

Dados do Documento

Processo: Agravo de Instrumento nº 2009.048923-4

Relator: Fernando Carioni

Data: 22/02/2010

Agravo de Instrumento n. 2009.048923-4, da Capital

Relator: Des. Fernando Carioni

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. UNIÃO HOMOAFETIVA. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR. VARA CÍVEL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. RECURSO PROVIDO.

"1 - A definição do juízo a que legalmente compete apreciar tais situações fáticas conflitivas, 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 dados 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 (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 diferenciação 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" (TJDF, Rec. n. 2008.00.2.012928-9, Ac. 357.875, Quinta Turma Cível, rela. Desa. Diva Lucy de Faria Pereira Ibiapina, DJDFTE 26-5-2009, p. 91).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2009.048923-4, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que são agravantes A. C. e I. A. C., e agravado R. C.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencida a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, que votou no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A. C. e I. A. C. contra decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital, Dra. Naiara Brancher, que, nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens n. 023.09.023583-8 aforada por R. C., reconheceu a competência da Vara de Família para receber a ação (fl. 36).

Relatam os agravantes que a pretensão da ação é de cunho meramente patrimonial; o requerimento é de reconhecimento de sociedade de fato, e não de relação homoafetiva; e o fundamento da ação repousa no art. 981 do Código Civil, e não no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, na Lei n. 9.278/1996 ou no art. 1.723 do Código Civil.

Sustentam que o reconhecimento da competência da 2ª Vara da Família para receber e julgar a causa viola entendimento consolidado nos Tribunais pátrios acerca do assunto, além de que ultrapassa os limites definidos no pedido do próprio agravado.

Alegam que inexistente previsão legal de constituição de família para pessoas do mesmo sexo. Acrescentam que o agravado fundamentou seu pedido no art. 981 do Código Civil, uma vez que requereu reconhecimento de sociedade de fato e direitos exclusivamente patrimoniais, e não a equiparação da alegada convivência à pretensão de constituição de família.

Requerem, ao final, a reforma da decisão agravada a fim de que seja reconhecida a incompetência da 2ª Vara da Família da comarca da Capital para o processamento e julgamento da causa, e a redistribuição dos autos a uma das varas cíveis da comarca.

Foi indeferido o efeito suspensivo almejado (fls. 45-51).

Intimado, o agravado não apresentou contraminuta (fl. 56).

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Dr. Mário Gemin, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso para determinar a remessa dos autos da ação originária a uma das varas cíveis da comarca da Capital (fls. 59-60).

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A. C. e I. A. C. contra decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital, Dra. Naiara Brancher, que, nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens n. 023.09.023583-8 aforada por R. C., reconheceu a competência da Vara de Família para receber a ação (fl. 36).

Da análise dos autos verifica-se que o autor, ora agravado, pretende, em síntese, o reconhecimento e a dissolução da união estável mantida por 13 (treze) anos com D. C., falecido em 20-11-2008.

Ao receber o feito, o digníssimo Magistrado Substituto da 1ª Vara Cível da comarca da Capital declinou a competência para conhecer e julgar o feito à vara da família da Capital e determinou a remessa dos autos a esta (fl. 32).

Ao receber os autos, a Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital reconheceu a competência desta vara para processar e julgar a ação na qual se busca o reconhecimento da sociedade de fato.

Ora, não obstante as respeitáveis considerações esposadas pela ilustre Magistrada a quo, não há equiparar a união homossexual/homoafetiva à união estável.

Com feito, é entendimento jurisprudencial majoritário que a união entre pessoas do mesmo sexo equipara-se a uma sociedade civil, regida pelas disposições do direito civil comum.

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há regulamentação para as uniões homoafetivas; portanto, a união entre homossexuais juridicamente não existe, nem pelo casamento, nem pela união estável, só podendo ser considerada sociedade de fato, cuja dissolução atinge contornos econômicos, resultantes da divisão de patrimônio comum, com incidência, assim, do direito das obrigações.

A propósito, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, estabelece que "para efeito de 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".

Assim, a Magna Carta "considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos enlaces entre pessoas do mesmo sexo" (Ações de direito de família. coord. Rolf Madaleno, Ana Cristina Brenner,[...] [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 209).

Recepcionando o preceito constitucional, a Lei n. 9.278/1996, no art. 1º, dispõe:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Na mesma direção, determina o art. 1.723 do Código Civil que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

A respeito, Álvaro Villaça Azevedo leciona:

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro.

Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realiza entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

[...]

Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável.

Realmente, desde que foram conferidos efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher.

Com a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento, de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do § 3º do seu art. 226 (Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 466-471).

Na mesma direção, Arnaldo Wald destaca que "a entidade familiar, alçada à condição de união estável, requer como primeiro pressuposto a heterossexualidade de seus partícipes. Exclui, assim, o novo diploma legal, a

união estável de homossexuais (O novo direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 318).

A par disso, os requisitos para o reconhecimento da união estável são: a dualidade de sexos; a convivência duradoura; a continuidade da relação; a publicidade; a intenção de constituir família; e a ausência de impedimento para constituir o matrimônio.

Logo, no caso das uniões mantidas por pessoas do mesmo sexo, o que efetivamente deve ser considerada e reconhecida é a configuração de sociedade de fato, na forma disposta pelo art. 981 do Código Civil, verbis:

Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

A propósito, Sílvio da Salvo Venosa salienta que "enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato" (Direito civil: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 441).

Acerca do tema, colhem-se da jurisprudência pátria:

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (STJ, REsp n. 648.763/RS, Quarta Turma, rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, j. em 7-12-2006, DJU 16-4-2007, p. 204).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, 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 (STJ, REsp n. 502.995/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 26-4-2005, DJU de 16-5-2005, p. 353).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE RELAÇÃO HOMOAFETIVA. 1 - A definição do juízo a que legalmente compete apreciar tais situações fáticas

conflitivas, 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 dados 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 (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 diferenciação 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 - Agravo conhecido e provido para declarar a incompetência da vara de família e competente uma das varas cíveis da circunscrição especial judiciária de Brasília, DF, para processar e julgar ação de reconhecimento e dissolução de relação homoafetiva. 10 - Precedentes judiciais. Em especial, conflitos de competência n.ºs. 20030020096835, 20050020054577 e 20070020104323, primeira Câmara Cível deste egrégio tribunal (TJDF, Rec. n. 2008.00.2.012928-9, Ac. 357.875, Quinta Turma Cível, rela. Desa. Diva Lucy de Faria Pereira Ibiapina, DJDFTE 26-5-2009, p. 91).

PROCESSO CIVIL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. NATUREZA OBRIGACIONAL. JUÍZO DE VARA DE FAMÍLIA. FALTA DE COMPETÊNCIA. O juízo de vara de família não é competente para o processamento e julgamento de pedido de

reconhecimento e dissolução de relação homoafetiva. O art. 9º da Lei nº 9.278/96, ao fixar a competência do juízo de vara de família para as matérias relativas à união estável, restringiu-se aos casos da entidade familiar descrita no seu art. 1º, sem abranger as relações entre pessoas do mesmo sexo e seu reconhecimento para efeitos obrigacionais. De ofício, anularam a decisão (TJMG, Ap. Civ. n. 1.0145.08.501549-6/0011, Juiz de Fora, Quarta Câmara Cível, rel. Des. Almeida Melo, j. em 1º-10-2009, DJEMG de 5-10-2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens. Relação homoafetiva. Artigos 226, § 3º, da Constituição Federal, 1º da Lei n. 9.278/1996 e 1.723 do Código Civil de 2002. União estável. Aliança entre homem e mulher. Competência da Vara Cível para processar e julgar o feito. Conflito não acolhido. Há declaração de voto vencido (TJSC, CC n. 2005.024162-5, de São José, Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, DJSC 28-7-2009, p. 66).

APELAÇÃO CÍVEL ; AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA ; IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO ; EXEGESE DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL ; EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO ; DECISÃO MANTIDA ; RECURSO DESPROVIDO.

O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher (TJSC, Ap. Cív. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 28-9-2006).

Com efeito, percebe-se que, no caso dos autos, não se evidencia a união estável, a qual levaria à competência do juízo familiar, mas, sim, uma sociedade de fato, com divisão do patrimônio, pedido esse de cunho estritamente patrimonial e que se encaixa nos direitos obrigacionais.

A par disso, não há razão para atribuir à 2ª Vara da Família da comarca da Capital a competência para o processamento e julgamento do feito, porquanto a competência para apreciar e julgar o feito é das Varas Cíveis.

Nessa direção, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATÓ, 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 (STJ, REsp n. 323.370/RS, rel. Min.

Raphael de Barros Monteiro Filho, j. em 14-12-2004, DJU de 14-3-2005, p. 340).

COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA ESTÁVEL.

Impossibilidade constitucional de equiparação à União Estável entre homem e mulher, assim reconhecida como entidade familiar. Inteligência do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recusa da competência do Juízo Sucessório em favor do Juízo Cível, que se mostra acertada em razão de não configurar hipótese de situação de estado. Possibilidade, quando muito, de reconhecimento de sociedade patrimonial de fato. Decisão mantida (TJSP, Ag n. 388.800-4/7, de São Paulo, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 7-6-2005).

Por conseguinte, é medida de rigor cassar a decisão proferida pela Magistrada da 2ª Vara da Família da comarca da Capital e determinar a redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis da comarca da Capital.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao agravo para o fim de cassar a decisão objurgada e determinar que o processamento e julgamento dos autos principais ocorram em uma das Varas Cíveis da Capital. Vencida a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, que votou no sentido de negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 26 de janeiro de 2010, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 1º de fevereiro de 2010.

Fernando Carioni

PRESIDENTE E RELATOR

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Dispõe o art. 151, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal que "os desembargadores vencidos, no todo ou em parte, declararão que o foram, e deverão justificar os seus votos, nos julgamentos que possam ensejar embargos infringentes".

Assim, não sendo esse o caso dos presentes autos, abstenho-me de lavrar declaração de voto vencido.

Florianópolis, 02 de fevereiro de 2010

Maria do Rocio Luz Santa Ritta