



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso concreto. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e a o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o companheiro homossexual. Este relacionamento sequer é negado pela mãe do falecido. 5. A apelante não teve êxito na demonstração de que as aquisições imobiliárias foram feitas por ela e não pelo filho. Por fim, uma vez reconhecida que a convivência formou entre eles uma entidade familiar, aplicam-se, por analogia, ao caso os efeitos pessoais e patrimoniais comuns às uniões estáveis com presunção de formação patrimonial que dispensa prova da contribuição econômica do parceiro.

AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70015169626

PORTO ALEGRE

S.C.M.G. P.S.H.H.M.G.

.

L.A.C.

APELANTE
APELADO

..



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, em, afastadas as preliminares, negar provimento à apelação, vencido o em. Des. Sergio Chaves.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**

Porto Alegre, 02 de agosto de 2006.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Cuida-se de apelação interposta pela SUCESSÃO DE C.M.G., representada por H. M. G. em face da sentença que julgou procedente o pedido ajuizado por L. A.C., declarando a existência de união homoafetiva entre o autor e o falecido de meados de 1983 a 27 dezembro de 2002, data do óbito, e julgou improcedente o incidente de falsidade (fls. 299/302).



LFBS

Nº 70015169626

2006/CÍVEL

Sustenta que: (1) o autor buscou o reconhecimento da existência de sociedade de fato entre ele e o falecido com partilha paritária do patrimônio adquirido pelo esforço do casal homoafetivo; (2) deste pedido decorre a necessidade de instrução perante a legislação civil pertinente quanto à partilha de bens e que não é aquela aplicável ao direito de família; (3) inviável a tramitação da ação junto à vara de família e este ponto, suscitado pela recorrente, não obteve manifestação expressa do sentenciante, uma vez que não acolheu ou afastou, motivadamente, tal alegação; (4) está eivada de nulidade a sentença porque houve infração da lei processual e dos princípios constitucionais; (5) igualmente não se pode emprestar ao pedido formulado pelo autor solução que seja derivada das regras atinentes à união estável, ficando evidenciada a impossibilidade jurídica do pedido; (6) a sentença reconhece a existência de “união homoafetiva” e determina a partilha dos bens havidos entre o casal e assegura o direito de habitação ao apelado, emprestando à relação os efeitos próprios das uniões estáveis; (7) as provas atestam a incapacidade de o autor e o *de cujus* para, com seus rendimentos, adquirir os bens arrolados sem que houvesse a efetiva participação da genitora do falecido; (8) há prova robusta de que a mãe do falecido alcançava os valores para a aquisição de bens e até mesmo para o sustento do filho e mesmo as testemunhas do autor comprovam esses fatos; (9) em depoimento qualificado, a mãe de C., senhora de oitenta anos, afirma que o recorrido busca além do que lhe cabe, pois seus direitos estão limitados à participação na sociedade de fato; (10) em testamento, o autor é contemplado com a integralidade da parte disponível; (11) os limites do pedido formulado pelo recorrido não garantem o direito de habitação no imóvel, mas tão-somente a partilha do bem conforme a participação efetiva de cada um dos sócios no aprimoramento patrimonial. Prefacialmente pede o provimento do recurso para que seja declarada a nulidade da sentença em virtude da ausência de prestação jurisdicional acerca da alegação de incompetência absoluta do juízo



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

da vara de família, se superada esta questão seja enfrentada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido com extinção do feito nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC ou, ainda, a reforma da sentença (fls. 312/321).

Houve contra-razões (fls. 324/330).

O Ministério Público, no primeiro grau de jurisdição, opinou pelo não-provimento da apelação e, nesta sede, se manifestou pelo acolhimento da preliminar de nulidade da sentença em face de ausência de fundamentação, bem como quanto à preliminar de nulidade argüida em razões recursais pela recorrente. No mérito, pelo provimento do recurso (fls. 332/336 e 338/350).

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Há nas razões recursais e no parecer da em. Procuradora de Justiça denúncia de nulidade na sentença que não se pronunciou expressamente acerca da **incompetência da Vara de Família para processar a demanda**, da **impossibilidade jurídica do pedido** deduzido por L. A. C. e que **carece de fundamentação**.

Aprecio, nesta sede e conjuntamente, essas questões sem desconstituir a sentença, pois autorizado pelo § 1º do art. 515 do CPC, que assim dispõe:



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

*Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo **tribunal** todas as **questões** suscitadas e discutidas no processo, **ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.***

(negritei)

Neste sentido o julgado da Segunda Turma do STJ:

Tratando-se de caso de apelação com impugnação de sentença em seu todo, impunha-se à Corte de Cassação o reexame, não apenas das questões decididas pelo juízo de primeiro grau, mas também aquelas que, podendo ter sido apreciadas, não o foram.

(REsp 7.121-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.3.91)

Início com a alegação de ausência de fundamentação na sentença porque tratou a causa com fundamentos genéricos e passou ao largo dos questionamentos trazidos pela demandada acerca da incompetência e da impossibilidade jurídica.

O fato de não haver expressa menção a artigos de lei que dão sustentação ao entendimento preconizado não fere de nulidade o provimento judicial, especialmente no caso em discussão em que é controvertida a relação havida entre duas pessoas do mesmo sexo.

Igualmente não há falar em incompetência do juízo da vara de família para julgar o feito.

São vários os precedentes desta Corte que consolidam o entendimento diverso do alegado:



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

*JUSTIFICACAO JUDICIAL. CONVIVENCIA HOMOSSEXUAL. COMPETENCIA. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. 1.É competente a justiça estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais pois o efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São **competentes as varas de família, e também as câmaras especializadas em direito de família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual** pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. (...). Recurso conhecido e provido.*

(Apelação Cível Nº 70002355204, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/04/2001) **(negritei)**

*RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de **casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das varas de família, conforme precedentes desta Câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois e certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto a opção sexual, sendo incabível, assim, quanto a sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido.***

(Conflito de Competência Nº 70000992156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 29/06/2000) **(negritei)**

*INTIMACAO PESSOAL DO MINISTERIO PUBLICO. RELACOES HOMOSSEXUAIS. (...) COMPETENCIA DAS VARAS DE FAMILIA. (...) Em razão da data do acórdão **que definiu a competência das varas de família para apreciação de relações que envolvem afeto homossexual**, se mostra hígida a sentença, proferida pela titular da Sexta Vara Cível, por ser anterior a decisão do colegiado.*



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

(Apelação Cível Nº 599348562, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 25/11/1999) (**negritei**)

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.

(Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Igualmente não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido sob alegação de ausência de previsão legal para decidir a lide.

Também concluindo pela possibilidade jurídica do pedido há entendimento sufragado por esta Corte em ambas as Câmaras de Direito de Família. Cito, neste sentido, o precedente da lavra do em. Des. José Ataídes Siqueira Trindade na AC nº 598626655:

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 a união homossexual. 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.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 598362655, OITAVA CÂMARA CÍVEL,
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES
SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000).

Indaga-se acerca do reconhecimento de direitos pessoais e patrimoniais, nos moldes do que ocorre nas uniões estáveis, para relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, denunciando a recorrente a impossibilidade jurídica do pedido.

Não há dúvida quanto à viabilidade de serem processadas e julgadas as lides onde se controverte a natureza jurídica das relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo. É um fato da vida que algumas pessoas firmam laços afetivos e estreitam a convivência como se uma família fossem, vivendo lado a lado em uma relação íntima, sob um mesmo teto, não obstante pertençam ao mesmo sexo. Esta realidade não pode o Direito ignorar. E é por reconhecer a dinâmica e mutabilidade das perspectivas culturais e das relações sociais que a Constituição Federal salvaguarda os direitos dos cidadãos consagrando princípios que preservam a dignidade da pessoa humana e proíbem também a discriminação de natureza sexual.

Não se olvide que exatamente para as situações que demandam pronunciamento judicial sem expressa previsão legal a legislação confere ao juiz o poder de apreciar o caso concreto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme autoriza o art. 4.º da LICC.

No mérito, igualmente não assiste razão à apelante.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

A pretensão do autor está calcada na alegação de que, a partir de novembro de 1981 viveu sob o mesmo teto com o C. M. G. até sua morte, em dezembro de 2002.

Vê-se que, não obstante o nome dado à ação ajuizada, em toda a sua narrativa L; se reporta a uma relação de afeto, com comunhão de vida e interesses na convivência cotidiana e ininterrupta ao qual chamou de “união estável homossexual”. Também arrolou bens que teriam adquirido durante a convivência. Aliás, é de notar que ainda hoje é lamentavelmente bastante comum na lide forense a confusão conceitual em que boa parte dos operadores do direito incorre ao se referir indistintamente aos conceitos de união estável e sociedade de fato como se fossem um mesmo fenômeno. A propósito desse tema já tive oportunidade de, em sede doutrinária, afirmar que¹:

Outra distinção que se impõe estabelecer é entre união estável e sociedade de fato, vez que, embora diversos os institutos, lamentavelmente continuam os conceitos a ser freqüentemente embaralhados, tanto na doutrina como na jurisprudência, com enorme prejuízo à adequada compreensão dos fenômenos.

Tal dificuldade foi objeto de debate no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao ensejo do julgamento dos Embargos Infringentes nº 70003896099, em 10 de maio de 2002, pelo 4º Grupo Cível. Na ocasião, o Des. José Carlos Teixeira Giorgis frisou que lhe causava preocupação “a constância em enquadrar tais relações como sociedade de fato, o que dificulta a solução”. Na mesma oportunidade, salientei:

apesar de termos o instituto da união estável desde 1988, a boca torta pelo cachimbo dos operadores jurídicos ainda continua, equivocadamente, utilizando as duas expressões indistintamente: sociedade de fato e união estável como se fossem sinônimos, e não são. Tanto é que

¹ Santos, Luiz Felipe Brasil. União estável, concubinato e sociedade de fato – uma distinção necessária. In: **Novo Código Civil - Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. Coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2005. p. 225-237.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

99% das ações com que nos deparamos aqui costumam ser denominadas na inicial como dissolução de sociedade de fato, e nós conhecemos como declaratória de união estável. Por quê ? Porque dissolução de união estável é um nome que, em poucas palavras, contém dois erros: primeiro, não é dissolução, porque a dissolução já se deu pelo fato, ou seja, ela se dissolveu pela mesma forma como se constituiu, pelo fato. (...) Segundo, porque não é sociedade de fato, é união estável. Então, essas ações, na verdade, são declaratórias de união estável, e não dissolução de sociedade de fato.²

Com efeito, essa confusão se explica pelo fato de o instituto da união estável ter sido concebido e gestado no ventre da sociedade de fato, a partir da evolução registrada, especialmente na jurisprudência, em torno da aplicação dessa figura, tipicamente de direito obrigacional, às relações fáticas entre homem e mulher, como forma de evitar o enriquecimento sem causa, consoante já destacado.

No entanto, a partir do histórico momento em que a Constituição de 1988, em seu art. 226, § 3º, trouxe para o universo jurídico o conceito de união estável, conferindo-lhe o status de entidade familiar, não mais se pode aceitar a utilização indistinta dos termos sociedade de fato e união estável.

Ocorre que sociedade de fato, como antes assinalado, é um conceito de Direito das Obrigações (arts. 1.363 e segs. do CC/16 e art. 983 e segs. do CC/02) utilizado pela jurisprudência para o tratamento do fenômeno das uniões fáticas, ao tempo em que não havia fundamento jurídico para afirmar-se nelas a existência de uma família.

Por sua vez, união estável é um conceito de Direito de Família, que chama para si outros critérios de valor e, por decorrência, atrai diversas conseqüências jurídicas. Como já frisava Carlos Alberto Menezes Direito³, no já longínquo ano de 1991,

² Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 224, p. 119-128, 2003. p. 119.

³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 667, p. 17-23, 1991, p. 22.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, de amasiamento, mas de entidade familiar.

No caso, a sentença reconheceu a existência entre o par de uma união homoafetiva de meados de 1983 a 27 de dezembro de 2002, quando C. faleceu, e reconheceu o direito à metade dos bens onerosamente adquiridos neste período e o direito de habitação na unidade que a eles servia de residência.

No mérito, sustenta a recorrente que as provas coligidas atestaram a incapacidade de o autor e do falecido, com seus rendimentos, adquirir os bens referidos. Equivoca-se, contudo.

Destaco, de início, que a vida em comum e a vinculação afetiva restam incontroversas. A própria genitora de C. o admite quando, indagada pelo juízo acerca do que sabia da alegada relação homoafetiva entre seu filho e o autor respondeu: “Sei que eles viveram juntos”. Não negou que o relacionamento teria perdurado por quase 20 anos e confirmou a coabitação. Em relação ao imóvel residencial disse que comprou o bem para o filho e comenta que ele pagava as prestações, mas contava com a ajuda dela para tanto (fls. 209/211).

Nas razões de apelação diz: “E não está a demandada a negar o convívio do filho com o autor, nem tampouco que este tenha algum direito, mas sim que o relacionamento entre eles estabelecido e a participação do requerente no aprimoramento patrimonial não tem as feições anunciadas e os



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

reflexos pretendidos”. Adiante, acrescenta que, nos termos da legislação em vigor, são excluídos da comunhão os bens doados ou adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges (fl. 319).

Não obstante a legislação em vigor conceber a união estável como uma entidade familiar formada na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher que pretendem constituir uma família, não se pode deixar ao abandono jurídico as relações similares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Sobre o tema, já me pronunciei nos seguintes termos, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 70009550070, julgada por este colegiado em 17 de novembro de 2004:

O tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não vinculadas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Claro que sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno, a meu ver, é rigorosamente o mesmo. Vejam : não estou afirmando que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que estou dizendo é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a affectio que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a affectio conjugalis do que a affectio societatis.

Eles não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

esta troca de afeto é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar, com a devida vênia de opiniões respeitabilíssimas em contrário.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva daquilo que ele chama de família eudemonista, ou seja, a família que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade, é uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta sobre a qual a Ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. Prefiro dizer amor mesmo, não mero afeto, porque o afeto, conforme as teorias psicanalíticas afirmam, pode ser o ódio também. Todo sentimento é um afeto, de forma que me parece mais adequado dizer que são relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Assim, uma vez equiparada a relação mantida por eles às entidades familiares formadas pelas uniões estáveis incidem ao caso os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais. Portanto, não há falar em sociedade de fato.

Neste sentido, dita o art. 1.725 do CCB que, salvo contrato escrito, as relações patrimoniais entre os conviventes serão disciplinadas pelas regras do regime da comunhão parcial de bens que, por sua vez, estabelece a comunicação do patrimônio adquirido onerosamente na vigência do relacionamento, independentemente de prova de contribuição econômica. As excludentes desta presunção estão previstas no art. 1.659 do Código Civil, mas nenhuma daquelas hipóteses foi provada pela recorrente.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Ao que parece, a senhora H. pagava algumas prestações dos compromissos por eles assumidos e auxiliava nas despesas que tinham (“quando atrasavam eram pagas pela ré” – fl. 317), mas isto não lhe outorga a titularidade sobre aquele patrimônio.

Por outro lado não há prova de doação imobiliária. Os lançamentos existentes nos registros de imóveis estão em nome do falecido.

Assim, é insuficiente a prova testemunhal referida pela recorrente para provar a alegada doação e afastar a propriedade certificada documentalmente (os terrenos em Osório foram objeto de escritura pública de compra e venda lavrada em 1994 na qual C. aparece como adquirente. Também estão em seu nome os registros imobiliários da matrícula nº 91.179 - fls. 45/46 e 47). O mesmo se diga em relação ao apartamento situado na rua S., nº 211, cujo contrato de cessão e transferência de direitos e obrigações foi firmado por C. em 21 de fevereiro de 1992 (fls. 32/34). A procuração outorgada pelos cedentes a H., mãe de C. não é documento capaz de infirmar a titularidade assentada naquele contrato e tampouco faz prova de pagamento ou doação (fl. 32).

Mantenho a sentença que outorgou direitos à partilha de bens onerosamente havidos por qualquer dos conviventes no período da vida em comum já definindo, porque a propósito do tempo de duração da relação não há insurgência da recorrente.

Quanto ao direito de habitação, a apelante sustenta que os limites do pedido formulado pelo recorrido não garantem o direito de habitação no imóvel.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Equivoca-se porque nos seus requerimentos e em antecipação de tutela, o apelado postulou fosse a ele assegurado o direito de continuar habitando no imóvel.

Além disto, em julgamento de AI nº 70007944572 contra aquela decisão antecipatória de tutela foi reconhecido ao recorrido o direito de lá seguir residindo, uma vez que em 1998, por testamento (fl. 69), L. foi instituído como herdeiro da integralidade da parte disponível dos bens em nome do falecido e aquela decisão proferida nesta Corte reconhecia seu direito ao uso do bem por justo título.

Por tais fundamentos, AFASTO as PRELIMINARES e NEGÓ PROVIMENTO à apelação.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (REVISOR)

Preliminarmente, rogo vênias ao eminente Relator, mas estou declinando da competência para julgar o presente feito, pois entendo que se trata de 'ação de dissolução de sociedade civil', que reporta aquisição de bens em sociedade de fato entretida por dois homens que teriam convivido sob o mesmo teto, não se tratando de relação jurídica de Direito de Família.

Destaco, por oportuno, que eu vinha admitindo como competentes as Varas de Família, e também as Câmaras especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, entendia que reclamavam, pela natureza da relação,



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Sempre admiti, por essa razão, que essas relações encontravam espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que não são relações de família, propriamente, mas delas se aproximavam, dado o seu claro cunho protetivo, ainda que também possam ter conteúdo patrimonial.

Não obstante isso, reconhecendo que efetivamente não se trata de relação jurídica referente ao Direito de Família, estou revisando a minha posição e declinando da competência, consoante entendimento recentemente firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que ficou assim ementado, **in verbis**:

*“COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. – Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido”.
(RESP 323370/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 14.12.2004, DJ 14.03.2005 p. 340).*

Em razão disso, acatando essa orientação, proponho aos Colegas a redistribuição do feito para uma das Câmaras de Direito Privado.

Existe outra prefacial, que diz com a ausência de fundamentação jurídica da sentença, que estou também acolhendo.

Com efeito, a sentença não fundamenta juridicamente a sua convicção, limitando-se a fazer a abordagem dos fatos que cercam as relações descritas no processo, deixando de abordar a pertinência do art. 226, §3º, da



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

CFB e art. 1º da Lei nº 9.278/96. E, com isso, tenho que existe ofensa ao disposto no art. 93, inc. IX, da CFB.

Por tais razões, estou desconstituindo a sentença hostilizada.

Ficando superada ambas as prefaciais, na medida em que os eminentes Colegas entendem que a competência para julgar o processo é mesmo deste 4º Grupo Cível, e que a sentença não é nula, passo ao exame do mérito e adianto que estou acolhendo em parte a pretensão recursal.

Como é sabido, tendo em vista diversas decisões que lancei em processos que tinham como fundamento a relação homossexual, não reconheço união estável entre homossexuais, embora entenda possível reconhecer sociedade de fato e daí extrair seqüelas patrimoniais, para evitar enriquecimento de uma pessoa em detrimento do direito da outra.

Observo que a homossexualidade não constitui fato social novo, mas que vem recebendo aceitação social progressiva, reconhecendo-se que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual. Admite-se que cada pessoa exercite a própria sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um.

A orientação homossexual é uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais, sendo imperioso que a sociedade respeite o sentimento de cada um, a busca da própria realização pessoal, pois todos devem encontrar espaço para a integração ao grupo social a que pertencem, sem discriminações.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato e, no caso **sub judge**, o pedido formulado foi o de dissolução da 'união estável homossexual' com o reconhecimento de sociedade de fato com a partilha paritária do patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal.

Não foi formulado – nem poderia ser, obviamente – pedido de reconhecimento de união estável, não existindo lei a amparar o direito de real habitação.

Ora, a família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada.

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas a estruturação



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo.

A idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.

A consolidação da idéia de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, sempre em função de se estabelecer e manter uma vida social equilibrada e harmônica.

Portanto, a família é muito mais do que uma mera união de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não se está a falar em pacto ou de mera relação amorosa. Quando o legislador constituinte deu à união estável a feição de entidade familiar, certamente não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, por ser ela a base da sociedade.

E, como base da sociedade, não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador constituinte, como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio, como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva.

Utilizo, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

construção social consolidada através dos séculos: a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole, natural ou adotiva, considerando-se também a estrutura de um homem ou uma mulher com a sua prole.

Assim, a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constitui núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional. E foi exatamente assim que tratou o Novo Código Civil, onde ficou claramente privilegiado o casamento civil, mas admitiu que a união estável constituída entre homem e mulher fosse merecedora de cuidadosa regulamentação.

É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.

Afinal, é preciso convir que afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos...

E, **data venia**, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante.

Diante disso, reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado, embora possa merecer a proteção do Estado, na medida em que se pode reconhecer, por exemplo, uma sociedade de fato.

E entendo que constitui até uma heresia, **data maxima venia**, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade...

Caso o legislador constituinte admitisse a possibilidade de se reconhecer como união estável também a união homossexual, certamente não teria restringido expressamente a união estável enquanto entidade familiar àquela união entre homem e mulher, nem recomendaria a sua conversão em casamento.

Se o possível casamento entre dois homens ou duas mulheres constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou duas mulheres homossexuais. E friso que não está sequer na lei a situação de impedimento matrimonial para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo: é que a diversidade de sexos constitui pressuposto matrimonial para o casamento.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Há, pois, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida pelos litigantes como entidade familiar e não vejo como aplicar a analogia quando as situações não guardam identidade, nem semelhança com o casamento ou com a união estável.

É que o processo interpretativo deve se desenvolver de forma a buscar uma atuação efetiva da lei, visando o escopo de justiça e de utilidade social, consistindo nisso a afirmação da ordem jurídica.

No caso, pode ser objetado, pois, que, sendo omissa a lei, deve o julgador se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, consoante determina o art. 4º da Lei de Introdução, sendo que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º, LICC).

No caso, não existe lei a regular os efeitos jurídicos do relacionamento homossexual e tendo o autor pretendido ver reconhecida as seqüelas jurídicas desse relacionamento, cabível proceder um acurado exame a respeito da questão.

Compete, então, ao julgador verificar a pertinência desse pleito, valendo-se do instrumental referido na Lei de Introdução para suprir as lacunas, ou seja, os elementos integradores da norma, que são a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados de forma cautelosa e criteriosa.

Ora, a analogia visa estender uma norma destinada para um caso específico à outra situação distinta, não contemplada direta ou indiretamente



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

por ela, constituindo um argumento lógico-decisional, que implica na transferência de valores de uma estrutura para outra. Ou seja, implica ampliar a compreensão de uma determinada estrutura, agregando-lhe novos elementos, a partir do sistema de valores próprios do sistema jurídico – e não da visão subjetiva do aplicador à norma, sob pena de implodir o próprio ordenamento.

Como diz ALÍPIO SILVEIRA, a analogia “é tão-somente um processo revelador de normas implícitas”, pois, a rigor, ela está fundada na regra da igualdade jurídica pela qual, para situações iguais ou assemelhadas se deve dar a mesma proteção legal ou, como diz o antigo adágio romano, **ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio**. A analogia não é fonte do direito, mas mera atividade integradora da norma.

No caso, não se cuida apenas de considerar duas espécies de relações, uma heterossexual e a outra homossexual e buscar nelas as semelhanças decorrentes do possível liame afetivo, para concluir pela proteção da Carta Magna.

Não há que se buscar a analogia da lei, mas também a do direito e é preciso compreender bem o fenômeno social da família e as razões pelas quais a Carta Magna disse que ela é merecedora da especial proteção, bem como as razões pelas quais ela se estrutura a partir do casamento civil e a motivação pela qual o legislador admitiu que a união estável constitui também entidade familiar.

É necessário recorrer ao método teleológico de interpretação, não se podendo dispensar os critérios histórico e sociológico para a adequada compreensão da norma. E não se pode admitir que uma união homossexual



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora de princípios e da moral que deve nortear as relações interpessoais...

Por essa razão, é de se ter presente a advertência de COVIELLO (in “Manuale di diritto civile italiano”, 1910, pág. 85) quando diz que “a atividade do intérprete que recorre à analogia, não é sem confins, tem dois limites impreteríveis: de um lado, a natureza real da relação; mas deve, muita vez, renunciar a conceitos que, embora lógicos e elegantemente arquitetados, não correspondem à realidade prática; e, de outro lado, o direito positivo, porquanto não pode levar em conta, exclusivamente, a natureza da relação, para criar uma regra jurídica, que não se encaixe (‘Che non trovi il suo addentellato’) nas disposições ou nos princípios da lei”.

A analogia deve traduzir, pois, um critério de igualdade harmônica, reclamando a rigorosa semelhança nas situações consideradas, tendo em mira o critério de utilidade social. E essa semelhança inexistente nas relações consideradas neste processo e aquelas previstas na lei.

Portanto, para a adequada aplicação do direito, não se pode recorrer pura e simplesmente à analogia, pois, quando ocorre a omissão nas fontes formais do direito, é imprescindível recorrer também aos costumes e aos princípios gerais do direito, valendo lembrar, aliás, que a analogia não é fonte de direito.

No caso em exame, cuidando-se de relações homossexuais, cuida-se de inexistência de fonte formal, ganhando relevância a incidência dos costumes e dos princípios gerais do direito.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Ora, os costumes vigentes no país ainda abominam o relacionamento homossexual, tratando, não raro, de forma preconceituosa, com escárnio, com desrespeito, visto como uma doença ou, mesmo, como uma situação de imoralidade.

Não deixa de causar perplexidade e constrangimento o fato de pessoas do mesmo sexo exteriorizarem, em locais públicos, manifestações de caráter erótico-afetivo, que são bem aceitos entre pares heterossexuais, como abraços, beijos e troca de carícias. Ou, até mesmo, de andarem abraçados ou de mãos dadas... E isso traduz o costume vigente no país. Ou seja, a união homossexual não é aceita pela sociedade, embora se deva reconhecer, como disse ao início do voto, que alguns segmentos da sociedade já admitem esse fato como natural, ou que a homossexualidade já venha recebendo alguma aceitação.

Portanto, constitui uma afronta aos costumes admitir que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a 'especial proteção do Estado', tal como ocorre com a união estável.

A referência feita usualmente pelos defensores do reconhecimento da união homossexual como união estável é no sentido de que a sociedade está mudando e o casamento já tem hoje outros propósitos, que é o de assegurar a felicidade das pessoas. Isso, **data venia**, é meia verdade, pois a outra parte diz com a sua função social, que continua a ser a mesma, enquanto geradora da família.



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Ao recorrerem aos princípios gerais de direito, não raro, esses ilustres intérpretes recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é, em si, uma variável axiológica, podendo ser preenchida com o conjunto de valores que melhor aprouver ao intérprete.

Ainda assim, friso que o fato de não haver previsão de que homossexuais possam casar não implica discriminação, nem afeta a dignidade humana da pessoa que tenha aptidão homossexual, mas é o reconhecimento de que tal relação não é apta, em si, para formar uma família, isto é, que possa preencher a função social relevante que levou o legislador a conferir à família a especial proteção.

Nada impede que as pessoas tenham suas relações erótico-afetivas que melhor lhes aprouver, não se reclama monogamia, nada impede que se relacionem dois homens ou duas mulheres, ou que as relações se estendam a mais de duas pessoas, nada impede que cada pessoa disponha dos seus bens como quiser, podendo fazer doações ou testamentos... Mas nem toda a relação amorosa constitui família e, no caso de homossexuais, a lei não permite a adoção de filhos, nem existe qualquer razão para que se estabeleça **a priori** um regime de bens para reger tais relações.

Se o que preside a união é o afeto, que o afeto seja, então, o próprio balizador da relação.

O certo é que, no caso, entre os princípios gerais do direito a serem enfocados está o de que (a) a família é merecedora da especial proteção do Estado, (b) que ela resulta, basicamente, do casamento civil, (c) que este tem como pressuposto material a diversidade de sexos, tanto que o



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

casamento contraído entre dois homens é inexistente, (d) que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar por ser assemelhada ao casamento, e (e) que o legislador reconheceu como tal apenas a união entre homem e mulher.

Portanto, não reconheço a união entretida como sendo união estável, nem admito que seja reconhecida como entidade familiar, tendo havido, isto sim, mera sociedade de fato. E é assim que vou tratar a questão trazida.

Com se infere, ficou claro que o apelado teve um relacionamento homoerótico ou homoafetivo ou, ainda e melhor, homossexual com o **de cujus**, que perdurou por aproximados vinte anos e, nesse período foi adquirido o imóvel cuja partilha está sendo discutida, mas não logrou comprovar ter concorrido materialmente para a consecução do bem. De qualquer sorte, o recorrido é herdeiro testamentário do **de cujus**, deixando-lhe a metade disponível, já que possui herdeira necessária. Ou seja, o autor ficará com a metade do bem.

Já os bens que guarnecem a residência estes se presumem adquiridos pelo par e merecem partilha igualitária em decorrência da dissolução da sociedade de fato, devendo ser observada, também a disposição testamentária, como que tocará ao autor 75% dos bens.

Portanto, é cabível a dissolução da sociedade de fato.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL - De acordo com o Relator.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - Presidente - Apelação Cível nº 70015169626, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, VENCIDO O EM. DES. SERGIO CHAVES."

Julgador(a) de 1º Grau: LUIZ MELLO GUIMARAES