

Agravo de Instrumento nº 599 075 496

Oitava Câmara Cível

Agravante: E.C.E.

Agravada: E.S.C.

***Ementa:* RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO 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, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, acorda em dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Antônio Carlos Stangler Pereira, Presidente, e José S. Trindade.

Porto Alegre, 17 de junho de 1999.

Des. Breno Moreira Mussi, Relator.

RELATÓRIO

DES. BRENO MOREIRA MUSSI (RELATOR) -

Decisão. Trata-se de declaração de incompetência do magistrado da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre, encaminhado os autos para redistribuição a uma das Varas Cíveis.

O motivo está no fato de que a relação em causa (litígio patrimonial decorrente da separação de sociedade de fato entre duas mulheres) não é uma relação familiar, resultante de união entre homem e mulher, excluída, assim, da regência dos incisos III e IV do art. 73 do COJE, e art. 9º da Lei nº 9.278, de 10.05.96.

Agravo. Tempestivo e preparado.

Fundamentos: a) não é possível, nos dias de hoje, desconhecer as uniões homossexuais; b) no caso, existiu um relacionamento de “concupinato”, pois as partes dividiam “cama, mesa, proventos, amor, solidariedade, companheirismo e mais outros sentimentos inerentes aos casais heterossexuais”.

Requer seja liminarmente deferido efeito suspensivo ao cumprimento da decisão atacada e, ao final, julgado procedente o agravo.

Adiantamento. Ao receber o recurso, mantive o feito na Vara de Família, nos seguintes termos (fl. 65):

“Processar o agravo, com efeito suspensivo, na medida em que a matéria de fundo envolve gama de interesses inseridos no Juízo de Família. O componente discrepante - identidade de sexos - comporta visualização similar, quanto ao mais. Sendo assim, em princípio, razoável processar o feito no juízo especializado”.

Informações. Noticiam que a agravante entregou cópia do recurso no cartório, cumprindo o disposto no art. 526 do CPrCv (fl. 68).

Ministério Público. Opina pelo improvimento (fls. 70/72).

É o relatório.

VOTO

DES. BRENO MOREIRA MUSSI (RELATOR) -

1. A definição da competência, no caso concreto, parte de três pontos. O primeiro diz respeito à especialização das Varas.

O sistema do judiciário gaúcho optou por uma das vertentes possíveis, em matéria de prestação jurisdicional, na medida em que especializou determinados Juízes para receber certos tipos de demanda.

Há quem contrarie a tese, porque o fato de especializar diminuiria o horizonte dos juízes, deixando-os bitolados, fazendo com que percam a noção sistemática.

Em princípio, todos os Juízes da Capital teriam, teoricamente, competência territorial para conhecer de todas as demandas ocorrentes em Porto Alegre. Há vários Estados da Federação em que é assim.

Porém, ao optar por especializar determinados Juízes para certos temas, o Rio Grande do Sul previu a preparação profissional específica, fazendo com que o juiz cada vez mais se aprofundasse e tivesse melhores condições para enfrentar a matéria.

Isso não ocorre só no mundo do Direito, mas também na Medicina, Odontologia e em outros ramos. No Direito, sabemos que determinados advogados trabalham somente matéria tributária, em matéria penal tem outros especializados, e assim por diante. O que não apaga, também, a circunstância de termos advogados generalistas, que atuam com excelente proficiência, em diversas áreas.

É de longa data que o Judiciário gaúcho chegou ao ponto da especialização. Ao mesmo tempo, há Estados que deixaram as Varas de Família inseridas nas varas cíveis comuns.

Em nosso Estado, acredita-se que os Juízes, certamente por trabalharem diuturnamente os temas, adquiririam a experiência, sensibilidade, e profundidade naquelas matérias próprias ao assunto, que lhes são submetidas ao conhecimento, o que levaria à maior justiça das decisões mais justas.

A especialização também foi levada à segunda instância, com as Câmaras de Família.¹ Por estarmos tratando toda a semana somente questões de Família,² estaríamos mais habilitados para entrar no detalhamento, na sutileza e na sensibilidade destas relações.

A especialização existe em função desse detalhamento.

2. O segundo ponto, também muito importante, é a questão da discriminação.

A nossa Constituição está na esteira das legislações modernas, democráticas, em que sempre aparece uma proibição absoluta de discriminar em razão do sexo.

Seu art. 3º, inciso IV assim dispõe, *verbis*:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

... IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (grifei).

Mas nós sabemos que não é assim. A discriminação existe em vários setores da nossa sociedade, e não apenas em relação à questão da homossexualidade.

¹ 7ª e 8ª Câmaras Cíveis, as quais perfazem o 4º Grupo Cível

² Como também Sucessões, Infância e Juventude, e Registro Civil, como consta do Regimento Interno da Corte.

Falo na discriminação contra a mulher, por exemplo. Salvo nas carreiras públicas, a tendência é a de a mulher receber menos pelo mesmo trabalho que o homem faz.

Os casos do negro, do pobre, do deficiente físico, todos eles abertamente discriminados.

Quando entramos em temas de homossexualidade, tudo se põe mais flagrante. Apesar de a Constituição dizer que não se pode discriminar, nós o fazemos, com frequência. Desconheço, por exemplo, que no quadro da Magistratura gaúcha haja algum homossexual declarado. E tenho certeza que, apresentando-se alguém, em tais condições, querendo ser Juiz, terá a sua inscrição repelida, mesmo sendo pessoa com as melhores qualificações.

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal.

Esta circunstância é por demais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com conseqüências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos.

A longa e sofrida jurisprudência em favor da companheira, hoje transformada em legislação, terminou sendo inserida, dentro da Constituição, como se vê do art. 226, § 3º. Dito dispositivo fala em homem e mulher, trazendo para o ventre da Carta Magna o casamento de fato.

Eu diria que o Constituinte retirou debaixo do tapete a união estável, e a trouxe para o sofá da sala.

Não teve, porém, o mesmo cuidado com as relações homossexuais. Mas isto não impede o reconhecimento que uma ligação homossexual, em termos de afetividade, tem exatamente os mesmos componentes da heterossexual.

Como diz a parte agravante, numa síntese muito bem feita, as pessoas envolvidas nesta relação *“dividiam cama, mesa, proventos, amor, solidariedade, companheirismo e mais outros sentimentos inerentes aos casais heterossexuais”*. A única diferença, no caso concreto, é que, legalmente, não podem casar, uma com a outra.

Mas toda união estável tem que resultar ou possibilitar um casamento? Não consigo ver no ditame da Constituição³ - *“devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”* -, também, este componente.

Vejo a união estável como a relação em que as pessoas não estão preocupadas com o casamento. Pode ocorrer, inclusive, que justamente não querem é o matrimônio, sem que a relação deixe de ser uma união estável.

³ Art. 226, § 3º, *in fine*

O único elemento discrepante, dentro deste conceito, está na homossexualidade. Este é o caso concreto.

Não me impressiona o argumento de que se trata de simples questão patrimonial. Isto porque as demandas nas quais se discute patrimônio, numa união heterossexual - casamento com ou sem papel - vão para a Vara de Família.

Os autos trazem rigorosamente a mesma questão. Então, isola-se perfeitamente, no presente caso, a definição do sexo das pessoas envolvidas, que passa a ser o fator determinante.

A matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. Aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza.

Em que pese opiniões diversas, não me parece razoável, nos tempos atuais, desconhecer a realidade que demonstra, a todo momento, a existência de relações do tipo das que aqui se discute e que, com certeza, hão de merecer especial e adequada solução.

3. Agora o terceiro ponto.

Consigo ir mais longe do que a letra fria da lei, ao vislumbrar uma situação analógica, no caso concreto.

Ao que me consta, a matéria ainda não foi regulamentada, pelo Congresso Nacional. Não há artigo de lei que proíba uma relação afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo. Aliás, nem poderia, ante as garantias constitucionais.

Porém, o fato de uma hipótese, rigorosamente, não existir na lei, jamais levará ao ponto de fazer desaparecer o fenômeno social, como se a omissão legislativa fosse capaz de suprimir a homossexualidade.

Quando não está na lei, o operador deve socorrer-se da analogia, para preencher a lacuna. Assim o dizem os arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil.

Na verdade, é impróprio falar em lacuna. O ordenamento jurídico, visto como um todo, encarrega determinados órgãos - no caso os juízes - para atribuírem soluções aos casos concretos, mesmo naquelas situações em que não existem regras legais específicas.

Como asseveram Aftalión, Garcia y Vilanova,⁴ *verbis*:

Contra la opinión de algunos autores, que han sostenido que en el ordenamiento jurídico existen lagunas - o sea, casos o situaciones no previstas - que sería necesario llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento jurídico es

⁴ Introducción al Derecho, nº 1º, 27, pág. 233, Buenos Aires, 1975.

pleno: todos los casos que puedan presentarse se encuentran previstos en él (...)

(...) No hay lagunas, porque hay jueces”.

Na situação dos autos, a analogia me leva, por todos os detalhes, a entender que, salvo o elemento discrepante, que é a identidade do sexo, a matéria tem os mesmos componentes das digladiadas entre os casais heterossexuais.

Não me assusto, também, com o medo da possibilidade de ação de alimentos, ou demandas paralelas. Há tantos temas em aberto, deferindo-se, por exemplo, inscrição como beneficiário em plano de saúde, para as pessoas do mesmo sexo. Se for ajuizada alguma ação de alimentos, cumpre examiná-la, ver se estão presentes os elementos valorativos indispensáveis ao conhecimento da questão, ao invés de indeferir, pura e simplesmente, discriminando a homossexualidade.

O mesmo se pode dizer quanto ao direito de concorrer à herança, e outras situações que a vida, no seu trabalho multifacetado e incomparável para criar acontecimentos, for capaz de apresentar.

Quando surgem estas demandas, é bom lembrar as injustiças que foram cometidas contra os partícipes das uniões estáveis, antes de receberem os avais legislativos. Normalmente as mulheres eram afetadas, pois ficavam em casa, enquanto os varões saíam para a batalha do ganha-pão, e traziam o dinheiro. Os bens ficavam em seus nomes. A muito custo, se evoluiu pela “*remuneração dos serviços prestados*”, sociedades de fato (nas quais a mulher deveria comprovar os aportes financeiros - tarefa impossível - , para ter direito a partilhar os bens), e outros modos de se fazer justiça, até chegar no sistema atual, que valoriza o trabalho doméstico.

Muitos testamentos e doações foram anulados, com base em falsos moralismos, quando tais atos apenas tentavam garantir as companheiras de toda uma vida, na mais plena observância dos padrões éticos.

Também é importante dizer que as demandas relativas a uniões estáveis (homem e mulher), até pouco tempo, não corriam no juízo especializado das Varas de Família.

A questão das minorias exige, nos sistemas constitucionais modernos, ações positivas de proteção. Na parte do Judiciário, que não faz leis, e as aplica, as ações positivas podem ter curso através de uma interpretação integradora, e sem dar guarida a qualquer forma de discriminação, velada ou aberta.

4. Conclusão.

Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria.

É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou entre mulheres, formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico.

Com certeza, no caso em discussão, não estamos frente a um negócio jurídico, a ser solvido pelas varas cíveis generalistas.

O relacionamento entre as partes foi bem mais além, pois teve curso, do início ao fim, nos sentimentos que estimulam emocionalmente as pessoas, cujas sutilezas correspondem ao que levou o legislador gaúcho especializar as varas de família.

Como a Constituição Federal proíbe a discriminação pelo sexo, sou pelo exame da causa junto ao juízo especializado. Com o que, estou tornando definitivo o adiantamento.

Isto posto, dou provimento.

DES. JOSÉ S. TRINDADE - Revisados os autos, concordo integralmente com o eminente relator para estabelecer que a competência para apreciar e julgar a ação de dissolução de sociedade de fato com divisão de patrimônio movida pela agravante contra a agravada, é da Vara de Família.

Examinando-se a inicial da ação acostada às fls. 10/14, verifica-se que o pedido da ora agravante baseia-se, efetivamente, em relação de afeto mantido com a agravada, conforme muito bem salienta o nobre relator. Consubstanciada ficou a competência das Varas e Câmaras de Família, para apreciar as ações referentes ao concubinato - atualmente união estável - mantida entre o homem e a mulher.

Discriminação, à toda evidência, não pode ser feita quando se tratar de união entre pessoas do mesmo sexo, por afronta à Carta Magna que proíbe qualquer discriminação, segundo bem destacado no voto do Desembargador Breno Moreira Mussi.

Serve como paradigma precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, ao retratar o descabimento de preconceitos contra os homossexuais, e, por isso, sua ementa merece transcrição:

REsp - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento

para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica. (sublinhei) (REsp n.º 154.857/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Sexta Turma, julgado em 26/05/1998).

Ainda, também o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito a partilha de bens entre homossexuais, em inovador julgamento, merecendo transcrever a ementa do precedente:

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do C. Civil. (Resumo) (REsp n.º 148.897/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, julgado em 10/02/1998).

Assim, já tendo sido a matéria enfrentada inclusive pelo STJ em Turma especializada em Direito de Família, mais uma razão para se entender que, efetivamente, assiste razão à agravante ao pretender o exame da ação intentada, na Vara de Família.

Acompanho o relator, provendo o recurso.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - Hoje, o relacionamento de pessoas do mesmo sexo é uma realidade evidente. Não se escondem mais esses relacionamentos como antigamente acontecia. O patrimônio adquirido origina-se do esforço comum, tal como acontece em relações de companheiros heterossexuais. Os sentimentos que motivam duas pessoas do mesmo sexo a viverem juntas são os mesmos que motivam os heterossexuais. A preferência sexual é pessoal de cada homem ou mulher. No mais das vezes, há mais fidelidade, amor e respeito entre os homossexuais do que entre os heterossexuais. Se para os heterossexuais os homossexuais são diferentes, estes, em seus direitos, não podem ser diferenciados só porque a nossa sociedade judaico-cristã tem como padrão de comportamento sexual a heterossexualidade. O patrimônio, se resultante de união heterossexual ou homossexual, é o mesmo, portanto, a competência é da Vara de Família.

Acrescento o que diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Há precedentes jurisprudenciais em matéria de união homossexual no sentido do reconhecimento da existência de sociedade de fato, e, certamente, a

tendência será justamente que tal reconhecimento se estenda também para hipóteses de concubinato e de convivência entre parentes e amigos. Há, nesta matéria, campo aberto para a perfeita aplicação da doutrina da sociedade de fato, tal como aventada na oportunidade da edição da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, com perfeita adequação à nova realidade, inclusive quanto à exigência de ser demonstrada a contribuição direta dos partícipes na aquisição ou incremento patrimonial.” (“O companheirismo. Uma das espécies de família. Editora Revista dos Tribunais, p. 494)

Este o registro que faço para também acolher a competência da Vara de Família e Sucessões.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 599075496 DE PORTO ALEGRE -
“DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.”**

Decisor de 1º Grau: Dr. Nelson José Gonzaga.