



www.direitohomoafetivo.com.br

TJSC

Jurisprudência do Tribunal de Justiça

Dados do acórdão

Classe: Apelação Cível

Processo: 2006.046480-0

Relator: Marcus Tulio Sartorato

Data: 21/08/2008

Apelação Cível n. 2006.046480-0, de Joinville

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

DIREITO CIVIL. AGRAVO RETIDO (ART. 523 DO CPC). MATÉRIA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BENS. JUÍZO SINGULAR QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL E DIVIDIU O PATRIMÔNIO COMUM. DECISÃO *ULTRA PETITA*. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA NO QUE TANGE AO ACOLHIMENTO DO PLEITO PARA PERFILHAR A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVISÃO DE BENS. SOCIEDADE DE FATO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. ACORDO ENTABULADO LIVREMENTE PELAS PARTES. VALIDADE DA DIVISÃO DOS BENS REALIZADA. DIREITOS DISPONÍVEIS. FUNÇÃO SOCIAL DA CAUSA. FATORES HUMANITÁRIOS E SOCIAIS QUE DEVEM SE SOBRELEVAR EM RELAÇÃO AO EXCESSO DE FORMALISMO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. AGRAVO RETIDO PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

Uma das condições que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. Dessa forma, a união **homoafetiva** juridicamente não existe pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato.

Deve o operador do direito, sempre que possível e quando a função social da causa assim o exigir, empenhar-se na interpretação teleológica da norma a fim de perquirir a real finalidade da relação processual instaurada perante o Estado-Juiz. É a nova tendência que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário,

vistas a coibir o excesso de formalismo por ora empregado, sobrepesando fatores humanitários e sociais na busca por uma melhor solução para o litígio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.046480-0, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é apelante Representante do Ministério Público, e apelados R. da R. e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo retido e dar provimento ao recurso de apelação. Custas legais.

RELATÓRIO

R. da R. ajuizou "ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato de pessoas do mesmo sexo" em face de Espólio de C. F. C., aduzindo, em síntese, que manteve união **homoafetiva** com C. F. C. pelo período de 18.12.1993 à 18.07.2000, no qual houve a colaboração de ambas as partes para a construção de um patrimônio. Pugna, ao final, pelo reconhecimento da sociedade de fato.

Devidamente citado, o réu apresentou resposta na forma de contestação (fls. 66/90), argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva ad causam do Espólio, a inépcia da petição inicial, além da impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. No mérito, sustentou que a *de cujus* C. F. C. faleceu em 18.07.2000 sem deixar testamento ou outra manifestação de vontade, deixando, contudo, bens a serem inventariados, tendo como única herdeira a Sra. M. F., na condição de ascendente.

Houve réplica (fls. 128/135).

Em audiência de conciliação, a MM. Juíza de Direito, Doutora Maria Paula Kern, homologou o acordo realizado entre as partes (fls. 188/189), nos seguintes termos:

"VISTOS, ETC.

Homologo, para que surta os seus jurídicos e legais efeitos, o acordo retro transcrito e, em conseqüência, reconheço a união estável havida entre a autora R. da R. e C. F. C., razão porque sentencio o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso III, do C.P.C, estendendo os efeitos desta decisão aos autos 038.00.0509881/001 e 038.00.0509881/003, em apenso. Custas e honorários conforme convencionado. Expeça-se carta de sentença. Comunique-se a presente decisão aos juízos da 2ª e 4ª Vara Cível, nos termos do item "V" acima. Homologo a desistência do prazo recursal. Publicada em audiência, intimados os presentes, registre-se e archive-se."

Irresignado com o veredicto, o órgão do Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual requereu, em sede de preliminar, o conhecimento do agravo retido de fls. 180/187. No mérito, sustenta que a união **homoafetiva** da autora

R. da R. e C. F. C. deve ser considerada como sociedade de fato, regulada pelas normas do direito das obrigações, e não como união estável, regulada pelo direito de família.

Conquanto intimada, a autora deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contra-razões.

VOTO

1. O agravo retido, cuja apreciação foi requerida em sede de preliminar de apelação, está umbilicalmente ligado ao mérito, pelo que com ele será analisado.

2. Da análise dos autos, verifica-se que a autora, ora apelada, pretende, em síntese, o reconhecimento da sociedade de fato mantida por 7 (sete) anos com C. F. C., falecida em 18.07.2000, com a conseqüente divisão do patrimônio amealhado durante o convívio comum.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o artigo 1º da Lei n.º 9.278/96, ao regular o § 3º do art. 226 da Carta Política, reconhece a convivência duradoura, pública e contínua de um homem com uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, como uma entidade familiar.

Seguindo o mesmo rumo, o Código Civil/2002 dispõe no art. 1.723, *caput*, que:

"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Faz-se necessário esclarecer, por conseguinte, que a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, porquanto não há que se equiparar a união **homoafetiva** à união estável.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, não há disposições legais que regulamentem a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Acentua José Sebastião de Oliveira:

A grande verdade é que a norma constitucional, à exceção da diferenciação de sexos (art. 226, § 3º, da CF), não impôs elementos estanques qualificadores da união estável. E se o próprio constituinte não o fez, seria inconstitucional que o legislador infraconstitucional o fizesse. (José Sebastião Oliveira. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: RT, 2002. p. 185).

Destarte, como a união **homoafetiva** não foi expressamente contemplada na legislação pátria, estas devem ser equiparadas a uma sociedade de fato, sendo submetidas às regras do direito civil comum, como previsto no art. 981 do Código Civil, *in verbis*:

"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."

A esse respeito, o civilista Sílvio de Salvo Venosa preleciona:

De fato, no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade **homoafetiva** não pode ganhar status de proteção como entidade familiar. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. Para a existência do reconhecimento do companheirismo, portanto, é necessário que não haja impedimento para o casamento. Há países que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que implica reconhecimento dessa união como entidade.

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais à sociedades de fato (Sílvio de Salvo Venosa. Direito Civil: Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 459).

Sobre o mesmo tema, Arnaldo Wald destaca:

A entidade familiar, alçada à condição de união estável, requer como primeiro pressuposto a heterossexualidade de seus partícipes. Exclui, assim, o novo diploma legal, a união estável de homossexuais (O novo direito de família, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 318).

Impende salientar que, para que uma união estável seja reconhecida como tal, deve preencher alguns requisitos, entre eles: a convivência duradoura; a ausência de impedimento para constituir o matrimônio; a continuidade da relação; a publicidade; a intenção de constituir família; e a dualidade de sexos.

Na hipótese vertente, um dos elementos essenciais para a configuração da união estável não se encontra presente, qual seja, a dualidade de sexos, impondo que a relação entre as partes reste configurada como sociedade de fato.

Acerca do assunto, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis (REsp n. 323.370/RS, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações (REsp n. 502.995/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves).

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTÉ, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO (REsp n. 148897/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Este Tribunal de Justiça assim também tem se posicionado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO **HOMOAFETIVA** - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXEGESE DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher (AC n. 2006.016597-1, Des. Mazoni Ferreira).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE E MEAÇÃO DE BENS - UNIÃO **HOMOAFETIVA** - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O PEDIDO DA VARA CÍVEL - DECISÃO CASSADA - REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO - RECURSO PROVIDO.

"A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo

casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (STJ, Min. Fernando Gonçalves) (AC n. 2007.024239-3, Des. Fernando Carioni).

Observando-se a sentença ora prolatada, verifica-se ser ela nula por ser *ultra petita*, posto que o pleito inaugural é de reconhecimento de sociedade de fato, e não de união estável como declarado pela magistrada singular.

A sentença, como é consabido, deve guardar estreita relação com o pedido inicial, devendo apreciá-lo por inteiro mas mantendo-se dentro de seus limites. É o que se chama de princípio da congruência, sobre o qual assim disserta Fredie Didier Jr.:

Toda atividade cognitiva do juiz tem por escopo acumular fundamento suficiente para que ele possa resolver uma demanda que lhe foi dirigida, seja ela uma demanda principal (como a que está contida numa petição inicial), incidental (como a da reconvenção ou da denunciação da lide) ou recursal (como ocorre com a apelação). Daí se vê que a decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Há entre elas um nexo de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos. É por isso que já se disse que a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter. (in: Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Podivm, 2007. p. 246).

A sentença, destarte, pode padecer de três tipos de vícios quanto à análise do pleitos iniciais: pode ser *citra* (ou *infra*), *extra* ou *ultra petita*.

No que importa para os presentes autos, deve-se analisar a ocorrência de sentença *ultra petita*, sobre a qual, uma vez mais, citamos a lição de Fredie Didier Jr.:

Diz-se *ultra petita* a decisão que (i) concede ao demandante mais do que ele pediu, (ii) analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais ou (iii) resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes. (...)

(...) na decisão *ultra petita*, o magistrado analisa o pedido da parte ou os fatos essenciais debatidos nos autos, mas vai além deles, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado, ou ainda analisando outros fatos, também essenciais, não postos pelas partes (...) (in: Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Podivm, 2007. p. 248).

Sem maiores digressões sobre o tema, deve-se dizer que, em momento algum pediu-se a declaração da existência de união estável, razão pela qual não poderia referido pleito ser concedido pela magistrada *a quo*.

Todavia, a nulidade da sentença restringe-se à parte em que se reconhece a união estável, pois a transação realizada entre as partes refere-se à direitos disponíveis, o que é permitido - e, até mesmo incentivado - pelo ordenamento jurídico pátrio, por entender que a composição dos litígios é a melhor forma de resolver os conflitos de interesses.

De qualquer forma, o Código Civil estabelece que, em um negócio jurídico, aquilo que não for viciado, deve ser preservado (art. 184 do Código Civil), ensinamento traduzido pelo antigo brocardo "*inutile per inutile non vitiatur*".

Então, considerando-se que, em verdade, a presente ação foi utilizada como forma de dividir o patrimônio comum de duas pessoas, dada a existência de uma sociedade de fato, e a inexistência de união estável entre as partes, não há razão, neste caso, para não se reconhecer a validade da divisão de bens realizada.

Ademais, deve o operador do direito, sempre que possível e quando a função social da causa assim o exigir, empenhar-se na interpretação teleológica da norma a fim de perquirir a real finalidade da relação processual instaurada perante o Estado-Juiz.

É a nova tendência que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário, vistas a coibir o excesso de formalismo por ora empregado, sobrepesando fatores humanitários e sociais na busca por uma melhor solução para o litígio.

Deste modo, leciona o douto Desembargador Luiz César Medeiros, membro desta Corte de Justiça:

Constata-se uma tendência negativa dos juristas em sobrelevar a forma pura em detrimento do conteúdo valorativo do Direito, mais precisamente os aspectos filosóficos, morais e políticos que a ele estão incorporados e que na verdade constituem a sua essência. O Direito, nessa concepção, seria mais inteligível, ficando adstrito ao domínio de uma construção racional completamente depurada.

[...]

É indispensável que o operador do direito repense o problema do formalismo, ajustando-se às novas vertentes políticas, culturais e axiológicas que orientam as regras estruturadoras da formação e do desenvolvimento regular do processo. Vale ser repetido: o formalismo, assim como o processo, ou seja, o seu resultado efetivo, é reflexo do modo como são ideologicamente acolhidas as formas e as formalidades (O Formalismo Processual e a Instrumentalidade. 2 ed. OAB/SC. Florianópolis. 2006. p. 29/35).

Neste mesmo norte, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

Antes do compromisso com a lei, o magistrado tem um compromisso com a Justiça e com o alcance da função social do processo para que este não se torne um instrumento de restrita observância da forma se distanciando da

necessária busca pela verdade real, coibindo o excessivo formalismo (Resp n.º 33150, Mina. Nancy Andrichi).

Ainda sobre o tema colhem-se os seguintes precedentes:

O processo não é fim em si mesmo, mas meio de se alcançar o suposto direito material (pacificação social). Ele (o processo) é de índole formal, mas o intérprete não deve pautar-se em formalismo exacerbado, pena de inviabilizar a justa e célere prestação jurisdicional, que é o seu escopo. A principiologia (economia e instrumentalidade) que dá ênfase à linha evolutiva do direito processual ora em curso (fase instrumentalista) exige uma releitura com relação ao processo, ensejando nova mentalidade dos seus operadores, pois ele não é apenas um instrumento técnico-jurídico, mas 'um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado' [...] (TJ-MG, AC n.º 1.0079.03.112280-1/001, José Nepomuceno Silva).

Peca por excessivo apego ao formalismo sentença que rejeita o processamento de ação onde, conquanto equivocado o rótulo que lhe foi atribuída, os fatos expostos na petição inicial em tese se mostram aptos à consequência jurídica trazida no pedido. Consoante moderna orientação conferida à ciência processual, no superior interesse da consecução da paz social deve-se buscar mais a essência do que a forma, sob pena de se desvirtuar a razão de ser do direito (TJ-PE, AC n.º 82402-6, Des. Fernando Ferreira).

O apego exacerbado ao formalismo conduz o processo a atar-se, inexoravelmente, à sua caracterização como fim, e não como um instrumento de realização da justiça e, por via de consequência, limita a atuação do julgador à simples e metódica aplicação de Leis. No atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, incumbe ao magistrado fazer da Lei o símbolo do reencontro harmônico do direito com a sociedade, ciente que o processo é, dentro das imperfeições humanas, o mais perfeito meio de administrar a justiça entre os homens (TJ-DF, EIC n.º 4332297, Des. Valter Xavier).

Inadmissível, portanto, que o Judiciário fique alheio à manifestação de vontade dos litigantes. Caberá ao Juiz, diante do caso concreto, adotar a medida que entender necessária à proteção dos interesses individuais das partes, independentemente do procedimento a ser adotado.

Por isso, mantém-se o acordo firmado pelas partes no que se refere à divisão do patrimônio sem que, no entanto, se reconheça a união estável.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de dar provimento ao recurso para decretar a nulidade parcial da sentença, somente no que se refere ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, por ser *ultra petita*, reconhecendo-se a sociedade de fato e declarando-se válido o acordo firmado pelas partes quanto à divisão dos bens que compunham o patrimônio da falecida.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, deram provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa e Jaime Luiz Vicari.

Florianópolis, 29 de julho de 2008.

Marcus Tulio Sartorato

PRESIDENTE E Relator