



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC).

Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70009550070

COMARCA DE PORTO ALEGRE

I.M.A.

APELANTE

..
J.A.F.A.

APELANTE

..
A.D.O.

APELADO

..
E.G.F.M.A.

INTERESSADO

..



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, negar provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS E DES. SÉRGIO FERNANDO SILVA DE VASCONCELLOS CHAVES.**

Porto Alegre, 17 de novembro de 2004.

DESA. MARIA BERENICE DIAS,
Relatora-Presidente.

RELATÓRIO

DESA. MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE)

A. D. O. ajuíza ação declaratória de união estável contra I. M. A. e J. A. A., alegando ter vivido maritalmente com G. F. M. A. no período compreendido entre dezembro de 1989 até 19 de dezembro de 1998, data do óbito do companheiro. Refere ser portador do vírus HIV, da mesma forma que o era o falecido. Assevera que o relacionamento homossexual havido era público e notório, com o conhecimento, inclusive, dos pais do parceiro, que realizaram cessão de direitos hereditários em benefício do requerente, em manifesto reconhecimento do relacionamento havido. Requer a procedência do pedido e a concessão do benefício da gratuidade judiciária (fls. 2/9).



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

Em contestação, os requeridos asseveram que a relação havida entre o filho e o autor era única e exclusivamente de amizade, e viviam juntos na mesma casa com o objetivo de ratearem as despesas. Informam que o falecido era visto em várias festas com mulheres, bem como teve relacionamento duradouro com uma namorada, sendo a alegação de que era homossexual pura difamação e inverdade. Alegam terem sido enganados e induzidos pelo autor, que se beneficiou do fato de estarem eles abalados com a morte do filho para obter sua assinatura na cessão de direitos hereditários. Pensavam que se tratava de documento para dar início à abertura do inventário, pois sequer têm noção do que significa uma escritura pública de cessão de direitos hereditários. Se a vontade de G. F. fosse beneficiar o requerente, certamente o teria feito em vida, pois já se encontrava doente há meses e sabia de sua situação. O autor, além de ter se apropriado de todo o patrimônio do *de cujus*, pretende obter a pensão que a ré recebe do filho, sendo essa a única renda da família, pois o demandado se encontra desempregado. Requerem a improcedência do pedido, bem como seja considerada nula a escritura pública de cessão de direitos hereditários. Postulam, ainda, o benefício da gratuidade judiciária (fls. 97/100).

Sobrevieram réplica e tréplica (fls. 107/111 e 170/172).

Em audiência foi colhida a prova oral, realizados debates orais e encerrada a instrução (fls. 248/262).

Sentenciando, o magistrado julgou procedente a ação, reconhecendo a sociedade havida entre os companheiros A. e G. F., no período de dezembro de 1989 até 19 de dezembro de 1998. Vencidos os réus, condenou-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 520,00, declarando suspensa a exigibilidade de tais encargos (fls. 263/267).

Os demandados interpuseram embargos declaratórios, os quais foram julgados improcedentes (fls. 269/270 e 271).



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

Inconformados, apelam os demandados, alegando, preliminarmente, a ocorrência de julgamento *extra petita*, uma vez que a ação ajuizada pelo autor foi de reconhecimento de união estável, e a sentença reconheceu apenas a sociedade de fato havida entre A. e G. F., os quais se tratam de institutos jurídicos diversos. Argumenta que a união estável entre homossexuais somente poderá ser discutida depois de alterada a Constituição da República, pois a legislação pátria prevê o casamento e união estável somente entre um homem e uma mulher e não entre pessoas de mesmo sexo. Asseveram ter o apelado já tomado posse de todos os bens do *de cujus*, mediante escritura pública de cessão de direitos hereditários, tornando sem objetivo a presente ação. Salaria que a apelante é completamente analfabeta, e o apelante é semi-analfabeto, sendo pessoas idosas, extremamente humildes e de fácil indução. Requerem o provimento do apelo (fls. 273/279).

O apelado apresentou contra-razões (fls. 285/289).

O Ministério Público opinou manifestou-se pela remessa dos autos à Superior Instância (fls. 291/292).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça opinado pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 255/259).

Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

VOTOS

DESA. MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE)

Inicialmente, é de ser enfrentada a preliminar de julgamento *extra petita* levantada pelos apelantes, sob a alegação de ter o *decisum* reconhecido



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

a existência de uma sociedade de fato, quando o pedido postulado pelo autor foi de reconhecimento de união estável.

De todo descabida a prefacial argüida.

In casu, a ação foi denominada de “declaratória de união estável” e a fundamentação apresentada no transcorrer do processo foi toda nesse sentido. O julgador, ao sentenciar, declarou a existência da “sociedade” havida entre os companheiros e, posteriormente, em sede de aclaratórios, reconheceu expressamente a existência de uma “relação homoafetiva” nos seguintes termos: *O que se reconheceu, é bem de lembrar, foi uma relação homoafetiva*. Ao mesmo tempo em que afastou a incidência, ao caso em tela, do art. 226, §3º, da Constituição Federal, em nenhum momento, referiu-se a relação como uma “sociedade de fato”.

A dificuldade reside na incerteza que o tema ainda gera, somada à inexistência de um consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da terminologia utilizável para a relação amorosa mantida entre duas pessoas do mesmo sexo. Paralelamente a esse contexto, cumpre ressaltar que o presente feito não tem objetivos patrimoniais, mas tão-só previdenciários, de forma que não há patrimônio comum a ser dividido. Logo, o reconhecimento da relação havida como mera sociedade de fato pelo julgador *a quo* seria de todo inócua, pois essa é declarada quando há a efetiva e comprovada colaboração de um dos consortes na aquisição de patrimônio que se encontra registrado apenas no nome do outro, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito.

Certamente não é esse o caso dos autos, pois houve a procedência total do pedido pelo juízo *a quo*, com o manifesto reconhecimento da relação havida, exposto nos seguintes termos: *Viveram unidos, de forma ininterrupta de 1989 até dezembro de 1998. Viveram uma sociedade, uma relação afetiva, que merece a proteção da lei e o reconhecimento do judiciário*.

Além disso, precisa a argumentação da Procuradoria de Justiça no sentido de que *O nomen iuris dado ao objeto do pedido não tem*



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

relevância, sendo possível que o pedido seja acolhido com nome jurídico diverso (fl. 256).

Necessário, ainda, observar, que não são raras as vezes em que o judiciário, afastando pedido de dissolução de união estável, declara a existência de sociedade de fato, conferindo direito a uma das partes sobre determinado bem. Assim, ainda que a sentença houvesse reconhecido eventual sociedade de fato – o que não é o caso dos autos – não configuraria decisão *extra petita*.

Nesses termos, o desacolhimento da preliminar se impõe.

No mérito, melhor sorte não assiste aos apelantes.

A argumentação dos recorrentes, de que inexistente lei especial a tutelar os relacionamentos homoafetivos, não encontra respaldo no ordenamento jurídico. A ausência de regramento específico não quer dizer ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC).

A homossexualidade remonta às mais antigas civilizações, conforme muito bem observado pelo Des. José Carlos Teixeira Giorgis, em precisa análise histórica sobre o assunto, que peço vênias para transcrever:

É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos.

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (...com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra.

*Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenado-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver **perda seminal**, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.*

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos.

A idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade (APC 70001388982, 7ª CC, Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/3/01).

Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência.

Sobre o tema, manifestei-me no livro Homoafetividade – O que diz a Justiça:

*A correção de rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. Como bem diz Zeno Veloso, **num único***



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico. Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais freqüentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ***ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano*** (in Homoafetividade – o que diz a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13/14).

A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.

Outrossim, a Carta Maior é a norma hipotética fundamental validante do ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente aos direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma fundante, orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo. Esta norma atua como qualidade inerente, logo indissociável,



MBD

Nº 70009550070

2004/CÍVEL

de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.

Nesse passo, os ensinamentos do jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

“{...} Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração universal, manifestou-se no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.

Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda” (in Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Livraria do Advogado editora, 2001, p. 43/44).

Por conseguinte, a Constituição da República, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se encarrega de salvaguardar os interesses das uniões homoafetivas. Qualquer entendimento em sentido contrário é que seria inconstitucional. E quanto à tutela específica dessas relações, aplica-se analogicamente a legislação infraconstitucional atinente às uniões estáveis.

Nesse sentido, há precedentes de vanguarda desta Corte:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE



MBD

Nº 70009550070

2004/CÍVEL

INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas (TJRS, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003).

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 (TJRS, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003).

Conforme já mencionado, e que pode ser verificado no depoimento pessoal das partes, a ação não tem pretensões patrimoniais, mas tão-somente previdenciárias, sendo descabida a alegação dos recorrentes de que a ação não teria qualquer objetivo. Como os apelantes cederam os direitos hereditários relativos aos bens deixados pelo filho ao apelado não há patrimônio a ser dividido (fls. 60/86).

Da análise dos autos, resta inequívoca a existência da união homoafetiva mantida entre G.F. e A. pelo período de nove anos, cujo termo final deu-se com o falecimento daquele. A coabitação nunca foi contestada pelos recorrentes, mas somente o fato sustentado pelo apelado de que viviam como amantes. Observe-se que, em razões de apelação, sequer foi repetida a tese de que a relação existente entre A. e G.F. era somente de amizade e não de amor.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

As inúmeras fotos, cartões e outros documentos acostados aos autos dão conta do forte relacionamento havido (fls. 19/59 e 128/161). As fotografias demonstram diversos momentos da vida dos consortes: viagens, aniversários, festas em casa, momentos com amigos, a formatura de G. F., etc., bem como os cartões denotam a profundidade do amor existente entre eles. Das seis testemunhas arroladas pelo recorrido, todas afirmam veementemente que G. F. e A. viviam como um casal, e cinco confirmam que os apelantes tinham conhecimento da relação, sendo que em nenhum momento foi referida eventual solução de continuidade no relacionamento. Ao contrário, da leitura dos depoimentos é possível constatar a manutenção deste (fls. 255/261).

Nessa linha, cumpre transcrever trechos dos depoimentos de M. I. R. e S. A. V., respectivamente (fls. 255/256 e 257):

“Pelo que pode precisar, o A. e G. F. moraram juntos de 1989 até a morte de G. F.. Nunca houve separação do casal. {...} A depoente diz que freqüentava a casa dos pais de G. Pode garantir que os pais do falecido sabiam da relação havida pelo filho, com o A. {...} A depoente diz que o A. e o G. F. dormiram juntos. Eles tinham quarto de casal. Diz que essa situação era aberta. Todos sabiam do que se passa com os companheiros”.

“A depoente diz que o A. e o G. eram companheiros. A depoente diz que eles não eram amigos. Eles viviam num quarto de casal. Eles tinham cama de casal. Eles tinham relação afetiva um com o outro. {...} A depoente, como decoradora, sempre acompanhava o casal, quando iam fazer alguma mudança. A depoente diz que nunca houve separação do G. e do F. a depoente diz que eles eram um casal com certeza. {...} A depoente diz que aniversários e outras festas, compareciam lá no apartamento, os pais do G. A depoente garante que os pais do G. sabiam dessa relação do A. e do G., filho dos réus. A depoente diz que acompanhou o A. e o G., lá em Canoas, na casa dos pais, dos réus”.

Os apelantes arrolaram uma única testemunha, Z. F. M. P., tia do falecido, que negou a relação, afirmando a condição de amigos do apelado e



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

do falecido. Essa declaração, além de convergir somente com o depoimento pessoal da recorrente, esmorece diante de todas as provas produzidas.

Importante referir, ainda, que o apelado vendeu o patrimônio do casal, e, com o produto da venda, adquiriu um apartamento menor para si e uma casa para o sobrinho de G. F., pois este, em vida, tinha manifestado o desejo de ajudar o filho de seu falecido irmão (fls. 250/250 e 255/256).

Diante de todos esses elementos, a existência da relação afetiva exsurge dos autos, revelando-se impositiva a manutenção da sentença que a reconheceu.

Por fim, de todo irrelevante a assertiva dos recorrentes, no sentido de que são pessoas humildes e de fácil indução, ao referirem-se à mencionada cessão de direitos hereditários, pois o pedido de nulidade foi corretamente afastado pelo juízo *a quo*, haja vista a ausência de oferecimento de reconvenção.

Por tais fundamentos, é de ser negado provimento ao apelo.

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – REVISOR -

O tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não vinculadas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Claro que sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno,



MBD

Nº 70009550070

2004/CÍVEL

a meu ver, é rigorosamente o mesmo. Vejam : não estou afirmando que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que estou dizendo é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Eles não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar, com a devida vênua de opiniões respeitabilíssimas em contrário.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva daquilo que ele chama de família eudemonista, ou seja, a família que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade, é uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta sobre a qual a Ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. Prefiro dizer amor mesmo, não mero afeto, porque o afeto, conforme as teorias psicanalíticas afirmam, pode ser o ódio também. Todo sentimento é um afeto, de forma que me parece mais adequado dizer que são relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo a tal argumento, colaciono aqui preciosa lição



MBD

Nº 70009550070

2004/CÍVEL

de MARIA CELINA BODIN DE MORAES (“A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional” - in RTDC vol. 1 p. 89/112), onde aquela em. jurista assim se manifesta :

“O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que ‘qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei’”.

“O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos¹. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos , há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica². De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico”.

“Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas , muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século.

¹ E.Zietelman, Lüken im Recht, (1903) e D. Donati, Il problema delle ordinamento giuridico (1910) apud N. Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, (1950), Brasília-São Paulo, Ed. UNB-Polis, 1989, p. 132 e ss.

² N. Bobbio, Teoria do Ordenamento, cit. p.135.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila”.

“Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’³. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação’ ”⁴.

“Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional”.

“Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao

³ E. Alonso Garcia, La Interpretacion de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 16.

⁴ J.C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 1987, p. 120.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional ‘entidade familiar’”.

“Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, ‘impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família’⁵. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, ‘deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes’⁶. É o fenômeno da ‘funcionalização’ das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem⁷”.

“A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à ‘forma’ familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao ‘conteúdo’ ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes”.

“Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmo fundamentos e com a mesma

⁵ G. Tepedino, Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p.350.

⁶ Idem.

⁷ P. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, camerino-Napoli, ESI, 1984, p. 558.



MBD

Nº 70009550070

2004/CÍVEL

função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social”.

“O argumento de que à entidade familiar denominada 'união estável' o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente”.

“A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar”.

“Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º)”.

Quanto à configuração fática da relação alegada, nos moldes de uma entidade familiar, a prova documental e testemunhal é farta. São bilhetes e fotografias, nas mais diversas épocas e circunstâncias, que evidenciam uma vida em comum, com as características de notoriedade, duração, continuidade e objetivo de constituir uma relação tipicamente familiar, que, ao que parece, não sofria discriminação por parte dos pais do agora falecido, aqui apelantes, tanto assim que cederam ao apelado os direitos hereditários sobre o patrimônio deixado pelo filho.

Por tais razões, estou acompanhando a em. relatora e também negando provimento ao apelo.

DES. SÉRGIO FERNANDO SILVA DE VASCONCELLOS CHAVES-

Estou acolhendo a pretensão recursal.

Observo, primeiramente, que, a rigor, o pedido formulado é até juridicamente impossível, já que há clara vedação legal para o reconhecimento da pleiteada união estável. Embora a sentença não tenha dito claramente que reconhecia ‘união estável’, vê-se que julgou procedente o pedido, mesmo que tenha dito que reconhecia e dissolvia a sociedade de fato.

Como é sabido, tendo em vista diversas decisões que lancei em processos que tinham como fundamento a relação homossexual, não



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

reconheço possibilidade jurídica no pedido de alimentos ou de união estável entre homossexuais.

Observo que a homossexualidade não constitui fato social novo, mas que vem recebendo aceitação social progressiva, reconhecendo-se que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual. Admite-se que cada pessoa exercite a própria sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um.

A orientação homossexual é uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais, sendo imperioso que a sociedade respeite o sentimento de cada um, a busca da própria realização pessoal, pois todos devem encontrar espaço para a integração ao grupo social a que pertencem, sem discriminações.

As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato. Aliás, o pedido formulado na exordial é, precisamente, de reconhecimento de sociedade de fato.

A família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural, e econômico de cada povo.

A idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura. A consolidação da idéia de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, sempre em função de se estabelecer e manter uma vida social equilibrada e harmônica.

Portanto, a família é muito mais do que uma mera união de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não se está a falar em pacto ou de mera relação amorosa. Quando o legislador constituinte deu à união estável a feição de entidade familiar, certamente não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, por ser ela a base da sociedade.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

E, como base da sociedade, não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador constituinte, como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio, como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva.

Utilizo, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole, natural ou adotiva, considerando-se também a estrutura de um homem ou uma mulher com a sua prole.

Assim, a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constitui núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional.

É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família. Afinal, afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos...

E, **data venia**, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante.

Diante disso, reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado. E constitui heresia dizer que tal forma de união pode ser considerada base da sociedade...

E se o legislador admitisse a possibilidade de se reconhecer como união estável a união homossexual, certamente não teria restringido expressamente a entidade familiar à união entre homem e mulher, nem recomendaria a sua conversão em casamento.

Se o possível casamento entre dois homens constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou duas mulheres homossexuais. Há, portanto, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida pelos litigantes como entidade familiar. Poderia se reconhecer, isto sim, uma sociedade de fato, mas o pedido não foi este, razão pela qual deixo de focalizar tal questão e entendo que a sentença não poderia tê-la reconhecido.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70009550070
2004/CÍVEL

ISTO POSTO, dou provimento ao recurso.

DESA MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70009550070, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA, VENCIDO O EM. DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES."

Julgador(a) de 1º Grau: NELSON JOSE GONZAGA