

18

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

S.J.

131

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Apelação nº 994.08.119317-0, da Comarca de SÃO PAULO -
FAMILIA, em que é apelante [REDACTED]
(ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) sendo apelados [REDACTED]
[REDACTED] (ESPÓLIO) e [REDACTED]
(INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do
Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte
decisão: *POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PARCIAL
PROVIMENTO AO RECURSO, PARA AFASTAR A EXTINÇÃO DO
PROCESSO E DETERMINAR SUA REMESSA PARA JULGAMENTO EM
VARA CÍVEL, VENCIDA, PARCIALMENTE, A RELATORA
SORTEADA, DESª. CHRISTINE SANTINI, QUE DECLARARÁ
VOTO. ACÓRDÃO COM O REVISOR, DES. SILVÉRIO RIBEIRO,
DECLARARÁ VOTO VENCIDO O 3º JUIZ, DES. A.C. MATHIAS
COLTRO.ª, de conformidade com o voto do Relator, que
integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos
Desembargadores OSCARLINO MOELLER (Presidente sem
voto), SILVÉRIO RIBEIRO, vencedor, CHRISTINE SANTINI,
vencida e A.C.MATHIAS COLTRO.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2010.

SEGREDO DE JUSTIÇA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Silvério Ribeiro', is written over the text of the court's name.

SILVÉRIO RIBEIRO
RELATOR DESIGNADO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 994.08.119317-0 (555.737.4/0-00)
Comarca: São Paulo
Apelante: [REDACTED]
Apelado: Espólio de [REDACTED]

VOTO 17791

EMENTAS:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL – Pedido juridicamente impossível – Inexistência no ordenamento jurídico de união homossexual com o caráter de estabilidade – Preceito constitucional específico que protege e reconhece, em tese, união estável entre o homem e a mulher – Art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

PARTILHA DE BENS – Possibilidade, em tese, de ação visando partilha de bens amealhados com esforço comum – Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal – Princípio que veda enriquecimento ilícito e assume contornos econômicos com fundamento no Direito Obrigacional – Afastamento da extinção do processo, sem julgamento do mérito.

COMPETÊNCIA – Incompetência absoluta do Juízo de Vara de Família e Sucessões para conhecimento e julgamento do pedido – Remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca da Capital – Recurso provido em parte.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva cumulada com partilha de bens proposta por [REDACTED] contra Espólio de [REDACTED], em que se pretende o reconhecimento da existência e dissolução da união estável havida entre o autor e [REDACTED] desde 1993 até abril de 2002, bem como a partilha dos bens adquiridos na constância da união, ou, subsidiariamente, postula o reconhecimento e dissolução da sociedade de fato e a partilha dos bens.

A petição foi indeferida, nos termos do art. 267, inciso I, c.c. o art. 295, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, tendo sido o processo extinto, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, reconhecendo-se, ainda, a incompetência absoluta do juízo (fls. 174/179).

Inconformado, apela o autor, postulando a anulação do decisório monocrático.

É o relatório.

Diz o autor na inicial que viveu com [REDACTED], como que casados fossem, em união homoafetiva desde o final de 1993 até o mês de abril de 2002.

Aduz que durante esse longo período, mantiveram convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, com a aparência e as características de uma nítida sociedade conjugal (fl. 3).

Por final, insiste que sempre residiram juntos e que no início coabitaram num imóvel da [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], bairro Jardim Paulista, em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, sendo que dois anos após, no final de 1.994 e meados de 1.995, mudaram-se para um apartamento da Rua [REDACTED], ap. [REDACTED], bairro Bela Vista, e posteriormente, em 1.998, [REDACTED] adquiriu um terreno na Rua [REDACTED], Ubatuba, onde foi constituída a casa onde passaram a residir a partir de 2.000.

A união estável perdurou até abril de 2.002, quando ocorreu a separação, após aproximadamente 9 anos de convivência.

[REDACTED] veio a falecer em 24 de agosto de 2.004, sem que tivessem ultimado partilha amigável, tendo sido aberto inventário pela família do finado.

Foi requerido reconhecimento de união estável homossexual visando seja declarada a sua dissolução com os efeitos patrimoniais dela decorrentes.

Houve pedido subsidiário de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com partilha dos bens pelos conviventes adquiridos com esforço comum no período de convivência (fl. 43).

Afigura-se inviável a pretensão referente ao primeiro fundamento, haja vista que não há falar em união homossexual com o caráter de estabilidade.

A união estável, por expressa disposição constitucional, existe entre homem e mulher, conforme está no §3º do art. 226 da Constituição Federal, que assim dispõe:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"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".

Portanto, não há atinar com analogia ou semelhança entre união homossexual e união estável.

A união estável é regulada por preceito específico ou especial, tendo por objeto união entre pessoas de sexos diferentes e cuja situação possa conduzir ao casamento.

Não tem, todavia, aplicação o preceituado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

De igual modo, não há apelar para o princípio da dignidade da pessoa humana, que é genérico e permite a regulamentação de matérias diversas, estando, no caso, restrito à união estável entre homem e mulher, "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Muito menos se há de recorrer ao princípio da igualdade.

A escolha ou opção sexual está contida no princípio da dignidade do ser humano, de igual forma que a liberdade das pessoas em se relacionar do modo que melhor lhes aprouver.

Não há falar em igualdade perante a lei, mesmo porque o casamento constitui instituição bastante antiga e que é opcional para as pessoas, tendo o legislador constitucional enquadrado a união estável entre homem e mulher, tendente ao casamento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



Não se rechaça que existe afeto na relação homossexual, aliás, da sua essência, sendo aquele um dos componentes da vida em comum por quem haja optado por viver dessa forma.

Ao Estado compete proteger a entidade familiar, com todas as conseqüências legais provenientes de uma união.

De há muito vem a Justiça atendendo aos reclamos de quem tenha vivido em união, mas fora dos rigores dos preceitos legais, bastando ver o enunciado contido na súmula 380 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O princípio do enriquecimento ilícito serviu de base para quem tenha vivido em união com outra pessoa e que tenha sido lesado na partilha do patrimônio conseguido com o esforço comum.

O verbete focado encontrou fundamento no art. 1.363 do revogado Código Civil, que dizia respeito às sociedades comerciais de fato, em que somente um dos sócios se beneficiava, em detrimento do outro, cujo esforço tenha restado patente para a formação do patrimônio.

Não se arreda direitos ao partilhamento de bens conseguidos pelo esforço de duas pessoas, seja de que sexo for, inclusive de direito a planos de saúde, aposentadoria, seguro etc.

Disso têm dado conta os diversos tribunais do país, bastando ver os repertórios jurisprudenciais e os julgamentos tribunalícios: REsp 238.715 (rel. Min. Humberto G. de Barros) e Ag. Rg. no AI 971 (rel. Min. Ari Pargendler); REsp 395.904-RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De ressaltar o REsp 502.995-PR, mencionado a fl. 34, do qual foi relator o Min. Fernando Gonçalves, no sentido de que a união homossexual não existe nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

A competência é de Vara Cível para o caso de união de pessoas do mesmo sexo.

Assim, assentou o Colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp 32.337-RS, da lavra do Min. Barros Monteiro, *in* RT 727/268.

No mesmo sentido: RT 711/174, 773/389 e 828/307; JTJSP 121/13, 156/185, 258/391 e 293/419.

Em suma, não se arreda a possibilidade quanto a prosseguir o feito em Vara Cível, no tocante à união homossexual, com apuração do esforço comum dos parceiros para a partilha do patrimônio dessa forma adquirido (JTJSP 279/311; RSTJ 110/313; REsp 648.763-RS e 773.136 -RJ).

Assim, é de se dar parcial provimento ao recurso, para anular a sentença e determinar que o processo tenha curso perante Vara Cível, afastada a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

SILVERIO RIBEIRO
Relator designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

Apelação Cível nº 994.08.119317-0 (555.737.4/0-00) – São Paulo

Apelante: [REDACTED]

Apelado: [REDACTED]

Juiz Prolator: Ana Paula Teixeira Mafra

TJSP – (Voto nº 5.376)

VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

I. “Data venia” da razoabilidade do entendimento esposado pela D. Maioria, dele ousei divergir parcialmente.

Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva cumulada com partilha de bens movida por [REDACTED] em face de Espólio de [REDACTED], representado por seu inventariante [REDACTED], em que se pretende o reconhecimento da existência e dissolução da união estável havida entre o autor e [REDACTED] desde 1993 até abril de 2002, bem como a partilha dos bens adquiridos na constância da união, ou, subsidiariamente, postula o reconhecimento e dissolução da sociedade de fato e a partilha dos bens.

Apelação Cível nº 555.737.4/0-00 – São Paulo – Voto nº 5.376



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

Segundo relato da petição inicial, o autor alega ter vivido em união estável homoafetiva com seu companheiro [REDACTED], falecido em 25.08.2004, por, aproximadamente, nove anos.

A petição inicial foi indeferida, nos termos do artigo 267, inciso I, c.c. com o artigo 295, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, tendo sido o processo extinto, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, reconhecendo-se, ainda, a incompetência absoluta do juízo (fls. 174/179).

A anulação da R. Sentença apelada se impõe.

Necessária, por primeiro, breve explanação sobre a possibilidade jurídica do pedido.

Todas as questões referentes à união entre pessoas do mesmo sexo, além de serem atuais e controvertidas, encontram diversos obstáculos tanto no âmbito cultural e religioso, quanto no âmbito legislativo, uma vez que nossa Constituição Federal silencia sobre este tema, faltando, ainda, previsão de legislação infraconstitucional.

A jurisprudência majoritária, por sua vez, mostra-se conservadora e tímida, argumentando no sentido de que tanto a norma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado



constitucional como as leis infraconstitucionais que regulam a união estável exigem a diversidade de sexos.

Entretanto, tal posicionamento tende a se modificar, já que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade.

Não se pode negar a existência de relacionamento homoafetivo, sendo descabido negar direitos a estes vínculos afetivos que não possuem a diversidade de sexo como pressuposto. *“A Constituição tem como vértice o respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios da liberdade e da igualdade, o que impõe que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito da proteção estatal como entidades familiares.”* (cf. lição de Maria Berenice Dias, in *“União Homoafetiva – O preconceito & a justiça”*, RT, 4ª edição, 2009, página 163).

Note-se que a própria Constituição ao outorgar proteção à família independentemente da celebração do casamento, inseriu um novo conceito, o de entidade familiar, abrangendo outros vínculos afetivos, não havendo, portanto, previsão que exclua as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

Dessa forma, em que pese a omissão injustificada de nossa legislação, um Estado Democrático de Direito, como o nosso, não pode desprezar princípios fundamentais estabelecidos em nossa Carta Magna como liberdade, igualdade, vedação a qualquer tipo de discriminação e o respeito à dignidade humana.

Necessário ressaltar o surgimento de decisões que, abandonando o argumento de omissão legislativa, reconheceram a união homoafetiva como união estável. Tal vanguardismo pode ser observado na Justiça do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais, dentre outros estados, tendo, recentemente, decidido o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união homoafetiva, nos seguintes termos:

"Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao art. 132 do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Arts. 1º da Lei 9.278/1996 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. 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. A despeito da controvérsia em relação à matéria de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

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. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela lei, qual seja 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. 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. 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. Recurso especial conhecido e provido."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

(STJ, Resp 820475/RJ, 4ª T., j. 02.09.2008, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/acórdão Min. Luis Felipe Salomão)

A falta de previsão legal reconhecendo o direito postulado não significa que o pedido seja impossível.

Na atividade jurisdicional, o juiz não pode se eximir de julgar, a pretexto de haver obscuridade ou lacuna da lei. Cabe ao mesmo, interpretando o plexo normativo, resolver o caso concreto que lhe é posto sob análise. A escusa só é cabível se o ordenamento jurídico vedar o pedido formulado, o que não se aplica no caso em tela.

Neste sentido:

"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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

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, Apelação nº 598.362.655, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José S. Trindade, j.14.03.2001)

"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.

(...)

Na atividade jurisdicional, o juiz não deve se eximir de julgar, a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei. Isso porque a própria Constituição traz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

princípios abertos, indeterminados e plurissignificativos, cujas normas dependem da interpretação sistematizada num contexto jurídico, sem obediência a puros critérios de lógica formal e tampouco reduzida à mera análise lingüística. Ao contrário, obedece a razões históricas com base no problematismo e razoabilidade do processo hermenêutico. Entre várias interpretações possíveis, adota-se aquela que corresponder aos valores éticos da pessoa e da convivência social (conforme lição de Gilmar Mendes in "Curso de Direito Constitucional", ed. Saraiva, 2007)..."

(Apelação nº 552.574-4/4 – São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, v.u, j.12.03.2008)

Observa-se, portanto, que a união homoafetiva *"merece ser reconhecida como entidade familiar, pois tem como fundamento de constituição o mesmo alicerce presente nas demais: o afeto. Comprovada a existência de relacionamento duradouro, em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, se está frente a uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional..."* (cf. lição de Maria Berenice Dias, in "União



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Privado

Homoafetiva – O preconceito & a justiça”, RT, 4ª edição, 2009, página 162).

Assim, pelo meu voto, divergi do entendimento esposado pela Douta Maioria, eis que vislumbro a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva.

Assim, pelo meu voto, o afastamento da extinção, sem resolução do mérito, teria abrangência mais ampla, eis que o processo teria prosseguimento não só para apreciação do pedido subsidiário (reconhecimento e dissolução da sociedade de fato e a partilha dos bens), mas também para apreciação do pedido principal (reconhecimento de união estável homoafetiva).

3. À vista do exposto, pelo meu voto, era dado provimento ao recurso de apelação em maior extensão.

Christine Santini
Relatora

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

APelação 994.08.119317-0 – Voto 18218

COMARCA: SÃO PAULO (8ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES)

Declaração de voto

Ação envolvendo pretensão destinada ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Constitucionalmente, pese o entendimento contrário existente, entende-se que a opção do constituinte excluiu de forma expressa tal objetivo, quando, no art. 226, § 3º, referiu-se a CF à união estável entre homem e mulher, tratando-se de critério adotado pelo legislador constitucional e que não se insere em afronta ao princípio da igualdade, também na Carta Maior previsto.

Assim e sob tal circunstância há que ser a ação processada com vistas à aferição sobre a existência de sociedade de fato entre os nela referidos e com fundamento no direito obrigacional, excluída, assim, a própria competência do juízo de família e sucessões para o seu processamento.

Não se adota, com tais conclusões, critério conservador ou retrógrado, mas simplesmente se cumpre o que a CF dispôs acerca do tema e o próprio CC viu-se obrigado a ter em conta.

Alterada a CF, com vistas a tanto e ainda se poderá perseguir objetivo conforme o proposto nesta ação. Por ora, entretanto, tal não é admitido.

Acompanho, assim, *data venia* da douta relatora, o segundo voto proferido, do Des. Silvério Ribeiro.

A.C. Mathias Coltro
8º Juiz