



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. AFASTADA CARÊNCIA DE AÇÃO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA PARA O DEVIDO PROSSEGUIMENTO DO FEITO.**

APELAÇÃO CÍVEL

SEGUNDA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL

Nº 70005733845

PORTO ALEGRE

A.M.C.Z..

APELANTE

A.M.A.B..

APELANTE

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os integrantes da Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso, desconstituindo a sentença.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores, Des. MARIO ROCHA LOPES FILHO e Dr. ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO.

Porto Alegre, 20 de março de 2003.

**DR. LUIZ ROBERTO IMPERATORE DE ASSIS BRASIL,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

**DR. LUIZ ROBERTO IMPERATORE DE ASSIS BRASIL (RELATOR) –**



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

Trata-se de apelação interposta por A. M. Z. e A. M. da A. B., contra sentença, que nos autos da **AÇÃO DECLARATÓRIA de RECONHECIMENTO de UNIÃO ESTÁVEL**, ajuizado pelas recorrentes, que extinguiu o feito face ao indeferimento da inicial por falta de interesse processual.

Em recurso (fls. 39/46), aduziram que ajuizaram a presente demanda no intuito de ver reconhecida a união de fato por elas vivida que em tudo se iguala às relações heterossexuais. Argumentaram a respeito que já existe jurisprudência que reconhece a existência de uniões dessa natureza, resguardando e protegendo as relações homossexuais, motivo pelo qual é inadmissível privá-las do referido amparo legal. Logo, pugnaram pelo provimento do apelo, a desconstituição da sentença, bem como a remeça dos autos ao primeiro grau para o prosseguimento do feito e o exame do mérito, sendo reconhecido assim o relacionamento afetivo e advindo deste seus efeitos jurídicos e legais.

O Ministério Público em parecer (fls. 54/8), opinou pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

## VOTO

**DR. LUIZ ROBERTO IMPERATORE DE ASSIS BRASIL (RELATOR)** –

A sentença (fl. 37), manuscrita, diz apenas isto:

***“Da mesma forma que em relacionamentos de pessoas de sexos opostos, a pretensão não encontra interesse processual, daí indeferir a inicial e julgar extinto o feito”.***

A união homossexual tem reflexos jurídicos, quando mais não seja no âmbito do direito obrigacional, admitida a sociedade de fato, o que determina a incidência das regras legais pertinentes. Como disse Rainer Czajkowski:

***“Genericamente, ‘sociedade de fato’ ou ‘irregular’ é aquela não constituída juridicamente, formalmente, mas que, no mundo dos fatos, se amolda ao conceito do art. 1363 do CCB:***



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

***Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”***

Perfeitamente possível que seja formada por duas pessoas homossexuais entre si (“União Livre”, p. 175).

Cita este autor, doutrina civilista alemã (Günther Beitzke e Alexander Lüderitz, na obra “Familienrecht” (Direito de Família), p.37, neste mesmo sentido.

E conclui o autor:

***“A admissibilidade de se declarar uma sociedade de fato entre homossexuais, portanto, é simples de se defender: estes parceiros podem formá-la como quaisquer outras pessoas, mesmo que não fossem homossexuais nem concubinadas entre si”***. (op. cit., p.176). Ressalta, inclusive, que o reconhecimento da união pode interessar até mesmo para efeitos futuros (id., ibidem).

A Desembargadora Maria Berenice Dias, em sua obra “União Homossexual”, assim manifestou:

***“Em nome de uma moral conservadora, deixar de atribuir efeitos jurídicos às relações que são muito mais uma sociedade de afeto do que uma sociedade de fato, revela postura preconceituosa e discriminatória”***.

Rodrigo da Cunha Pereira, no seu livro “Concubinato e União Estável”, p. 126/7, diz:

***“Muitas vezes não há interesse ou mesmo necessidade de se fazer a dissolução da sociedade concubinária, seja porque não há interesse patrimonial ou por razões de ordem pessoal. No entanto, pode haver outros interesses que tornem necessárias a prova da existência daquela relação para surtir efeitos previdenciários, sucessórios, indenizatórios, mudança de nome, etc. Assim as partes de uma relação concubinária, ou seus herdeiros, poderão propor uma ação declaratória, com fulcro no art. 4º, I e II e parágrafo único, do CPC, para que seja reconhecida a existência da sociedade de fato e relação concubinária (união estável)”***.



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

Reforça este argumento do ilustre jurista, o reconhecimento, hoje, de direitos previdenciários ao companheiro homossexual, como a pensão por morte e auxílio-reclusão, nos termos das Instruções Normativas nºs. 25/00 e 50/01 do INSS, baseadas em decisão na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347, na qual disse o Ministro Marco Aurélio:

***“Constitui objetivo fundamental da República do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de á luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só o cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do artigo 201”.***

A possibilidade da ação meramente declaratória, mesmo ausente litígio, é reconhecida também por Marco Aurélio S. Viana, na sua obra “Da União Estável” (p.77), mencionando que ela pode ser proposta ***“mesmo que não se coloque de imediato interesse pessoal ou patrimonial”***.

Tal entendimento pode encontrar respaldo até na lição de Carnelutti, segundo o qual ***“o limite do processo de declaração consiste, se não na atualidade, no perigo da lide; portanto, o interêsse na declaração existe quando, mesmo não sendo atualmente contestada uma pretensão e por isto não se havendo manifestado a lide, não seja excluída sua possibilidade no futuro”*** (“citado por Celso A. Barbi, in “A ação declaratória no processo civil brasileiro”, p. 80).

Com apoio em Chiovenda e Ridenti, Christino Almeida do Valle sustenta a viabilidade da ação para que se declare ***“que certo fato juridicamente relevante***



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

***existiu ou não, subsistindo certo direito ou sua relação***". E segue: ***"A incerteza, segundo o mestre italiano, pode representar o estado de insatisfação de um direito quando tal incerteza for sine qua non à fruição ou atuação do aludido direito. E, para isso, para assegurar esse gozo deste direito, plenamente, ou de sua atuação, é imperioso exterminar com a causa dessa perturbação com a declaração"*** (Teoria e Prática da Ação Declaratória Principal e Incidente, p .81/2).

Pontes de Miranda ensina a propósito da declaratória:

***"Não precisa a ação de ter havido alguma violação de direito, nem, sequer, ameaça (Franz Klein, Vorlesungen, 195), ou rumor de negação, ou mesmo qualquer negação... Evitar ação futura é um dos interesses"***. (Comentários ao CPC, tomo I, p. 187/8).

E antes já mencionara como relação declarável a ***"sociedade"*** (op. cit., p.176); o mesmo sendo referido por Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, 1º volume, p. 232).

De sorte que a união das autoras, podendo repercutir na órbita legal, autoriza a pretensão das mesmas ver declarada (afastando-se qualquer incerteza) a existência daquela relação qualificada, relevante para o Direito.

A respeito transcrevo voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, nos Embargos Infringentes nº 70002656353:

***"A busca da certeza jurídica a respeito de um fato é expressamente assegurada pelo inciso I do art. 4º do CPC, sendo inclusive facultado, pelo art. 861 do mesmo diploma, o uso do via da justificação para efeito meramente certificadorio. Assim, não se restringe a via judicial tão somente para o fim de "dar a cada um o que é seu", ou seja, não possui mera eficácia distributiva de efeitos das relações juridicizadas. Conforme bem lembra Araken de Assis, a declaração rejeita fatos incertos ou inexistentes acerca do thema decidendum e, trazendo a lição Pontes de Miranda, esclarece que se supõe que os fatos informadores do objeto declarável, segundo a convicção judicial, tenham efetivamente incidido no respectivo suporte fático (Cumulação de Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.80).***



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

***Ao depois, a relação jurídica, que querem os embargantes ver reconhecida como existente, dispõe inclusive de referendo constitucional, atribuindo-lhe a legislação ordinária um leque de efeitos.***

***Não se pode obstaculizar o uso da via judicial para revestir de certeza fato que exala efeitos jurídicos, mesmo que tais seqüelas não sejam buscadas em juízo.***

***Esta posição, ainda que de forma minoritária, já teve oportunidade de sustentar no julgamento da Apelação Cível nº 598409167. Mesmo tendo restado isolado este entendimento no julgamento dos Embargos Infringentes nº 597191998 acabou ele por ser referendado pelo STJ, conforme traz o voto minoritário.***

***Cabe lembrar, além da jurisprudência do STJ antes referida, que esta Corte já reconheceu como viável juridicamente a justificação judicial para a finalidade de comprovar a convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário (Apelação Cível nº 70002355204, 7ª Câmara Cível. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 11/4/2001).***

***Ora, se até mesmo para aquelas relações jurídicas cuja existência e possibilidade de inserção no âmbito do direito ainda enfrentam a recalcitrância de alguns é assegurado o acesso à via declaratória, nada justifica que se recuse tal possibilidade para se emprestar certeza jurídica à relação que nasce de um fato que as partes pretendem ter reconhecido como existente.”***

O voto da ilustre Magistrada foi acompanhado pelo Presidente, Desembargador Alfredo Guilherme Englert, e pelos Desembargadores José Carlos Teixeira Giorgis e Rui Portanova. Deste transcrevo voto na Apelação Cível nº 70002279412:

***“Conforme art. 4º, I, do CPC “o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou de relação jurídica”.***

***Nesse sentido, decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça:***

***“União Estável. Ação Declaratória. Alimentos. Legítimo Interesse. O companheiro tem legítimo interesse de promover ação declaratória (art. 3º do CPC) da existência e da extinção da relação***



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

jurídica resultante da convivência durante quase dois anos, ainda que inexistam bens a partilhar. Igualmente, pode cumular seu pedido com a oferta de alimentos, nos termos do art. 24 da Lei 5478/68. Recurso conhecido e provido. (Resp. 285961/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 06/02/2001).”

**Do acórdão extrai-se o seguinte trecho:**

*“A ação declaratória exige como condição o interesse do autor na declaratória da existência da relação jurídica ou da sua extinção (art. 4º do CPC). A convivência de um casal, com união de vidas e gerando filhos, não é simples fato alheio ao Direito – como se pensava quando a família era apenas a resultante do casamento – mas realidade relevante ao Direito, especialmente depois da Constituição de 1988, que definiu a união estável como entidade familiar, e também da legislação esparsa que se lhe seguiu, definindo e regulando tal situação”.*

Ainda em 1998 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito de partilha de bem adquirido pelo esforço comum de parceiros homossexuais, tendo um deles falecido. Eis a ementa:

**“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. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. (Resp. 148897, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, julgado em 10/02/1998)”.**

Ora, qual a razão, então, de não permitir-se que ambos, prevenindo futuras discussões, obtenham declaração judicial reconhecendo a existência dessa relação (e seus efeitos, por consequência). Não encontro resposta! Assim como não compreendo toda resistência no âmbito jurídico, e fora dele, quanto a esse tipo de relação, tão antigo quanto a humanidade. Lembremos da poetisa Safo, seis Séculos antes de Cristo, a quem Plantão considerou a 10ª musa. O vocabulário da Língua



LRIAB  
Nº 70005733845  
2003/CÍVEL

Brasília, dos Jesuítas, em 1621 já registrava o fato, definindo aquelas que tinham, mulher como companheira, ao invés de homem (“çacoaimbeguira”, em tupi).

Há farta literatura a respeito, como por exemplo, “A história do lesbianismo no Brasil”, de Luiz Mott; “Amor e Sexualidade no Ocidente” (AA.VV. – L e PM) e “Sexo, desvio e danação”, de Jeffrey Richards, dentre outros.

**Destarte voto pela desconstituição da sentença, determinando-se prosseguimento normal do feito, afastada a carência de ação.**

**DR. ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO (REVISOR)**– De acordo.

**DES. MARIO ROCHA LOPES FILHO (PRESIDENTE)**– De acordo.

Julgador de 1º Grau: Luiz Mello Guimaraes.

Dp-d