

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

**RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL Nº 48564/2005 - CLASSE II - 20 -
COMARCA CAPITAL**

Fl. 1 de 19

APELANTE: W. A. D.

APELADO: ESPÓLIO DE J. F. P., REPRESENTADO PELO

INVENTARIANTE I. F. P.

Número do Protocolo: 48564/2005

Data de Julgamento: 19-9-2007

E M E N T A

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA - IMPOSSIBILIDADE - SOCIEDADE DE FATO – PARTILHA DE BENS - ESFORÇO COMUM NÃO CONFIGURADO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. Movimentado o aparelho Judiciário para a solução da lide, diante da inexistência de lei que regulamente o caso concreto, como a relação homoafetiva, deve-se buscar a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Na hipótese, impõe-se a observância dos preceitos normativos que regem o Direito das Obrigações. Deste modo, para o reconhecimento de eventual sociedade homoafetiva, com a conseqüente partilha de bens e demais direitos consectários, surge a comprovação da atuação solidária de ambos os parceiros, em vista da finalidade comum. Inteligência do art. 981 do Código Civil. Recurso improvido.

RELATÓRIO

EXMO. SR. DES. DONATO FORTUNATO OJEDA

Egrégia Turma:

W. A. D. interpôs o presente Recurso de Apelação, objetivando a reforma da r. sentença a quo de fls. 153/157, que julgou improcedente a Ação Declaratória de União Estável c. c. Pedido de Tutela Antecipada nº 165/2001, ajuizada contra o Espólio de J. F. P., representado por seu inventariante, I. F. P.. Na r. decisão recorrida, o d. Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ainda não foi regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio, não havendo como reconhecê-la, aliado ao fato de que a prova produzida, nos autos, mostrou-se inconsistente no sentido de apoiar a pretensão do autor, ora apelante, sendo julgado extinto o processo com julgamento do mérito, em conformidade com o art. 269, I, do CPC. Argumenta, o recorrente, que manteve um relacionamento afetivo de, aproximadamente, 11 (onze) anos com o de cujus, aduzindo ser a convivência entre duas pessoas comprovada pela assistência mútua, objetivos comuns e laços afetivos, consubstanciados em demonstrações públicas de afeto e carinho. Requer a declaração da união estável homoafetiva, com o reconhecimento do seu direito ao quinhão no espólio de J.F.P., bem como, à respectiva pensão (fls. 164/179). Nas contra-razões, o recorrido pugna pela manutenção da r. sentença a quo, (fls. 190-196).

É o relatório.

À douta revisão.

P A R E C E R (ORAL)

O SR. DR. VIVALDINO FERREIRA DE OLIVEIRA

Ratifico integralmente o parecer escrito, que foi pelo improvimento.

V O T O

EXMO. SR. DES. DONATO FORTUNATO OJEDA (RELATOR)

Eminentes Pares:

W. A. D. ajuizou ação declaratória contra do Espólio de J. F. P., visando o reconhecimento da sua união estável homoafetiva com o de cujus, e o conseqüente direito à meação de bens ou quota hereditária, bem como, pensão por morte. Como relatado, os pedidos foram julgados improcedentes, diante da ausência de qualquer regramento legal, expresso, a amparar o êxito da demanda, como também, em vista da não comprovação do relacionamento duradouro, exclusivo e convivência pública entre o apelante e o de cujus. No presente apelo, o recorrente reitera os fatos articulados na exordial de fls. 05/22, como também, alega que a ausência de regulamentação legal sobre o caso concreto não justifica a improcedência da demanda, podendo o julgador recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito para o julgamento do pedido. Apesar de não existir no atual ordenamento jurídico qualquer legislação que regulamente o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, ao Judiciário não é dado eximir-se da entrega da devida e eficaz prestação jurisdicional, sob tal fundamento, ex vi do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Mister ressaltar que o não reconhecimento é, apenas, da união homoafetiva, uma vez que, o esforço comum para fins de divisão de bens é aceita, desde que devidamente comprovado. Nesta hipótese, é impositiva a aplicação dos princípios e normas que regem o Direito das Obrigações, não se admitindo na espécie, dentre outras vedações, o enriquecimento sem causa e a exploração de qualquer das partes. Os companheiros têm que provar, frisa-se, para o efetivo reconhecimento de eventual sociedade de fato, que atuaram de forma solidária em vista de uma finalidade comum, como bem prescreve o art. 981 do Código Civil, que reproduz a norma do art. 1.363 do CC/16, ao tratar das sociedades, in verbis:

"Art. 981 CC - Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."

Essa questão sempre mereceu tratamento jurídico adequado no STF, estando, inclusive, sumulada pelo verbete nº 380, segundo a qual: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Assevera a doutrina pátria que "o efeito jurídico imediato que resulta da união é a partilha dos bens, quando comprovado o esforço dos conviventes na formação do patrimônio comum. Essa regra tanto vale para a união estável, ou para o casamento, não havendo divergências entre os tribunais" (Sérgio Couto, UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, Revista Justiça e Cidadania, edição fevereiro de 2006, p. 20).

Deveras que, em conformidade com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova cabe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito. Todavia, em momento algum nos autos, o apelante comprovou o esforço comum para a constituição do patrimônio do de cujus, razão pela qual, não tem direito ao

recebimento de qualquer meação ou quota hereditária. Em caso análogo, transcrevo o entendimento da jurisprudência pátria, in verbis:

"(...)União estável é entidade familiar, composta por um homem e uma

mulher, desimpedidos, sendo essa realidade fática tutelada pelo Direito de Família; já o concubinato, originado pela união de duas pessoas desimpedidas, só pode ser tutelado pelo Direito das Obrigações. (...) Entretanto, para fazer jus à partilha desses bens, é imprescindível que reste caracterizado (art. 333, inc. I, do CPC) o esforço comum, direto (com auxílio pecuniário) ou indireto." (TJPR - ApCiv 147.651-9 - 7ª C.Civ. - J. 16.12.2003). Assim, tendo em vista a total ausência de provas acerca da comprovação do esforço comum, partilhado entre o recorrente e o de cujus, na aquisição do patrimônio deste, a manutenção da sentença é medida que se impõe. Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao presente recurso de apelação, para manter, integralmente, a r. sentença a quo.

Custas pelo apelante.

E o voto.

V O T O

EXMA. SRA. DESA. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS

(REVISORA)

Egrégia Turma:

Insurge-se o Apelante W. A. D. contra a decisão monocrática proferida pelo Ilustre Juiz de Direito 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Cuiabá que, em síntese, declarou a ausência de regulamentação acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, pelo conjunto fático-probatório constante nos autos, entendeu não haver elementos suficientes a apoiar a pretensão do Apelante, julgando improcedente o pedido contido na inicial, a fim de não reconhecer a alegada união estável entre o Recorrente e o de cujus. Inconformado com a mencionada decisão, o Apelante pugna pela sua reforma. Para tanto, sustenta que a sentença recorrida é injusta, em razão de ter ficado consignado na própria decisão impugnada que um dos motivos de indeferimento do pedido contido na inicial foi à ausência de regulamentação jurídica para o caso ventilado nos autos.

Aduz que o ordenamento jurídico fornece instrumentos próprios, como a analogia para suprir tal falta de regramento específico para o caso em questão.

Ademais, quanto à falta de provas da convivência entre o Apelante e o de cujus assim declarada na r. sentença, alega que não prospera, diante, notadamente, das provas testemunhais que evidenciam claramente ter havido a convivência entre eles. A fim de corroborar sua alegação, destacou alguns trechos retirados de depoimentos prestados no curso da instrução da demanda que, em sua opinião, levam a crer que houve, de fato, a aludida convivência que pretende ver reconhecida. Logo, pugna pelo provimento de seu pleito. Note-se que a controvérsia da presente demanda cinge-se pertinência quanto ao reconhecimento da aludida convivência como entidade familiar, especialmente das uniões estáveis homoafetivas, nos moldes do que ocorre nas uniões estáveis entre duas pessoas de sexo oposto. Assim, o cerne da questão reside, exatamente, em se saber se a relação tida entre o Apelante W. A. D. e o de cujus J. F. P. se assemelhou a uma união estável, com as características a ela inerentes, ou como, comumente é tratada pelos diversos julgados dos tribunais pátrios, como uma sociedade de fato. A justificativa do juiz de primeiro grau é que o pedido é juridicamente impossível por falta de lei que ampare a pretensão. Assim, partindo desta premissa, qual seja, de que não há, in casu, regramento específico para regular as uniões homossexuais, no entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito, e, acrescentando-se, que tal omissão não quer dizer que são relações que não mereçam a tutela jurídica adequada. Aliás, fazendo-se uma perspectiva histórica, tem-se que o fato social sempre antecipou ao jurídico, e a jurisprudência antecipa a lei. Nesta lógica, é inaceitável o fato de o Julgador deixar de apreciar uma controvérsia ou pretensão, sob a alegação de ausência de lei reguladora para o caso submetido a sua análise, posto, que, como dito alhures, é dado a ele (LICC art. 4º, e CPC art. 126) ferramentas a fim de bem julgar nestas circunstâncias; e não se omitir em dar a tutela jurisdicional buscada pelas partes litigantes. Assim, superada a questão acima, passo ao exame do núcleo da questão dos autos. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, determina que a união estável é àquela união formada entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, assim, seguindo exatamente o que preceitua a Constituição Federal acerca do tema, constante no art. 226, § 3º.

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Não obstante a legislação em vigor conceder a união estável como uma entidade familiar formada na convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher que pretendem constituir uma família, entretanto, não se pode deixar sem amparo e pertinente tutela jurisdicional, as relações similares formadas por pessoas do mesmo sexo. Cabe indagar, se o legislador constituinte, ao assim dispor (CF 226), o fez com o escopo de excluir qualquer

outro relacionamento que não preencha o pressuposto de diversidade de sexos, ou seja, aquele formado entre um homem e uma mulher, ficando de fora, qualquer outro relacionamento que não obedeça a tal requisito. Tenho que não pode ser esta a exegese mais acertada, na medida em que deve se ter a norma em questão como uma cláusula geral de inclusão, e, por isso, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Aliás, como adverte João Batista Villela: "sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria e prudência não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um não tem nada a ver com o outro". Diante de uma análise perfunctória do § 3º do art. 226 da Constituição Federal e do art. 1º da Lei nº 9.278/96 (Lei dos Companheiros) que se baseie numa exegese exclusivamente gramatical dos dispositivos referidos, acarretaria em uma conclusão impeditiva de se facultar aos casais formados por pessoas de mesmo sexo tratamento equiparado ao despendido às uniões estáveis, por falta de preenchimento de um requisito, qual seja, a diversidade de sexos. Por outro lado, quando se tiver em mira, uma interpretação sistemática, e, encarados tais dispositivos não de forma isoladas, seja dentro do próprio artigo, seja dentro do texto constitucional como um todo, certamente, outra seria, a atitude adotada pelo Julgador. E é justamente esta última a posição mais coerente, ou seja, adotandose uma visão integrada do § 3º do art. 226 da Constituição Federal com as demais disposições da própria Carta, possibilitando-se com isso, conferir aos casais homossexuais tratamento equiparado ao das uniões estáveis. Primeiro, por força do que dispõe o seu caput, ao dispor que a família tem "especial proteção do Estado", segundo, à vista dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, dentre eles, o de especial relevo o que confere a igualdade de todos perante a lei, e ainda, o da liberdade, assim previstos no caput do art. 5º da CF. Por outro lado, analisando as alegações expendidas pelo Apelado, quando este anuncia que o art. 226 da CF não contemplou as uniões estáveis entre duas pessoas do mesmo sexo, a fim de rechaçar o pleito do Apelante, é, sem dúvida nenhuma, muito mais fácil de agasalhar; sendo por conta disso, a posição até agora mais aceita e acolhida pelos tribunais pátrios. Porém, registre-se que é calcada numa visão e atitude um tanto quanto preconceituosa e principalmente tímida. Para os defensores desta tese, a lacuna existente no sistema jurídico é interpretada como ausência de direito, no entanto, seguindo uma atitude coerente, ou seja, aquela que se pauta verdadeiramente na realidade existente no processo e acima de tudo, que vai ao encontro dos acontecimentos e conceitos de uma sociedade contemporânea; que, a saber, são mutáveis, e dinâmicos; reconhece haver união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, sendo esta, a atitude mais justa e coerente para o caso em questão. Segundo as lições da Maria Berenice Dias:

"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. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal

aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual." (Manual de Direito das Famílias, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006). Desse modo, com o apoio das palavras da Maria Berenice Dias, convém ressaltar que, confunde-se carência legislativa com inexistência de direito. No entanto, o Juiz não pode excluir direitos alegando ausência de lei que expressamente tutelem um caso específico, como o dos autos, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não o autoriza a sua omissão. A jurisprudência inclina-se em reconhecer a existência de mera sociedade de fato (CC 981) aos relacionamentos entre duas pessoas do mesmo sexo:

"Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."

Note-se que comparar os relacionamentos havidos entre os homossexuais como uma sociedade de fato, não me parece a posição mais convincente e adequada, tendo em vista que as pessoas não se unem em casos tais com vistas à satisfação de interesses econômicos. Longe disso. O que se pretende é a satisfação de interesses de ordem afetiva, e não, que há um entrelaçamento com finalidade exclusivamente negocial, ou seja, interessando tão-somente, no momento em que se uniram, amealhar patrimônio e aumentar riquezas. Admitir isso seria o mesmo que negar que há uma relação afetiva entre essas pessoas, e que, foi tal sentimento a mola propulsora que as levam a ficarem juntas, vivendo sob o mesmo teto e com as características de uma família, sendo, tal conclusão um tanto quanto preconceituosa. Com efeito, o Julgador, ao se deparar com o caso versando, deve na medida do possível conferir a digna tutela reclamada, e declarar a existência do direito pleiteado, quando, é claro, tiver nos autos, um lastro probatório mínimo a fazer apoiar a pretensão vindicada. Ainda mais, se considerar que, o caso em apreço - homossexualismo – já conta com uma agravante, qual seja, o fato de que pela história da sociedade, eles já são pessoas discriminadas no seu próprio seio familiar. Pois, na maioria, quando a família descobre a opção sexual tida por eles, o que ela faz é os rejeitarem e os expulsarem de casa, não lhes dando um menor apoio, seja este moral ou material. Nesta esteira, repudiando-se que haja do Julgador, ao dizer quando da prolação da decisão, a quem cabe o direito, atitudes preconceituosas acerca do modo de vida e opção sexual daquele que busca o direito, e, por corolário, ignorar a condição pessoal do indivíduo legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual sem sombra de dúvida se inclui a orientação sexual); como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana, haja vista que a Carta Magna é clara e expressa em não se admitir qualquer discriminação decorrente de raça, sexo

ou idade; deve ser plenamente possível lançar mão da analogia a fim de ser eficazmente e, principalmente, com dignidade, tutelada as pessoas que se encontrarem em situações similares com a narrada nos autos. Pois, ante a ausência ainda de regramento específico, tenho como solução encontrada, a equiparação das relações homoafetivas com as uniões estáveis, notadamente, por ser a conclusão mais coerente à luz dos padrões ético-morais da sociedade contemporânea e, contudo, da observância dos princípios constitucionais de suma importância, quais sejam: da liberdade, da isonomia e da dignidade humana. Atrelado a isso, como ficou dito logo acima, vale ressaltar, não se pode fechar os olhos e, por conseguinte, deixar de prestar a adequada tutela jurisdicional àqueles que a requerem, diante de argumentos frágeis e principalmente, em descompasso com os princípios emanados da Constituição Federal. Note-se que a realidade que nos é apresentada nos autos, qual seja, o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, não é um acontecimento inédito no mundo, ao contrário. Assim, o Julgador deve ficar sempre atento à dinâmica da sociedade, visando, sobretudo, salvaguardar os direitos consagrados na Constituição Federal, notadamente, os que potencializem o princípio da dignidade da pessoa humana e que proíbem também a discriminação de natureza sexual. Como bem anotado por Maria Berenice Dias acerca do tema:

"Quem ainda resiste em reconhecer tais uniões como entidade familiar que ao menos invoque a analogia para aplicar as regras de direito de família, pois as que mais se aproximam das uniões homoafetivas. Têm a mesma origem: um vínculo afetivo. Percorrem o mesmo caminho que leva à comunhão de vida e geram responsabilidades recíprocas. É de reconhecer-se, portanto, que há a modificação do estado civil dos companheiros, em face das conseqüências de ordem patrimonial que decorrem da relação. Quando do fim do relacionamento, por morte ou separação, as seqüelas também são as mesmas. Necessário é encarar a realidade sem preconceitos e aplicar o regramento legal que regulamenta o casamento civil e a união estável. O embaralhamento de vidas leva ao estado condominial do patrimônio, que necessita ser partilhado sob pena de, por puro preconceito, serem cometidas enormes injustiças." Manual de Direito das Famílias, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006)

Diante disso, reforçando a tese de que não foi o intuito do legislador constituinte, ao definir que união estável é a união formada por um homem e uma mulher, afastar qualquer pretensão em outro sentido, ou seja, reconhecer as uniões homossexuais como entidade familiar; temos, ainda, outro argumento, qual seja, de que o exegeta ao analisar o conjunto das normas contidas na Carta Magna, deve se pautar por uma interpretação sistemática das mesmas, até para que se assegure a perfeita harmonia entre as disposições constantes da Constituição Federal, pois como explica Fredie Didier Junior:

"Nenhuma norma constitucional pode ser interpretada em contradição com outra do mesmo quilate. A somatória destes fatores leva à necessidade de

chegar-se à concordância prática destas normas." (Curso de Direito Processual Civil, vol I, 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006, p 49).

Ademais, a jurisprudência pátria, embora ainda seja uma parcela inexpressiva, está se manifestado no sentido de reconhecer como válida e perfeita a produzir resultados patrimoniais inerentes do casamento e da união estável às uniões homoafetivas, visando, sobretudo, conceder a verdadeira e justa tutela jurisdicional àqueles que a reclamam. Para tanto, lançam mão da "analogia", que, como é sabido, é a faculdade de serem aplicadas normas que regulam uma determinada situação concreta e definida em lei, a outros casos, no entanto, estes devem ter semelhanças com àqueles. Além disso, no art. 5º da CF, caput, há o princípio da isonomia, que implica na consideração de que se a união estável e o casamento são franqueados aos heterossexuais, não pode só por isto inexistir possibilidade para os que têm uma opção homoafetiva. Em outras palavras, o direito de constituir família não pode ser deferido apenas aos heterossexuais em detrimento dos homossexuais, mormente porque a orientação sexual é produto do exercício de um direito constitucional legítimo, qual seja, o da liberdade. É neste norte, que pauta-se o professor Neto Lôbo quando tem que o § 3º do art. 226 da CF, abrange um conceito de entidade familiar exemplificativa. Vale lembrar que os parágrafos de um dispositivo legal devem ser sempre interpretados à luz do que está contido no seu caput. Assim, caminhando na esteira do entendimento do Professor Neto Lobo, este afirma que não há como interpretar aquele dispositivo de modo isolado e descontextualizado do restante do texto constitucional, deve ser lido à luz da dignidade humana. Afinal se a ordem jurídica se baseia nela, deve, então, ser tido por certo que essa mesma ordem garante às pessoas o livre desenvolvimento de sua personalidade, compreendendo a possibilidade de cada qual se desenvolver como lhe aprouver, fazendo as suas opções, sem ser incomodado, atuando o seu modo particular de ser. Ainda na trilha do entendimento apontado por Paulo Luiz Neto Lobo, sobre a nova entidade familiar da Constituição de 1988: "A família é, no presente, muito mais do que, antes, o espaço de realização pessoal, afetiva, despatrimonializada(...)"

O Tribunal Superior Eleitoral, ao proclamar a inelegibilidade (CF 14, § 7º) nas uniões homossexuais reconheceu que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que se sujeita à vedação que só existe no âmbito das relações familiares. Com efeito, se está sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, mister é que sejam assegurados também todos os direitos e garantidas a essas uniões, no âmbito do direito de família e do direito sucessório. Nesse sentido, destaco a opinião do Min. Celso de Mello em decisão proferida na ADI nº 3.300-MC/DF:

"Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosa inadmissíveis, vem sendo externada, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência,

com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas."

Veja a seguir um precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul neste sentido:

"União homossexual – reconhecimento - Partilha do patrimônio - Meação - Paradigma. 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. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, revelados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Dessa forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento dever ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo de onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros." (TJRGS, 7ª C. Cív., AC 70001388982, rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14.03.2001, grifei)"

Cumprir referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

"A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus 5 ADI 3.300-MC / DF descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência

de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)." (grifei)

Vale rememorar, finalmente, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: 6 ADI 3.300-MC / DF.

"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 inclusão (...) – Inteligência dos arts. 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 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." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil, grifei)

Registre-se, por último, que a Lei Maria da Penha, em seu art. 2º, traz na definição legal de família um conceito que engloba as famílias homoafetivas, que é assim registrada pelo próprio legislador. Logo, a própria Lei hoje, referenda essa possibilidade. Destarte, visto ser possível conceder aos homossexuais tratamento igualitário ao conferido às uniões estáveis, assim chamados então de uniões estáveis homoafetivos pela jurisprudência pátria, dando-se os mesmos efeitos jurídicos destes quanto ao patrimônio adquirido na constância da relação havida entre aqueles, ao se findar a relação decorrente de morte de um dos companheiros (as) ou pelo fato mesmo de ter se separado, resta observar, no entanto, se, de fato, o caso em exame, reclama tal solução, quando se então, iria por ter as provas carreadas nos autos, suficiente a amparar a pretensão do Recorrente. Primeiro, é cediço que reconhece a união estável, entre um homem e uma mulher quando estiver

provado que há entre eles a convivência duradoura, pública e contínua, nos precisos termos do art. 1º da Lei Federal nº 9.278/1996, que regula o § 3º do art. 226 da CF/88. Feitas tais considerações, anoto que, contrário do que afirma o Recorrente, ou seja, de ter ficado comprovada a aludida união homoafetiva entre ele e o de cujus nos autos, registre-se que, conforme mesmo consignado na r. decisão recorrida, não há nos autos provas suficientes para poder amparar o pleito do Recorrente. Registre-se que, as provas testemunhais mostram-se frágeis, na medida em que se considerarmos os depoimentos colhidos na instrução processual visto como um todo, conclui-se pela completa incompatibilidade dos mesmos. Assim, decorrendo disso a total falta de elementos probatórios com que possa aqui se apoiar a fim de conferir a tutela jurisdicional requerida pelo Apelante, haja vista a segurança jurídica que deve se pautar o Julgador ao proferir a sua decisão, mormente, se considerar a extrema importância jurídico-social da matéria em questão.

Cumpra anotar as lições de Luiz Guilherme Marinoni: "...nota-se que a idéia (ou ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo..."

Ademais, depreende-se do relato prestado pela Ex-esposa do Apelante, Sra. G. C. A. M.: "Que a informante não tem conhecimento de que, no período anterior em que convolveu núpcias com o autor não manteve relacionamento amoroso com o falecido Sr. J. F. P., que não é do conhecimento da informante que durante o período em que esteve amasiado com o autor desta ação, este mantinha relacionamento amoroso com o falecido J.; que o autor não demonstrava qualquer comportamento sexual predominantemente homossexual" "...que a informante, há aproximadamente dois anos, foi procurada pelo autor e este informou que estaria entrando com uma ação na justiça para obter alguns bens do falecido J., e que para tanto, a informante precisaria ajudá-lo, prestando um depoimento em seu favor, mas que não foi informada quais os fundamentos do pedido; que se assim procedesse, o autor lhe daria uma casa e um carro, no entanto, a informante não aceitou..."

Considerando ainda, os depoimentos prestados em Juízo, veja a seguir, parte do depoimento do Dr. I. C. S., médico do Sr. J., que reputo pertinente para corroborar com o que venho aqui sustentando: "...Que Joaquim manifestava nutrir grande amizade por W. e as vezes se queixava que W. não o obedecia, mas que era uma relação como se fosse um irmão mais velho de W., que a testemunha nunca fez qualquer pergunta em relação à amizade dos dois, pois está acostumado a tratar de pacientes portadores de HIV-soro positivo, que pela própria doença já são vítimas de estigma...."

Por outro lado, uma vez que este Órgão Colegiado tenha entendimento divergente do aqui esposado, ou seja, de que houve união homoafetiva entre o Apelante e o de cujus, a ponto de admiti-la não como união estável, mas como sociedade de fato, tal conclusão não visa prosperar. Tendo em vista que não foi objeto do pedido declaração da alegada união homoafetiva equiparada a uma sociedade de fato. Assim, provimento jurisprudencial nesse sentido, caracteriza-se com uma decisão extra petita, e, como é cediço, padece de nulidade absoluta.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao presente Recurso.

É como voto.

V O T O

EXMA. SRA. DRA. SERLY MARCONDES ALVES (VOGAL)

Egrégia turma:

De acordo com os votos precedentes.

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a SEGUNDA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. DONATO FORTUNATO OJEDA, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. DONATO FORTUNATO OJEDA (Relator), DESA. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS (Revisora) e DRA. SERLY MARCONDES ALVES (Vogal convocada), proferiu a seguinte decisão: NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Cuiabá, 19 de setembro de 2007.

DESEMBARGADOR DONATO FORTUNATO OJEDA - PRESIDENTE DA

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL EM SUBSTITUIÇÃO LEGAL E RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA