



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL SEM REVISÃO nº 552.574-4/4-00, da Comarca de SAO PAULO, em que é apelante F. A. D. V. sendo apelada A. D. G.:

**ACORDAM**, em Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR O 2º JUIZ. SUSTENTOU ORALMENTE O DR. ELOY FRANCO DE OLIVEIRA FILHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIO MARQUES NETO e JOAQUIM GARCIA.

São Paulo, 12 de março de 2008.

**CAETANO LAGRASTA**  
Presidente e Relator



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Voto n. 15.894 - 8ª Câmara de Direito Privado**  
**Apelação n. 552.574-4/4 — São Paulo**  
**Apelante: F.A.D.V.**  
**Apelado : A.D.G.**

**Indeferimento da inicial. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Pedido juridicamente possível. Vara de Família. Competência. Sentença de extinção afastada. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito.**

**Vistos.**

Trata-se ação de reconhecimento de União Estável, com dissolução por morte do companheiro R.P., c.c. partilha de bens movida por F.A.D.V., em face de A.D.G., ascendente do falecido.

A r. sentença de fls. 59/60, cujo relatório se adota, indeferiu a petição inicial e declarou extinto o processo ante a impossibilidade jurídica do pedido. Irresignado, apela o autor, alegando que houve cerceamento de defesa, uma vez que vários Tribunais têm reconhecido a possibilidade de processamento e reconhecimento de união estável entre homossexuais. Requer a anulação da sentença e o prosseguimento do feito.

Recurso tempestivo e preparado.

**É o relatório**

Observa-se que, nada obstante tratar-se de processo recentíssimo e, portanto, alheio ao acervo de mais de mil processos anualmente distribuídos a cada um dos desembargadores desta Corte, seu julgamento imediato resulta do caráter preferencial, ante a natureza da ação.



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

O autor ajuizou ação declaratória buscando o reconhecimento da união estável referente ao período de convivência estabelecido com o seu parceiro até o falecimento deste. Além da peculiaridade de se tratar de casal homossexual, diante da aparente ausência de regulamentação da espécie, devem os lidadores do Direito estabelecer parâmetro com aquele constituído por parceiros heterossexuais, tendo-se como base os princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

O Estado oferece especial proteção à Família, princípio insculpido no art. 226 da CF. Entretanto, impõe-se a análise do seu § 3º, onde se reconhece como união estável a entidade familiar constituída por homem e mulher e que, pela toponímia e dicção não pode ser restritiva.

Na atividade jurisdicional, o juiz não deve se eximir de julgar, a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; isso porque a própria Constituição traz princípios abertos, indeterminados e plurissignificativos, cujas normas dependem da interpretação sistematizada num contexto jurídico, sem obediência a puros critérios de lógica formal e tampouco reduzida à mera análise lingüística. Ao contrário, obedece a razões históricas com base no problematocismo e razoabilidade do processo hermenêutico. Entre várias interpretações possíveis, adota-se aquela que corresponder aos valores éticos da pessoa e da convivência social. (cf. GILMAR MENDES, *in* Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 2007).

Neste exercício de aplicação ao caso concreto, a norma passa a ser o resultado e não o pressuposto.

O mesmo doutrinador, citando GUSTAVO RADBRUCH, observa que: *a interpretação jurídica não é pensar de novo o que já foi pensado, é pensar até o fim o que começou a ser pensado*. E continua: *Em suma – ironiza GUASTINI -, a criação jurisprudencial do direito é pudicamente ocultada sob trajes menos vistosos e apresentada como simples explicitação de normas implícitas, como elaboração de normas que se considerem já existentes, embora em estado latente, no sistema legislativo, mesmo que o legislador não as tenha*



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

*formulado expressamente. Críticas à parte, o que a experiência demonstra é que tudo isso ocorre de maneira necessária, não apenas em decorrência da insuprimível distância entre a generalidade/abstração das normas e a especificidade/concretidade das situações da vida, mas também, em razão das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela distância, suscitando problemas de justiça material, que o juiz do caso está obrigado a resolver prontamente, até porque não pode aguardar – reitere-se –, as sempre demoradas respostas do legislador. ( op. cit. pp. 54/55 e 89).*

No mesmo sentido, ÉRIKA HARUKI FUGIE, aponta, em seu artigo “*Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF?*”, que não se pretende expungir a norma do art. 226, § 3º, da CF, mas, sim, ampliar a sua eficácia com base em outros preceitos inseridos na própria Constituição, como os princípios da dignidade e igualdade da pessoa humana. (Revista dos Tribunais, ano 92, volume 813, julho de 2003, pp. 74/75).

A Constituição textualmente prevê a igualdade formal; a igualdade de todos perante a lei e o combate à discriminação. GLAUBER MORENO TALAVERA, constata que: (...) *os modelos convencionais afetos às minorias sociais devem ser regulados, pois embora não seja inverídico que a regulação desses modelos cerceia a liberdade dos conviventes, não é menos verdade que a falta de regulação os relega ao obscurantismo, solo fértil para cultivo da discriminação e preconceito (in União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo, Forense, 2004, P. 33).*

Por sua vez, ANA CARLA H. MATOS completa: *Ao lado do princípio da igualdade, está o também relevante princípio da pluralidade familiar a informar essas realidades. Talvez por isso, melhor seria denominar-se – o princípio da paridade, para ser destacado o tratamento diferenciado necessário ao tratamento de realidades sociais próximas, mas diversas. A união estável, então, importa um contexto mais próximo do conteúdo da união homoafetiva – tendo-se em vista serem ambas as realidades uniões familiares.*



4

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

(“A consagração jurídica da união homossexual”, in Direitos Humanos e Democracia, Forense, 2007, p. 148).

A tese do apelante encontra ressonância na jurisprudência dos tribunais de outros Estados: *À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (TJMG, Des. HELOÍSA COMBAT, 1.0024.06.930324-6/001, 22.047.07). E, em sede de embargos infringentes, acolhidos por maioria, no TJRS: A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. (EI nº 70011120573, Rel. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 10/06/2005). Ainda, do mesmo Tribunal: União homossexual estável. Indeferimento da petição inicial. É juridicamente possível o pedido de reconhecimento e dissolução de união homossexual estável, bem como o pedido de partilha de bens móveis e indenização por dano moral. (Ap. Cível nº 70017073933, Rel. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, 09/11/2006). E, do mesmo relator: Relação homossexual. União estável. Partilha de bens. Mantém-se o reconhecimento profendo na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, de forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

5

*partilha dos bens mera consequência. (Ap. Cível nº 70007243140, 06/11/2003).*

Por fim: *União homossexual. Reconhecimento de união estável. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas consequências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. (TJRS, Ap. Cível Nº 70021637145, Rel: RUI PORTANOVA).*

Tais julgados encontram amparo também nos tribunais superiores: *Recentemente (...) em julgado de que participei, o TSE (RESPE 24.564PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual". (...) Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg no REsp 174.856 - NANCY e EDcl no AgRg no AG 256.536 - PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1PERTENCE- Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799 - CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto. (...) **O homossexual não é cidadão de segunda categoria.** A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa*

Apelação nº 552.574.4/4 - São Paulo

15.894



6

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*humana.* (STJ, Resp 238.715, Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 07.03.2006, g.n.).

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal acenou para que a questão se dirija ao Direito de Família; ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300 - Distrito Federal, em 03/02/2006, onde o Ministro CELSO DE MELLO afirmou que a união homossexual deve ser reconhecida como uma entidade familiar e não apenas como "sociedade de fato".

A existência de dissídio jurisprudencial afasta a possibilidade de extinção por impossibilidade jurídica do pedido - apesar da controvérsia a respeito do assunto e respeitada a convicção do julgador -, configurando, por si só, motivo suficiente para receber a peça inicial do autor, garantindo-lhe o acesso a uma ordem jurídica justa, numa das Varas de Família, eis que aqui se discutem vínculos de sentimento e afeto familiar, não reduzidos a meras discussões patrimoniais. O interesse da questão se amplia, diante do crescente número de países estrangeiros - hoje, mais de 30 - que adotaram legislação reconhecendo as uniões homossexuais, como Dinamarca, Suécia, Noruega, Islândia, Espanha, Grã-bretanha e Alemanha; observa-se, neste ponto, que recente Resolução do Conselho Nacional de Imigração, nº 77, de 29 de janeiro de 2008, estabelece que será aceito para emissão de visto provisório para estrangeiro, atestado de união civil com brasileiro, emitidos pelos países que considerem legal a união entre pessoas do mesmo sexo, além de outras providências.

Ao cabo, merecem especial atenção, os inúmeros projetos de lei regulamentando a questão em trâmite no Brasil, o Estatuto das Famílias na Câmara Federal (Projeto de Lei nº 2285/2007), em cuja Exposição de Motivos o deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO argumenta que: *O estágio cultural que a sociedade brasileira vive, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão - diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988 -, abrigo generosamente os arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial. A explicitação do casamento, da união*

Apelação nº 552.574.4/4 - São Paulo

15.894



7

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*estável e da família monoparental não exclui as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, com finalidade de família, de modo público e contínuo. **Em momento algum a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo.** A jurisprudência brasileira tenta preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares às relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição. Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais. (g.n.).*

Ante o exposto, **DÁ-SE**  
PROVIMENTO ao apelo para afastar a sentença de extinção,  
determinado-se o prosseguimento do feito.

  
**CAETANO LAGRASTA**  
Relator





**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VOTO N° . 18.906**

Apelação nº 552 574-4/4

Natureza - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL

Recorrente - F A D V

Recorrido - A D G

Origem - SÃO PAULO

**DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR.**

Acompanho o voto do culto Relator.

Ainda que um interprete rigoroso entenda que a Constituição não preveja a "união homoafetiva", cuidando apenas da "união estável" entre homem e mulher, não se encontra nesse diploma maior qualquer vedação a tal tipo de sociedade.

Por esse aspecto é forçoso concluir que a questão se limita ao nome. Para união não matrimonial entre homem e mulher a denominação é "união estável". Entre duas pessoas do mesmo sexo seria então a "união homoafetiva", expressão mais usual.

Todo o nosso ordenamento jurídico reconhece expressamente a possibilidade e legalidade da associação tanto entre pessoas de sexo diferente como do mesmo sexo para a formação de uma sociedade civil ou comercial. No caso de sociedade familiar a previsão ficou apenas com pessoas de sexo diferente.

Como visto acima, repita-se, não há vedação para a formação de uma sociedade familiar entre homossexuais. Resulta que existe apenas um claro, ou uma omissão legislativa em tratar do assunto.



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Uma vez que de ordinário a norma vem sempre depois do fato, enquanto aquela não existe, nem para permitir, nem para vedar, cabe ao judiciário a apreciação desse fato dando a ele a necessária e merecida apreciação.

Com estes acréscimos e adotando os fundamentos de peso trazidos pelo ilustre Relator, também voto pelo conhecimento da inicial e o processamento da ação.

Assinatura manuscrita de Silvio Marques Neto, escrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa extensão para a esquerda.

**Silvio Marques Neto**