



Poder Judiciário

TJDFT

**Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios**

291471

Órgão : 1ª CÂMARA CÍVEL
Classe : CCP – Conflito de Competência
Nº. Processo : 2007.00.2.010432-3
Suscitante(s) : Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Taguatinga/DF
Suscitado(s) : Juízo de Direito da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões de Taguatinga/DF
Relatora Desª. : DIVA LUCY IBIAPINA

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL.

1. Desacordo entre os Juízos da Vara Cível e da Vara de Família quanto à competência para processar e julgar demandas que envolvam a tutela concreta de interesses decorrentes de uniões homossexuais. A definição do juízo a que legalmente compete apreciar tais situações fáticas conflitivas, também chamadas de “uniões homoafetivas”, é exigência do princípio do juiz natural e constitui garantia inafastável do processo constitucional.

2. Ausente regra jurídica expressa definidora do juízo responsável concretamente para conhecer relação jurídica controvertida decorrente de união entre pessoas do mesmo sexo, resta constatada a existência de *lacuna do direito*, o que torna premente a necessidade de integração do sistema normativo em vigor. Nos termos do que reza o Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a analogia é primeiro, entre os meios supletivos de lacuna, a que deve recorrer o magistrado.

3. A analogia encontra fundamento na igualdade jurídica. O processo analógico constitui raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. Na verificação do elemento de identidade entre casos semelhantes, deve o julgador destacar aspectos comuns, competindo-lhe também considerar na aplicação analógica o relevo que deve ser dado aos elementos diferenciais.

4. A semelhança há de ser substancial, verdadeira, real. Não justificam o emprego da analogia meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários.

5. Os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar têm como elemento estrutural - requisito de existência, portanto – a dualidade de sexos. Assim dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Preâmbulo e no item 1 do Artigo 16. No mesmo sentido a Constituição Brasileira promulgada em 05/outubro/1988

291471**CCP 2007.00.2.010432-3**

(Artigo 226 e seus parágrafos), o Código Civil de 2002 e Lei n.º 9.278, de 10/maio/1996, que regulamenta o parágrafo 3º do Artigo 226 da CF.

6. As entidades familiares, decorram de casamento ou de união estável ou se constituam em famílias monoparentais, têm como requisito de existência a diversidade de sexos. Logo, entre tais institutos, que se baseiam em união heterossexual, e as uniões homossexuais sobreleva profunda e fundamental diferença. A distinção existente quanto a elementos estruturais afasta a possibilidade de integração analógica que possibilite regulamentar a união homossexual com base em normas que integram o Direito de Família.

7. As uniões homossexuais, considerando os requisitos de existência que a caracterizam e que permitem identificá-las como *parcerias civis*, guardam similaridade com as sociedades de fato. Há entre elas elementos de identidade que se destacam e que justificam a aplicação da analogia.

8. Entre parcerias civis e entidades familiares há fator de desigualação que, em atenção ao princípio da igualdade substancial, torna constitucional, legal e legítima a definição do Juízo Cível como competente para processar e julgar demandas relativas a uniões homossexuais, que sujeitas estão ao conjunto das normas que integram o Direito das Obrigações.

9. Conflito conhecido. Definida como pertencente ao Juízo Cível a competência para conhecer de conflitos relativos a uniões homossexuais -“parcerias civis”.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da **1ª Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **DIVA LUCY IBIAPINA** - Relatora, **NÍVIO GONÇALVES, JAIR SOARES, OTÁVIO AUGUSTO, NATANAEL CAETANO, FLAVIO ROSTIROLA e VERA ANDRIGHI** - Vogais, sob a presidência da Desembargadora **ANA MARIA DUARTE AMARANTE**, em **CONHECER E DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. DECISÃO UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2007.

Desembargadora DIVA LUCY IBIAPINA
Relatora

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

RELATÓRIO

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, DF, suscitou a esse Egrégio Tribunal de Justiça conflito negativo de competência em face do Juízo de Direito da 2ª Vara de Família daquela mesma Circunscrição. Fê-lo em razão de desacordo a respeito do órgão a que caberia parcela de jurisdição para processar e julgar ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato *post mortem* ajuizada por **R. M. L.** em desfavor do Espólio de **L. R. de F. P.**.

Argumenta o Eminentíssimo Magistrado suscitante que "...o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato havida por casais de homossexuais compete ao juízo de família..." (fl. 22). Invoca preceitos constitucionais relativos ao direito à intimidade (Art. 5º, X, CF/88), "...ao direito à liberdade e à igualdade sem distinção de qualquer natureza (Art. 5º)". Tece considerações sobre preconceito social. Fala do dever do magistrado de proceder à integração do ordenamento face a ausência de normas que regulamentem a união entre pessoas do mesmo sexo. Faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) que, segundo afirma, "...implica reconhecer a existência de direitos advindos de uniões homoafetivas equiparados àqueles provenientes de uniões heterossexuais, a fim de se evitar qualquer tipo de discriminação em razão da opção sexual" (fl. 23).

Cita norma constitucional expressa no § 3º do Artigo 226. Diz que "...juridicamente, por não haver efeitos distintos entre as uniões concubinárias e as homoafetivas, urge aplicar a analogia para fins de apreciação do direito". Afirma que as "...uniões homoafetivas são, à luz do ordenamento jurídico vigente, sociedades de fato cujo vínculo afetivo caracteriza a competência do juízo de família, haja vista que o processamento da partilha perante o juízo cível traduziria a existência de discriminação sexual no âmbito do próprio Estado". Fala de "...mitigação do conceito tradicional de família, o qual exigia a presença de um homem e uma mulher unidos com a finalidade de vida comum e procriação, para abarcar as transformações ocorridas no seio da sociedade, instituindo-se, por exemplo, o reconhecimento das

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

famílias monoparentais”. Mudanças essas que, segundo afirma, “...permitem vislumbrar o acolhimento das uniões homoafetivas na instituição familiar.” Suscita o presente conflito esperando ver declarada a incompetência do juízo cível e determinada a competência do juízo de família.

O Juízo suscitado, com amparo em Parecer do Ministério Público - que segue orientação jurisprudencial desta Nobre Corte de Justiça, além de mencionar precedente do Superior Tribunal de Justiça -, afirma a competência do juízo cível para processar e julgar demandas em que o conflito de interesses diga respeito a relacionamento homoafetivo.

Decisão liminar proferida à fl. 27 e v. fixou como juízo provisório para decidir as questões urgentes o da 3ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, DF.

Os juízes envolvidos não demonstraram interesse em prestar maiores informações (fls. 28-30).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em parecer da lavra da Doutora Conceição de Maria Pacheco Brito (fls.31-33), afasta os argumentos referentes a preconceito, desrespeito a direitos dos homossexuais ou ferimento à dignidade humana.

Alterando a perspectiva de análise da questão, volta-se ao direito positivo, que não teria reconhecido como entidade familiar a união homoafetiva, daí porque afastada a competência da vara de família. Diz pertencer ao campo das obrigações a tutela jurídica a direitos de homossexuais, pois que reconhecida como sociedade de fato a união entre eles. Cita jurisprudência deste Tribunal. Oficia no sentido de que seja conhecido o conflito negativo de competência, mas julgado improcedente, eis que haverá de ser declarada a competência do Juízo da 3ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, DF, para processar e julgar a ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato.

É o relatório.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

VOTOS

A Senhora Desembargadora DIVA LUCY IBIAPINA - Relatora

Em juízo de admissibilidade, conheço do conflito porque presentes os pressupostos de admissibilidade (Artigos 115 e 118, ambos do CPC).

Eminentes Desembargadores, a divergência surgida no seio da estrutura judicial tem o propósito de fixar a competência para tutela concreta de interesses que envolvem o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre homossexuais.

Haverá esta Egrégia Câmara Cível de decidir se os processos em que consubstanciados conflitos de interesses decorrentes de união homoafetiva encerram matéria de competência das varas cíveis ou se competentes para julgá-los são os juízes das varas de família.

Eis a questão.

É sabido que a distribuição da competência se faz por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, como também se concretiza por intermédio dos regimentos dos tribunais que estabelecem a distribuição interna da competência dentre os vários juízos competentes. O conjunto ordenado dessas normas atende à necessidade que tem o Estado de Direito de estabelecer o juízo responsável concretamente pela demanda ajuizada. Trata-se de exigência do Princípio do Juiz Natural, constituindo verdadeira garantia individual em favor de quem se achar submetido a processo judicial.

Da idéia do juiz natural decorre não só a imprescindibilidade da fixação de critérios determinativos de distribuição de competência, mas também a importância da distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Quanto aos critérios determinativos de distribuição de competência, vários são os fatores a ser considerados. O direito nacional utiliza três critérios básicos para fixação do órgão jurisdicional competente para cada causa: objetivo, territorial e funcional. Tais modalidades, a depender do interesse tutelado, se público ou preponderantemente privado, são agrupadas em dois gêneros distintos, os quais atendem a critérios que permitem classificar a competência em absoluta ou relativa.

O critério *objetivo* tem em conta a natureza da relação jurídica substancial deduzida em juízo e torna essencial a análise dos elementos da demanda. Assim, a competência pode atender a disciplina que considera: (a) as partes envolvidas, ensejando a determinação da competência ***ratione personae***; (b) a causa de pedir: a natureza da relação jurídica controvertida, que é definida pelo fato jurídico que lhe dá ensejo, pode definir a competência em razão da matéria – ***ratione materiae*** e; (c) o pedido: nas hipóteses em que são estabelecidos órgãos com competência diferenciada segundo a importância econômica da demanda proposta, tal como ocorre com os Juizados Especiais.

Pois bem, no caso específico deste incidente de conflito de competência, em que tanto o juízo cível quanto o juízo de família, por meio dos ilustres magistrados em exercício nas respectivas varas judiciais, se reputam incompetentes para conhecer de contenda relativa a uniões homoafetivas, é preciso, face a ausência de disciplina específica para a matéria, definir a que grupo de litígios pode e deve integrar a relação jurídica substancial trazida a conhecimento do Poder Judiciário.

Em verdade, sem que de antemão venha definido o juízo que legalmente deve exercer competência para apreciar situações fáticas que tais, risco de grave comprometimento haverá para a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, de que deflui o direito à tutela judicial efetiva. A definição da competência é, portanto, garantia inafastável do processo constitucional, eis que possibilita o exercício efetivo do poder jurisdicional.

À vista disso, voltando a atenção para a situação conflitiva posta nos autos deste incidente em que constatada a ausência de uma regra

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

jurídica de relação que deva ser juridicamente regulada, mostra-se premente a necessidade de integração do sistema normativo atualmente em vigor, pelo que haveremos de considerar o fato a regular e o conjunto de nosso ordenamento jurídico.

A existência constatada de *lacuna do direito*, a que se deve somar o fato de estar o julgador impedido de se furtar a uma decisão (Artigo 126 do Código de Processo Civil), torna forçoso admitir ao aplicador da lei, de forma a que possa chegar a uma solução adequada, lançar mão de técnicas de preenchimento do ordenamento jurídico que, reconhecidamente, é limitado.

Note-se que a necessidade de utilização de um instrumento para eliminar a lacuna interna do sistema normativo - a qual resulta de carência de regulamentação positiva de aspecto particular - não prescinde de que se estabeleça ou pressuponha a regra de complementação do ordenamento jurídico. Exatamente por isso vêm indicados na própria lei os meios supletivos das lacunas (Artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil). Diga-se a propósito, pertencer à **teoria das lacunas**, ao demonstrar o que se deve entender por sistema jurídico, o conjunto de regras voltadas ao interesse de fixar limites para as decisões judiciais de preenchimento.

Destarte, o órgão julgante, submetido ao princípio que veda a denegação da justiça, ao integrar ou preencher a lacuna, realiza, como intérprete da lei, o que a doutrina tem identificado como fenômeno de **“integração normativa”**.

O direito lacunoso, para suprir seus vazios, necessita de se auto-integrar, sendo este o motivo autorizador de meios judiciais para estender a esfera do disciplinado para a do não regulado. Ao aplicador do direito é permitido, de tal modo, proceder a processo intelectual de *interpretação jurídica*, que, de regra, implica ultrapassar as linhas de demarcação estabelecidas ao órgão julgante na realização da tarefa de interpretação das normas e subsunção, oportunidade esta em que efetua atividade eminentemente prática propiciadora da mediação entre a norma reguladora e o fato a regular.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Não bastam, porém, ao exame da hipótese **sub judice** as considerações já aduzidas. É indispensável, a meu sentir, mais aprofundado exame da natureza sistemática da interpretação.

A tarefa do magistrado de interpretar e/ou integrar o ordenamento jurídico subtende o bom uso das regras interpretativas o que, de sua vez, faz supor prévia definição do parâmetro do raciocínio jurídico, sem o que não será possível separar da interpretação jurídica a interpretação meramente subjetiva.

Importa pôr em evidência uma e outra porque, enquanto a interpretação jurídica está voltada a preservar a unidade do ordenamento pela busca de material normativo para interpretação do valor constitucional preeminente; a interpretação meramente subjetiva se baseia na intenção do intérprete que se vale de seus propósitos no interesse de, como se legislador fosse, cominar a sua própria intenção.

A hermenêutica jurídica autoriza a primeira forma de interpretação, desde que efetivada pela autoridade judicial competente. Quanto à segunda, ainda que realizada por autoridade regularmente constituída, está fora de discussão.

Sobre a matéria transcrevemos lições que nos foram passadas por José Alfredo de Oliveira Baracho:

“dois princípios sobre a generalidade da interpretação podem surgir para a compreensão do direitos, com vinculações às relações sociais e ao contexto constitucional: a) a interpretação do direito não subtrai as regras que usa o intérprete, quando opera com critérios lingüísticos. Desde o momento que o direito formal se exprime em linguagem, não pode prescindir das regras da linguagem (...);b) a interpretação do direito é legada à posição institucional que assume o intérprete a respeito da fonte, preocupando-se com a compreensão do poder normativo”.¹

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional – Aspectos Contemporâneos*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 83.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Assim, a tarefa do intérprete deve de ser orientada por processo interpretativo que considere, dentre outros fatores, o sentido literal do texto normativo. Não podem ser recusados o sentido dos vocábulos do texto e sua correspondência com a realidade que designam.

Ao aplicador da lei cumpre, também, relacionar umas normas às outras até que possa vislumbrar-lhes o sentido e alcance. Nesse processo, a Constituição deve influir sistematicamente em todas as normas, garantindo-se-lhe, por tal modo, um efeito estabilizador e integrador.

Cabe ao intérprete, portanto, na determinação do conteúdo da norma aplicável ao caso não previsto em disposição legal expressa, considerar a existência de um sistema onde existem disposições constitucionais em posição dominante, pelo que não pode realizar a interpretação separadamente da lei e da Constituição.

Ainda dos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho extrai-se a seguinte lição:

*“a Constituição opera como uma norma jurídica de máxima eficácia, pelo que não existe razão para separá-la do resto do ordenamento jurídico, no momento de sua interpretação. A interpretação adequada é uma das regras mais importantes sobre a interpretação, ela não deriva de disposição geral de lei, mas diretamente da estrutura do ordenamento jurídico vigente”.*²

Na busca de uma interpretação adequada - exatamente porque é escopo do direito, além de assegurar a justiça, permitir a possibilidade de convivência entre sujeitos individuais e coletivos - ao magistrado cumprirá, de igual modo, fazer frente às transformações sociais. Desde que as relações sociais concretas, do ponto de vista jurídico, requeiram uma regra não absoluta, mas adequada a um

² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional – Aspectos Contemporâneos*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 85.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

valor abstrato, e, portanto, relativa – conforme aos fatos – há de se adequarem as normas às novas exigências da sociedade.

Enfim, dadas a conhecer, por exigência lógica, as regras sobre interpretação; assentado que a interpretação será tida por justa quando dotada por um juiz competente; resta fixar qual dos meios supletivos de lacuna há de ser adotado para o caso **sub judice**, em que a controvérsia não pode ser decidida de conformidade com uma disposição precisa.

Pois então, nos termos do que reza o Artigo 4º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil, a **analogia** é o meio a que primeiro deve recorrer o magistrado. E, efetivamente, dele se socorreu o Culto Magistrado da Vara Cível ao suscitar o presente conflito de competência.

Vejamos, portanto, se ao Juízo suscitante assiste razão quando afirma não possuir parcela de jurisdição que a ele permita conhecer, processar e julgar demanda relativa a conflitos de interesses que envolvam união homossexual.

A *analogia*, ensina-nos Maria Helena Diniz, encontra fundamento na *igualdade jurídica*, já que “o processo analógico constitui um raciocínio ‘baseado em razões relevantes de similitude’, fundado-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas, substancialmente semelhantes...”. Quanto à verificação do elemento de identidade entre os casos similares, deve o intérprete destacar os aspectos comuns e proceder à aplicação por analogia, considerando o relevo que deve ser dado aos elementos diferenciais, considerando-os, bem como a diversidade existente.

Certo é que não poderá ser qualquer um o elemento de identidade, “...mas sim fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação à qual se quer comparar a norma não contemplada. Terá que haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica".³

Por conseguinte, a aplicação analógica, como processo revelador de normas que estariam implícitas, requer a verificação de ocorrência de determinados pressupostos sem o que não poderá ser admitida como fonte supletiva.

Estabelecida essa premissa, retomo o exame da situação posta nestes autos.

Verifico, então, que os fundamentos invocados pelo magistrado em exercício na vara cível para aplicação da analogia coincidem, perfeitamente, com opinião, ainda minoritária, mas que vem se firmando na jurisprudência do Rio Grande do Sul por meio de reiteradas decisões do Tribunal de Justiça daquele Estado da federação.

Lá também floresce doutrina, até agora minoritária, favorável à tese sustentada pela Desembargadora Maria Berenice Dias de que "...as relações entre pessoas do mesmo sexo...", e por ela chamadas de *uniões estáveis homoafetivas*, "...devem ser abrigadas no Direito de Família".⁴

Imprescindível, de tal modo, conhecer as bases, os alicerces, das razões apresentadas pelos defensores da tese de que, por analogia, disposições legais concernentes a direito de família devem ser aplicadas a caso similar caracterizado pela união homossexual.

Examinemos, pois, o raciocínio adotado para justificar a utilização de processo analógico para incluir a situação concreta relativa a parceria entre pessoas do mesmo sexo na esfera das relações jurídicas por lei afetas ao direito de família.

Vejamos.

³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 18ª Edição, Editora Saraiva, 2ª Tiragem, 2007, p. 458-459.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Homoafetividade*. Livraria do Advogado Editora. 2004, p.15.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Maria Berenice Dias, Eminente Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao defender, em diversas publicações, posição jurídica no sentido de que a união homossexual deve ser entendida como entidade familiar, assenta que:

- é discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homossexuais;
- relacionamentos que surgem de vínculos afetivos, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estão a reclamar um regramento legal;
- descabido estabelecer como pressuposto a distinção de sexos para a identificação da união estável, o que é exigência discriminatória;
- o legislador reconheceu como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada *família monoparental*;
- houve abertura conceitual: nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família;
- não há como só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

A ilustre autora, após encadear as proposições acima mencionadas e que dão sustentáculo a entendimento por ela abrigado, afirma que *“a única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência do objetivo de gerar filhos”*. Tal circunstância, em sua percepção, *“por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de maior espectro”*.⁵

Assim, conhecidas as razões em que se apóia a Eminente Desembargadora gaúcha, e às quais se filia o não menos Eminente

⁵ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000”, p.70-71.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Magistrado que no exercício da função jurisdicional atua em vara cível, é mister considerá-las à luz das normas sobre interpretação do direito.

Atrai a atenção, desde logo, apesar do amplo espaço argumentativo que a analogia comporta, o fato de não ser de identidade, mas de diferenciação o elemento essencial entre as situações concretas examinadas: a hipótese fática adotada como paradigma tem em conta a existência de relação entre pessoas de sexos opostos (relação heterossexual), enquanto a hipótese dita não regulada refere-se a relacionamento entre pessoas do mesmo sexo (relação homossexual).

Ora, as relações entre homem e mulher, seja para a constituição de família por intermédio de casamento, seja para a constituição de entidade familiar diversa da que do casamento decorre, estão reconhecidas desde o ano de 1948, quando aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Estabelece de modo inequívoco, aquela que é a Carta de *“reconhecimento da dignidade inerente a todos os Membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis...”*, o que *“...constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*, no item 1 do Artigo 16 - conforme está assentado no Preâmbulo, primeiro parágrafo - a dualidade de sexos, *“...o homem e a mulher...”*, como requisito de existência da entidade familiar.

O Estado Brasileiro, de sua vez, no esteio de sentimento que se consolidou, gradualmente, nas três décadas seguintes à Segunda Grande Guerra, absorveu na Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, tal como ocorrera nas cartas constitucionais da Europa continental, a noção de que a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana devem imanar o conjunto dos valores e princípios do ordenamento jurídico. O senso quanto à necessidade de instituir salvaguardas a situações existenciais levou então o legislador constituinte a estabelecer princípios constitucionais em matéria de família. Agiu atendendo a processo de profunda transformação social, pelo que tornou a *família* um instituto funcionalizado à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

República, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Artigos 1º, III; 3º, I, e 226 e seus parágrafos, todos da Constituição Federal).

O Direito Brasileiro, em sintonia com o que houvera estabelecido a Declaração Universal dos Direitos Humanos, votada na ONU em 10/12/1948, reconheceu a família como núcleo natural e fundamental da sociedade e a ela concedeu, como o fizeram os povos das Nações Unidas (item 3 do Artigo 16), direito à proteção da sociedade e do Estado. Ao fazê-lo, considerou a entidade familiar como decorrente da união entre homem e mulher.

Tanto para o casamento, quanto para a união estável, estabeleceu o legislador como requisito de existência a diversidade de sexos.

A confirmar tal assertiva é bastante o exame dos comandos expressos na Constituição Federal (**caput** e no § 3º, ambos do Artigo 226) e no Código Civil Brasileiro (Artigos 1.514, 1.723). Não se pode olvidar, ainda, os comandos normativos que estão estabelecidos na Lei n.º 9.278, de 10/maio/1996, a qual regulamenta o parágrafo 3º do Artigo 226 da CF, com peculiar atenção para o Artigo 1º. Note-se que igualmente para o concubinato - realidade distinta da união estável (Artigo 1.727 do Código Civil), porque nele há presente um dos impedimentos matrimoniais previstos no Artigo 1.521, enquanto para o outro não há o elemento impeditivo do matrimônio – instituiu o legislador, como requisito de sua existência, a dualidade de sexos.

Deste modo, busque o hermeneuta no ordenamento jurídico interno a adequada compreensão quanto ao que se possa entender como **“entidade familiar**, seja por meio de processo de interpretação sistemático, seja por intermédio de processo teleológico, seja por recurso à técnica gramatical, seja pelo emprego de processo lógico; busque o intérprete da lei no ordenamento jurídico internacional a compreensão quanto ao sentido daquele instituto, **“entidade familiar”**; a interpretação exata a que poderão chegar, considerando o bom uso das regras sobre interpretação, considerando, ainda, a natureza das relações jurídicas, bem como os fatos jurídicos que as ensejam, enfim, considerando o conjunto desses fatores, a conclusão outra não poderão racionalmente chegar senão a de que no universo das

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

entidades familiares só tem cabimento a união entre homem e mulher, ou seja, entre pessoas de diferentes sexos.

Os elementos diferenciais entre união heterossexual e união homossexual, para fins de constituição de entidade familiar, são relativos a requisitos essenciais à própria existência desse instituto.

Nem se diga que as modificações havidas nos esquemas familiares, ainda que substanciais, modificaram a estrutura familiar fincada na existência de um casal. Ao contrário, mantida está a estrutura familiar que na união do homem e da mulher encontra arrimo.

A essa altura, vale lembrar os ensinamentos do lexicólogo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira quando esclarece que a expressão “**casal**” é representativa de par composto de macho e fêmea, ou homem e mulher. Onde não há diversidade de sexos não há que se falar em casal. Coisas iguais, é certo, podem formar um par, desde que haja entre elas um elemento diferencial que as faça completar uma à outra (a exemplo: pares de sapato, de luvas etc. em que está ínsita a noção de diversidade: direito/esquerdo).

Não há, igualmente, que se falar na concessão à união homossexual de mesmo tratamento jurídico que à família monoparental a lei defere, uma vez que inexiste similaridade entre seus elementos estruturais básicos. Não há matéria analógica a ser considerada.

Tão extremadas são as diferenças que, creio, suficiente será a definição dos elementos que compõem a relação familiar monoparental para deixar fora de dúvida que, sobre eventuais aspectos comuns, sobreleva a diversidade existente.

A “**família monoparental**”, de que trata o § 4º do Artigo 226 da Constituição Federal, abrange a comunidade de pai ou mãe solteiros e seus descendentes naturais (filhos, netos etc.) ou por adoção, bem como a comunidade de pai ou mãe divorciados e seus filhos. Logo, imbricada na noção dessa espécie de entidade familiar está, sem sombra de dúvidas, a idéia da dualidade de sexos nas uniões antes existentes, mas, por variados motivos, já desfeitas.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Quanto às pessoas, aos seres humanos, que pretendam estabelecer entre si *união homoafetiva*, não podem elas, por imperativo lógico e conceitual, formar um par, um casal.

É-lhes dado, em respeito ao direito individual de liberdade constitucionalmente assegurado a todos (Artigo 5º, **caput**, CF/88), estabelecer entre si, com o que advirão efeitos jurídicos no campo do Direito das Obrigações e do Direito das Sucessões, as chamadas “**parcerias homossexuais**”.

Como sociedade civil, em que há comunhão de vidas e interesses, vem a doutrina majoritária entendendo a realidade da união entre pessoas do mesmo sexo. De igual modo, a jurisprudência majoritária dos tribunais de nosso país tem concedido ao parceiro civil que busque tutela jurisdicional tratamento jurídico segundo as regras que informam o direito obrigacional. Nesse sentido há julgados deste Egrégio Tribunal, citando-se, a título de exemplo, Agravo de Instrumento n.º 20030020098211 AGI DF, de Relatoria do Eminentíssimo Desembargador Nívio Gonçalves, e Conflito de Competência n.º 20040020013132 CCP DF, de Relatoria da Eminentíssima Desembargadora Sandra de Santis.

Também junto ao Poder Legislativo tem preponderado a noção de parceria civil em se tratando de uniões homossexuais para fins de concessão aos parceiros de direitos juridicamente tuteláveis. Veja-se a propósito Projeto de Lei n.º 1.151/95 apresentado pela então deputada federal Marta Suplicy e Substitutivo adotado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Enfim, o fato social das parcerias homossexuais guarda, pelos elementos que o caracterizam, profundas e fundamentais diferenças com os diversos institutos que compõem o universo das entidades familiares. Não há elemento de identidade que possa estabelecer, entre aquelas situações, verdadeira e real semelhança.

No que diz respeito à tentativa de estabelecer ligação por similaridade entre união estável e união homossexual, vale citar lição do Professor Rainer Czajkowski (*in* “*União Livre*”, Editora Juruá, 1997, p.54) que, ao abordar o tema, assim se manifesta:

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

“a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos, porque ‘duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos. Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral”.

No mesmo sentido Thiago Hauptmann Borelli Thomaz, em artigo na Revista dos Tribunais 809/95, **verbis**:

“O Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e a dissolução da família, mas das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela comunhão estável.

Mas se houver vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual.

Presentes esses elementos, pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável. É reconhecida a sociedade de fato quando pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum (art. 1.363 do CC/1916; art. 981 do novo CC).

*Assim, embora as relações homossexuais escapem da tutela do Direito de Família, não escapam do Direito das Obrigações”.*⁶

Certo é que, a inexistência de regime jurídico próprio a disciplinar a parceria homossexual há de levar, pelo emprego da *analogia*, à aplicação das normas que integram o direito das obrigações.

Assim o afirmo porque aspectos comuns fundamentais aproximam-na da sociedade de fato: a) não constitui elemento relevante a circunstância

⁶ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União Homossexual – Reflexões Jurídicas*. Revista dos Tribunais, Janeiro de 2003, 92º ano, p. 95-96.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

de serem os conviventes do mesmo sexo; b) deve haver união de esforços pessoais e/ou materiais, para a obtenção de fim comum e; c) é mister a mútua cooperação dos parceiros.

A situação fática por tal modo constituída, na hipótese de vir a se configurar qualquer conflito de interesses, encontrará, como nos dias atuais encontra, tutela jurídica adequada no âmbito do direito obrigacional. A dissolução da parceria civil, a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, são questões que ao juízo cível, como juiz natural, considerada a natureza da relação jurídica conflituosa, haverá de ser submetida.

Negativa de tutela jurisdicional também não haverá se, eventualmente, pretender qualquer dos conviventes postular por direito de sucessão. Mas, para tanto, enquanto regulamentação específica não houver, o direito que alegar possuir haverá de encontrar lastro em ato voluntário do parceiro falecido, tal como ocorre no testamento, com o que estará o postulante habilitado a suceder. Também na esfera do direito previdenciário podem os conviventes, igualmente por ato voluntário, se segurados obrigatórios não forem, se habilitar como segurados facultativos, quando também como beneficiários haverá de ser enquadrados. Entretanto, se como contribuinte da Previdência Social qualquer deles não se qualificar, pretendendo, então, apenas como beneficiário ser enquadrado, ser-lhe-á possível, mediante procedimento administrativo de justificação, fazer prova da existência de sociedade de fato justificadora da concessão do benefício pleiteado.

Enfim, por todo o exaustivamente exposto, firmemente convencida estou quanto a serem de destaque os aspectos comuns a conferir autoridade à interpretação jurídica que reconhece a existência de analogia entre a união homossexual e a sociedade de fato. A interpretação judiciária assim estabelecida guarda adequação para com o vigente sistema de normas e concede ao caso concreto a solução procurada.

Não há que se falar em ofensa a direito de escolha da orientação sexual do indivíduo. Não há que se falar em cerceamento da capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade. Não há que se falar em ofensa a

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

atributo da personalidade. Não há que se falar em discriminação. Não há que se falar em negativa de tutela jurisdicional a fato socialmente relevante, conquanto não constitua assunto da esfera do juridicamente regulado.

Está plenamente autorizada a exclusão das uniões homossexuais do âmbito do direito de família.

Afasta a possibilidade de interpretação analógica que, para integração de lacuna verificada em nosso ordenamento jurídico, estabeleça o recurso à regulamentação da parceria civil com base em disposições que disciplinam as entidades familiares, o fato de se distinguirem os elementos estruturais que caracterizam uma e outra. Divergem requisitos de *existência* de cada um daqueles institutos (parceria civil e entidade familiar), pelo que excluída está a aplicação analógica.

Não lograram os defensores da tese contrária, a exemplo da ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias, minimizar o relevo que os elementos diferenciais ostentam, tanto que ao tratar da questão do homossexualismo, após atacar o que chama *“inclinação ao desagrado e uma desconfiança em relação ao diferente ou ao incomum”*, afirma:

“O homossexualismo é marcado por um estigma, sendo relegados à marginalidade aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinada estrutura de restrita moralidade. Não só, mas principalmente nesta sede, o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos e resta por ser rotulado de ‘anormal’, ou seja, fora da normalidade. O que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente. A discussão que se trava é ‘invariavelmente fulcrada na moralidade, imoralidade ou amoralidade’, sem se buscar a identificação de suas origens: se orgânicas, sociais ou comportamentais”⁷ – grifos nossos.

A falta de semelhança verdadeira e real entre os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar e a parceria civil, a

⁷ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000”, p.17-18.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

dessemelhança das razões justificadoras da existência de cada uma delas, autoriza o não emprego da argumentação analógica pretendida pelo Juízo suscitante. Somente a entidade familiar tem, ainda que potencialmente, elementos de constituição que a ela permitem cumprir a finalidade antropologicamente reconhecida como finalidade precípua da família na sociedade humana: “*criar laços afetivos necessários à transmissão, de uma geração para outra, da cultura e dos valores ideológicos e morais*”.⁸

É de ser afastada a competência do Juízo da Vara de Família. E se há de fazê-lo por respeito ao Princípio da Igualdade consagrado no **caput** e inciso I do Artigo 5º da Constituição Federal. Não se cuida aqui da aparente igualdade formal, mas da **igualdade material** que impões tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A **igualdade substancial** é que se deve ter em conta.

Assim, respeitada a liberdade de escolhas de caminhos diversos, que é inerente a toda pessoa humana; respeitado o livre arbítrio que a cada um compete; respeitado o direito de orientação sexual do indivíduo; respeitada a capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade, é evidente que não constitui ofensa à isonomia considerar o fator de desigualação tomado por cada ser humano no momento em que elege suas preferências.

Se no exercício da liberdade humana constitucionalmente garantida a todos, diversas são as opções feitas, por decorrência lógica diversas poderão ser as conseqüências jurídicas daí advindas. O princípio da ação e reação, axioma básico da física estabelecido por Issac Newton, guardadas as devidas proporções, tem plena aplicação na ciência do direito.

Inaceitável é que, estabelecida a disparidade de conduta juridicamente relevante, pretendam, ao depois, igualar o inigualável para o fim de receberem idêntico tratamento jurídico.

⁸ *Barsa Planeta Internacional Ltda. – Macropédia. Vol.6, p 193.*

291471**CCP 2007.00.2.010432-3**

Enfim, na definição equânime do juiz legal, observadas as regras de divisão do poder jurisdicional, as quais não de ser examinadas sem que se defira às partes a possibilidade de optar pelo órgão julgador de sua preferência, afinal, como ensina Fredie Didier Jr, “o direito ao juiz natural não foi regra fixada no interesse das partes, mas, sim, no interesse público. Tanto que foi alçada à condição de princípio constitucional (art. 5º, LIII e LIV da CF)”⁹; observadas as regras de interpretação jurídica adequada para integração do sistema normativo vigente; é de ser declarado competente para conhecer de conflitos relativos a uniões homossexuais o Juízo da Vara Cível.

Isso posto, voto no sentido de que seja conhecido o conflito para o fim de declarar competente o Juízo da 3ª Vara Cível de Taguatinga para processar e julgar a ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato post mortem ajuizada por R. M. L. em desfavor do Espólio de L. R. de F. P..

Encerro aqui o meu voto.

O Senhor Desembargador NÍVIO GONÇALVES - Vogal

Acompanho o douto voto da eminente Relatora.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

Com a eminente Relatora,

O Senhor Desembargador OTÁVIO AUGUSTO - Vogal

Com a eminente Relatora.

O Senhor Desembargador NATANAEL CAETANO - Vogal

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7ª Edição, vol.1, Editora Edições Podivm, 2007, p.97.

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Senhora Presidente, acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

Confesso que fiquei preocupado, quando Sua Excelência citou trecho da doutrina de Maria Berenice. Nunca tive o prazer de subscrever qualquer das teses que Maria Berenice sustenta em matéria de Direito de Família, mas vejo com muita alegria que a eminente Relatora dela dissentiu, com toda propriedade.

Peço vênia para subscrever o seu ilustrado voto, que esgotou, de maneira brilhante, a matéria posta neste conflito de competência.

Estou com a eminente Relatora.

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Vogal

Acompanho, *in totum*, o voto da eminente Desembargadora Relatora.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com a eminente Relatora.

DECISÃO

CONHECIDO E DECLARADO COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. DECISÃO UNÂNIME.