

Embargos Infringentes nº 70003967676

4º Grupo de Câmaras Cíveis Porto Alegre

Embargante: I. L. M.,

Embargado: Espólio de V.D., representado por sua curadora especial, L.F.

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, acolher os embargos infringentes, vencidos o Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, Luiz Felipe Brasil Santos, Alfredo Guilherme Englert e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Relator), sendo designada redatora do acórdão a Des.^a Maria Berenice Dias, de conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, integrantes do presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Alberto Bencke (Presidente), Alfredo Guilherme Englert, Antonio Carlos Stangler Pereira, José Carlos Teixeira Giorgis, Rui Portanova, Luiz Felipe Brasil Santos, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Relator vencido) e José Ataídes S. Trindade.

Porto Alegre, 09 de maio de 2003.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS, Redatora p/ o acórdão.

EI N° 70003967676

VOTO

O DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR) - Estou desacolhendo os embargos opostos e confirmando o entendimento majoritário, e trilho a mesma linha de entendimento posta nos votos que lancei nos julgamentos da apelação cível nº 70001388982, da Egrégia 7ª Câmara Cível, e no agravo de instrumento nº 70000535542, da Egrégia 8ª Câmara Cível.¹

A DES.^a MARIA BERENICE DIAS - A questão posta neste volumoso processo, que já conta mais de 800 páginas e tramita desde 1996, é das mais singelas: I. e V. mantiveram um vínculo afetivo desde 1981, residindo sob o mesmo teto nos anos de 1986 e 1987 e a partir de 1989, até o falecimento de V. em 1995.

Incontrovertido que se tratava de uma convivência duradoura, pública e contínua, sendo uníssona a prova carreada aos autos nesse sentido.

Tudo o mais diz tão-só com a postura pessoal do próprio julgador, em assumir a responsabilidade de julgar de conformidade com a realidade que se apresenta ou reproduzir o modelo social e, escudando-se na falta de lei, simplesmente deixar de cumprir o seu dever de fazer justiça.

Se é verdade, como diz o eminente Relator, que *a homossexualidade sempre existiu*, mas que *o preconceito vem sendo superado na exata medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo realçado, porquanto a dignidade de uma pessoa não pode ficar atrelada à sua orientação sexual*; se, como continua o eminente Relator, *não mais se pode ficar adstrito aos antigos paradigmas que ditavam as condutas sociais e ... a sociedade já consegue conviver melhor com ele*, uma vez que *a homossexualidade não constitui aberração, senão uma definição individual, sendo uma forma de comportamento natural...*, e suas manifestações *não podem mais ser consideradas como situações excepcionais na sociedade*, nada justifica que não mereçam, as relações que prefiro chamar de homoafetivas, ser enlaçadas no âmbito da juridicidade.

Ora, se vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo existem, não pode o Poder Judiciário negar-lhes inserção no mundo do Direito, deixando de lhes atribuir direitos e obrigações.

A falta de previsão legal, por óbvio, não pode ser obstáculo. Aliás, essa é a função criadora do juiz, que, tendo de solver as questões que lhe são trazidas, com a sensibilidade que seu mister exige, deve ver a realidade e posicionar-se, pois tem o compromisso de cumprir sua missão de fazer justiça.

¹ A transcrição foi suprimida por o voto referido se encontrar nessa obra, no acórdão do capítulo 3.

EI N° 70003967676

Não é repetindo as posturas conservadoras e preconceituosas da sociedade, não é deixando de ver o que está claro diante dos olhos que a Justiça conseguirá ser o grande agente transformador da sociedade.

Inquestionável que a lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social cada vez mais acentuado, sendo as relações afetivas as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos. Dada a aceleração com que se transforma a sociedade, elas escapam ao Direito positivado, não tendo o legislador condições de prever tudo o que é digno de regramento.

Compete ao Judiciário colmatar as lacunas que acabam existindo. Para tanto, deve estar consciente de que as regras legais existentes não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Se o fato *sub judice* se apresenta fora da normatização ordinária, a resposta precisa ser encontrada, não só na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, como ordena a lei civil, mas principalmente nos direitos e garantias fundamentais, que servem de base ao estado democrático de direito.

Imperioso que os juízes sejam criativos, encontrando soluções que - atentas aos ditames de ordem constitucional - assegurem o respeito à dignidade da pessoa humana, calcado nos princípios da liberdade e da igualdade.

Ante situações novas, a busca de subsídios em regras ditadas para outras relações jurídicas tende a soluções conservadoras. Por outro lado, não reconhecer direitos sob o fundamento de inexistir previsão legal, bem como usar de normas vertidas para situações outras, em diverso contexto temporal, nada mais é do que mera negação de direitos. É dever da jurisprudência inovar diante do novo.

Cabe lembrar que os vínculos afetivos que surgiram fora do selo da oficialidade, mesmo sem nome e sem lei, foram ao Judiciário, que começou a dar visibilidade e juridicidade ao afeto. A princípio, ainda que de forma tímida e conservadora, confundindo amor com labor, as relações então ditas concubinárias foram vistas como verdadeiros vínculos empregatícios. Depois, entendeu-se como sociedade de fato o que nada mais era do que sociedade de afeto. Assim, as relações extramatrimoniais foram reconhecidas como negócio jurídico e inseridas no campo do Direito das Obrigações.

Mas impositivo reconhecer que foi o respaldo judicial que levou a Constituição Federal a alargar o conceito de família para além do casamento. Também o que ela chamou de união estável e as relações de um dos pais com seus filhos receberam o nome de entidade familiar e a especial proteção do Estado. Mas, embora vanguardista, o conceito de família cunhado pela Lei Maior ainda é acanhado. Não alcançou vínculos afetivos outros, que não respondem ao paradigma convencional, identificado pela tríade: casamento, sexo, reprodução. Ora, se os métodos contraceptivos e os movimentos feministas concederam à mulher o livre exercício da sexualidade, e se passaram a ser considerados como família os relacionamentos não selados pelo casamento, é imperioso que se busque um novo conceito de família, sobretudo no atual estágio de evolução da engenharia genética, em que a reprodução não mais depende de contato sexual.

A identificação da presença de um vínculo amoroso, cujo entrelaçamento de sentimentos leva ao enlaçamento das vidas, é o que basta para que se reconheça a existência de uma família. Como já afirmava Saint Exupéry: *você é responsável pelas*

EI N° 70003967676

coisas que cativa. Esse comprometimento é o objeto do Direito de Família. Leva à imposição de encargos e obrigações, que dão base à concessão de direitos e prerrogativas a quem passa a comungar com outrem a sua vida.

Se basta o afeto para se ver uma família, nenhum limite há para o seu reconhecimento. A presença de qualquer outro requisito ou pressuposto é desnecessária para sua identificação. Essa nova concepção tem levado cada vez mais a sociedade a conviver com todos os tipos de relacionamento, mesmo que não mais correspondam ao modelo tido como “oficial”.

No momento em que se enlaçam no conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também as uniões estáveis e os vínculos monoparentais, mister seja inserido no âmbito do Direito de Família mais um gênero de vínculos afetivos, quais sejam as relações homossexuais, hoje chamadas de relações homoafetivas.

Ainda que esses relacionamentos sejam alvo de rejeição social, as relações de pessoas do mesmo sexo não podem receber do Poder Judiciário um tratamento discriminatório, preconceituoso.

O paradoxo entre o direito vigente e a realidade existente, no confronto entre o conservadorismo social e a emergência de novos valores, coloca os operadores do Direito diante de um verdadeiro dilema para atender à necessidade de implementar os direitos de forma ampliativa.

Ante as novas formas de convívio, necessária uma revisão crítica e a atenta reavaliação dos fatos sociais, para alcançar a tão decantada igualdade social. Nesse contexto, é fundamental a missão dos juízes. Importante que tomem consciência de que lhes é delegada a função de agentes transformadores dos valores jurídicos, que - estigmatizantes - perpetuam o sistema de exclusão social.

O que é aceito pelos tribunais como merecedor da tutela jurídica acaba recebendo a aceitação social, o que gera, por conseqüência, a possibilidade de cobrar do legislador que regule as situações que a jurisprudência consolida.

O surgimento de novos paradigmas conduz à necessidade de rever os modelos preexistentes, atentando-se na liberdade e na igualdade como os pilares do Direito, assentados no reconhecimento da existência das diferenças. Essa sensibilidade deve ter o magistrado. Hoje, a necessidade de assegurar em plenitude os direitos humanos, tanto subjetiva como objetivamente, tanto individual como socialmente, torna imperioso pensar e repensar a relação entre o justo e o legal.

Precisam os juízes enfrentar as novas realidades que lhes são postas à decisão e não ter medo de fazer justiça.

Esse compromisso com a realidade o Judiciário gaúcho sempre soube assumir, tanto que se destaca no panorama nacional como sendo uma Justiça vanguardista e corajosa.

Aliás, não é por outro motivo que é desta Corte a primeira decisão que distinguiu as uniões extramatrimoniais e lhes conferiu direitos, tendo sido o meu pai, Des. César Dias

EI Nº 70003967676

Filho, quem assim votou pela vez primeira, nos idos de 1964. Também é deste Tribunal a decisão que fixou a competência deste órgão julgador para apreciar a questão ora *sub judice* e é de um membro da Câmara que tenho o privilégio de presidir, o Des. José Carlos Teixeira Giorgis, a primeira decisão que no Brasil reconheceu uma união homossexual como uma entidade familiar.

Outros três tribunais já adotaram posturas idênticas: Bahia, Espírito Santo e Mato Grosso do Sul.

Inquestionavelmente essas decisões estão sinalando o novo rumo, que com certeza corresponde ao anseio social de que se possa viver em uma sociedade mais livre e igual e na qual o direito à cidadania não seja mero discurso vazio de vésperas eleitoreiras.

Por tais fundamentos, voto pelo acolhimento dos embargos, aqui reproduzindo os precisos termos da sentença da Dra. Judith dos Santos Mottecy e do voto do Des. José Siqueira Trindade.

O DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - O relacionamento homossexual entre dois homens ou duas mulheres encontra óbice no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, na Lei nº 8.971, de 02-02-94, e na Lei nº 9.278, de 10-05-96, tanto para o reconhecimento de uma união estável como para conversão em casamento.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 3.309/92 - 8ª Câmara Cível, Relator Des. Celso Guedes, em julgamento de 24-11-1992, estabelece, no corpo do acórdão, o seguinte: “*O concubinato é a união livre e estável entre o homem e a mulher, como se marido e mulher fossem com fidelidade recíproca, more uxório, sem embargo do disposto no art. 226, § 3º, da CF. Concubinato entre ‘dois homens’, como se casados fossem, é ostensiva esdruxularia contrastando com a índole do direito brasileiro.*” - Maria Berenice Dias, “*União Homossexual - O Preconceito, A Justiça*”, Livraria do Advogado Editora, p. 171.

Desacolho os embargos.

O DES. JOSÉ S. TRINDADE - A matéria já foi por mim exaustivamente examinada quando do julgamento na Câmara.

Lá a prova foi analisada minuciosamente e colacionado respaldo jurídico para a posição assumida.

Mantendo a mesma linha daquele voto, acolho os embargos.

O DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS - Adoto, para o caso, argumentos que já venho expondo em acórdãos, artigos e revistas jurídicas e em palestras, e que ora renovo, pois entendo a pretensão como uma união estável.

1. Costuma-se objetar, e aqui o disse a douta maioria da Câmara, que a relação homoerótica não se constitui em espécie de união estável, pois a regra constitucional e as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 exigem a diversidade de sexos.

Neste sentido, argumenta-se que a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é um irrelevante jurídico, pois a relação homossexual voluntária, em si, não

EI N° 70003967676

interessa ao Direito, em linha de princípio, já que a opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo (art. 5º, X), escolha que não deve gerar qualquer discriminação, em vista do preceito da isonomia.

Todavia, por mais estável que seja a união sexual entre pessoas do mesmo sexo, que morem juntas ou não, jamais se caracteriza como uma entidade familiar, o que resulta, não de uma realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos.

É que a união entre um homem e uma mulher pode, em potência, ser uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher de mãe, em face dos filhos; e dois parceiros do mesmo sexo, homens ou mulheres, jamais conjugam a paternidade e a maternidade em sua complexidade psicológica que os papéis exigem.

Como argumento secundário a união de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque, primeiramente, é da essência do casamento, modo tradicional e jurídico de constituir família, a dualidade de sexos e, depois, porque as uniões estáveis previstas na Lei Fundamental como entidades familiares são necessariamente formadas por um casal heterossexual (CF, art. 226, par. 3º).

Nem porque a Constituição o diga, mas porque a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

E se numa família monoparental, o ascendente que está na companhia do filho, resolve ter uma relação com terceiro do mesmo sexo, ainda que de forma continuada, isto não implica, juridicamente, em trazer este terceiro para dentro da noção de família, mesmo que haja moradia comum, pois família continua sendo, aí, o ascendente e seu filho, excluído o parceiro do mesmo sexo daquele.

Não vinga o argumento de que nestas famílias monoparentais não exista a figura de pai e mãe, pois falta a figura de outro ascendente; mas a substituição só é admissível juridicamente, para o parceiro integrar o ente familiar, se houver respeito à dualidade de sexos que originariamente se apresentava, o que só acontece com nova esposa ou companheira do pai, que substitui a mãe.

Portanto, é admissível o reconhecimento judicial de uma sociedade de fato entre os parceiros homossexuais, se o patrimônio adquirido em nome de um deles resultou da cooperação comprovada de ambos, sendo a questão de direito obrigacional, nada tendo a ver com a família².

Não é a posição que adoto.

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os efeitos e natureza

² Czajkowski, Rainer. “*Reflexos jurídicos das uniões homossexuais*”. Jurisprudência brasileira, Editora Juruá, Curitiba, 1995, p.97/107.

EI N° 70003967676

dela.

Nas culturas ocidentais contemporâneas, a homossexualidade tem sido, até então, a marca de um estigma, pois se relega à marginalidade aqueles que não têm suas preferências sexuais de acordo com determinados padrões de moralidade, o que acontece não apenas com a homo e heterossexualidade, mas para qualquer comportamento sexual *anormal*, como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um *padrão normal* ³.

É que o sistema jurídico pode ser um *sistema de exclusão*, já que a atribuição de uma posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o sistema define, operando-se a exclusão quando se negam às pessoas ou situações as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres.

Tal negativa, emergente de força preconceituosa dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas este medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto ⁴.

2. A questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo, e o argumento básico, em favor do tratamento igualitário, é no sentido de que as uniões homoeróticas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar um compromisso público um para o outro, em desfrutar uma vida

São numerosos os países que já tem legislação que assegura direitos aos casais homoeróticos como a Inglaterra, o Canadá, Dinamarca, Suécia, Noruega, Islândia, Hungria, Estados Unidos, França, Israel, Argentina, entre outros.

3. A Constituição erigiu, como entidades familiares, as formadas pelo casamento, pela união estável e pelos grupos monoparentais.

A experiência destes dias revela a existência de numerosas unidades de vivência, além das entidades familiares constitucionais, como os pares relacionados pelo casamento, pela união estável ou comunidades monoparentais, com filhos biológicos ou filhos adotivos. Anotam-se, assim, a união de parentes e pessoas que convivem em dependência afetiva, sem pai ou mãe que os chefie, como um grupo de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais; pessoas não aparentadas, que vivem em caráter permanente. Com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica, as uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; o grupo formado por “filhos de criação”, segundo a tradição pátria, sem vínculo de filiação ou adoção.

Acrescentem-se as famílias formadas por mães com filhos de diversos pais, ou

³ Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 43.

⁴ Fachin, Luiz Edson. “Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo”. A nova família: problemas e perspectivas. Rio: Editora Renovar, 1997, p.114, *passim*.

EI N° 70003967676

constituídas por “genitores convencionais”, que reúnem crianças sem pais ou, ainda, de amigos aposentados que habitam pensionatos para prover suas necessidades.

E, por óbvio, também as uniões homossexuais⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, em sucessivas decisões, ao examinar controvérsias que dizem com a proteção do “bem de família”, e instigado a definir o sentido da locução “entidade familiar” estatuída na Lei 8.009/90, ao garantir a tutela e a dignidade da pessoa humana, o último princípio vetor dos fundamentos constitucionais, considera assim os irmãos solteiros, que vivem apartamento (Resp. 159851 - São Paulo, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado, DJU 22.06.98), o solteiro celibatário, viúvo sem descendentes, desquitado, divorciado (Resp. 57606-MG, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJU 10.05.99), a viúva e sua filha (EDREsp. 276004-SP, Terceira Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 27.08.01); no mesmo sentido, (Resp. 253854-SP, ainda a mesma Turma e relator, DJU 06.11.00), o separado que viva sozinho (Resp. 205170-SP, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 07.02.00), mãe e filhas menores (Resp. 57606-SP, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 02.04.01), devedor e sua esposa (Resp. 345933-RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 29.04.02), cônjuge separado (Resp. 218377- ES, Quarta Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 11.09.00).

Aquele colegiado chega a considerar como “entidades familiares simultâneas”, para efeito de pagamento de seguro de vida, a situação de um homem que se mantenha ligado à família legítima e à relação concubinária, com prole em ambas (Resp. 100.888-BA, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 12.03.01).

As entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação hermética, fechada ou clausulada e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos.

Por outro lado, não há supremacia do casamento sobre a união estável, como poderia induzir o parágrafo 3º, do artigo 226, da Carta Federal, eis que tal relação não é uma “menos valia”, apenas por almejar transformar-se em casamento, mas um incentivo aos conviventes que desejam casar-se, sem maiores formalidades, prerrogativa que alguns doutrinadores censuram no novo Código Civil, ao ordenar que a intenção seja submetida ao Poder Judiciário, o que, vestido de inconstitucionalidade, representaria fator de complicação e demora.

Tampouco há, nem deve haver, qualquer hierarquia entre as entidades familiares, nem qualquer tipo de preferência por alguma delas, sob pena de se criar odiosa distinção em nenhum momento autorizada pelo constituinte. O fato do dispositivo relacionado com a união estável orientar o legislador no sentido de facilitar a conversão do companheirismo em casamento, não tem o condão, por alguns buscado, de revelar a primazia do casamento. Ao contrário, indica que se cuida de regime diferenciado,

⁵ Paulo Luiz Netto Lobo. *A personalidade das relações de família*. In: O Direito de Família e a Constituição de 1988, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81; Orlando Gomes. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 66.

EI N° 70003967676

facultando-se aos que vivem em união estável passar ao sistema matrimonial⁶.

A isonomia entre as entidades deriva, precipuamente, do reflexo do princípio da isonomia prescrito na Constituição.

Sublinhe-se que o constituinte, ao tratar de família, omitiu a locução “constituída pelo casamento”, então presente na Carta de 1969 (art. 175), sem fazer qualquer substituição. Deste modo, a família ou qualquer família, foi posta sob tutela constitucional, desaparecendo a cláusula de exclusão, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos⁷.

O objeto de norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, já que antes, a proteção se voltava para a paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo.

Destarte, o *caput* do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns.

As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta, adaptável, dúctil⁸, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo “também”, contido no artigo 226, 4º, que significa “da mesma forma”, “outrossim”, exprimindo-se uma idéia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas.

Assim, pode-se concluir que, mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares, para alguns como entidades distintas, em vista de sua natureza e para outros, onde ainda me filio como verdadeiras uniões estáveis.

4. Afastada a possibilidade de emoldurar a união homoerótica como forma de casamento, o que não acha respaldo na doutrina e nos repertórios dos tribunais, toca examiná-la como uma forma de comunidade familiar, aparentada com a união estável, o que, como sublinhado, encontra reação pela antinomia com a regra constitucional vigente (CF, art. 226, par.3º).

Não se desconhece a posição que sustenta a inconstitucionalidade da regra constitucional invocada, por violar os princípios da dignidade humana e da igualdade ao discriminar o conceito de homossexualidade, o que cede, no entanto, à afirmação do Supremo Tribunal Federal de que a existência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias, dando azo de uma em relação a outras, é impossível com o

⁶ Heloisa Helena Barboza. *O Direito de Família no projeto de Código Civil: considerações sobre o “direito pessoal”*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002, nº 11, p.21.

⁷ Paulo Luiz Netto Lobo. *Entidades familiares constitucionais: para além do numerus clausus*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002, nº 12, p.44-45.

⁸ Lobo, Paulo Luiz Netto. Cit. P. 44-45.

EI N° 70003967676

sistema de Constituição rígida⁹, além de afrontar o princípio da unidade constitucional.

Todavia, a leitura do dispositivo deve mirar o espelho desse princípio, extraindo dele as seqüelas que acabem por abonar a intenção deste trabalho.

A Constituição é a norma fundamental que dá unidade e coerência à ordem jurídica, necessitando ela mesma ter as mesmas características, com a superação de contradições, não através de uma lógica de exclusão de uma parte a favor da outra, mas de uma lógica dialética de síntese, através de uma solução de compromisso.

Daí que a interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de toda a ordem jurídica¹⁰.

Isso significa que o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas, sendo insustentável uma dualidade de constituições, cabendo ao intérprete procurar recíprocas implicações, tanto de preceitos como de princípios, até chegar a uma vontade unitária da *grundnorm*.

Como conseqüência deste princípio, as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas, não se podendo jamais tomar determinada regra isoladamente, pois a Constituição é o documento supremo de uma nação, estando as normas em igualdade de condições, nenhuma podendo se sobrepor à outra, para afastar seu cumprimento, onde cada norma subsume-se e complementa-se com princípios constitucionais, neles procurando encontrar seu perfil último¹¹.

O princípio da unidade da ordem jurídica considera a Constituição como o *contexto superior* das demais normas, devendo as leis e normas secundárias serem interpretadas em consonância com ela, configurando a perspectiva uma subdivisão da chamada interpretação sistemática¹².

Como corolários desta unidade interna, mas também axiológica, a Constituição é uma integração dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade, através de uma fórmula político-ideológica de caráter democrático, *devendo a interpretação ser aquela que mais contribua para a integração social* (princípio do efeito integrador), como ainda que lhe confira maior eficácia, para prática e acatamento social (princípio da máxima efetividade).

Ou seja, a interpretação da Constituição deve atualizá-la com a vivência dos valores de parte da comunidade, de modo que os preceitos constitucionais obriguem as consciências (princípio da força normativa da Constituição)¹³.

⁹ STF, ADIn nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 10.05.96.

¹⁰ Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Heremênutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p.79.

¹¹ Bastos, Celso Ribeiro. *Heremênutica e interpretação constitucional*. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999, p. 102/104.

¹² Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 223.

¹³ Magalhães Filho, ob.cit. p.79/80.

EI N° 70003967676

A respeito, é preciso lembrar, como Hesse, que a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser, significando mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, mas graças à pretensão de eficácia, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, mostrando-se eficaz e adquirindo poder e prestígio se for determinado pelo princípio da necessidade, assentando-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva, convertendo-se a Constituição, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações de vida.

Desta forma, quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa ¹⁴.

Arremata o mestre de Freiburg, que a interpretação da Constituição está submetida ao princípio da *ótima concretização da norma*, postulado que não deve ser aplicado apenas com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, mas há de contemplar os fatos concretos da vida, relacionando-os com as proposições normativas da Constituição.

Desta forma, a interpretação adequada é a que consegue concretizar, de forma excelente *o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação*.

Ou seja, *uma mudança das relações fáticas pode e deve provocar mudanças na interpretação da Constituição*.

Em síntese, pode-se afirmar que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, não podendo separar-se da verdade concreta de seu tempo, operando-se sua eficácia somente tendo em conta dita realidade.

A Carta não expressa apenas um dado momento, mas, ao contrário, conforma e ordena a situação política e social, despertando a força que reside na natureza das coisas, convertendo-se ela mesma em força ativa que influi e determina dita realidade, e que será tanto mais efetiva quando mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição ¹⁵.

A norma constitucional é uma petição de princípios e daí a possibilidade de sua *atualização*, cumprindo a interpretação, então mero pressuposto de aplicação de um texto, importante elemento de constante renovação da ordem jurídica, atenta às mudanças acontecidas na sociedade, tanto no sentido do desenvolvimento como ainda

¹⁴ Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18, *passim*.

¹⁵ Hesse, *ob.cit.* p. 22/24.

EI N° 70003967676

quanto à existência de novas ideologias ¹⁶.

Quanto ao homoerotismo, recorde-se que os temas da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, com lenta maturação por gravitarem na esfera comportamental, existindo tendência a conduzir e controlar seu exercício, acabando por emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente à conduta sexual.

Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Subtrair direitos de alguns e gerar o enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e se a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação ¹⁷.

Alinhadas tais premissas, de que as relações homoeróticas constituem realidade notória, a que o Direito deve atenção, e de que a interpretação da Constituição deva ser ativa, relevando a vida concreta e atual, sem perder de vista a unidade e eficácia das normas constitucionais, é que se pode reler a regra constitucional que trata da família, do casamento, da união estável e das uniões monoparentais, cuidando de sua vinculação com as uniões homossexuais.

Sublinhe-se que a Constituição, contendo princípios gerais, dotados de alto grau de abstratividade, enunciados em linguagem vaga, mantém aberta ao tempo e sob o compromisso da mudança democrática de sentido.

Um princípio não é aplicado a uma situação de fato isoladamente, mas, sim, em conjunto com outros, através de uma ponderação, em que o predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto, o que ordena uma harmonização prática.

Desta forma, o sentido de uma norma principiológica se completa na situação fática, oportunidade em que afloram os valores da comunidade, num ir e vir dialético entre o sentido lingüístico e a realidade concreta, atualizando a norma em face das novas exigências sociais.

Essa visão autopoética, que aceita a influência indireta da sociedade sobre o Direito num sistema de fechamento auto-referencial, sinaliza que a Constituição é *um sistema*

¹⁶ Bastos, *ob.cit.* p. 54.

¹⁷ Dias, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 17/21.

EI N° 70003967676

aberto, trazendo um roteiro para as decisões, mas não um sistema cerrado de soluções, o que possibilita maior liberdade criadora do intérprete, o que não apenas extrai o sentido da norma, mas o perfaz no caso concreto ¹⁸.

O que corresponde a reputar o Direito, enquanto sistema aberto de normas, a uma *incompletude completável*, já que ele mesmo trás soluções para os casos que eventualmente deixa de regular ¹⁹.

A Constituição afirma que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e dispõe sobre a forma e gratuidade do casamento, os efeitos do casamento religioso, para depois reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, ainda assim tida a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, e parágrafos).

Ora, desde logo se impõe aceitar que o constituinte quis apontar a existência de mais de uma entidade familiar, não depositando apenas na união matrimonializada e heterossexual a vassalagem de comunidade familiar, já que assim ainda admite a união estável e a família monoparental.

Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto *não é taxativo* ao conceituar como entidade familiar apenas os que descreve.

A Constituição não só possibilita, como requer que o legislador e o juiz no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o programa da norma (texto) e seu âmbito (realidade) concretize o direito vigente, de molde a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares, que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial ²⁰.

Na ausência da proibição expressa ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do direito de família, a norma do parágrafo 3º, do artigo 226, da CF/88 não exclui a união estável entre os homossexuais.

5. A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como

¹⁸ Magalhães Filho, *ob.cit.* p.73/76.

¹⁹ Bastos, *ob.cit.* p. 56.

²⁰ Rios, *ob. cit.* p. 134.

EI N° 70003967676

direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária ²¹.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas (Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 1º; Constituição de Portugal, art. 1º; Constituição da Espanha, art. 1º; Constituição Russa, art. 21; Constituição do Brasil, art. 1º, III, etc.).

Alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico), diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam *coisas*; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto.

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro *fundamento* da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.

É um valor supremo e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana. A dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica ²².

Assim, a idéia de dignidade humana não é algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Neste sentido assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente *limite* e *tarefa* dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protetional da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a

²¹ Fachin, cit. p. 114.

²² Silva, José Afonso. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". Revista de Direito Administrativo, nº 212/91-93.

EI N° 70003967676

dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, *especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que é dependente da ordem comunitária*, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais à respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação²³.

A contribuição da Igreja na afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio elementar sobre os fundamentos do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembléia Constituinte, se efetivou em declaração denominada *Por uma Nova Ordem Constitucional*, onde os cristãos foram instados a acompanhar e posicionarem-se quando se tentasse introduzir na nova carta elementos incompatíveis com a dignidade e a liberdade da pessoa.

Ali constou que todo o ser humano, qualquer que seja sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, confissão religiosa, posição social, econômica, política, cultural, é portador de uma dignidade inviolável e sujeito de direitos e deveres que o dignificam, em sua relação com Deus, como filho, com os outros, como irmão, e com a natureza, como Senhor²⁴.

Desta forma, a consagração do princípio da dignidade humana implica em considerar-se o homem como centro do universo jurídico, reconhecimento que abrange todos os seres, e que não se dirige a determinados indivíduos, mas a cada um individualmente considerado, de sorte que os efeitos irradiados pela ordem jurídica não hão de manifestar-se, a princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

Daí segue que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de Direito quanto em relação à sua aplicação, já que a consideração da pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, que não admite distinções²⁵.

No exame do conteúdo do princípio da dignidade humana no que respeita à orientação sexual, aqui entendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos

²³ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 46/49.

²⁴ Alves, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio: Editora Renovar, 2001, p. 157/159.

²⁵ Nobre Júnior, Edilson Pereira. "O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana". *Revista dos Tribunais*, nº 777/ p. 475.

EI N° 70003967676

(bissexualidade), evidencia-se sua pertinência no âmbito da proteção daquele postulado constitucional.

Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental em sua subjetividade, alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º. da Constituição e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

Nesta linha, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo a terceiros, diz com a proteção da dignidade humana²⁶.

A afirmação da dignidade humana no direito brasileiro, repele quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais, quanto por sua pura e simples desconsideração.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual, é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito²⁷.

6. O alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

Ou seja, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos

²⁶ Rios, *A Homossexualidade...*, cit. p. 89, *passim*.

²⁷ Rios, Roger Raupp. *Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo*. Trabalho de pós-graduação, inédito.

EI N° 70003967676

textos constitucionais em geral.

Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações eqüivalentes²⁸.

A concretização da igualdade em matéria de sexo, exponencializada pela proibição de discriminação, se examinada com cuidado, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual.

De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento, por mera atração, ou por a conduta sexual de outrem, valoriza a direção do desejo, isto é, o sexo da pessoa com que o sujeito deseja se relacionar ou efetivamente se relaciona, mas esta definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito, isto é, pessoa do mesmo sexo ou de sexo oposto) resulta tão só da combinação dos sexos de duas pessoas.

Ora, se um for tratado de maneira diferente de uma terceira pessoa, que tenha sua sexualidade direcionada para o sexo oposto, em razão do sexo da pessoa escolhida, conclui-se que a escolha que o primeiro fez suporta um tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo.

Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual do sujeito esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu próprio sexo.

O sexo da pessoa escolhida, se homem ou mulher, em relação ao sexo do sujeito, vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação àquele.

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual, pois o argumento peca duplamente, ao buscar justificar uma hipótese de discriminação (homossexualismo masculino) invocando outra hipótese de discriminação (homossexualismo feminino).

O raciocínio desenvolvido acerca da relação entre o princípio da igualdade e a orientação sexual, é uma espécie de discriminação por motivo de sexo, isso significando que, em linha de princípio, são vedados no ordenamento jurídico pátrio os tratamentos discriminatórios fundados na orientação sexual.

Tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.

Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é afinado, em concreto, com os valores prestigiados no sistema normativo

²⁸ Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico da igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 9/10.

EI N° 70003967676

constitucional, se guarda harmonia com eles ²⁹.

A idéia da igualdade interessa particularmente ao Direito, pois ela se liga à idéia de Justiça, que é a regra das regras de uma sociedade e que dá o sentido ético de respeito a todas as outras regras.

Na esteira da igualdade dos gêneros e com a evolução dos costumes, principalmente a partir da década de 60, desmontam-se privilégios e a suposta superioridade do masculino sobre o feminino, e a sexualidade legítima autorizada pelo Estado começa a deixar de existir unicamente por meio do casamento, eis que, com a evolução do conhecimento científico, torna-se possível a reprodução mesmo sem ato sexual ³⁰.

7. Ainda a utilizar-se o processo analógico.

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante, devendo os fatos semelhantes ser regulados de modo idêntico.

Funda-se a analogia em princípio de verdadeira justiça, de *igualdade jurídica*, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.

Assim, pressupõe: a) uma hipótese não prevista; b) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; c) e tal elemento não pode ser qualquer e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo.

Não bastam afinidades aparentes ou semelhança formal, mas se exige a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e outro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto na regra existente como da que se busca ³¹.

Por outro lado, a atividade interpretativa extensiva ou ampliativa permanece sempre dentro da significação de uma palavra, embora se busque atribuir-lhe um significado máximo, para chegar-se, na analogia, à construção de uma regra hipotética similar por identidade de razões entre o caso regulamentado e aquele não disciplinado.

Em outras palavras, a utilização da analogia não pode ser definida como pertencente à atividade interpretativa, já que não se extrai o significado mais exato da norma, justamente por esta não existir para o caso concreto.

²⁹ Rios, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Revista do Centro de Estudos Judiciários Brasileiros, v. 6, 1998, p. 29/30.

³⁰ Pereira, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000, p. 61/62.

³¹ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 206, *passim*.

EI N° 70003967676

Contudo, não deixa de ter o mesmo fim buscado pela interpretação, na busca da solução para um caso concreto e, ademais, usar-se de uma regra paradigma que, sem dúvida, terá de ser interpretada para se verificar a identidade de razões entre o caso regulado e o não regulado ³².

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher.

A semelhança autorizadora seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com pessoas de sexos diferentes, argumento que avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Federal, outros princípios constitucionais, como o da isonomia e a proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual, como também o da dignidade humana ³³.

Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

Destarte, a solução dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios na instituição com que guarda semelhanças, que é a família, calcada na solidariedade, enquadrando a que se forma pelo casamento como a que se estrutura pela união estável.

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida comum, coabitação e laços afetivos, está-se em frente de uma entidade familiar, que goza de proteção constitucional, nada se justificando que se desqualifique o reconhecimento de sua existência, assegurando-se aos conviventes do mesmo sexo os direitos garantidos aos heterossexuais ³⁴.

Dir-se-á, talvez, que a utilização da analogia apenas socorre para preencher alguma lacuna (LICC, art.4º e CPC, art. 126), mas, na verdade 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, eis que, como asseveram Aftalión, Garcia y Vilanova,

contra la opinión de algunos autores que hay sostenido que en el ordenamiento jurídico existen lagunas- o sea, casos o situaciones

³² Bastos, ob.cit. p. 57/58.

³³ Rios, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 121/123.

³⁴ Dias, ob.cit. p. 87/88.

EI Nº 70003967676

*no previstas – que serían necesario llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento jurídico es pleno: todos os casos em que puedan presentarse se encuentran previstos en él (...) No hay lagunas, porque hay jueces*³⁵.

Se o juiz não pode, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular, ele próprio, a regra de direito aplicável³⁶, não é menos verdade que a hermenêutica não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil; e se ele não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, decidindo contra ela, alude o Ministro Sálvio de Figueiredo, *pode e deve, por outro lado, optar interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum*³⁷, já que a proibição de decidir pela equidade não há de ser entendida como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução³⁸.

É imperioso que, através de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor³⁹.

Uma hermenêutica construtiva, baseada numa interpretação atualizada e dialética, afirma que a partilha da metade dos bens havidos durante a comunhão de vida mediante colaboração mútua, *é um exemplo de via que pode ser trilhada, expondo perante o próprio sistema jurídico suas lacunas, daí por que equívoca a base da formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade dos sexos como pressuposto do casamento*.

O mestre paranaense lembra que a técnica engessada das fórmulas acabadas não transforma o tema em algo perdido no ar quando ensinar é percorrer a geografia do construir, exigindo o estudo, em seu mapa cartográfico do saber, o *construído* e não a indução ao *dado*.

Não se deve, então, conviver com uma atitude de indiferença ou de renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, atribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietude que estimule o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seus dilemas⁴⁰.

³⁵ TJRS, Oitava Câmara Cível, AGI 599 075 496, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.99, quando se decidiu pela competência da Vara de Família para apreciar demandas que envolvessem relações de afeto (homossexuais).

³⁶ STF, RBDP nº 50/159.

³⁷ RSTJ nº 26/378.

³⁸ RSTJ, nº 83/168.

³⁹ Dias, Maria Berenice. *“Efeitos patrimoniais das relações de afeto”*. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: IBDFam, 1999, p. 57.

⁴⁰ Fachin, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio: Editora Renovar, 1999, p. 2, *passim*.

EI N° 70003967676

Além disso, as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento ⁴¹.

É necessário, pois, qualificar a relação homoerótica como entidade familiar, com uso analógico dos institutos jurídicos existentes e dos princípios do Direito, timbrando-a como espécie de união estável.

A família não suporta mais a estreita concepção de núcleo formado por pais e filhos, já que os laços biológicos, a heterossexualidade, a existência de, pelo menos, duas gerações, cederam lugar aos compromissos dos vínculos afetivos, sendo um espaço privilegiado para que os opostos possam vir a se tornar complementares.

Atualmente, a família, além da sua função de reprodução biológica, produz também sua própria reprodução social, através da função ideológica que exerce ao vincular a introjeção, por seus membros, de valores, papéis, padrões de comportamento que serão repetidos pelas sucessivas gerações, deixando a família nuclear de se constituir em modelo prevalente.

A progressão do número de divórcios, filhos criados pelo pai ou pela mãe, filhos criados em famílias reconstruídas por novos casamentos, aconchegam os novos arranjos cada vez mais freqüentes na sociedade, *não comportando mais a simples reprodução dos antigos modelos para o exercício dos papéis de mães e pais, experiência que vai além do fato biológico natural, mas adquire o estatuto de uma experiência psicológica, social, que pode ou não acontecer, independentemente da fecundação, gestação e do dar à luz e amamentar.*

Ressignificar a família na função balizadora do périplo existencial é um imperativo de nossos dias, revitalizá-la com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre os seus membros é indispensável para se aperfeiçoar a convivência humana. *Repensá-la é tarefa a ser por todos compartilhada por sua transcendência com a condição humana* ⁴².

A família contemporânea não corresponde àquela formatada pelo Código Civil, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se conferiam filhos legítimos, eis que o grande número de famílias não matrimonializadas, oriundas de uniões estáveis, ao lado de famílias monoparentais, denota a abertura de possibilidade às pessoas, para além de um único modelo.

Hoje, a nova família busca construir uma história em comum, não mais a união formal, eventualmente sequer se cogita do casal, o que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida, já não se identifica o pai como marido, eis que papéis e funções são diversos, e a procura de um outro desenho jurídico familiar passa pela superação da herança colonial e do tradicional modo de ver os sujeitos das

⁴¹ Oliveira, José Lamartine Corrêa de. *Direito de Família. Direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 215.

⁴² Zamberlan, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio: Editora Renovar, 201, p. 13/14 e 149/151).

EI N° 70003967676

relações familiares como entes abstratos⁴³.

Flagra-se o descompasso entre o avanço constitucional do direito de família e a existência de algumas famílias sociológicas, que ainda se mantêm à margem da família jurídica, diante dos valores e princípios constitucionais que norteiam o ordenamento brasileiro, tais como as uniões sexuais entre parentes, pai e filha, e as famílias de fato, resultantes da união de pessoas do mesmo sexo.

Embora aceitando que alguns valores e princípios tradicionais ainda prevalecem em matéria de conjugalidade, o que obsta que relações entre pessoas de mesmo sexo, pois a sexualidade se vincula ainda à procriação, impedindo outros modelos, reconhece o mestre carioca que a realidade fática de ditas uniões, tal como ocorreu com a *união livre*, deve percorrer caminho também difícil e tortuoso, mas vai atingir o *status* de família em tempos não muito distantes⁴⁴.

8. Finalmente, para os tribunais,

*é possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre os homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos*⁴⁵.

Posteriormente, ao dirimir a partição de bens entre homossexuais, aludiu-se que não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas, realidades ainda permeadas de preconceitos, mas que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária, pois nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas uniões de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, prestigiados os princípios da dignidade humana e da igualdade⁴⁶.

⁴³ Fachin, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio: Editora Renovar, 2001, p. 7, *passim*.

⁴⁴ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não-fundada no casamento*. Revista dos Tribunais, nº 771/p. 62 e 68.

⁴⁵ TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000.

⁴⁶ TJRS, Sétima Câmara Cível, APC 70001388982, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14.04.2001.

EI Nº 70003967676

Em outro escólio diz-se que o Judiciário não se deve distanciar das questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal, devendo a união homossexual ter a mesma atenção dispensada às outras relações.

Portanto, a companheira tem direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que se trate de pessoas do mesmo sexo, desde que dissolvida a união estável⁴⁷.

9. Assim, não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, considerada a visão unitária e coerente da Constituição, com o uso da analogia e suporte nos princípios gerais do direito, ter-se a união homoerótica como forma de união estável, desde que se divisem, na relação, os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.

10. O caso vertente, como aqui já referido, não se divorcia da moldura de uma união estável. E, portanto, deve guardar coerência com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Ao examinar, com habitual proficiência, os direitos sucessórios dos companheiros, então regulados pelos artigos 2º e 3º da Lei 8.971/94, o Des. Luiz Felipe Brasil Santos, proclama que os dispositivos conferem meação ou herança, de forma análoga ao que dispõe o artigo 1.611, § 1º, do Código Civil em relação ao cônjuge.

Ao indagar se, para receber a totalidade de herança, na inexistência de descendentes ou ascendentes, conforme alude o inc. III do art 2º da nova lei, é necessária prova da contribuição, dito o jurista afirma, que a resposta será negativa, visto que o requisito não está na lei. Assim, não havendo descendentes ou ascendentes, o(a) companheiro(a) supérstite herdará todos os bens, indiferentemente de haver ou não contribuído para sua aquisição ou do fato de que tais bens tenham sido ou não adquiridos durante o período de vida comum. Para tanto, arremata, basta que se demonstre a existência da relação, com os requisitos do caput do art. 1º, em demanda litigiosa movida aqui necessariamente contra eventuais parentes colaterais do *de cuius*, ou, inexistindo estes, contra o Município, o Distrito Federal ou a União⁴⁸.

Assim, acolho os embargos infringentes para declarar a união estável entre o recorrente e o recorrido, encaminhando ao embargante a totalidade dos bens inventariados.

O DES. RUI PORTANOVA - LACUNA.

Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna.

No que diz com lacunas no Direito, a doutrina nos apresenta duas posições fundamentais: uma centrada na doutrina de Kelsen, outra baseada nas lições de Bobbio.

⁴⁷ TJBA, Terceira Câmara Cível, APC 16313-9/99, rel. Des. Mário Albiani, j. 04.04.201.

⁴⁸ Luiz Felipe Brasil Santos. *Breves notas sobre a Lei nº 8.971/94*. In: Revista AJURIS, Porto Alegre, 1995, v. 63, p. 315/319.

EI N° 70003967676

A primeira (de Kelsen) sustenta que o brocardo *permissitur quod non prohibetur* (o que não é proibido é permitido) afasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Entende o doutrinador que com essa máxima o sistema jurídico regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa. Esta forma de ver a questão da lacuna não é isenta de crítica. Contudo, aqui já encontramos um bom início para fundamentar a necessidade de se retirar conseqüências jurídicas (pessoais e patrimoniais) ainda que não haja expressa previsão legal a respeito das relações afetivas homossexuais. Ocorre que, em todo o ordenamento jurídico, não se encontra um dispositivo legal proibindo seja a relação afetiva homossexual seja a proibição de que o juiz retire efeito das relações homossexuais. Não estamos diante daqueles casos em que a lei expressa e imperativamente proíbe o tipo de relacionamento e seus efeitos, tais como são os casos de nulidade de pleno direito dos casamentos. Logo, utilizando-se a mesma máxima e o mesmo raciocínio de Kelsen podemos dizer, sem medo de errar que, já que não é proibida, a união homossexual, ela é permitida pelo Direito.

Assim, tomando-se do espírito kelseniano, não se pode negar efeitos jurídicos a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo sem se cogitar de lacuna no direito, é de rigor reconhecer juridicidade às uniões afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico abarcaria tais relações de fato, mesmo sem expressa previsão legal a respeito.

Uma outra forma de ver a teoria das lacunas centra-se na doutrina de Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico. A teoria do jurista italiano parte da idéia de incompletude. Assim, “*se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.*” (Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 115).

Para Bobbio, na mesma obra (p.139), a incompletude ocorre não no sentido da falta de uma norma a ser aplicada, mas da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. O autor entende por lacuna “*a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas deveriam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distinguir daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas de iure condendo (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são de iure condito (de direito já estabelecido).*”

Dessa forma, a partir de Bobbio podemos dizer que estamos diante de uma lacuna na lei, porque há omissão quanto aos efeitos jurídicos da união afetiva homossexual. A lei não tem previsão quanto aos efeitos jurídicos decorrentes dessa união.

A idéia de existência de lacunas no direito ou no ordenamento jurídico é a idéia prevalente entre os juristas. Haverá sempre lacuna quando para uma solução jurídica para determinado caso se torne necessária e a legislação não ofereça uma solução que se adapte ao caso concreto em espécie. Nesse passo, o vocábulo “*lacuna*” designa os possíveis “*vazios*”, ou melhor, os casos em que o direito objetivo não oferece, em

EI N° 70003967676

princípio, uma solução (Maria Helena Diniz. Lacunas no Direito, p. 29).

Vale repetir, quando se trata de uniões homossexuais a lei não prevê nenhuma forma expressa de solução. Por igual, também nenhuma lei proíbe taxativa ou implicitamente que se retire efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não há lei que ofereça solução jurídica para o caso. Há um vazio legal, pois em todo o ordenamento nacional não existe um direito objetivo que alvitre uma solução a ser tomada diante da ocorrência de tais uniões quando postas em juízo.

Enfim, há lacuna, pois estamos diante de um comportamento (comissão ou omissão) que não tem lei expressa permitindo. Também não há lei proibindo ou criando qualquer sanção para esta forma de união.

O DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - Sr. Presidente, encontro dificuldade em votar depois do magnífico voto do Relator e do voto que qualifico de intimidatório, pela sua grandiosidade e densidade doutrinária, do Des. Giorgis, porque, seja qual for a posição que eu adote, jamais conseguirei sair da sombra projetada por esse monumento jurídico.

De qualquer forma, independentemente da posição teórica que eu vá adotar sobre o reconhecimento, ou não, de união estável em relações homossexuais, haverá desdobramentos fáticos a examinar: se, em tese, admitir a união estável, vou ter que me debruçar sobre a prova para ver se, no caso concreto, os requisitos da união estável estão presentes (e, como não tenho conhecimento dos autos, vejo-me em dificuldade para proferir voto neste momento); se, por outro lado, entender que não cabe o reconhecimento da união estável, poderá caber a atribuição de direitos a título de sociedade de fato (e, então, terei que me debruçar também sobre a prova para verificar se estão presentes ou não os requisitos da sociedade de fato nos moldes da Súmula nº 380).

Por tudo isso, terei que frustrar de certa forma a expectativa e pedir vista dos autos.

O SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - Aguardo a vista.

Embargos Infringentes nº 70003967676, de Porto Alegre - "Votaram acolhendo os embargos infringentes a Des.^a Maria Berenice e os Des. Giorgis, Portanova e Trindade. Desacolheram os embargos infringentes o Relator e o Des. Stangler. O Des. Luiz Felipe pediu vista. Aguarda a mesma o Des. Englert". (Em 10 de maio de 2002).

PEDIDO DE VISTA

VOTO

O DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - Ao tomar vista destes autos, uma questão preliminar, até agora não suscitada, parece-me indispensável abordar. Diz respeito à circunstância de que, comparecendo no pólo passivo herança jacente, representada aqui por sua curadora, não ocorreu citação do Município para integrar a lide. Cabe, pois, examinar se disso resultou ou não nulidade do feito. E adianto meu posicionamento no sentido negativo.

Como se vê a fl. 701 (4º vol.), em data de 29 de novembro de 1996, ante a inexistência de herdeiros conhecidos do *de cujus*, a magistrada transformou o inventário

EI Nº 70003967676

em herança jacente, nomeando curador. De lá para cá, ao que consta destes autos, não se completou o procedimento previsto nos artigos 1.142 a 1.156 do CPC, e, via de conseqüência, não ocorreu a declaração de vacância regrada no art. 1.157 do mesmo Código, circunstância indispensável à incorporação dos bens jacentes ao patrimônio público - e, conseqüentemente, à caracterização do interesse deste na lide - uma vez que, conforme entendimento jurisprudencial hoje sedimentado no STJ, “*ao ente público não se aplica o princípio da saisine*” (RESP. 164196/RJ). Nessa mesma linha, dentre inúmeros outros, cabe referir os precedentes do mesmo tribunal nos Recursos Especiais 16.562/SP, 60008-1/RJ, 27328/SP, 253719/RJ, 36873/SP, 36959/SP. Assim, não se operando a *saisine* em favor do ente público, e não tendo ainda ocorrido a declaração de vacância da herança, dispensável o comparecimento do Município no pólo passivo da demanda.

Ainda em caráter preambular, desejo tecer breves considerações acerca da distinção entre sociedade de fato e união estável. Isso se mostra necessário para a adequada compreensão da questão posta nos autos, uma vez que verifico, como de hábito, alguma imprecisão conceitual no enfrentamento do tema, tanto na peça vestibular quanto na própria sentença.

A petição inicial nomina a ação como de “RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO COM PARTILHA DE BENS”. Entretanto, ao longo da minudente exposição, refere-se em várias passagens à existência de uma “união estável” entre o autor e o “*de cujus*”. A fl. 04, chega o autor a destacar, de modo singular :

*“Por isso, V. Exa. há de ter sensibilidade para as peculiaridades desta postulação que envolve uma **situação híbrida** :*

Competência : Juízo Civil

Fato do mundo dos fatos : união estável

Título que se pretende : declaração de sociedade de fato” .

Ou seja, pelas incertezas e perplexidades que o tema posto nestes autos ainda suscita na jurisprudência, tudo indica que os ilustres signatários da inicial optaram por um “caminho do meio”, ou seja, embora busquem caracterizar uma “união estável” (o que está bem claro ante os termos da inicial), pugnam pelo reconhecimento de uma “sociedade de fato”, tanto assim que ajuizaram a demanda em Vara Cível, e não Vara de Família, não obstante o teor da Súmula 14 deste Tribunal, que, desde o início da década passada, atribui às Varas de Família a competência para os feitos relativos às uniões estáveis.

E, a tal perplexidade não ficou imune a sentença, que, já em seu relatório noticia que o autor “*pretende a declaração da existência de sociedade de fato havida com V. D., decorrente de união estável*” (fl. 505). E, em expressiva passagem da fundamentação, afirma : “*o autor viveu em união, sim; estável, sim; em uma affectio societatis, sim, com V.*” (fl. 514). Concluindo, no dispositivo culmina afirmando : “*Reconheço a sociedade de fato havida entre os parceiros, para o fim de que sejam os bens de V. devidos ao sobrevivente, I.*” (fl. 516) . Na fundamentação, entretanto, todo o enfoque é dado à existência de uma união estável, buscando na prova as evidências de uma relação com características de entidade familiar.

É necessário, porém, delimitar e precisar conceitos. Não se pode continuar referindo

EI Nº 70003967676

aqui a “união estável” e “sociedade de fato” como se fossem fenômenos idênticos, quando bem diversos são seus pressupostos e conseqüências !

É bem verdade que, antes da Constituição Federal de 1988, quando ainda não fora introduzida no ordenamento jurídico pátrio a noção de que as uniões de fato, a partir de então denominadas “uniões estáveis”, eram entidades familiares merecedoras da proteção estatal, a jurisprudência - na esteira do que, a partir de meados do século XIX, já faziam os tribunais franceses -, na ausência de regramento específico para essas relações, e, em nome da necessidade de evitar o enriquecimento ilícito, enquadrava-as como “sociedades de fato”, conceito notoriamente pertencente ao campo do direito obrigacional (art. 1.363 e segs. do Código de 1916), e, por conseqüência, desde que provada a colaboração dos parceiros para a formação do patrimônio - plasmada, aí sim, pela *affectio societatis* -, conferia direito à partilha dos bens havidos em sua constância, muitas vezes em quinhões díspares, proporcionais à contribuição de cada integrante. Tal orientação jurisprudencial culminou por sedimentar-se no conhecido enunciado sumular n. 380, do STF.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 3º, consagrou como entidades familiares as uniões estáveis entre homem e mulher, tais relações - reconhecidas agora como inspiradas pela *affectio conjugalis* (diverso da *affectio societatis*) - tiveram seu tratamento deslocado para o âmbito do direito de família, dispensando, para sua tutela, a noção de “sociedade de fato”.

E tal distinção não é ociosa! É que bem diferentes, como assinalei ao início, são os pressupostos e as seqüelas de uma e de outra entidade.

Por ter natureza familiar, a união estável rege-se pelos princípios e normas do direito de família, abrindo mão de qualquer prova de contribuição dos parceiros para a formação do patrimônio, que é comum a ambos em razão da simples comprovação da relação, sendo presumida a contribuição, a teor do art. 5º, da Lei 9.278/96. Ademais, há previsão de que, ao companheiro, integrante de uma união estável, é conferido direito sucessório, nos termos do art. 2º, da Lei 8.971/94.

De outro lado, para caracterizar a sociedade de fato (animada esta pela *affectio societatis*, repito), indispensável a comprovação da **contribuição** à formação, ou, no mínimo, preservação do patrimônio. Tal contribuição, ao tempo em que não era reconhecida a união estável, já admitia a jurisprudência que pudesse ser até mesmo indireta, representada pelo trabalho doméstico, de inegável valor econômico. Entretanto, a partir do momento em que se reconheceu a união estável como entidade familiar, não há como entender que a contribuição, na sociedade de fato, possa ser ainda indireta. Isso porque, se trabalho doméstico houve, de que o parceiro tenha usufruído, é porque ocorreu coabitação, e, assim, estaremos diante de uma união estável e não de uma sociedade de fato. Isso é de uma evidência palmar! Assim, a contrapartida, ante a criação do instituto da união estável, é a inafastável exigência de que, para caracterizar a sociedade de fato, a contribuição agora deva ser novamente direta, pelo trabalho externo apto a gerar recursos que possibilitem a aquisição de bens.

Entretanto, considerando que a concepção de união estável gerou-se e gestou-se, ao longo de décadas, a partir da evolução produzida na jurisprudência em tempo anterior à Constituição de 1988, do conceito de sociedade de fato aplicado às uniões de fato de

EI N° 70003967676

conteúdo inequivocamente familiar (embora até então não houvesse fundamento jurídico para afirmá-lo), tem-se admitido neste Tribunal, de forma bastante liberal, que, desde que descritas na petição inicial as características de uma união estável, esta possa ser reconhecida (desde que provada, é claro), mesmo que a pretensão (“híbrida”, como bem qualificada na inicial - fl. 04) explicitamente esteja direcionada à declaração de uma sociedade de fato. Por isso é que admito aqui - como, em geral, temos feito em casos semelhantes - o debate em torno da configuração da união estável, mesmo que explicitamente postulado o reconhecimento de uma sociedade de fato.

Por igual razão, e considerando, modo especial, a circunstância de que está em debate o controvertido e atual tema dos efeitos jurídicos das relações afetivas estáveis entre duas pessoas do mesmo sexo, que apenas em tempo recente - posteriormente à sentença, por sinal - foi objeto de definição de competência em prol das Varas de Família, em conhecidos precedentes deste Tribunal, é que supero a circunstância de que o feito teve sua tramitação em Vara Cível, não vendo aí - nessas especiais circunstâncias, repito - caracterizada qualquer nulidade decorrente de possível incompetência do juízo.

Superadas tais questões preambulares, passo ao mérito.

O instigante e desafiador tema versado nestes autos oportunizou brilhantes e enriquecedoras manifestações doutrinárias dos eminentes colegas que até agora expressaram seus votos. Algumas no sentido de admitir o reconhecimento das relações homossexuais (homoeróticas ou homoafetivas, como queiram) como uniões estáveis, ou, ao menos, dar-lhes tratamento eqüitativo, por analogia. Outras, não menos brilhantes, repelindo tal tese. Humildemente peço vênias para inverter o raciocínio. Ou seja, antes de adentrar na tese, irei aos fatos e às provas. E, caso estes permitam-me prosseguir no caminho, chegarei à tese.

Vejamos.

Como notório, os requisitos da união estável estão, na legislação ordinária, estampados no art. 1º da Lei 9.278/96, e são : (1) diversidade de sexos, (2) duração, (3) continuidade, (4) publicidade e (5) intenção de constituir família (requisito subjetivo). Abstraindo o primeiro requisito (diversidade de sexos), por ser justamente o tema de direito aqui em debate, passo ao exame dos demais.

Primeiramente, chama atenção nestes autos que, ao contrário do que de regra ocorre em feitos da espécie, não há qualquer prova documental da relação. Ou seja, inexistem fotografias que mostrem os parceiros juntos em situações corriqueiras da vida, assim como não há qualquer espécie de correspondência entre eles trocada, nem outro documento que evidencie uma vida com comunhão de interesses. Isso não deixa de ser estranhável, considerando o tempo alegado como de duração do relacionamento.

Sinale-se que a única prova documental de relevo (mas que não milita em prol da tese do autor, até pelo contrário) consiste nos documentos de fls. 36-38, que são cópias da CTPS do requerente, que evidenciam que ele era empregado do estabelecimento comercial do *de cujus*, exercendo inicialmente a função de balconista e, a partir de abril de 1992, de MOTORISTA.

As únicas fotografias trazidas aos autos não o foram pelo autor, e não reforçam sua

EI N° 70003967676

tese. Observe-se a fls. 140-143, em especial as fotografias de fls. 142 e 143, trazidas pelos contestantes P. C. C. M. e outros (que, mais adiante, desinteressaram-se do feito). Atente-se para a explicação que o autor dá para tais fotos, que mostram a ele, juntamente com duas moças e outro homem, em atitudes afetivas, na sala do apartamento do *de cujus*. Manifestando-se sobre elas, a fl. 210, assim disse o autor: “*O figurante do ‘beijo’ de fl. 143 obvia e notoriamente NÃO é o autor. A foto em que o autor aparece (fl. 142) nada tem de malícia, ou de qualquer outra atitude que comporte qualquer interpretação maliciosa. A moça que ali aparece chama-se Cristina e é amiga, e V. a conhecia. O autor informa que o figurante da foto de fl. 143 é VL. F. que veio residir no apartamento do ‘de cujus’ como consta na inicial da Ação de Reintegração de Posse*”. Como se vê, o próprio autor reconhece que mais alguém, além dele, morava no apartamento de V. E, estranhamente, foi justamente esse terceiro (VL. F.), e não o autor, quem efetuou o registro de óbito de V., como se vê na Certidão de fl. 32. Desde quando VL. F. residia no mesmo apartamento, e por qual razão, são questões não esclarecidas nos autos. Diga-se, em suas reiteradas e extensas manifestações, omitiu-se o autor de dar explicações acerca do papel exercido por esse estranho personagem (VL. F.), que parece haver permeado a vida de I. e V. O certo, entretanto, é que as fotografias - feitas na sala de estar do apartamento do *de cujus*, quando este ainda vivia - mostram I. e VL. em situação de nítida proximidade afetiva com duas pessoas do sexo oposto. Observe-se, ainda, que nelas não aparece o *de cujus*.

Há, é certo, dois aspectos acerca dos quais não reside controvérsia: (1) V. era homossexual e (2) I. manteve com ele relações erótico-afetivas, tendo residido durante certo tempo no apartamento de V. Nesse sentido o depoimento das testemunhas trazidas pelo autor. Bastará isso, entretanto, para caracterizar um relacionamento assemelhado à entidade familiar denominada união estável, para o qual é indispensável a “intenção de constituir família?” Entendo que não. Família é mais do que duas pessoas morando juntas, o que pode ocorrer com amigos, com ou sem relação sexual. Integra a noção de família a existência de uma comunidade ligada por laços de afeto, solidariedade, fraternidade e ajuda mútua. É o partilhar os bons e os maus momentos da vida. É o manter de uma intimidade, de uma cumplicidade, que não se restringe à alcova, mas se expõe aos olhos do mundo. Nada disso, entretanto, pelo que dos autos consta, fica evidenciado na relação existente entre o autor e V. A circunstância de serem vistos juntos com frequência, inclusive aos finais de semana, pode ser facilmente explicada pelo fato de que I. era motorista de V. V. era doente, tendo falecido de infarto do miocárdio (fl. 32), que não foi inesperado. Nada consta nos autos, entretanto, sobre a circunstância do óbito de V., nem acerca da possível assistência que I. lhe tenha prestado nos derradeiros momentos. Ao contrário: o que está demonstrado nos autos é que não foi sequer o autor quem efetuou o registro de óbito de V., mas sim VL. F., curiosamente o mesmo que aparece na fotografia de fl. 143, beijando uma moça na sala do apartamento de V.

Ademais, é de atentar para a circunstância de que, sendo V. detentor de expressivo patrimônio, e não possuindo herdeiros, não tenha se preocupado em dispor de seus bens em testamento a favor do autor, o que seria de esperar, caso existisse entre eles realmente uma relação mais profunda, uma vez que se tratava de pessoa idosa, rica e doente, sendo o autor jovem, pobre e saudável.

Por tais razões, sem ingressar na tentadora seara do debate doutrinário acerca da possibilidade de caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo - tão

EI Nº 70003967676

brilantemente travado aqui pelos eminentes colegas - estou afastando, no caso concreto, a configuração dessa entidade familiar, por flagrantemente ausente o requisito subjetivo (“intenção de constituir família”).

Entretanto, afastado o reconhecimento da união estável, resta averiguar a caracterização de uma sociedade de fato, entidade que, como assinalei ao início, não se confunde com a entidade familiar que é objeto de proteção constitucional, e em torno de cuja possibilidade de caracterização entre pessoas do mesmo sexo não grassa controvérsia, até porque sua natureza é meramente obrigacional. Sinalo-se, porém, que a eventual caracterização de uma sociedade de fato não terá jamais o condão de atribuir ao autor direitos hereditários sobre os bens deixados por VI., limitando-se a conferir mero quinhão proporcional em alguns bens. Isso porque somente aos integrantes de uma união estável (por ser uma entidade familiar), é que é atribuído direito sucessório. E ao início de meu voto já fiz a distinção necessária entre um e outro conceito.

No exame da possibilidade de caracterizar uma sociedade de fato, melhor sorte não contempla o autor. Ocorre que, para tanto, nos termos da Súmula 380, do STF, há que estar comprovada a contribuição para a formação do patrimônio adquirido em sua constância, havendo jurisprudência mais liberal que admite que tal contribuição possa ocorrer na conservação de tais bens. Nada disso, porém, resulta provado nos autos. Primeiro, porque todos os bens integrantes do patrimônio do *de cujus* foram adquiridos muito antes do início do relacionamento dele com o autor. Depois, porque não há qualquer adminículo de prova no sentido da mais mínima contribuição de I. para a conservação do patrimônio de V. A hipótese da prestação de serviços domésticos não calha, no caso. Isso porque V. tinha empregada doméstica que se encarregava de tais tarefas. Ademais, convém não esquecer que I. era empregado de V., como motorista, com CTPS assinada, o que explica os serviços prestados nesse âmbito. Finalmente, risível seria até cogitar de contribuição financeira de I. para a preservação do patrimônio de V., quando sabido que era este último quem sustentava o primeiro.

Assim, visualizada a prova na perspectiva da união estável e da sociedade de fato, não há sob qualquer ótica, como contemplar a pretensão do embargante, razão pela qual **DESACOLHO OS EMBARGOS**.

O SR. PRESIDENTE (DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA) - Embargos Infringentes nº 70003967676, de Porto Alegre - “Após o voto do Des. Luiz Felipe desacolhendo os embargos infringentes, ficou suspenso o julgamento para o voto do Des. Englert, que aguardava a vista”. (Em 11 de outubro de 2002).

PEDIDO DE VISTA**VOTO**

O SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - O autor deduziu a inicial requerendo “*ação ordinária de reconhecimento de sociedade de fato com partilha de bens*”, dizendo que iniciou relacionamento com V. D. em 1981. O ajuizamento da demanda aconteceu em março de 1996.

EI N° 70003967676

Relatou que residiu no apartamento de V., em 1986 e 1987, ocasião “*em que trabalhou como motorista*” no estabelecimento no qual V. D. era sócio-gerente, quando teve sua carteira de trabalho firmado pelo próprio. Posteriormente “*precisou dar apoio a sua família, e teve de mudar-se para o interior*”, mas, mesmo assim, “*encontravam-se, no mínimo, uma vez por mês*”. No verão passavam o fim de semana na casa de V., em Imbé. Retornou para Porto Alegre em 1989, para “*definitivamente morar com V.*”.

Em 1992 voltou a laborar como motorista, na firma na qual V. era gerente.

O pedido formulado, fl. 23, é expresso e explícito, no sentido de declarações da “*existência de sociedade de fato decorrente da união estável... reconhecendo-lhe seus direitos sobre a totalidade da herança do falecido*”. Subsidiariamente formulou outros requerimentos, inclusive no tocante à meação e até indenização por serviços prestados ao longo de 9 anos em que viveu com V. no apartamento.

O próprio autor confirmou que não foi comprado qualquer bem quando do relacionamento, fl. 226: “*Não foi adquirido nenhum bem móvel ou imóvel durante a vivência em comum*”, com o que já se poderia indeferir o pedido de declaração de sociedade de fato, sem outros comentários, persistindo, talvez, o exame do pedido de indenização por “*serviços prestados*”.

De qualquer forma, a inicial também fez alusão à existência de união estável, apesar do pedido ser formulado no enfoque da sociedade de fato, pelo que, para não fugir ao debate, algumas considerações merecem ser feitas.

O depoimento pessoal do autor diverge frontalmente da inicial, no tocante ao início do convívio sob o mesmo teto. “*Em 1983 passaram a morar juntos*”, fl. 226, mas foi noticiado que residiu no apartamento de V. em “*1986 e 1987*”, na peça inicial, fl. 2.

Quando de outra audiência, fl. 54v, disse que o relacionamento íntimo começou em 1986.

Para aumentar ainda mais a imprecisão do relatado, o autor especificou que, em 1986 retornou para Tupanciretã, mas o relacionamento com V. foi mantido, pois “*telefonavam-se praticamente todos os dias e vinha aos finais de semana para vê-lo*”.

Estranho, mas muito estranho mesmo, que apesar das ligações telefônicas quase que diárias, num tempo em que é sabido que as comunicações sofriam percalços, máxime para o interior do Rio Grande do Sul, e também levando em consideração o alegado tempo do “início”, de 1981 até o passamento de V., em 9 de julho de 1995, fl. 32, o autor, que tantos fatos noticiou na inicial, com pormenores até sobre a conservação do automóvel de V. (referiu que sempre providenciava nas vistorias regulamentares, evitando também, que o automóvel apresentasse “*qualquer ruído, por mínimo que fosse, e V. tinha para isso um ouvido muito sensível*”), não tenha o demandante juntado qualquer conta, recado escrito, cartão de boas festas ou aniversário firmado por V.

Nenhuma foto dos dois juntos apesar do alegado longo tempo do relacionamento. Nenhuma comemoração em eventual data especial. O demandante até lembrou na inicial a minudência de que às vezes tomavam “*um chopinho, p. ex., em Ipanema*”, quando ele dirigia o veículo. Tantas recordações, tantos encontros, sendo que o autor preparava

EI N° 70003967676

canjas e chimarrão, fl. 4, sendo que na casa da praia providenciava tudo, mas a inicial não acostou qualquer lembrete firmado por V., homem de sólida posição econômica e financeira.

Só a carteira de trabalho é que está assinada por V., demonstrando, pois, que o autor era empregado do estabelecimento comercial de V. e, em sendo motorista - fl. 4 da inicial até especificava os horários das entregas - com o que nada a estranhar que também residisse, por um tempo, no apartamento de V., também na qualidade de motorista.

Há prova que outra pessoa, do sexo masculino, residia ao mesmo tempo no apartamento, pois o próprio demandante disse, fl. 54v, que VI. F., *“que é afilhado do réu, que morava no apartamento...”*

É o mesmo VI. quem declarou o óbito, fl. 32. Isso é circunstância importante, pelo que necessariamente o autor deveria ter feito as explicitações pertinentes, quando da inicial.

O testemunho de J. L., fl. 415, não pode ter o alcance pretendido na sentença.

As refeições a dois em restaurante não podem ser forte indicativo de união estável. Ademais, difícil acreditar que no momento da entrega de refeições no apartamento, o autor fosse dizer para o entregador (aliás, o próprio dono do restaurante !!) que falasse em voz baixa, *“porque seu companheiro, seu esposo estava dormindo”*.

Não é razoável que alguém especifique para terceiro, que entrega uma encomenda, uma circunstância de foro íntimo. Salvo que pretenda fazer alguma prova no futuro...

C. R., fl. 416, vizinho, não deixou de relatar que viu também outro rapaz em companhia de V., mas não sabe se o mesmo residia no apartamento de V.

Se é certo que G., fl. 417, advogado, noticiou que V. D. *“respondeu que era solteiro”* e que *“deixaria para seu marido que era I.”*, isso quando falavam sobre procedimentos *“para testar”*, não pode deixar de ser sopesado que assim não procedeu I., que não tinha ascendentes ou descendentes, e, portanto, poderia dispor de todo seu patrimônio. V. era pessoa afeita a negócios e sabia das conseqüências de atos relativos a bens, pelo que, se fosse o caso, e entendesse que I. mereceria uma recompensa, ao menos pelos *“serviços prestados”* (expressão que consta na inicial, fl. 24) é certo que teria providenciado na elaboração do testamento. Nada fez durante o longo tempo (dito pelo demandante) da alegada união. É fator que deve ser ponderado com intensidade. O esclarecimento solicitado ao advogado aconteceu no final de 1993 e o passamento de V. teve lugar muito tempo depois, julho de 1995, pelo que V. teria possibilidade de testar, se assim o entendesse. Não o fez. Deve ser respeitada sua vontade, não interessando perquirir se os bens revertem aos municípios, pois assim dispõe a legislação e até é razoável que os órgãos públicos, em certos casos, recebam bens, para a conservação de seus objetivos sociais.

O testemunho de A., fl. 419, também referiu que V. pretendia deixar seus bens para *“a pessoa que estava vivendo com ele, de quem gostava”*. Essa conversa aconteceu em 1984/1985, com o que resta evidenciado, mais uma vez, que V. sabia da possibilidade de

EI N° 70003967676

testar, mas assim não agiu, apesar do tempo transcorrido desde 1984/1985 até sua morte.

Reitero os argumentos expendidos pela eminente Procuradora de Justiça Sônia Mara Freitas, enfatizando seu percuciente estudo da prova do processo, fl. 626, inclusive no *“tocante ao interstício de tempo da relação afetiva”*, pois *“também existe incongruência”*, fl. 627, sendo salientado que V. *“vivía maritalmente nos anos 90 com um rapaz chamado P.”*, fl. 627, conforme noticiado por C. E., anotando-se que P. *“veio a falecer no próprio apartamento, de V. por intoxicação de gás naquela época”*, fl. 436, o que consoa e condiz com a notícia jornalística juntada.

O voto do Relator também discutiu as questões de fato, e que sempre devem preceder ao debate de eventuais teses que eventualmente podem ser discutidas, dependendo do resultado da prova dos fatos.

Discordo do constante no voto da Des^a Maria Berenice Dias, que, em sua longa argumentação quase que só discutiu sobre a necessidade do Poder Judiciário concordar com a existência de *“vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo”*, atribuindo-lhes direitos e obrigações.

Ora, não se está a dizer que esse tipo de relação inexistente e que não tem proteção legal. O próprio autor pediu apenas o reconhecimento de sociedade de fato e faz muito, muito tempo mesmo, que a jurisprudência aceita essa argumentação.

O que se dissente, com a máxima vênia, é que na argumentação da ínclita Desembargadora, consubstanciada em quase cinco laudas, apenas 20 palavras foram reservadas à prova: *“Incontrovertido que se tratava de uma convivência duradoura, pública e contínua, sendo uníssona a prova carregada aos autos nesse sentido”*, conforme notas taquigráficas. Não e não. De qualquer forma penso que se deva, obrigatoriamente, discutir previamente os fatos, para então, se for o caso, discorrer sobre teses, hipóteses e o que mais for.

Quanto ao voto do Des. José Carlos Teixeira Giorgis, composto de 26 laudas, com notas de rodapés, de que os componentes do colegiado receberam cópia na véspera do julgamento, sendo que merece ser dito que já se conhecia sua posição sobre a relação *“homoerótica”*, pois, no início de sua alentada argumentação, é referido que seus argumentos já foram expostos em outros *“acórdãos, artigos e revistas jurídicas e palestras”*.

Anota-se, todavia, que nada foi comentado sobre a prova coletada, e apenas é aludido, na rapidez de 16 palavras que: *“O caso vertente, como aqui já referido, não se divorcia da moldura de uma união estável”* - item 10.

Já tinha lido sua intenção de voto e já me preocupava, aflitivamente, com o não exame dos comemorativos do processo. Se de um lado é certo que a questão debatida no voto do Des. Giorgis é instigante, e digna de figurar em qualquer seminário jurídico do IBDFam, por exemplo, não posso deixar de registrar que se está discutindo, agora, um caso concreto, e dele não pode o colegiado abdicar.

Com acuidade o Des. Luiz Felipe Brasil Santos disse que inverteria o raciocínio de

EI N° 70003967676

alguns votos, ou seja, *“antes de adentrar na tese, irei aos fatos e às provas. E, caso estes permitam-me prosseguir no caminho, chegarei à tese”*.

Concordo com isso em gênero, número e grau. *“Da mihi factum dabo tibi jus”*. Não pode ser *“Non da mihi factum dabo tibi thesem”*.

Em face da juntada de fotos de fls. 142/143, o próprio autor explicou que também VI. F. residia no apartamento do “de cujus”, conforme noticiado na inicial da ação de reintegração de posse. Em vista disso é que foi dito que, estranhamente foi VI., e não o autor, quem efetuou o registro de óbito de V.

Refere o Des. Luiz Felipe que o autor, em suas *“reiteradas e extensas manifestações, omitiu-se o autor de dar explicações acerca do papel exercido por esse estranho personagem (VI. F.), que parece haver permeado a vida de I. e V.”*.

Será que não se estaria frente a uma relação mais ampla, de três pessoas? Será que não se pode reconhecer, em tese vanguardeira da vanguarda, a possibilidade de se reconhecer outras pessoas como participantes de tal união, “sociedade de fato com mais de 2 pessoas”, mesmo nesse tema? Por certo não faltarão defensores da união estável entre mais de duas pessoas. Discorda-se disso, mas não custa referir o fato, já que a discussão transbordou para diversas teses.

Destaque-se que o demandante em nenhum momento noticiou na inicial a presença de VI. nos fatos e circunstâncias.

O voto já está manifestado e acompanho o Relator, com os adendos do Des. Luiz Felipe.

Mas não me omito de dizer, ainda, que a juntada de cópia da Declaração dos Direitos do Homem - ONU - Paris - 1948, assinalada pelo autor, fl. 66, no tópico que diz que todos os homens “nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que todos “têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração”, é seguida, também, e na página seguinte, art. XVI, que os “homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”.

Com respeitosa vênua discordo do posicionamento da ilustre julgadora que prolatou a sentença, que, diga-se de passagem, comentou e examinou a prova coletada. O mesmo deve ser ressaltado no voto do Des. José S. Trindade, fl. 765, quando do julgamento da apelação.

Os argumentos explicitados supra demonstram os motivos de minha divergência no tocante aos fatos.

Fui vogal quando do apelo e só agora manuseei o processo, mas reitero também a argumentação lá proferida. De qualquer forma, permanece entre todas as correntes do Direito a necessidade de previamente haver a discussão dos fatos, para, ao depois, dizer a solução jurídica. Quanto a isso poderemos dizer que se está frente à cláusula pétreia e já noticiada na lembrança do Direito Romano.

EI Nº 70003967676

Desacolho os embargos.

O DES. RUI PORTANOVA - Peço vista dos autos.

O SR. PRESIDENTE (ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - Embargos Infringentes nº 70003967676, de Porto Alegre - “Com o voto do Des. Englert, desacolhendo os embargos infringentes, ficou suspenso o julgamento, face ao pedido de vista do Des. Portanova.” (Em 8 de novembro de 2002).

PEDIDO DE VISTA

VOTO

O DES. RUI PORTANOVA - O meu interesse em ter pedido a revista dos autos primeiro se deveu ao fato constrangedor para mim de ter votado na tese, e terem trazido, então, o Des. Felipe e o Des. Englert, a questão fática, que é precedente à questão da tese. Eu, evidentemente, me sentiria muito mal em homologar uma união afetiva de homossexuais se eu, no caso Vogal, não tivesse como provada a questão dos fatos, mesmo da união entre eles. Esse era um dos fatos que fizeram com que eu me sentisse, de alguma forma, constrangido em relação a isso.

O outro detalhe é algo que me seduz bastante, pois considero esse tema ideológico, no qual ninguém é neutro. As pessoas têm uma predisposição em relação a esse tema, assim como têm predisposição em relação a outros temas, favorável ou desfavoravelmente. Eu sustento que essa predisposição que se tem em relação a isso não está imune nem à prova, porque, quando se tem uma predisposição a determinadas circunstâncias e não se tem consciência absoluta dessa predisposição, se vê o mesmo fato, uma mesma prova de formas diferentes. Então, isso acabou seduzindo-me, porque, em face da abrangência da investigação probatória realizada pelo Des. Luiz Felipe e pelo Des. Englert, eu precisava ver isso e também colocar os meus olhos, predispostos a acolher a união homossexual, nesta investigação probatória, colocar sob risco a minha tese, à vista do fato.

Então vejam que vou pedir vênias para usar os votos dos Des. Englert, Brasil e Chaves como rumo para, ao mesmo tempo, sustentar a minha posição, de que eu encontro provada a união afetiva do par, e fazer uma crítica ideológica, sem falar de má-fé, de malícia, simplesmente vendo como a questão perpassa o dado ideológico.

O Des. Englert, depois de votar na Câmara contra a tese da união estável, pediu vista, no Grupo, para fazer análise dos fatos. Como ele já é contra a tese, então, na verdade, pensando logicamente, nem precisaria do pedido de vista. De pouco adiantaria analisar os fatos, se os fatos esbarrariam fatalmente numa tese que o eminente Des. Englert há, de antemão, não tem aceitado. Vejam que aí se mostra claro que, aos olhos do Des. Englert, quando fez a análise dos fatos, já estava predisposto a não ver união, porque ele já tinha dito antes que era contra.

O Des. Sérgio tentou, ao máximo, fugir do preconceito. Ele é claro em dizer *“friso que estou afastando qualquer paralelo com casamento e também com união estável não por preconceito, mas precisamente pela compreensão que tenho do que seja a família, a partir da própria história da humanidade, noção que é fundamental para o exame*

EI N° 70003967676

adequado para o caso proposto”.

E qual a idéia de família que tem o Des. Sérgio? Ele está tentando fugir do preconceito, mas ele tem uma idéia de família, que é marido, mulher e prole. Se fizermos evolução de uma idéia de família, não é essa a idéia de família que a Sociologia, a Antropologia estão nos trazendo hoje. Mas essa é a idéia do Des. Sérgio de família.

O que estou tentando dizer é como S. Exa. valoriza uma determinada idéia de família e como é possível, com as mesmas bases doutrinárias, sociológicas e antropológicas, ter uma outra idéia de família. É lógico que, se o Des. Sérgio tem essa idéia de família, só pode chegar a uma conclusão, aquilo que tinha lá não era família. E toda a prova do fato acaba tendo para o Des. Sérgio a coloração de algo que não pode ser família. Logo, não pode ter qualquer efeito.

E o Des. Sérgio acaba trazendo uma expressão, *data maxima venia*, que tem de mais conservador, e repetindo, que é a questão de insegurança jurídica, quando todos nós sabemos que não existe segurança jurídica. Mas, lá pela p. 16 do seu voto, ele diz: *“temos que precisar disso, porque, senão, nós vamos viver uma insegurança jurídica”.*

Quero tomar como ponto de partida algo indubitável: eles tinham uma vida em comum. Nas p. 124, 129, 130, confirma-se que eles viveram dois anos no mínimo. O que temos que resolver é qual o efeito jurídico que tem isso: ou é união estável, ou é sociedade de fato, ou é nada, não tem efeito nenhum.

O Des. Luiz Felipe, na p. 6 do seu voto, também diz que *“V. era homossexual e I. manteve com ele relações erótico-afetivas, tendo residido durante certo tempo no mesmo apartamento”.* Então, não há dúvida de que eles viveram durante algum tempo, dois anos, mais ou menos, uma união afetiva.

Falta prova. Eu gostaria de começar dizendo que nessas situações - em que se cogita da sinceridade da união afetiva e não do chamado ‘golpe do baú’ - muitas vezes é a falta de prova que mais convence. Quando uma parte quer dar o ‘golpe’ então para provar uma união afetiva inexistente ela guarda coisas absolutamente insignificantes. (Neste tema gostaria de lembrar o que aconteceu na AC n° 70003016136, onde havia recados para compras em supermercado, recibo de compras de meias e cuecas).

Fala-se da falta correspondência, só que eles viviam na mesma casa durante determinado tempo. Está certo que houve uma época em que viviam fora.

O SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - Permite um aparte? Num tempo viveram, depois um morava no Interior, onde se telefonavam diariamente quando havia muito problema com os telefones.

O DES. RUI PORTANOVA - Quando eles dizem que estavam fora e se ligavam diariamente, fazemos uma ironia dizendo que é impossível de fazer. Mas a verdade é que daí, quando há a possibilidade de prova, se descaracteriza a prova.

O SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - Porque não mandavam um bilhete e telefonavam todo o dia para Tupanciretã em época em que as comunicações eram terrivelmente precárias.

EI N° 70003967676

O DES. RUI PORTANOVA - Pode ser que se 'mandavam bilhetes'. Só que não guardavam - como faz a maioria dos casais hetero ou homossexuais.

Foi dito que não há documento. Não é que não haja documento. O documento da fl. 46 mostra I. fazendo uma conta na Caixa Econômica Estadual e dando como endereço a Duque de Caxias. Documento existe. Há uma comunicação à Polícia, na fl. 48, também, dando o mesmo endereço. Poder-se-ia concluir que o I. morava ali.

Veja a questão da carteira do trabalho. Diz o Des. Luiz Felipe que o que tem de prova documental é o fato de ele ser contratado como motorista. Diz ainda que isso não milita em prol da tese do autor, até pelo contrário. O que significa isso? O fato de ele ser motorista está parecendo que vai fazer com que eles deixem de ter essa união socioafetiva.

Nós, aqui, tratamos a união homossexual, para fins de prova, como se fosse uma união heterossexual. Exige-se deles o que se exige de uma união heterossexual, sem contar que eles são discriminados, que se escondem.

Mas o Des. Englert não encontrou fotos nem bilhetes e disse, claramente, isso. Porém, no Processo nº 70003016136, que julgamos na 8ª Câmara, que era uma relação homossexual, havia 38 fotos, cartas e bilhetes nas pp. 37 e 38, cartões de amigos para o casal, três cadernos de recados entre o casal, um com 22 folhas, outro com 30 folhas e outro com 70 folhas, e, também lá, o Des. Englert não reconheceu a união estável.

O SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - Lá, por causa da tese; aqui, por causa do fato.

O DES. RUI PORTANOVA - Lá estava provado o fato e S. Exa, também não reconheceu a tese.

Quanto à questão da falta de testamento, os ilustres Desembargadores queixam-se do fato de ele não ter feito testamento. Porém, há alguns detalhes que, são relevantes. No Brasil, toda a doutrina diz que, infelizmente, não se tem o hábito de fazer testamento.

Ele dizia para o advogado: "Eu quero fazer um testamento, porque sou *solteira* e quero fazer para o meu marido". E disse quem era, que era o Erl.do.

Para os Colegas que não reconheceram a união estável, ele chamar o outro de marido, dizer-se "solteira" e querer fazer um testamento não é importante. E o interessante é que, na certidão de óbito, está dito que há testamento. O que estou tentando mostrar é que algumas coisas foram vistas e outras não.

A análise da prova oral foi feita, e o interessante é que a prova oral é uniforme em confirmar a união estável. Não há uma testemunha que não diga que eles viviam juntos. Uma das testemunhas é o síndico do edifício, advogado, que dizia que os dois dormiam na mesma cama. Era uma testemunha que não foi considerada importante para configurar a união deles. Para mim, a testemunha é importante. E o síndico, é atuante e isento, ele é um advogado.

Um funcionário do Banco do Brasil também confirmou, e o dono

EI Nº 70003967676

do restaurante, que foi vítima de alguma ironia, porque, quando foi entregar um lanche à noite, o outro disse: “*Fica quieto que o meu marido está dormindo*”. Marido é como ele chamava a pessoa.

Por fim, estou pedindo vênua para referir que não podemos tratar este casal como um casal heterossexual. O que fizeram os Des. Sérgio e Luiz Felipe? Verificaram se se preenchiam todos os requisitos da união estável. ‘Data venia’ não podemos esquecer que estamos tratando de uma união afetiva entre homossexuais. Eles são discriminados pela sociedade, e não se pode exigir deles que venham para um processo, cumprindo todos os requisitos da união estável. Não podemos esquecer que, dependendo da situação pessoal - e, agora, nós vamos entrar na situação particular -, eles vão ter um outro tipo de comportamento.

Vejam que, no particular, ainda temos mais um detalhe, o V. era rico, era gerente de uma loja conhecida, e o I. pobre. Então, esse é mais um detalhe que, do ponto de vista particular, parece influenciar na questão de se saber como é que se portavam, como é que se sujeitavam, como é que se conseguiram tais provas. Isso, agora, do ponto de vista pessoal, traz mais um detalhe que, para mim, parece relevante e que mostra que temos que fazer esse desvendamento.

O V. tem uma declaração de um amigo íntimo dele, escrita à mão, ele era um homem discreto e reservado, fl. 138. Está dito isso claramente por um amigo íntimo.

O DES. SÉRGIO FERNANDO S. DE V. CHAVES (RELATOR) - Se ele era tão discreto e reservado, era razoável que ele fosse dizer para um cidadão que bate à porta: “*Meu marido está dormindo*”. Se ele era discreto e reservado, ele ia usar a primeira pessoa no feminino. Que descrição é essa?

O DES. RUI PORTANOVA - Eu só gostaria de dizer que isso aqui está dito pelo amigo e trazido na contestação, uma pessoa que morou com ele e que sabia que ele era homossexual.

Bem, e V. sofreu com a morte de P. uma situação extremamente constrangedora. O companheiro dele, morreu na casa dele, no banheiro, com o gás. E o texto da Zero Hora, e aqui vem toda a minha idéia a respeito, fica dando a entender que havia uma relação homossexual. Então, ele já tinha essa situação que havia sofrido, sendo um homem rico, sendo homossexual, sendo gerente de uma loja importante, ele tinha o peso dessa situação noticiada pelo jornal.

Por isso, tratá-los como se fosse uma relação heterossexual é projetar uma igualdade, mas uma igualdade formal, e não é essa igualdade que temos de ter com eles, temos de tratá-los desigualmente, à medida que se desigalam, que é a igualdade material. Precisamos entender a situação deles, tentar o máximo possível vivenciar a dificuldade da discriminação que eles sofrem e o tipo de discriminação.

Com isso, fiz alguma análise da prova. Acabei convencendo-me de que alguma prova há de que eles realmente viveram juntos, por pouco tempo.

O Dr. Sérgio fala, no seu voto, que não existe uma legislação a respeito disso, e, quando não existe legislação, julgar improcedente, porque não tem lei, é quase, do meu

EI N° 70003967676

ponto vista, *data maxima vênia*, como um *non liquet*, é não julgar.

Assim, quando não existe legislação, aprendemos no primeiro ano da Faculdade, estamos diante de uma lacuna, e o art. 126 do CPC tanto diz para o Juiz que ele tem de julgar quando estiver diante de uma lacuna, como diz como julgar. Então, vai julgar pelos princípios e pela analogia.

Quais os princípios? Basicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não-discriminação em razão do sexo. Quer dizer, não podemos, porque se trata de homossexuais, torná-los indignos, temos de reconhecer que eles têm dignidade. Se eles têm dignidade, eles têm acesso ao ordenamento.

Qual é analogia que se faz? Com a sociedade de fato? Não, com a união estável, porque a sociedade de fato não tem o que eles tinham. Para nós pode ser constrangedor, mas eles se amavam. Na sociedade de fato, não há amor; a situação em que é indispensável haver amor é na união estável. Então, o que tem de mais parecido na relação dele é a união estável.

O DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RE-LATOR) - Esse é um conteúdo retórico. V. Exa fez várias referências a meu voto, citou um trecho e não falou mais nada; descontextualizou, portanto, o que eu escrevi, ao longo de 20 folhas, nas quais eu examino o que é família. E mais, V. Exa. está partindo de uma analogia de uma relação para outra relação que merece especial proteção do Estado e V. Exa., Des. Luiz Felipe, disse: “A minha família é diferente da do Des. Chaves”, mas a minha família é aquela que está na Constituição. O art. 226 define e delinea com clareza qual conceito de família.

A família começa com o casamento, sim, parte daquele conceito inicial trazido pelo Código de 1916, mas ela avança. A família também é constituída pelo casamento religioso, também se considera entidade familiar a união estável, e o legislador disse: entre homem e mulher, que vivem como se casados fossem, e também coloca as famílias monoparentais, e ali fala dos filhos. Qual é o escopo da família? Era preciso que voltássemos a aprofundar um pouquinho mais o conceito de família e fazer uma análise não-comprometida casuisticamente em resolver um problema emergente e sério, eu reconheço, porque a homossexualidade é antiga. Lá na Grécia antiga existia, e nunca se questionou se dois homossexuais constituíam lá uma família, e nós já tínhamos a família heterossexual. Essa era a família, e, ao longo da história da humanidade, a homossexualidade existiu, mas nós sempre tivemos a família, portanto o reconhecimento de um par, ou trio, ou quarteto, porque eu sei as razões que levaram a humanidade a chegar à monogamia conforme o ideal de família, mas não sei porque monogamia na relação homossexual. Esta é uma questão a ser pensada.

Foi ouvido recentemente, e eu facultei ao Des. Giorgis e também ao Des. Luiz Felipe, e até eu quero ver se localizo a fita e coloco à disposição dos Colegas, a entrevista com o Secretário-Geral do Grupo Nuances, que critica abertamente inclusive as expressões homoerótico, homoafetivo. Eles dizem: “nós somos diferentes, nós queremos ser tratados como pessoas, nós não queremos o modelo homem/mulher”. Não foi exatamente isso o que disseram? A relação deles é diferente, seus valores são outros. Eles disseram isso.

EI Nº 70003967676

O que eu não encontro é espaço para dar a essa relação a especial proteção do Estado, que não é dada, *data maxima venia*, em razão de envolvimento afetivo, em razão do amor e muito menos em razão da intimidade sexual ou erótico-afetiva. A especial proteção do Estado é dada exatamente pela possibilidade de se criar, naquele ninho, a formação de uma nova família para que a sociedade continue hígida e saudável. A união homossexual não merece especial proteção do Estado, porque, se pudéssemos, numa abstração, imaginar que a sociedade fosse toda ela constituída por homossexuais, em menos de uma geração, terminaria a humanidade sobre a terra. O que a legislação protege, o que o legislador constituinte enxergou foi exatamente a proteção da família enquanto base da própria estrutura social.

Com a vênia do Colega que fez referência às minhas posições, e aparentemente eu só estava no modelo tradicional homem e mulher, filho, casamento, e quem sabe abençoado pela igreja, parece que eu estou com uma visão preconceituosa, ou pior, com uma visão absolutamente restritiva, quando, no meu voto, a análise que eu fiz foi focalizar a família à luz da Constituição, e a Constituição diz que a família é composta por homem e mulher, casados, ou submetidos a casamento religioso, ou mantendo uma união estável, mas coloca, na sua essência, a união heterossexual. É a Carta Magna que diz isso. A diversidade de sexo é pressuposto material do casamento e também o é da união estável.

Então, com a vênia dos Colegas, eram essas as colocações que eu tinha a fazer.

O SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) - Embargos Infringentes nº 70003967676, de Porto Alegre - “Desacolheram os embargos infringentes o Relator, Desembargadores Stangler Pereira, Luiz Felipe e Englert. Acolheram os embargos a Des.^a Maria Berenice e os Desembargadores Trindade, Giorgis e Portanova. O recurso será encaminhado ao 3º Vice-Presidente, para o voto de desempate.” (Em 13 de dezembro de 2002).

SESSÃO ADIADA**VOTO**

O SR. PRESIDENTE (DES. CARLOS ALBERTO BENCKE) - Pelo relatório viu-se, simplificada, que a questão envolve duas vertentes de reflexão e que merecem a mesma atenção por parte dos julgadores, como bem colocado pelos eminentes colegas que já intervieram no processo: fato e Direito. Ao menos no início, não estava sendo este o caminho trilhado de forma explícita, pois a discussão ficara restrita às teses antagônicas entre os integrantes deste colendo 4º Grupo Cível. Mas, em bom tempo, volveu-se à discussão dos fatos que embasaram o pedido formulado na inicial.

Deixo de apreciar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido - não suscitada expressamente nas contra-razões dos embargos infringentes, mas implicitamente referida como se vê na fl. 814, item 2º - porque confunde-se com o mérito da *quaestio juris*.

Subscrevo a esclarecedora manifestação do Des. Brasil Santos quanto à distinção que se deve fazer entre união estável e sociedade de fato. Não obstante a confusão feita na inicial, flagrada também no voto do Des. Englert, transparece daquela peça a intenção do autor em ver declarada a união estável que afirma ter existido entre ele e o falecido.

EI Nº 70003967676

Não se concretiza, por conseguinte, a inépcia da vestibular, pois está claro, ao menos para mim, que o objeto da ação intentada é o autor ver-se contemplado como herdeiro do companheiro falecido, o que se revelaria diferente se a intenção dele fosse a de preservação da parte patrimonial que resultasse do esforço comum para aquisição dos bens.

Todavia, para alargar o alcance da coisa julgada e apanhar mais esta situação e esta parcela do pedido, adianto, desde logo, e na esteira do voto do Des. Brasil Santos, que não haveria adminículo probatório a embasar a pretensão da parte autora quanto à existência da sociedade de fato. As tarefas por ele desenvolvidas e relatadas na inicial, sobre não restarem comprovadas, sugerem simples preservação do patrimônio que fora adquirido pelo falecido V.

Bem colocada a espécie e demarcado o âmbito da discussão, passo ao exame da prova da existência ou não de uma união equiparável àquela prevista no art. 226, § 3º, e legislação infraconstitucional que se seguiu. Não pretendo estender a discussão além dos limites já postos pelos integrantes do Grupo, pois entendo que os colegas esgotaram a matéria em todos os seus ângulos e, por isso, seria fastidioso repetir argumentos e impossível formular proposições novas a respeito da tão debatida matéria. Assim, é minha pretensão apenas resumir a posição que, no meu entendimento, é correta e acrescentar um ou outro fundamento que a justifique.

Começo, então, pelo exame da prova. Esta é esparsa, difícil de apreciar, porque ausente a prova material/documental, que atestaria, com melhor percuciência e estreme de dúvida, se existiu ou não a alegada união. Mas, para isso é que foi acionado o Poder Judiciário: para examinar a controvérsia e sopesar e valorar as provas trazidas pelas partes. Deste mister o juiz não se pode demitir.

A documental demonstra que I. era o motorista da empresa do *de cujus*, sem qualquer contestação. Até aí nada demais. O busílis é que, na prática, a prestação dos serviços de motorista ficava restrita a V., não havendo indícios de que servia como chofer na empresa. Ou seja, andava habitualmente com o patrão, como se fosse o seu motorista particular, inclusive nos fins de semana, pois assim disseram os testemunhos de J. L. D. (*O depoente levava refeições aos dois na residência deles, muitas vezes à noite, outras vezes aos finais de semana. As vezes almoçavam com o depoente aos domingos e outras vezes antes de se dirigir à casa de praia*), de C. R. T. M. (*Sabe que moravam juntos, pois subia com eles, seguidamente, na hora do almoço. Nos finais de semana saíam juntos. (...) Nos finais de semana quando os encontrava o autor sempre estava dirigindo o carro de W.*) e em várias passagens do depoimento de A. A. G.

Ora, quem era contratado pela empresa certamente não prestaria serviços ao empresário se outras circunstâncias não estivessem presentes. Que I. era visto na empresa de propriedade de V. são escassas as referências, não obstante existentes, como no depoimento de J. J. M. (*Na loja dos barbantes foi atingido - deve-se considerar o termo atendido como o correto - por I. em certa ocasião*).

Tem-se, portanto, este primeiro dado importante na montagem da prova por inteiro: o autor estava sempre na companhia do autor, mesmo sendo motorista da empresa.

Este elemento probatório - ser motorista da sociedade da qual era sócio o *de cujus*

EI N° 70003967676

mas praticamente só prestar serviços para ele - se não é essencial para o deslinde da *quaestio juris*, assume contornos de nitidez corroborado com outros dados do conjunto de provas e que podem ser vistos a olho nu, como referido pelo Des. Portanova em seu voto vista. Por exemplo, os depoimentos das testemunhas arroladas vão num mesmo sentido e, das pessoas ouvidas, apenas uma destoa da univocidade verificada. Não vou repeti-los para não cansar os eminentes colegas e as partes e seus advogados, pois os colegas que me antecederam já examinaram à exaustão tais oitivas. Todavia, há de ser destacado, pois não o foi suficientemente, *data vênua*, o depoimento de A. G.

Disse ele, com todas as letras que o autor e o falecido viviam em situação de par homossexual, convivendo harmoniosamente e como se formassem uma parilha heterossexual. Ou seja, o comportamento de ambos demonstrava a intenção que tinham de viver maritalmente. As passagens de seu depoimento assim o demonstram. Teve momentos, inclusive, que demonstravam o carinho e o afeto que o *de cuius* nutria pelo autor: quando afastado de I., V. *não via a hora de I. retornar. (...) com I. era diferente, pois havia pessoas que olhavam para o seu interior e I. era uma dessas pessoas. (...) I. não era tratado por V. como empregado dele, era uma pessoa que ele tratava com carinho e, inclusive, quando I. chegava no restaurante, V. dirigiu-se ao depoente dizendo que naquela ocasião havia colocado roupa de cama de cetim, pois iria fazer sua lua-de-mel de novo. (...) Em ocasiões em que esteve na casa de praia, percebeu que os dois viviam como um casal, tanto que pernoitavam no quarto junto. (...) Disse que o carinho com que o autor tratava V. o depoente percebia era grande (...)*. E por aí afora, revelando, inclusive, que sempre teve intimidade com V., trazendo pormenores de suas atitudes, de seu estado de ânimo, de sua personalidade, enfim, demonstrando que conhecia profundamente o amigo falecido. Essas atitudes também foram notadas pelos demais depoentes, naquela univocidade quebrada apenas por uma das pessoas arroladas.

As demais questões, para o conjunto da prova, parecem-me desarrazoadas e sequer deveriam ser aventadas, porquanto ausente o necessário contraditório. Refiro-me às dúvidas dos eminentes colegas que pretendiam fossem trazidas fotos ou outros documentos a revelar momentos de intimidade entre o *de cuius* e o autor. Ou aquelas outras incertezas causadas pelo fato de não ter sido o autor quem levou a notícia da morte ao registro público, ou de não ter qualquer indicação de prova sobre os últimos momentos do falecido em companhia do autor. Até admito que poderiam ter sido levantadas estas questões pelo duto juízo instrutório, no uso da prerrogativa permitida pelo art. 130, do CPC, mas apoiar-se agora na ausência desses elementos para excluir a vida em comum, quando outra foi a direção da prova, é desrespeitar os princípios essenciais de proteção ao devido processo legal e ao contraditório. Demais disso, pareceu-me suficiente a afirmação do Des. Portanova a respeito da discriminação que sofrem os casais homossexuais e da necessidade de discrição em público que adotam para justificar a ausência de quaisquer outros elementos a corroborar o depoimento das pessoas arroladas como testemunhas.

Não tenho pela prova testemunhal o mesmo desassombro que teria se fosse ela documental ou corroborada por fotografias de momentos de intimidades dos dois. Também tenho consciência de que a prova testemunhal não reflete os fatos como aconteceram, mas sim refletem a versão do depoente. Ainda mais quando estes acontecimentos referem-se mais a questões sentimentais do que racionais. Mesmo assim, não tenho como afastar-me destes depoimentos - e das circunstâncias ao redor - e elegê-

EI N° 70003967676

los como prova bastante de que I. e V. da conviveram durante um bom tempo como um casal homossexual. Essa moldura probatória mostra uma convivência além daquela normal entre amigos, ou entre patrão e empregado, por isso que mais próxima da convivência normalmente verificada entre marido e mulher, ou a esta assemelhada.

Ultrapassada esta primeira fase de exame deste tormentoso processo, o próximo passo é a indagação de quais os reflexos que essa convivência traria: na visão formal e dogmática nenhum; na ótica heterodoxa equipara-se à união estável prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

De uma coisa não padece dúvida: as uniões homossexuais são uma realidade que o Direito não pode mais desconhecer. Que existiam antes, sem quaisquer efeitos jurídicos e até execradas pela sociedade, como bem apanhado no voto do eminente Des. Chaves, relator destes embargos infringentes, todos sabemos. Mas, o Direito evoluiu: veja-se que o que não se admitia exceto por construção da jurisprudência - como, por exemplo, a equiparação da união estável ao casamento - passou a ser matéria regulada na Constituição de 1988. Em época anterior, no estertor da década de 70, experimentou-se avanço notável, com a aprovação da Lei do Divórcio. Então, há uma evolução que se faz sentir, mas existe ainda uma forte compressão de situações mal resolvidas. Uma delas, sem qualquer dificuldade de colocação, é a situação vivida pelas uniões homossexuais.

A evolução do Direito é lenta e gradual. Basta atentar para um detalhe e que ressalta no exame que se faça do dispositivo constitucional: é o relacionado ao fato de que a união estável somente pode ser estabelecida em uma entidade familiar fundamentada em homem, mulher e prole. Exclui, por conseguinte, as relações que possam formar pessoas do mesmo sexo. Para estas situações, a tímida jurisprudência existente encontra a mesma solução que antes se preconizava para os companheiros que viviam juntos como se casados fossem, através do reconhecimento de uma sociedade de fato, aplicando-se aos bens dos homossexuais o princípio já consagrado inserido na súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Não se pode esquecer, todavia, que base jurídica existe para proteção dessas anômalas (para a visão mais ortodoxa) situações de fato. Fundamenta-se nos princípios da liberdade, igualdade e inviolabilidade da vida privada e da intimidade, como os colegas que me antecederam em seus votos já reconheceram. Ou seja, não estão órfãos no âmbito do Direito aqueles que têm orientação sexual diversa da pretendida pela Constituição em seu art. 226, § 3º, diante da identificação daqueles princípios como norte para uma efetiva proteção.

O Direito de Família, entre todos os ramos das ciências jurídicas foi o que experimentou maiores transformações nos últimos tempos. Antes submetido a um olhar retrógrado do sistema, teimava em não admitir a existência de uniões de fato que, com toda a aparência de uma entidade familiar, conviviam aparentemente bem na sociedade. Competiu a uma doutrina avançada e aos precedentes dos tribunais ditar as novas linhas que passaram a comandar tais relações, finalmente reconhecidas em dispositivo da Constituição de 1988.

No entanto, nem o texto constitucional, nem a legislação infraconstitucional, mostram-se suficientes para solução de todos os conflitos que porventura surjam das relações de afeto, quando rompidas. Tais novidades podem e devem dirigir a doutrina e jurisprudência no sentido de consolidar uma ou outra das posições até agora visíveis para apreciação de relações homossexuais.

EI N° 70003967676

Os eminentes colegas que defendem a impossibilidade de reconhecer a união homossexual como se fora união estável, aduzem que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, refere que a união estável se dará entre homem e mulher - portanto excluindo a união de pessoas do mesmo sexo -, reconhecendo-a como entidade familiar - o que se revelaria impossível entre pessoas do mesmo sexo, diante do conceito de família - e porque também impossível a conversão em casamento - a lei brasileira não reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Já os que defendem a tese contrária consubstanciam-na diante da liberdade de escolha sexual, na igualdade de tratamento a todos os cidadãos e na preservação da vida íntima da pessoa humana.

Posta assim a questão, tem-se uma aparente antinomia de normas constitucionais. Se, de um lado, existe a limitação constitucional do art. 226, § 3º, de outro, abre-se o leque de liberdades individuais, fundamentada nos direitos essenciais do cidadão. E estes, a meu juízo, mostram-se mais importantes.

Reconheço que é difícil admitir que o hábito arraigado de examinar, sob o prisma dos conceitos civis, questões entre casais unidos informalmente, como difícil é extirpar do pensamento médio dos juristas a idéia de união entre pessoas do mesmo sexo. Mas é assim que se constrói o Direito e a evolução mostra que outros pontos de vista deverão vicejar em meio a este pensamento médio dos juristas. Claro que, hoje, diante da inoperância objetiva da Carta Magna e da legislação que rege a matéria, a construção deve basear-se mais em princípios do que na norma. É o que faço, substanciando a igualdade e a liberdade do cidadão acima de tudo.

Sigo esta senda já palmilhada pelos eminentes colegas que deram pelo provimento dos presentes embargos, fundamentado na igualdade entre todos os cidadãos e na liberdade de escolha sexual.

Embargos Infringentes nº 70003967676, de Porto Alegre - “Prosseguindo no julgamento, proferiu voto de desempate o Des. 3º Vice-Presidente acolhendo os embargos. Acolheram os embargos, por maioria, vencidos os Des. Stangler, Luiz Felipe, Englert e Chaves (Relator). Lavrará o acórdão a Des.ª Maria Berenice”.

ACR