

(TJSE; AI; 2008205122; Ac. 9615/2008; Segunda Câmara Cível; Rel^a Des^a Marilza Maynard Salgado de Carvalho; DJSE 17/12/2008; Pág. 30)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0515/2008

PROCESSO:

2008205122

AGRAVANTE

ADVOGADO

ANDRÉ SILVA VIEIRA

AGRAVADO

ADVOGADO

MARIA DE LOURDES VASCONCELOS DANTAS

RELATOR:

DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO

EMENTA

Civil e Processo Civil - Ação de reconhecimento e dissolução de união estável - Tutela antecipada - Cabimento - Requisitos presentes -Direito real de habitação assegurado ao convivente - Modificação da decisão a quo - Recurso provido.I -

A concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conjugados com receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação;II - As provas acostadas aos autos apontam, nesta fase recursal, para o fato de realmente ter havido a alegada união homoafetiva, o que se torna imperiosa a modificação da decisão a quo, assegurando ao agravante direito real de habitação no imóvel em questão até a decisão final da respectiva demanda;III - Recurso conhecido e provido.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0515/2008, 6ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julgado em 15/12/2008)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo I, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer do recurso, para lhe dar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 15 de Dezembro de 2008.

DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO

MEMBRO

DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO

MEMBRO

RELATÓRIO

Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho (Relatora): - _____ interpôs o presente agravo de instrumento, objetivando a reforma da decisão a quo (fls. 16), prolatada em sede de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, proposta pelo agravante em face de _____, que indeferiu, por entender ausentes os respectivos pressupostos, a antecipação de tutela por ele pleiteada no sentido de reconhecer seu direito real de habitação em imóvel no qual, segundo afirma, convivia em união estável com o Sr. _____, já falecido. Alega o agravante existirem nos autos provas suficientes de que ambos conviviam em união estável, e que esta não pode deixar de abranger a união homoafetiva, inclusive para fins de tutela de seu direito real de habitação sobre o citado imóvel, invocando em seu favor decisões de tribunais estaduais que reconhecem o direito de companheiro sobrevivente à permanência no

imóvel onde vivia o extinto casal, embora tais julgados não tratem de união homoafetiva. Aduz também que esta Relatora, nos autos do AI 0098/2008 deferiu efeito suspensivo no sentido de assegurar sua permanência no imóvel disputado, sustando assim os efeitos de liminar de desocupação contra si proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Cível desta Comarca, no bojo de Ação Reivindicatória intentada pela ora agravada. Pugna, inicialmente, pela concessão de efeito suspensivo ativo no sentido de que fosse concedida a antecipação de tutela pleiteada, confirmando-se tal liminar com o posterior provimento deste agravo. Às fls. 166/170 foi concedido o efeito suspensivo ativo pleiteado, assegurando ao agravante direito real de habitação no imóvel em questão. Intimada a agravada, esta deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contra-razões, bem como foram prestadas as informações pela Juíza a quo, conforme documento às fls. 173. Em parecer de fls. 177/178, a Procuradoria de Justiça se absteve de se pronunciar no feito. É o relatório.

VOTO

Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho (Relatora): - Trata-se de agravo de instrumento interposto por _____ visando a reforma da decisão a quo que, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável, movida por ele em face de _____, indeferiu, por entender ausentes os respectivos pressupostos, a antecipação de tutela pleiteada pelo agravante no sentido de reconhecer seu direito real de habitação em imóvel no qual, segundo afirma, convivia em união estável com o Sr. _____, já falecido.

Ab initio, importante ressaltar que, embora seja o reconhecimento de uma união estável matéria a ser dirimida após a regular instrução do feito, há de se constatar que, para fins de antecipação de tutela que assegure direito real de habitação, o arcabouço documental carreado aos autos já aponta para o fato de realmente ter havido a alegada união homoafetiva, pelo menos nesta fase recursal.

Diversas faturas, correspondência, notas fiscais e documentos outros demonstram ter o ora agravante habitado o imóvel que pertencia ao de cujus, tanto antes quanto depois do falecimento deste (fls. 105/148), havendo inclusive recibo de compra de materiais domésticos em nome de ambos e nota de prestação de serviços em favor do recorrente no endereço do imóvel.

Nesse contexto, não se pode negar que ambos conviviam sob o mesmo teto, chegando a ser ingênuo acreditar que dois homens adultos e que não guardam entre si nenhum vínculo de parentesco ou de natureza trabalhista tenham coabitado por tantos anos por simples amizade ou qualquer outra razão.

Assim, embora busque a herdeira, ora agravada defender a tese de que entre os coabitantes não havia relação de união estável, os elementos probatórios carreados aos autos são substanciais o bastante para denotar a ocorrência da

união homoafetiva, o que provavelmente será corroborado com a instrução probatória.

Tal união, a meu ver, não pode ser tutelada de modo diferente daquela que se dá entre pessoas de sexos diversos, sob pena de se incorrer em agressão aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Dessa forma, há de ser assegurado ao agravante o tratamento jurídico que o nosso Código Civil dispensa ao direito real de habitação no contexto das uniões estáveis.

Feitas estas considerações, vale registrar aqui a ementa do julgamento referente ao AI 0098/2008, acima já referido, também de minha relatoria, envolvendo as mesmas partes ora litigantes, todavia em ação diversa (ação reivindicatória). Vejamos:

Civil e Processo Civil - Ação Reivindicatória - Tutela antecipada - Descabimento - Prova da propriedade e da posse molestada - Inexistência - Verossimilhanças das alegações autorais - Não configurada - Direito real de habitação assegurado ao convivente - Modificação da decisão a quo - Recurso provido. I - O deferimento da tutela antecipada em ação reivindicatória reclama a prova da propriedade e da posse reclamada, de modo que não sendo configurados tais requisitos, incabível é a antecipação da tutela; II - In casu, não se vislumbra a verossimilhança das alegações autorais, vez que pendente ação declaratória para o reconhecimento da existência da convivência entre o agravante e o de cujus, mormente porque é conferido ao convivente o direito real de habitação; III - Inexistentes os requisitos ensejadores para a concessão da tutela antecipada, faz-se imperiosa a modificação da decisão a quo; IV - Recurso conhecido e provido.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0098/2008, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julgado em 03/07/2008).

Importante transcrever, também, excertos do mencionado voto na parte que aqui interessa:

(...) Mesmo tendo sido adquirido o imóvel em 28.03.1995, data anterior ao período dito de convivência, é conferido ao convivente o direito real de habitação, consistindo em questão prejudicial ao deferimento da ação reivindicatória, posto tratar-se de limitação ao exercício de propriedade. Valho-me mais uma vez das lições dos autores já citados, in *Direito Civil*, Vol. 6, editora Método, 2007, pág. 196:

“Como é notório, o direito real de habitação é uma das espécies de direito real sobre coisa alheia de gozo ou de fruição (art. 1.225, VI, do CC). Em se tratando de direito real sobre coisa alheia, temos que imaginar que sobre um mesmo imóvel co-existem dois direitos reais de titulares distintos: temos a propriedade de certa pessoa que está limitada em razão do direito de habitação de outra.”

Ensinam, ainda, os doutrinadores que prevalece o entendimento de que mesmo com o CC/02, continua garantido o direito de habitação dos companheiros, pág. 235 do Vol. 6 acima referido:

“A segunda corrente, majoritária, entende que o direito real de habitação dos companheiros continua garantido. Maria Helena Diniz, em verdadeira aula sobre o Direito Intertemporal, afirma que estamos diante de “um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (art. 7º da Lei 9.278/1996) e norma posterior geral (art. 1.831 do CC), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério da especialidade e o cronológico, para a qual valeria o macrocritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra da especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Com isso, a Lei 9.278/1996 seria mais forte, ante o princípio da especialidade. (...) ante a dúvida, surgirá então uma antinomia real de segundo grau ou lacuna de conflito (ausência de critério ou metacritério normativo) que só pode ser solucionado pelos critérios apontados pelos arts. 4º e 5º da LICC. Deveras, no caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa” (Curso..., 2005, v. 6, p. 148).

Desta feita, ausente a prova da posse molestada, requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada, há de ser reformada a decisão a quo, vez que não restaram configurados os requisitos ensejadores da medida. (...).

Considerando o exposto, deve ser assegurando ao agravante direito real de habitação no imóvel em questão até o julgamento final da correspondente demanda.

Forte em todo o expendido, conheço do presente recurso, para lhe dar provimento, reformando o decisum a quo, no intuito de ser concedida a tutela antecipada pleiteada.

É como voto.

Aracaju/SE, 15 de Dezembro de 2008.

DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO

RELATOR