



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BEM IMÓVEL. 1. Cuidando-se de união homossexual e que constitui sociedade de fato, é possível partilhar o proveito econômico obtido pelo esforço comum do par. 2. Tendo as partes adquirido bem imóvel com o esforço comum delas, cabível sua divisão igualitária, devendo ser deduzido, no entanto, os valores pagos pela demandada por conta do negócio que entabularam relativamente à venda do bem. Recurso provido em parte, por maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70 015 674 195

COMARCA DE GRAVATAÍ

D.F.P.F.

APELANTE

..

R.C.B.

APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, dar parcial provimento ao recurso, vencida a Presidente.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**

Porto Alegre, 27 de setembro de 2006.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
Relator.

RELATÓRIO



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

Inicialmente, e para maior clareza, reporto-me ao relatório de fls. 148/149, que ofereci anteriormente, quando trouxe o processo a julgamento (apelação cível nº 70010649440), **in verbis**:

Trata-se da irresignação de D. F. P. F. com a r. sentença que julgou procedentes as ações de dissolução de sociedade civil e cautelar inominada que lhe move R. C. B. e improcedente a ação de reintegração de posse que move contra a recorrida.

Sustenta a recorrente que manteve relacionamento homossexual com a recorrida e enfatiza que houve entre elas mera sociedade de fato e não união estável, que reclama a diversidade de sexo, já que duas pessoas de mesmo sexo não formam um núcleo de procriação e de formação de futuros cidadãos. Diz que o critério de repartição patrimonial deve ser o da retribuição proporcional à contribuição para o resultado econômico reclamado.

A recorrida ofereceu as suas contra-razões pedindo a confirmação da sentença e assevera que o direito não pode passar por cima dos fatos de desconsiderar a realidade, não mais se permitindo 'atos farisáticos', que ignoram a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção dos efeitos jurídicos assemelhados ao do casamento. Pede o desprovemento do recurso.

Com vista dos autos, lançou parecer a douta Procuradoria de Justiça pugnando pelo acolhimento da prefacial de nulidade por incompetência absoluta do juízo cível e, no mérito, pela confirmação da sentença.

O feito foi levado a julgamento na sessão do dia 30.03.2005, sendo à unanimidade desconstituída a sentença.

Sobreveio nova sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na ação de dissolução de sociedade civil que R. C. B. move contra D. F. P. F., determinando que o imóvel descrito na inicial seja partilhado



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

entre as partes, bem como julgou extintas as ações de reintegração de posse e cautelar inominada incidental.

D. F. P. F. apela dizendo que as razões de fls. 100 a 107 ficam fazendo parte integrante do presente recurso. Sustenta que quitou seu débito com a recorrida pois segundo os extratos bancários ficou demonstrado que no dia 07/12/1999 houve um saque da conta corrente da recorrente, no valor de R\$ 2.100,00 e a testemunha M. afirma que houve acordo e o pagamento de R\$ 4.000,00 à recorrida. Diz que a testemunha S. alega que morou com a recorrida três meses após o acordo firmado e que a recorrida teria recebido da recorrente um veículo e um valor em dinheiro. Diz, ainda, que a própria recorrida em seu depoimento de fl. 51, contraria a réplica de fl. 36. Pede o provimento do recurso ou seu parcial provimento para reconhecer o acordo firmado e o pagamento deste.

A apelada apresentou contra-razões aduzindo que restou suficientemente comprovado na instrução do feito que a apelante e a apelada mantiveram uma relação afetiva durante sete anos, com ensejo de construir um lar conjugal, sendo que se deve aplicar a analogia e os princípios constitucionais, pois há uma lacuna na lei em se tratando de união homoafetiva. No que tange à partilha de bens, diz que é desnecessário verificar-se quem efetivamente adquiriu o patrimônio, pois pacífica a jurisprudência no sentido de que o bem inserido na inicial deve ser partilhado em 50% para cada uma das partes. Pede seja mantida a sentença.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça lançou parecer opinando pelo provimento do recurso.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

Considerando que a Câmara adotou o procedimento informatizado, friso que foi observado o disposto no art. 551, § 2º, do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR)

Estou acolhendo em parte a pretensão recursal.

Como é sabido, tendo em vista diversas decisões que lancei em processos que tinham como fundamento a relação homossexual, não reconheço união estável entre homossexuais, embora entenda possível reconhecer sociedade de fato e daí extrair seqüelas patrimoniais, para evitar enriquecimento de uma pessoa em detrimento do direito da outra.

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.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

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 e, no caso **sub judice**, o pedido formulado foi o de dissolução da parceria civil em metade dos bens para cada parceiro.

Não formulado pedido de reconhecimento de união estável, mas a sentença apreçou-se em reconhecê-la...

Ora, 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.

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.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

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.

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.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

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. E foi exatamente assim que tratou o Novo Código Civil, onde ficou claramente privilegiado o casamento civil, mas admitiu que a união estável constituída entre homem e mulher fosse merecedora de cuidadosa regulamentação.

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.

Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.

Afinal, é preciso convir que 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



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

especial proteção do Estado, embora possa merecer a proteção do Estado, na medida em que se pode reconhecer, por exemplo, uma sociedade de fato.

E entendo que constitui até uma heresia, **data maxima venia**, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade...

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

Se o possível casamento entre dois homens ou duas mulheres 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. E friso que não está sequer na lei a situação de impedimento matrimonial para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo: é que a diversidade de sexos constitui pressuposto matrimonial para o casamento.

Há, pois, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida pelas litigantes como entidade familiar e não vejo como aplicar a analogia quando as situações não guardam identidade, nem semelhança com o casamento ou com a união estável.

É que o processo interpretativo deve se desenvolver de forma a buscar uma atuação efetiva da lei, visando o escopo de justiça e de utilidade social, consistindo nisso a afirmação da ordem jurídica.

No caso, pode ser objetado, pois, que, sendo omissa a lei, deve o julgador se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

direito, consoante determina o art. 4º da Lei de Introdução, sendo que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º, LICC).

No caso, não existe lei a regular os efeitos jurídicos do relacionamento homossexual e tendo a autora pretendido ver reconhecida as seqüelas jurídicas desse relacionamento, cabível proceder um acurado exame a respeito da questão.

Compete, então, ao julgador verificar a pertinência desse pleito, valendo-se do instrumental referido na Lei de Introdução para suprir as lacunas, ou seja, os elementos integradores da norma, que são a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados de forma cautelosa e criteriosa.

Ora, a analogia visa estender uma norma destinada para um caso específico à outra situação distinta, não contemplada direta ou indiretamente por ela, constituindo um argumento lógico-decisional, que implica na transferência de valores de uma estrutura para outra. Ou seja, implica ampliar a compreensão de uma determinada estrutura, agregando-lhe novos elementos, a partir do sistema de valores próprios do sistema jurídico – e não da visão subjetiva do aplicador da norma, sob pena de implodir o próprio ordenamento.

Como diz ALÍPIO SILVEIRA, a analogia “é tão-somente um processo revelador de normas implícitas”, pois, a rigor, ela está fundada na regra da igualdade jurídica pela qual, para situações iguais ou assemelhadas se deve dar a mesma proteção legal ou, como diz o antigo adágio romano, **ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio**. A analogia não é fonte do direito, mas mera atividade integradora da norma.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

No caso, não se cuida apenas de considerar duas espécies de relações, uma heterossexual e a outra homossexual e buscar nelas as semelhanças decorrentes do possível liame afetivo, para concluir pela proteção da Carta Magna.

Não há que se buscar a analogia da lei, mas também a do direito e é preciso compreender bem o fenômeno social da família e as razões pelas quais a Carta Magna disse que ela é merecedora da especial proteção, bem como as razões pelas quais ela se estrutura a partir do casamento civil e a motivação pela qual o legislador admitiu que a união estável constitui também entidade familiar.

É necessário recorrer ao método teleológico de interpretação, não se podendo dispensar os critérios histórico e sociológico para a adequada compreensão da norma. E não se pode admitir que uma união homossexual seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora de princípios e da moral que deve nortear as relações interpessoais...

Por essa razão, é de se ter presente a advertência de COVIELLO (in 'Manuale di diritto civile italiano', 1910, pág. 85) quando diz que "a atividade do intérprete que recorre à analogia, não é sem confins, tem dois limites impreteríveis: de um lado, a natureza real da relação; mas deve, muita vez, renunciar a conceitos que, embora lógicos e elegantemente arquitetados, não correspondem à realidade prática; e, de outro lado, o direito positivo, porquanto não pode levar em conta, exclusivamente, a natureza da relação, para criar uma regra jurídica, que não se encaixe ('Che non trovi il suo addentellato') nas disposições ou nos princípios da lei".



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

A analogia deve traduzir, pois, um critério de igualdade harmônica, reclamando a rigorosa semelhança nas situações consideradas, tendo em mira o critério de utilidade social. E essa semelhança inexistente nas relações consideradas neste processo e aquelas previstas na lei.

Portanto, para a adequada aplicação do direito, não se pode recorrer pura e simplesmente à analogia, pois, quando ocorre a omissão nas fontes formais do direito, é imprescindível recorrer também aos costumes e aos princípios gerais do direito, valendo lembrar, aliás, que a analogia não é fonte de direito.

No caso em exame, cuidando-se de relações homossexuais, cuida-se de inexistência de fonte formal, ganhando relevância a incidência dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Ora, os costumes vigentes no país ainda abominam o relacionamento homossexual, tratando, não raro, de forma preconceituosa, com escárnio, com desrespeito, visto como uma doença ou, mesmo, como uma situação de imoralidade.

Não deixa de causar perplexidade e constrangimento o fato de pessoas do mesmo sexo exteriorizarem, em locais públicos, manifestações de caráter erótico-afetivo, que são bem aceitos entre pares heterossexuais, como abraços, beijos e troca de carícias. Ou, até mesmo, de andarem abraçados ou de mãos dadas... E isso traduz o costume vigente no país. Ou seja, a união homossexual não é aceita pela sociedade, embora se deva reconhecer, como disse ao início do voto, que alguns segmentos da sociedade já admitem esse fato como natural, ou que a homossexualidade já venha recebendo alguma aceitação.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

Portanto, constitui uma afronta aos costumes admitir que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a 'especial proteção do Estado', tal como ocorre com a união estável.

A referência feita usualmente pelos defensores do reconhecimento da união homossexual como união estável é no sentido de que a sociedade está mudando e o casamento já tem hoje outros propósitos, que é o de assegurar a felicidade das pessoas. Isso, **data venia**, é meia verdade, pois a outra parte diz com a sua função social, que continua a ser a mesma, enquanto geradora da família.

Ao recorrerem aos princípios gerais de direito, não raro, esses ilustres intérpretes recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é, em si, uma variável axiológica, podendo ser preenchida com o conjunto de valores que melhor aprouver ao intérprete.

Ainda assim, friso que o fato de não haver previsão de que homossexuais possam casar não implica discriminação, nem afeta a dignidade humana da pessoa que tenha aptidão homossexual, mas é o reconhecimento de que tal relação não é apta, em si, para formar uma família, isto é, que possa preencher a função social relevante que levou o legislador a conferir à família a especial proteção.

Nada impede que as pessoas tenham suas relações erótico-afetivas que melhor lhes aprouver, não se reclama monogamia, nada impede que se relacionem dois homens ou duas mulheres, ou que as relações se estendam a mais de duas pessoas, nada impede que cada pessoa disponha dos seus bens como quiser, podendo fazer doações ou testamentos... Mas nem toda a relação amorosa constitui família e, no caso de homossexuais, a lei



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

não permite a adoção de filhos, nem existe qualquer razão para que se estabeleça **a priori** um regime de bens para reger tais relações.

Se o que preside a união é o afeto, que o afeto seja, então, o próprio balizador da relação.

O certo é que, no caso, entre os princípios gerais do direito a serem enfocados está o de que (a) a família é merecedora da especial proteção do Estado, (b) que ela resulta, basicamente, do casamento civil, (c) que este tem como pressuposto material a diversidade de sexos, tanto que o casamento contraído entre dois homens é inexistente, (d) que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar por ser assemelhada ao casamento, e (e) que o legislador reconheceu como tal apenas a união entre homem e mulher.

Portanto, não reconheço a união entretida como sendo união estável, nem admito que seja reconhecida como entidade familiar, tendo havido, isto sim, mera sociedade de fato. E é assim que vou tratar a questão trazida.

Com se infere, ficou claro que a apelante teve um relacionamento homossexual com a apelada, que perdurou por aproximados sete anos e, nesse período foi adquirida a casa cuja partilha está sendo discutida.

Ambas as litigantes admitem que a união perdurou por sete anos, como se vê da exordial de R. e do depoimento pessoal de D., segundo este a relação iniciou em janeiro de 1992 e findou em novembro de 1999.

Ora, a casa discutida foi adquirida em nome da autora, em setembro de 1995 (fl. 11) e esse imóvel, em dezembro de 1999, foi vendido para a ré (fls. 9/10), ou seja, logo após findar a vida em comum.



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

Nessa ocasião, a autora declarou na escritura pública de compra e venda ter recebido em moeda corrente nacional o valor de R\$ 2.000,00 e houve quitação. Mas, na verdade, havia pendência, tanto que houve pagamento posterior.

Ficou provado, pois, que R. comprou de D., em 25 de janeiro de 2000 o automóvel Volkswagen por R\$ 1.500,00 (fl. 26 e verso), cujo valor D. diz não ter recebido e que era parte do pagamento da casa (fl. 52), o que não foi desmentido por R. (fl. 51). Ou seja, esse pagamento era parte do preço ajustado.

Como o negócio envolvia uma relação de relativa confiança entre ambas, para alguma dúvida acerca do valor exato da venda ou da participação de cada uma das litigantes no imóvel em questão.

Portanto, por conta da dissolução da sociedade de fato havida, da qual restou comprovada a aquisição da casa, ficou claro que houve a participação de ambas, bem como que a ré adquiriu a parte da autora, tendo pago a ela R\$ 3.500,00.

Os outros valores que D. teria pago sem recibo não restaram comprovados.

As testemunhas NADIR e JURACI, às fls. 53 e 55, respectivamente, dão conta de que ambas as litigantes adquiriram madeiras e material de construção, sendo que IZAURA (fl. 54) sabia que elas moravam juntas, desconhecendo a natureza do relacionamento existente entre ambas, e afirma que elas montaram um salão de beleza, que funcionava todos os dias.

Assim, tenho que ficou comprovada a sociedade de fato e tenho que o imóvel deve ser repartido de forma igualitária, já que a própria ré



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

encarregou-se de esclarecer que “no decorrer do tempo, foram feitos aumentos na casa, ‘devagarinho’”, não sendo possível reconhecer qual a participação específica de cada uma.

Ainda assim, porém, deverá ser abatido da metade da autora o valor de R\$ 3.500,00, devidamente atualizado, que corresponde aos pagamentos feitos pela ré.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR)

Ressalvo que, na esteira da orientação majoritária desta Corte, reconheço na relação entre pessoas do mesmo sexo tratamento equivalente conferido pelo ordenamento jurídico às uniões estáveis.

No mérito, acompanho o eminente Relator.

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE)

Igualmente ressalvo o meu posicionamento, por entender que está configurada, sim, uma união estável, não uma sociedade de fato.

De outro lado, como não há prova do pagamento dos R\$ 2.000,00, cabe compensar somente os R\$ 1.500,00 referentes ao veículo, nos termos da sentença.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



SFVC
Nº 70015674195
2006/CÍVEL

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº
70015674195, Comarca de Gravataí:

"POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE, VENCIDA A PRESIDENTE."

Julgador(a) de 1º Grau: ANDRÉIA PINTO GOEDERT