Evidencia-se que as consequências da relação homoerótica dependem de sua localização no espaço jurídico.

Assim, considerando o raciocínio exposto aliado às múltiplas facetas sociais, é de bom alvitre que a união em tela seja estudada sob a perspectiva familiar.

6. Ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos que envolvem uniões homossexuais

É sabido que, no Brasil, não há legislação voltada para as parcerias homoafetivas.

Não obstante a falta de regulamentação da matéria, o Poder Judiciário é acionado, a todo instante, para julgar conflitos que abrangem uniões homoeróticas.

É inconcebível que o magistrado deixe de decidir em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador.

O problema é equacionado pelos meios de integração, utilizados quando o juiz não encontra embasamento legal para solucionar o caso apreciado.

Os arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) e 126 do Código de Processo Civil orientam a atuação jurisdicional, *in verbis*:

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.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando 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.

Com efeito, em face da ausência de normatização, a união homoafetiva carece ser tratada à semelhança das relações que têm o afeto por causa, como o casamento e a união estável, pouco importando a identidade sexual dos parceiros.

No tocante aos costumes, é mister a aplicação daqueles que são apropriados aos dias atuais, não subsistindo os conceitos jurídicos ultrapassados e discriminatórios que negam visibilidade à homoafetividade.

Os Princípios Gerais de Direito também podem ser úteis ao pronunciamento judicial, sobretudo, os de caráter constitucional exarados no terceiro capítulo.

Nesse cenário, Luís Roberto Barroso ressalta:

A forma adequada de 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. [...]. (BARROSO, 2007)

Insta destacar, outrossim, que o Estado-juiz, ao aplicar lei, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Inteligência do art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42).

Por fim, sustentada nas ferramentas jurídicas em testilha, a exegese do Judiciário, quando se trata de relacionamentos afetivos homólogos, necessita ser extensiva. Pretende-se alcançar com essa interpretação uma prestação jurisdicional eficiente, justa e adequada às pretensões sociais.

7. As uniões homoafetivas em face da jurisprudência atual

Neste capítulo, serão feitas considerações acerca de julgados brasileiros que revelam avanços no tratamento dispensado às uniões homoafetivas.

Frisa-se que foram proferidas por alguns tribunais, fundamentalmente após o advento da Carta Política de 1988, marcantes decisões tendentes a contribuir efetivamente para a inevitável e desejada legalização das uniões *sub examine*.

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAfetivas. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CON-

TROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAfetivas, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE/ DISTRITO FEDERAL (PROCESSO Nº 3.300), REL. MIN. CELSO DE MELLO (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 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 à 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. RESP 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a Turma. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 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, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha (SÃO PAULO, 2007).

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. TJRS, 7.^a C. Cív. AC 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre

com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. TSE RESP. Eleitoral 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2004).

O Pretório Excelso admitiu que o enquadramento da união homossexual no âmbito das entidades familiares pode ser viabilizado mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental, *ex vi* da importância social e jurídico-constitucional da questão.

No segundo caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade jurídica do pedido de declaração de união homoafetiva, ante a inexistência de vedação expressa no ordenamento jurídico. De acordo com a decisão, a lei estabelece a hipótese de união estável entre homem e mulher, desde que haja convivência pública, contínua e duradoura, sem, todavia, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres.

Pelo fato de produzir reflexos na órbita jurídica, a relação homoerótica permite a inclusão de companheiro dependente em plano de saúde, analogicamente à união estável. Esse foi o posicionamento da 4.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 4859264900, por considerar que o homossexual não é cidadão de segunda categoria.

A quarta jurisprudência citada é oriunda do tribunal gaúcho. Foi ratificada pela 7.^a Câmara Cível, em sede de apelação, a sentença de primeiro grau que concedeu a um casal homoafetivo o direito de adotar uma criança. Os estudos concernentes ao assunto não indicam inconveniência, sendo relevante a qualidade do afeto e do vínculo que permeia o meio familiar em que viverá o adotado.

A decisão emanada pelo Tribunal Superior Eleitoral demonstra que também são impostos ônus às uniões homossexuais. Seus integrantes são, acima de tudo, cidadãos e, como tais, devem não só adquirir direitos, bem como contrair deveres.

8. Considerações finais

Observa-se que a união ora avaliada enquadra-se perfeitamente na aceção de família dos tempos atuais, merecendo, com isso, o devido respeito dos Poderes constituídos e dos segmentos sociais.

A Carta de 1988, apesar de ter consagrado três tipos familiares em seu texto, não objetivou excluir outros relacionamentos do manto protetor estatal, uma vez que a essência axiológica constitucional repudia essa compreensão.

Ainda não existem, lamentavelmente, no nosso país, regras jurídicas disciplinadoras da união homossexual. Assim sendo, o intérprete do Direito, na maior parte das demandas, aplica as normas atinentes a outros grupos familiares, haja vista que é vedada a omissão jurisdicional em virtude da inexistência de previsão legal.

Dessa forma, sem prejuízo da utilização, em alguns casos, dos costumes e dos Princípios Gerais de Direito, a analogia é invocada, habitualmente, pelos juízes brasileiros.

Anota-se também que a vinculação restritiva do instituto ao Direito Obrigacional constitui uma explícita subversão do arcabouço jurídico vigente.

Sob outro enfoque, será incontroversa a classificação das uniões homoeróticas como entidades familiares se nelas estiverem presentes a mútua assistência, publicidade, afetividade, ostensibilidade, comunhão de interesses e objetivo comum.

A família homoafetiva é uma realidade inescandível. Os tabus sexuais, embora existentes, não possuem a mesma força de outras épocas. Os primeiros passos em direção à legalização foram dados. Todavia, há ainda um penoso caminho a ser percorrido. Enquanto isso, os homossexuais sonham com a chancela estatal, para que possam exercer, com dignidade, a cidadania.

9. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, nº 5, 2007. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/DOCTRINA/NACIONAL/BARROSO>. Acesso em: 12 dez. 2009.

BRASIL. Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 nov. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 820475/RJ. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em: 02/09/2008. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_1.2.html>. Acesso em: 12 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade/DF (Processo nº 3.300). Min. Rel. Celso de Mello, julgado em: 03/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/petiçãoInicial/verPetiçãoInicial>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564. Min. Rel. Gilmar Mendes, julgado em: 01/10/2004. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_25.1.html>. Acesso em: 12 dez. 2009.

BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. *Revista Jurídica*: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 48, nº 281. Porto Alegre: Revista Jurídica, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. nº 10 (jan./jun. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a Justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

HORSTH, Lidianne Duarte. União homossexuais – uma nova modalidade de família? *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nº 9 (jul./dez. 2007). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, nº 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 7 out. 2009.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 2007.030521-7. Des. Rel. Alfeu Puccinelli. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional.html>. Acesso em: 02 dez. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0145.08.501549-6/001. Des. Rel. Almeida Melo, julgado em 01/10/2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroProcesso=complemento=&acordaoEmenta>. Acesso em: 25 nov. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 598362655. Des. Rel. José S. Trindade, julgado em: 01/03/2000. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional.html>. Acesso em: 02 dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70013801592. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_20.html>. Acesso em: 12 dez 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.021488-2. Des. Rel. Francisco Oliveira Filho, julgado em: 07/08/2007. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional.html>. Acesso em: 02 dez. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.036284-6. Des. Rel. Marcus Tulio Sartorato, julgado em: 29/08/2008. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>>. Acesso em: 10 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 4859264/9. Rel. Des. Maia da Cunha, julgado em: 01/02/2007. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_16.html>. Acesso em: 12 dez 2009.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual: reflexões jurídicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110009