

**RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : L M DE F  
**ADVOGADO** : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : S L - ESPÓLIO  
**REPR. POR** : B L - INVENTARIANTE  
**ADVOGADO** : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

**EMENTA**

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO *POST MORTEM* CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.

4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo,

# *Superior Tribunal de Justiça*

é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

6. Recurso especial provido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e a retificação dos votos dos Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de maio de 2011(Data do Julgamento)

**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
Relatora

**RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0)**

RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERALDI E OUTRO  
**Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RELATÓRIO**

Cuida-se de recurso especial interposto por L. M. DE F., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/PR.

**Ação (inicial às fls. 2/20):** “declaratória de união estável c/c pedido de partilha”, ajuizada por L. M. DE F., em face do ESPÓLIO DE S. L.

A autora sustenta, como causa de pedir, que conviveu em alegada “união estável” com S. L., de 1996 até a data do óbito da companheira, ocorrido em 23.1.2003. Esclarece que

em momentos difíceis da vida de S., em especial, quando ela restou acometida por doença grave que demandou a realização de um transplante de órgão, a autora sempre esteve ao seu lado, ministrando-lhe os cuidados indispensáveis à recuperação de sua saúde, bem como a assistência e apoio afetivos (fl. 3 – com adaptações).

Assinala que se tratava de uma relação “duradoura, não efêmera, portanto, baseada em recíproca colaboração e solidariedade” (fl. 16).

Aduz que, com a morte da companheira, a representante do espólio e irmã da falecida, ao ingressar, juntamente com a outra irmã, com o pedido de arrolamento dos bens deixados por S. L., ignorou a existência da aludida união, bem como a vontade manifestada pela falecida, perante a família, de deixar para a companheira uma chácara adquirida na constância da relação. Por isso, formulou pedido incidental nos autos do arrolamento, para fins de reserva da meação do patrimônio amealhado no período da convivência, consistente em um lote de

terreno (a mencionada chácara) e direitos sobre a aquisição de um apartamento, ambos descritos na inicial. O pedido foi deferido, nos autos do arrolamento, para determinar a reserva dos dois bens indicados (fl. 26).

Pleiteia, dessa forma, o reconhecimento de “união estável homoafetiva, *por equiparação*”, bem como a declaração do “direito da requerente na partilha dos bens da 'de cujus', amealhados durante a constância do relacionamento”. Alternativamente, pugna para que seja fixada “indenização em favor da companheira, em razão do tempo de convivência e dedicação dispensados pela autora à falecida” (fl. 19).

**Contestação:** apresentada às fls. 146/164.

**Sentença (fls. 341/349):** julgou improcedente o pedido, ao entendimento de que

não obstante a existência de relação estável, homossexual, duradoura, calcada em (*sic*) na fidelidade e amor recíprocos, não há que se falar em partilha ou mesmo em indenização, porquanto indemonstrada (*sic*) a contribuição que a autora possa ter dado à constituição do patrimônio formado por S. no curso da relação havida entre elas (fl. 348 – com adaptações).

**Acórdão (fls. 422/436):** deu parcial provimento ao recurso interposto por L. M. DE F., apenas para reconhecer a existência de sociedade de fato, sem, contudo, permitir a partilha dos bens deixados por S. L., ante a ausência de demonstração do esforço comum.

**Embargos de declaração:** interpostos por L. M. DE F. (fls. 439/441), foram rejeitados (fls. 446/453).

**Recurso especial (fls. 499/533):** interposto sob alegação de ofensa aos arts. 4º da LICC; 126 e 535, do CPC; 1.363 do CC/16; 1º e 5º, da Lei n.º 9.278, de 1996; além de dissídio jurisprudencial.

**Recurso extraordinário:** interposto às fls. 456/473.

**Contrarrazões:** apresentadas pelo Espólio às fls. 597/607.

**Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 632/636):** o TJ/PR admitiu o

# *Superior Tribunal de Justiça*

recurso especial, determinando a remessa dos autos ao STJ.

**Parecer do MPF (fls. 670/680):** da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, pelo não provimento do recurso especial. Contudo, em manifestação oral do i. Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso, opinou-se no sentido do provimento do recurso.

Vieram conclusos os autos, com parecer, em 14.12.2010.

É o relatório.



**RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : L M DE F  
**ADVOGADO** : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : S L - ESPÓLIO  
**REPR. POR** : B L - INVENTARIANTE  
**ADVOGADO** : PATRÍCIA TOURINHO BERALDI E OUTRO

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):**

**I. Da delimitação da lide e de seus contornos fáticos.**

A matéria controvertida refere-se à possibilidade ou não de que sejam conferidos efeitos – marcadamente patrimoniais – idênticos aos do reconhecimento e dissolução de união estável às parcerias afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

O TJ/PR reconheceu, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/16), a existência de sociedade de fato entre L. M. DE F. e S. L., exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. A repartição dos bens, sob essa premissa, somente poderia ocorrer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada uma das companheiras.

A discussão aqui tratada, todavia, vai além da órbita dos efeitos patrimoniais cingidos ao direito das obrigações. Ela se firma na possibilidade ou não de reconhecimento da existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, sob a perspectiva do direito de família, com a conseqüente demarcação dos efeitos patrimoniais daí advindos.

Delimitado o debate, cabe adentrar na análise dessa temática que tem se tornado recorrente não só nos Tribunais do Brasil, mas do mundo.

**II. Dos princípios fundamentais e do emprego da analogia como método integrativo para que se produzam os idênticos efeitos do reconhecimento de união estável a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo.**

Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

Sob essa ótica, a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fitos no respeito às diferenças interpessoais, no sentido de vedar condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, sob a firme escolta dos princípios fundamentais da igualdade, da dignidade e da liberdade do ser humano.

De fato, só teria sentido identificar uma pessoa em função de sua orientação sexual se a atração pelo mesmo sexo fosse relevante a ponto de impor diferenças de tratamento, como se de “desvio de comportamento” se tratasse, quando na verdade as uniões homossexuais constituem um fato social incontestável, que remonta a períodos longínquos da história da humanidade.

A inegável superação de antigos modelos do direito de família tem se operado pela gradativa evanescência da função “procriacional” a definir a entidade familiar, bem como pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar lugar à comunhão de vida e de interesses pautada no cuidado e na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes.

O direito não regula sentimentos, mas define as relações com base

neles geradas, o que não permite que a própria norma, a qual veda a segregação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Assim, relações fundadas no afeto e na mútua assistência, consolidadas entre pessoas do mesmo sexo, têm sido, gradativamente, inseridas no âmbito do direito de família, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que deve conduzir a uma inevitável normatização do tema.

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (Projetos de Lei n.ºs 1.151/95, 52/99, 580/07, 674/07 e 2.285/07. Disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>. Acesso em janeiro de 2011), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário, a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual.

Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana.

A União Europeia, por meio de seus órgãos institucionais, como o Parlamento Europeu e a Corte Europeia de Direitos Humanos, tem exortado os países integrantes no sentido de coibir práticas discriminatórias relativas aos homossexuais, bem como de legalizar uniões entre pessoas do mesmo sexo. Entre as várias iniciativas europeias, destacam-se as seguintes:

A Resolução do Parlamento Europeu relativa às discriminações no local de trabalho, de 13 de março de 1984; Resolução do Parlamento Europeu (A3-0028/94), de 8 de fevereiro de 1994, referente à igualdade dos direitos das

peças homossexuais e lésbicas na Comunidade Europeia; Resolução B4-824 e 0852/98, de 17 de dezembro de 1998, referente à igualdade de direitos para as peças homossexuais e lésbicas na União Europeia; Art. 13 do Tratado de Roma, modificado pelo Tratado de Amsterdã; Diretiva 2000/78/CE, relativa à criação de uma estrutura geral favorável à igualdade em matéria de emprego e trabalho; Parecer n.º 216 (2000): Projeto de protocolo n.º 12 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, com proposição de proteção das peças homossexuais e lésbicas contra as discriminações baseadas na sua orientação sexual; Art. 21 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (retomada pelo Projeto da Constituição Europeia). Todos os textos podem ser acessados em [http://europa.eu/documentation/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/index_pt.htm).

Nessa perspectiva, são diversos os países europeus que possuem legislação reconhecendo os direitos oriundos de uniões entre peças do mesmo sexo. Entre eles, destacam-se a Dinamarca, a Holanda, a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Islândia, a França, a Espanha, a Bélgica, a Alemanha, a Croácia, a Grã-Bretanha, a Suíça e Portugal.

Na América, parceiros de idêntico sexo têm seus direitos tutelados no Canadá, nos estados americanos de *Vermont*, *Connecticut*, *Massachusetts*, *New Jersey*, *New York* e Distrito de Columbia, entre outros, na cidade do México, na Argentina e no Uruguai.

O contexto sociocultural mundial, portanto, vem acenando no sentido de que seja conferido tratamento paritário aos casais, sejam eles homo ou heterossexuais.

O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que serviram de inspiração para o **Decreto** que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, o qual se encontra em sua terceira versão, editado sob o n.º **7.037, de 2009**.

Um dos eixos orientadores desse Decreto consiste em “**universalizar direitos em um contexto de desigualdades**” (Eixo Orientador III), figurando como diretriz de n.º 10, a “**garantia da igualdade na diversidade**”, pontuada por

5 (cinco) objetivos estratégicos. O objetivo estratégico I trata da “**afirmação da diversidade para construção de uma sociedade igualitária**” e tem como uma de suas ações programáticas, “realizar campanhas e ações educativas **para desconstrução de estereótipos relacionados com diferenças** étnico-raciais, etárias, **de identidade e orientação sexual**, de pessoas com deficiência, ou segmentos profissionais socialmente discriminados”. O objetivo estratégico V, explicitado no Anexo do referido Decreto, prima pela “**garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero**” (frisa-se que os destaques não constam dos originais), por meio das seguintes ações programáticas:

- a) Desenvolver políticas afirmativas e de promoção de cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social.
- b) Apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo.
- c) Promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos.
- d) **Reconhecer** e incluir nos sistemas de informação do serviço público **todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com base na desconstrução da heteronormatividade.**
- e) Desenvolver meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais.
- f) Acrescentar campo para informações sobre a identidade de gênero dos pacientes nos prontuários do sistema de saúde.
- g) Fomentar a criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), principalmente a partir do apoio à implementação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia e de núcleos de pesquisa e promoção da cidadania daquele segmento em universidades públicas.
- h) Realizar relatório periódico de acompanhamento das políticas contra discriminação à população LGBT, que contenha, entre outras, informações sobre inclusão no mercado de trabalho, assistência à saúde integral, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, dados populacionais, de renda e conjugais (Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7). Acesso em janeiro de 2011 – sem destaques no original).

Extraem-se, ainda, do Anexo do Dec. 7.037, de 2009, quanto ao tema ora em debate, as seguintes e relevantes considerações:

À luz da história dos movimentos sociais e de programas de governo, o PNDH-3 orienta-se pela transversalidade, para que a implementação dos direitos civis e políticos transitem pelas diversas dimensões dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Caso contrário, **grupos sociais afetados** pela pobreza, pelo racismo estrutural e **pela discriminação** dificilmente terão acesso a tais direitos.

As ações programáticas formuladas visam enfrentar o desafio de eliminar as desigualdades, levando em conta as dimensões de gênero e raça nas políticas públicas, desde o planejamento até a sua concretização e avaliação. Há, neste sentido, propostas de criação de indicadores que possam mensurar a efetivação progressiva dos direitos.

Às desigualdades soma-se a persistência da discriminação, que muitas vezes se manifesta sob a forma de violência contra sujeitos que são histórica e estruturalmente vulnerabilizados.

O combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada. Os pactos e convenções que integram o sistema regional e internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com **políticas compensatórias que acelerem a construção da igualdade, como forma capaz de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis**. Além disso, **as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que buscam remediar um passado discriminatório**. No rol de **movimentos e grupos sociais que demandam políticas de inclusão social** encontram-se crianças, adolescentes, mulheres, pessoas idosas, **lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais**, pessoas com deficiência, pessoas moradoras de rua, povos indígenas, populações negras e quilombolas, ciganos, ribeirinhos, varzanteiros e pescadores, entre outros.

Definem-se, neste capítulo, medidas e políticas que devem ser efetivadas para **reconhecer e proteger os indivíduos como iguais na diferença**, ou seja, para **valorizar a diversidade presente na população brasileira para estabelecer acesso igualitário aos direitos fundamentais**. Trata-se de reforçar os programas de governo e as resoluções pactuadas nas diversas conferências nacionais temáticas, sempre sob o foco dos Direitos Humanos, com a preocupação de **assegurar o respeito às diferenças e o combate às desigualdades, para o efetivo acesso aos direitos** (Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7). Acesso em janeiro de 2011 – sem destaques no original).

Conquanto a existência unicamente de normas de conteúdo programático, certo é que o cenário normativo brasileiro assinala no sentido de se ajustar à tendência mundial – pelo menos a dos países ocidentais –, de eliminar comportamentos segregatícios e acolher, dessa forma, sob as asas da proteção legal, os relacionamentos humanos afetivos, sejam eles entre homo ou

heterossexuais.

São muitas as facetas com as quais podem se revestir as entidades familiares pós-modernas: além da tradicional, fundada no casamento, ou da representada pela união estável – ambas formadas pelos genitores e sua eventual prole –, bem como a da família monoparental, constituída por apenas um dos genitores e seus filhos, não se pode deixar de mencionar aquela que se faz representar por duas pessoas unidas pelo amor que nutrem entre si e que optaram por não ter filhos. Todas elas, caracterizadas pela ligação afetiva entre seus componentes, fazem jus ao *status* de família, como entidade a receber a devida proteção do Estado. Todavia, acaso essa última modalidade seja composta por duas pessoas do mesmo sexo, instala-se a celeuma jurídica, sustentada pela **heteronormatividade** dominante.

Da recente obra de Adilson José Moreira, que consiste na versão ampliada da tese de doutorado por ele defendida em 2007, extrai-se que ao abandonar a ideia de que a procriação é a função principal do grupo familiar, adota-se uma “**compreensão funcionalista da família**”, que significa reconhecer a entidade familiar não mais como um lugar de reprodução social, mas sim como “**um espaço de trocas de afetos e suporte mútuo**” (*União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 355 – sem destaques no original).

Anote-se que, apesar do fato de a maioria dos nascimentos ocorrerem dentro dos relacionamentos heterossexuais, é também verdade que muitos casais heterossexuais têm exercido a opção de não ter filhos, bem como há casais homossexuais que têm filhos por meio de reprodução assistida ou pela adoção. Dessa forma, excluir os casais homossexuais da tutela jurídica significa excluir, em igual medida, seus filhos da proteção legal.

Além do mais, a possibilidade de viver um relacionamento depende de uma série de liberdades atualmente limitadas aos casais heterossexuais, tendo

em vista a pontuada presença do preconceito contra homossexuais em nossa sociedade. No entanto, quando duas pessoas – hetero ou homossexuais – resolvem construir uma vida em comum, são movidas pela mesma força que motiva todos os seres humanos a estabelecer relações íntimas. Essas relações estão fundamentadas em diversos fatores, como conhecimento, confiança, comprometimento, interdependência, cuidado e afeto. Como os parceiros estabelecem planos a fim de estreitar os laços existentes, eles consideram a si mesmos como um casal e não como dois indivíduos. Essa unidade baseada na confiança recíproca permite a construção de um projeto de vida direcionado ao bem-estar comum, sob o espreque da honradez e da equidade, o que confere ao casal uma expectativa de estabilidade.

A respeito do tema, Adilson José Moreira refere o seguinte:

Vários estudos realizados por pesquisadores norte-americanos com casais heterossexuais e homossexuais demonstram que os relacionamentos homossexuais são capazes de produzir os mesmos níveis de satisfação pessoal alcançados pelos casais heterossexuais. Os resultados dessas pesquisas comprovam que casais homossexuais e heterossexuais experienciam o mesmo nível de satisfação nos seus relacionamentos. Ao comparar as respostas do mesmo número de indivíduos de ambos os sexos e de diferentes orientações sexuais, essas pesquisas revelam que homens e mulheres homossexuais possuem o mesmo nível de compatibilidade, intimidade, satisfação e crescimento pessoal nos seus relacionamentos. O mesmo resultado foi observado em estudos comparando a qualidade do relacionamento de casais heterossexuais e homossexuais monogâmicos com e sem filhos. Casais heterossexuais e homossexuais possuem o mesmo nível de amor pelo parceiro, o mesmo nível de ajustamento psicológico e de satisfação com o relacionamento. Vemos então que **as uniões homossexuais nascem da procura de se satisfazer uma necessidade humana básica e que as uniões homossexuais proporcionam a satisfação dessa necessidade da mesma forma que as uniões heterossexuais.**

**As evidências científicas de que os seres humanos possuem uma necessidade inata de formar relações íntimas e que essa possibilidade está diretamente relacionada com o nosso bem-estar físico e psicológico serve como outra forte indicação da irracionalidade da exclusão dos casais homossexuais da proteção jurídica oferecida pela instituição da união estável. (op. cit. p. 359/360 – sem destaques no original).**

A família, com efeito, deixou de ser vista apenas como uma unidade

de reprodução biológica para traduzir a necessidade humana de pertencimento que leva as pessoas a estabelecer relações íntimas, a fim de satisfazer desejos de aceitação e afeto. Dessa nova percepção intui-se uma forte correlação entre os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, no sentido de que a troca de afetos gerada pela formação de laços íntimos é condição *sine qua non* para uma vida digna e feliz.

A existência de discriminação perversiva contra homossexuais ao longo dos tempos tem sido uma causa impeditiva para a construção de relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Não raras vezes, o preconceito social contra homossexuais faz com que eles adotem um comportamento heterossexual, levando uma vida sexual paralela e clandestina, que traz consequências invariavelmente nefastas para eles e para aqueles com os quais se relacionam. Ou, ainda, ao se verem emparedados pelo preconceito, desistem de seus sonhos e passam a adotar um estilo de vida contrário às suas disposições psicológicas.

Ainda, os casais homossexuais, em sua maioria, acabam organizando suas vidas com uma rígida separação entre a vida pública e a privada, cerceados pelo medo das possíveis consequências da homofobia ou de outras manifestações de matiz discriminatório a que sejam expostos. Mantêm, assim, o relacionamento em segredo, ou, então, restrito ao círculo familiar e de amigos mais íntimos.

Sob esse panorama, a construção da ideia de uma **heterossexualidade compulsória**, por meio da qual os homossexuais têm sido historicamente colocados à margem do sistema de direitos, serviu, ao longo dos tempos, como pano de fundo para manter esse grupo social estigmatizado. Em outras palavras, a **heteronormatividade** que impera na nossa cultura tem imposto severas limitações aos direitos de homens e mulheres homossexuais, com igualmente severas sequelas sociais. Desse modo, a restrição ao exercício de diversas formas de capacidades humanas tem provocado uma consequente

limitação de emprego das mais variadas potencialidades dos homossexuais em áreas específicas de sua vida pessoal, comprometendo, em igual medida, o direito a uma existência digna e plena.

Assim o é porque a negação de direitos que têm o condão de satisfazer a necessidade humana básica de se inter-relacionar é um elemento que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, da CF/88.

Da mesma forma, a negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilita a realização de dois dos objetivos fundamentais de nossa ordem jurídica, que é a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme disposto no art. 3º, III e IV, da CF/88.

Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam, portanto, o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de sua parte, procura tutelar a autonomia dos seres humanos, tornando-os aptos a alcançar a liberdade para que façam suas escolhas pessoais. Nesse sentido, nas palavras de Adilson José Moreira, “o princípio da dignidade humana protege a autonomia de todos os membros da entidade familiar como também **todas as formas de entidade familiar**” (*op. cit.* p. 382 – sem destaques no original).

O princípio da igualdade, por sua vez, entendido como capacidade, reafirma o comprometimento de índole constitucional com o reconhecimento, a proteção e a aceitação de uma pluralidade de entidades familiares. Esse princípio apresenta em seu bojo uma natureza transformadora, ao aniquilar as formas de

discriminação responsáveis pela marginalização de grupos sociais historicamente vulneráveis, tornando acessível a todos a paridade de participação, por meio da construção de uma sociedade igualitária a partir de um projeto que promova verdadeira inclusão social.

Por tudo isso e considerada a constitucionalização do direito de família, a legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva, para que o sistema jurídico possa oferecer a devida proteção às uniões homossexuais, o que consistirá em um resultado natural da evolução concebida no imaginário social, como necessária, útil e desejada pelas pessoas e comunidades.

A limitação da incidência das regras atinentes à união estável ao âmbito dos casais heterossexuais viola inúmeros princípios constitucionais, que representam fundamental significância para a promoção das capacidades humanas, comprometendo tanto a liberdade do homossexual de alcançar o seu bem-estar, como também a sua liberdade de atuação como agente.

Se ao contemplar o afeto e invocá-lo como elemento identificador da natureza familiar das uniões estáveis, por qual razão haveria de se apartar da tutela jurídica os parceiros de uniões homossexuais?

Segundo lição de Dionizio Jenczak, em sua dissertação acadêmica de conclusão de mestrado publicada após a sua morte, a ausência de qualquer amparo normativo-positivo às uniões homossexuais impõe uma meta que extrapola a mera lógica racional para incluir a **“igualação de oportunidades e a busca da felicidade”**, visando o **bem** de todos, que é denominado por Miguel Reale como a **“força ordenadora da Ética”** (*Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 104 – sem destaques no original).

O professor Luiz Edson Fachin prossegue no mesmo sentido, **“rente à história e preso à vida mutante”**, considerando que

**não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas**, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito.

(...)

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma “**comunidade de sangue**” e celebra (...) a possibilidade de uma “**comunidade de afeto**”. (...)

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o “outro” edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões.

Eis, então, o **direito ao refúgio afetivo** (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123, 317/318. Sem destaques no original ).

Para o STF, o convívio entre pessoas do mesmo sexo, fundado no afeto e no companheirismo, também caracteriza uma entidade familiar (ADI 3.300, MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.2.2006).

Em termos estritamente jurídicos, a problemática em torno da pretensa incompatibilidade da aplicação do regime de partilha de bens para a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo provém do contraste existente entre as disposições do CC/02 e da CF/88. A contraposição faz com que as regras constitucionais relativas à erradicação da marginalização, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, III e IV, da CF/88) e as normas pertinentes à união estável (art. 1.723 e seguintes do CC/02) pareçam instintivamente incompatíveis.

Essa suposta incongruência, no entanto, deve ser analisada também neste grau de jurisdição. É necessário explicitar o sentido das normas constitucionais que orientam o Direito de Família, sob pena de postergar o

# *Superior Tribunal de Justiça*

exercício e o alcance da garantia institucional contida no art. 5º, XXXV, da CF/88 (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Nesse sentido, não seria razoável admitir que, após o conhecimento do recurso especial, o STJ possa aplicar apenas normas infraconstitucionais à espécie. A própria competência desta Corte para o exame do recurso especial encontra fundamento em um dispositivo constitucional (art. 105 da CF/88). A realização de qualquer julgamento, em qualquer grau de jurisdição, depende sempre do cotejo analítico de todo o ordenamento jurídico, o que necessariamente pressupõe o exame, ainda que implícito, dos comandos normativos contidos na CF/88, fundamento de validade de toda a legislação federal.

Ultrapassadas as considerações sobre a viabilidade do exame da matéria nesta sede, retorno ao cerne da controvérsia, destacando que o tema é bastante sensível e mereceu muita atenção no decorrer das últimas décadas. A união homoafetiva já foi objeto de análise e sistematização por diversos sistemas jurídicos estrangeiros, entre os quais o da Alemanha, que em agosto de 2001 editou a “Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG” (Lei para a erradicação da discriminação das parcerias homossexuais – Lei da União Homoafetiva). Essa norma passou por duas grandes reformulações em 2005 e 2007, nas quais foram conferidas à parceria homoafetiva cada vez mais direitos, em tudo equiparáveis aos desfrutados pelos casais heterossexuais – inclusive no que se refere a alimentos, à meação em caso de separação ou divórcio e aos direitos sucessórios.

A Alemanha acabou por adotar um regime diferenciado para a tutela jurídica das uniões homoafetivas, deixando de consagrar legalmente a possibilidade do casamento das pessoas do mesmo sexo. Outros países como a Holanda, a Espanha e Portugal acabaram por redefinir o conceito de casamento, que passou a compreender também as uniões homossexuais.

A LPartG foi submetida ao controle de constitucionalidade do

# *Superior Tribunal de Justiça*

Supremo Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht - BVerfG), pois os Estados da Saxônia e da Bavária alegaram que a regulamentação da união homoafetiva violaria o art. 6º da Constituição alemã (Grundgesetz – GG). Esse artigo estabelece, em seu parágrafo primeiro, que “o casamento e a família encontram-se sob a especial proteção da ordem estatal”, razão pela qual os Estados autores consideraram temerária a edição da lei que pretendia “nivelar o casamento a outras formas de parceria afetiva, por meio da criação de institutos jurídicos paralelos iguais ao casamento civil, acabando por subtrair a especial proteção que a constituição lhe conferiu” (BVerfG, 1 BvF 1/01 de 17/7/2002, Absatz-Nr. 1 - 147, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717\\_1bvf000101.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717_1bvf000101.html) - acesso em 3 de fevereiro de 2011, tradução livre). A controvérsia restringia-se a averiguar se o tratamento igualitário de realidades substancialmente desiguais violaria a obrigação de diferenciação do casamento, imposta pela Lei Fundamental alemã.

O acórdão proferido pelo BVerfG (Supremo Tribunal Constitucional alemão) assinalou que “a constituição não garante o instituto do casamento abstratamente, mas na concepção que corresponde à visão dominante, expressa pelas regras jurídicas vigentes.” Segundo o BVerfG, não há absoluta equivalência entre as figuras jurídicas do casamento e da união homoafetiva, porque “da relação entre um homem e uma mulher unidos por muito tempo podem resultar filhos em comum, o que não pode acontecer numa união de pessoas do mesmo sexo.” Assim, é plenamente justificável e não ofende o princípio da igualdade o fato de que “os casais formados por pessoas de sexo diferente sejam remetidos para o casamento, quando queiram dar à sua comunhão de vida um vínculo jurídico duradouro”, e aos parceiros homossexuais seja reservado um instituto jurídico distinto.

A existência de regimes legais distintos para as uniões homossexuais e heterossexuais, contudo, não impede o reconhecimento dos

direitos patrimoniais decorrentes das parcerias homoafetivas, especialmente no que diz respeito à partilha dos bens após a dissolução do vínculo afetivo ou ao direito das sucessões. Recentes decisões do mesmo BVerfG assinalaram que é inconstitucional a diferenciação entre casais heterossexuais e homossexuais no que se refere à pensão por morte e à partilha da herança. Nesse contexto,

a discriminação dos casais homossexuais em relação aos casais heterossexuais sem filhos não pode ser justificada pelo fato de que os casamentos são geralmente caracterizados pela existência de filhos em comum. (...) As disposições relativas à Lei para a erradicação da discriminação das parcerias homossexuais regulam as uniões homossexuais, ao passo que as regras aplicáveis ao casamento disciplinam as parcerias heterossexuais. Se as parcerias homossexuais e o casamento heterossexual forem tratados diferentemente no que diz respeito aos direitos hereditários, será constatada uma injusta discriminação em razão da orientação sexual. (...) O tratamento privilegiado do casamento em detrimento de outras parcerias não permite afirmar que o art. 6º da Lei Fundamental determine a discriminação das outras uniões familiares. Esse privilégio constitucional conferido à instituição do casamento pela lei fundamental não justifica que outras formas de união sejam diferentemente estruturadas, de modo que a elas sejam outorgados menos direitos (BverfG, 1 BvR 1164/07 de 7/7/2009, Absatz Nr. 1 – 127 - [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20090707\\_1bvr116407.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20090707_1bvr116407.html) - acesso em 3 de fevereiro de 2011, tradução livre).

De fato, entre os objetivos que as pessoas geralmente perseguem com o casamento está a realização pessoal no plano emocional e afetivo, por meio da comunhão íntima de vida. Desde sempre os indivíduos procuram a estabilidade em seus vínculos emocionais, sendo que o simbolismo que cerca o casamento atende não somente a esse anseio, mas também aos demais efeitos decorrentes de um verdadeiro consórcio amoroso, nos quais igualmente estão contidas disposições patrimoniais. Por essa razão, o BVerfG afirmou que qualquer medida legislativa discriminatória jamais encontraria suporte constitucional para justificar diferenças de tratamento entre pares do mesmo sexo e pares de sexo diferente que pretendessem viver juntos, especialmente no que se refere aos direitos sucessórios e patrimoniais decorrentes dos vínculos estabelecidos.

Voltando ao Judiciário brasileiro, igualmente o TSE reconheceu um

# Superior Tribunal de Justiça

casal homossexual como uma entidade familiar, em decisão que confirmou a sentença de impugnação de candidatura de uma mulher que vivia em relação estável com a prefeita de uma cidade localizada na região norte do país (Tribunal Pleno, ED no REspe 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.10.2004).

Muito embora inicialmente o STJ tenha assentado entendimento idêntico ao conferido pelo acórdão recorrido, de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo deveriam ser compreendidas como sociedades de fato e não propriamente como entidades familiares (REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 6.4.1998; REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16.5.2005; REsp 773.136/RJ, de minha relatoria, DJ 13.11.2006; REsp 648.763/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.4.2007), tem esta Corte evoluído em sintonia com o dinamismo inerente à vida em sociedade. Dessa forma, na ausência de disposição legal a respeito do tema e, empregando-se a analogia como método integrativo da lei, os mais recentes precedentes do STJ acenam no sentido de que a parceria afetiva entre pessoas do mesmo sexo é capaz de gerar direitos e deveres, bem assim de produzir efeitos no universo jurídico, em identidade àqueles oriundos de diversa entidade familiar: a união estável (REsp 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.10.2006; REsp 820.475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Ac. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 6.10.2008; REsp 971.466/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 5.11.2008)

Assinale-se, ainda, em convergência com a evolução do entendimento desta Corte, precedente de minha lavra, no qual foi reconhecido, com base em idêntica fundamentação da acima declinada, o direito de companheiro homossexual sobrevivente à pensão *post mortem* deixada por integrante de previdência privada complementar (REsp 1.026.981/RJ, DJe 23.2.2010).

Ressalte-se, todavia, que em algumas hipóteses, as particularidades

inerentes a determinadas lides poderão conduzir a interpretações em sentido diverso daquele em relação ao qual acena a evolução jurisprudencial, sem, necessariamente, significar retrocesso ou reversão a posicionamentos ultrapassados. Assim ocorreu quando do julgamento do REsp 633.713/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 2.2.2011, que definiu apenas como sociedade de fato a união homossexual havida entre as partes, consideradas as especificidades intrínsecas àquele processo.

De qualquer forma, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis vigentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, a busca de uma solução jurídica deve primar pelo extermínio da histórica supressão de direitos fundamentais – sob a batuta cacofônica do preconceito – a que submetidas as pessoas envolvidas em lides desse jaez.

O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.

Assim sendo, as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser consideradas como entidades familiares desde que preencham os requisitos da afetividade, da estabilidade e da ostensibilidade.

Demonstrada, portanto, a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição

de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa união como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

Como se pode notar, as novas bandeiras do direito de família têm como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

E nessa evolução de mentalidade, deve o juiz permanecer atento às manifestações de farisaísmo, de intolerância ou de repulsa porventura reveladas em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e desarmamento de possíveis espíritos em conflito.

A defesa dos direitos em sua plenitude deve, portanto, fundar suas bases nos ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando inseriu no mundo jurídico os relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável, com expressa previsão legal. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Dessa forma, o uso da analogia para acolher as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no berço do direito de família, suprimindo, assim, a lacuna normativa, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhado da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

Sob essa ótica, intui-se o caráter de eticidade e de utilidade de uma normatização direcionada a responder aos anseios sociais de um novo tempo.

### **III. Da solução da lide.**

No processo em apreciação, da situação fática descrita no acórdão impugnado, insuscetível, portanto, de reexame, rescai, incontroversa, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, havida entre a recorrente e a falecida. Assim, permite-se que se avance no julgamento da questão submetida ao crivo deste Órgão Colegiado, aplicando-se, analogicamente, os preceitos normativos concernentes à união estável, para alcançar a hipótese, porquanto não expressamente contemplada na lei vigente.

A integração por meio do uso da analogia, a permitir que os efeitos do instituto da união estável abarquem essa outra forma de entidade familiar e carente de normatização – a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo –, desde que preenchidas as características definidas em lei para aquela modalidade familiar, conduz à assertiva de que não se exige a prova do esforço comum para a partilha do patrimônio adquirido a título oneroso na constância da relação.

Desse modo, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito da companheira sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome da falecida, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

Para finalizar, ao afirmar que **o afeto homossexual saiu da clausura, passando por guetos jurídicos, onde uma igualdade menos igual que a dos relacionamentos heterossexuais impera**, o Professor Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros encerra sua obra, com as seguintes considerações:

**Família é afeto e sentimento.**

**Independentemente da orientação sexual.**

**Sentimento e direito**, no atual estágio da travessia, **saem do armário**, reconhecendo, por força constitucional, que, de maneira livre, igual e digna, **qualquer maneira de amor vale a pena, qualquer maneira de amor valerá** (*A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 145. Sem destaques no original).

A comprovação da união afetiva entre L. M. DE F. e S. L., nos mesmos moldes exigidos pela legislação que rege o reconhecimento da união estável, permite o acolhimento da pretensão da recorrente, para fins de reconhecer e declarar dissolvida a referida união, além de determinar a partilha dos bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, em consideração à incidência, na hipótese, da presunção do esforço comum.

Forte nessas razões, **DOU PROVIMENTO** ao recurso especial, para reconhecer a união afetiva entre L. M. DE F. e S. L., pelo período de 1996 a 2003, declarar sua dissolução pela morte de uma das companheiras e determinar que seja realizada a partilha dos bens adquiridos a título oneroso, durante o período assinalado, sem necessidade de prova do esforço comum.

Por consequência, seguem invertidos os ônus sucumbenciais. Fixo os honorários advocatícios no valor de R\$ 14.000,00, que devem ser pagos pelo Espólio ao advogado da recorrente.

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## VOTO (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA(Presidente):

Srs. Ministros, todos nós aqui ouvimos esse voto bem lavrado da eminente Ministra Nancy Andrighi, que tem sido trazido ao Tribunal, à Turma, à Seção, posicionamentos arrojados até, no sentido de reconhecer a validade jurídica de situações não contempladas, ainda, pela lei.

Prestei atenção, profundamente, na leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, e eu queria apenas dizer o seguinte: a evolução dos padrões que regem a sociedade são variáveis; regras, valores são admitidos por sociedades, de acordo com o tempo e de acordo com o lugar.

Então, na longa história das relações entre homens e mulheres, a existência de relacionamento homoafetivo sempre existiu. A história cita esses exemplos. Na Antiga Grécia, na Roma Antiga era prática comum. No Oriente também. E havia uma aceitação, pela sociedade da época, que aquilo era, vamos dizer, comum, admissível. E até mesmo em certas sociedades, a própria sociedade helênica circunscrevia a figura da mulher como mera geradora, tanto é que no gineceu de um *domos* grego, aquele compartimento, o local reservado para as mulheres, ficava no íntimo da casa. A mulher mesmo não saía. Eram valores vigentes e havia relações homoafetivas abertas. Aquilo era perfeitamente admissível, basta ver a história de Roma Antiga e ficaremos conhecedores dessa realidade.

Posteriormente, esse tipo de comportamento foi proscrito, banido e até mesmo com consequências fatais para as pessoas que viviam sob essa relação homoafetiva. Ainda hoje, recentemente, trazendo isso para a modernidade, os jornais estão estampando, diariamente, situações de agressão a pessoas que

tenham essa opção sexual manifestada. Em São Paulo, na Avenida Paulista, tem acontecido isso com muita frequência, uma agressão gratuita, pelo fato de pessoas não admitirem essa escolha, da opção sexual.

Nós também participamos desse julgamento a que se referiu a eminente Advogada, da tribuna, do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Essa primeira questão foi trazida ao conhecimento do Tribunal em um caso advindo do Rio de Janeiro, em que se pedia expressamente - o pedido era expresso - que o Judiciário declarasse o reconhecimento de uma união homoafetiva como se fosse uma união estável. Por quê? Porque o par amoroso era constituído por um cidadão brasileiro que se uniu a um cidadão canadense e, no Canadá, essa união tinha, por via legislativa, sido autorizada. E, com a vinda do seu par para o Brasil, pretendia-se a concessão de um visto permanente, e este visto permanente estava lastreado num pedido do reconhecimento dessa união estável. O que ocorreu é que em Primeiro Grau o processo não foi sequer conhecido pelo mérito, porque se entendeu que havia impossibilidade jurídica do pedido por ausência de fundamentação legal. E isso foi mantido e ascende, então, ao Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento – e isso ocorreu na Quarta Turma e eu fazia parte dessa Turma –, o eminente Relator, Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, leu o seu voto no sentido de dizer que havia possibilidade jurídica do pedido e que o Judiciário deveria se pronunciar a respeito. Os votos divergentes, dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, foram no sentido de que não, e eu, como integrante da Turma, também acompanhei o voto do Sr. Ministro Antônio de Pádua, dizendo que aquela situação não tinha previsão legal, mas poder-se-ia aplicar as disposições do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece que, diante de uma situação que não tem previsão legal, mas tem raízes fáticas, o Judiciário deveria decidir pelo mérito. De forma que, ocorrido esse empate, aguardou-se o provimento da vaga, e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, desempatando essa controvérsia, acabou também reconhecendo a possibilidade do exame do mérito.

Então, vejam, nem ainda afrontamos o mérito.

Mas também, aqui, na jurisprudência desta Casa e de todo o Brasil, a possibilidade de se usufruir dos benefícios previdenciários é reconhecida – a pensão, os benefícios da previdência. E o próprio Ministério da Previdência já emitiu resoluções, no sentido de orientar a obtenção desses benefícios a pessoas homoafetivas, que constituem uma relação afetiva. Trata-se, evidentemente, de um trabalho que resultou da jurisprudência. Doutrina e jurisprudência, bem como

analogia e costume, são fontes secundárias do Direito; e a fonte primária do Direito é a lei. Então, não temos ainda uma lei.

Mas, rememorando também um ensinamento de Miguel Reale – que aqui foi lembrado da tribuna, ressaltando o papel da jurisprudência –, com sua Teoria Tridimensional do Direito, sustentou que o Direito resulta desses três pilares de sustentação: fato, valor e norma. Este fato existe, de fácil constatação; sempre existiu, não é de hoje. O valor. O que a sociedade admite a respeito disso? Num passado remoto, admitia-se; num passado um pouco mais próximo, Idade Média, isso foi banido. Ainda resquício disso temos, hoje, nos noticiários dos jornais. Mas, a valoração está nessas seguidas manifestações da jurisprudência, no sentido de construir um dado tendente a alicerçar a fonte primária do Direito, que é a lei.

Então, com todo respeito ao posicionamento da Sra. Ministra Nancy Andrighi, no sentido de, através desse brilhante voto, Sua Excelência transferir o objetivo desse processo, que era a extensão patrimonial, para, daí nós dizermos que isso já se transporta para o ramo do Direito de Família, estabelecendo isso como uma união estável, penso que é ousado, porque não temos essa lei.

Então, temos de partir de conceitos de categorias. Existe uma categoria jurídica, que é a entidade familiar. Esta entidade familiar, que é uma categoria... A categoria é abrangente. Vamos encontrar, dentro dessa categoria, diversas espécies: casamento, mais recentemente a união estável e, agora, fala-se em união homoafetiva.

Ministro MASSAMI UYEDA

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## VOTO (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA(Presidente):

O que é que caracteriza, então, a diferença dessas espécies?

No casamento, pressupõe a participação de duas pessoas de sexo diverso: homem e mulher - se vivem bem ou vivem mal é outra questão -, mas é o que o Direito vigente sempre reconheceu até que, posteriormente, a própria sociedade, visando à dar uma orientação normativa, por lei, reconheceu a figura da união estável.

A união estável pressupunha exatamente, também, duas pessoas de sexo diferente: homem e mulher, que, não podendo ter o casamento, mas as relações afetivas, com filhos, com consequências patrimoniais, apontavam para a necessidade de uma normatividade. E isso foi feito.

Estamos, agora, diante de uma espécie de entidade familiar, que é a união homoafetiva. A união homoafetiva pressupõe a união, o relacionamento amoroso entre pessoas do mesmo sexo: homem e mulher.

Por meio desse processo em que se pleiteia irradiação patrimonial, nós já começamos a dizer que essa união homoafetiva ascende à figura da união estável, e estamos contrariando a natureza. Por isso é que a grande dificuldade, no meu modo de entender, com todo respeito - eu estive analisando isso quando proferi aquele voto - é que não se há falar em casamento de pessoas do mesmo sexo, porque casamento é uma palavra cuja acepção implica, necessariamente, na participação de pessoas de sexo diverso. E a união estável também.

Então, com o que nos deparamos? Deparamo-nos com um fenômeno que é característico à denominação das coisas pela insuficiência de palavras. Agustín Gordillo, que é um grande Publicista, no seu Livro "Introdução ao Estudo do Direito Público", diz o seguinte: "Nós podemos colocar o ruído que

# *Superior Tribunal de Justiça*

quisermos às coisas, mas essas coisas que existem, objetivamente, não serão alteradas pelo nome, mas pela sua natureza."

O exemplo que ele dizia era assim: imagine-se uma garrafa de cerveja em formato tradicional, a cerveja que se imagina, garrafa de cerveja. Se se despejar o conteúdo da cerveja e nela introduzir água ou gasolina, não é porque aquele continente contém um conteúdo diverso, que aquela garrafa passará a ser garrafa de cerveja.

Temos que imaginar o seguinte: na tratativa normativa vai ter que se dar um outro nome a essa figura que não é nova, é velha; é tão velha quanto a história da humanidade. Como denominar a união entre pessoas de mesmo sexo? União estável? Não. Casamento? Não. Então, será uma união homoafetiva, quer dizer, é um novo termo. E aí estamos dando um nome certo àquela realidade. Essa realidade sempre existiu, só que não tinha essa valoração. No passado havia, como eu disse. Em Roma antiga, Grécia antiga, civilizações antigas admitiam. E, nessas civilizações não existiam regras escritas, o Direito escrito surge só posteriormente.

Agora, como estamos na "modernidade" - não sei se estamos bem na modernidade -, temos que nos cingir ainda, com todo respeito, Sra. Ministra Nancy, à irradiação patrimonial e reservar esse tema, que é objeto, inclusive, da nossa mais alta Corte, que este ano consta que irá julgar essa questão das uniões homoafetivas como entidade familiar ou como casamento, porque isso implica em mudança constitucional, inclusive. E, nós, então, embora não sejamos legisladores, estamos criando uma consequência legislativa no caso concreto e, nesse caso concreto, reconheço os efeitos patrimoniais de pessoas que conviveram, de mesmo sexo, com essa relação homoafetiva, que, falecido um dos partícipes, em nome de quem estão os bens, por uma questão de equidade, por uma questão de justiça, contemple-se o outro partícipe, que ficou remanescendo.

E, no tocante à presunção de que há participação na colaboração, isso é objetivo, porque a construção de um patrimônio, poder-se-ia dizer que, no casamento, sempre se pensou: a mãe, a esposa, fica em casa, cuida da prole, enquanto o marido vai trabalhar. Mas não é bem assim, há situações em que o próprio casal não tem filhos; há outras situações, que podemos encontrar, que o marido é que fica em casa e a mulher sai para trabalhar. Não, não se está falando nisso. A contribuição para a formação do patrimônio, seja do casal pelo casamento, do casal pela união estável, do casal pela união homoafetiva, dá-se exatamente por essa segurança emocional que o afeto, o amor entre as pessoas, irradia.

Concordo integralmente com o voto de Sua Excelência, nessa parte

# *Superior Tribunal de Justiça*

que irradia o efeito patrimonial, dando a meação, mas a partir do início desse relacionamento amoroso, porque senão, se abríamos, embora Sua Excelência tenha ressaltado que, durante a convivência desse relacionamento... Na ementa não está assim. Na ementa dá a ideia de que essa meação vai pegar todo o patrimônio.

Então convém, talvez, se Sua Excelência assim concordar, digamos, nessa parte da irradiação patrimonial ressaltar que a partir de quando começou esse relacionamento, porque, se o regime legal, atualmente, do casamento, que é uma das espécies dessa entidade familiar, dispõe que, na ausência de manifestação em contrário, o casamento é pela comunhão parcial, ao contrário do que acontecia no passado...

Ministro MASSAMI UYEDA

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

VOTO (3)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA(Relator):

A partir desse início, e, no tocante a essa extensão do voto, a dizer que estamos já afirmando a união estável, eu me permitiria divergir dessa parte.

Esse é meu voto, no sentido de acompanhar, em parte, o voto da eminente Relatora.

Ministro MASSAMI UYEDA

# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:  
Bom, não sei. O voto de Vossa Excelência é tão extenso.

Ministro MASSAMI UYEDA

# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## ESCLARECIMENTOS (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:  
Não, Vossa Excelência acaba dizendo bem no voto, mas na ementa  
não chega a essa conclusão.

Ministro MASSAMI UYEDA

# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## ESCLARECIMENTOS (3)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Quero também cumprimentar a eminente Advogada, que, com muito propriedade, fez sua sustentação e deixar ressaltada a minha admiração pela cultura de Vossa Excelência, Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aliás, se não tivéssemos magistrados ou magistradas como Vossa Excelência, estaríamos estagnados no tempo.

Ministro MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0044989-0

**REsp 930.460 / PR**

Números Origem: 175784402 175784403

PAUTA: 08/02/2011

JULGADO: 08/02/2011  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União Estável ou Concubinato

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr(a). **ROGÉRIA DOTTI**, pela parte RECORRENTE: L M DE F

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, dando provimento ao recurso especial e o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, dando parcial provimento, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS).

Brasília, 08 de fevereiro de 2011

**MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**  
Secretária

**RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : L M DE F  
**ADVOGADO** : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : S L - ESPÓLIO  
**REPR. POR** : B L - INVENTARIANTE  
**ADVOGADO** : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:**

**I. ESCLARECIMENTO PRELIMINAR.**

1.- Meu voto inicialmente divergiu do voto da E. Relatora, por entender que o Recurso Especial não podia merecer amparo no âmbito da interpretação infraconstitucional, da competência deste Superior Tribunal de Justiça, pois, para a lide se colocava em termos de interpretação da Constituição Federal, reservada ao C. Supremo Tribunal Federal, ou ao âmbito do Poder Legislativo.

2.- Enquanto se aguardava a reapresentação do caso a julgamento, ante pedido de vista formulado por E. integrante desta Corte, sobreveio julgamento do C. Supremo Tribunal Federal, admitindo, em termos de interpretação da Constituição, afastando o obstáculo do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (STF-ADI 4277/DF e ADPF 132/DF, Peno, 5.5.2011, Rel. Min. AYRES BRITO, votação unânime).

3.- Na Sessão de Julgamento seguinte, portanto, afastado o óbice constitucional pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal, revi meu voto, concordando com o voto da E. Relatora, da mesma forma em que concordaram os demais E. Ministros que ainda estavam por votar – à exceção do E. Min. Vasco Della Giustina, que, já tendo antes proferido voto acompanhando meu voto divergente, não teve oportunidade de novamente se manifestar, por não mais integrar o órgão julgador.

4.- Para efeito de documentação processual, reproduzo a seguir o voto que havia proferido, então divergente, mas, posteriormente, reconsiderado, do julgamento do C. Supremo Tribunal Federal antes referido, para, ao final, acompanhar o voto da E. Relatora.

## **II. VOTO ANTERIOR, AO FINAL RECONSIDERADO.**

(...)

“8.- Resistindo ao fascínio das digressões psicológicas, sociológicas, políticas e outras, que a profunda questão humana enseja, mas que são mais apropriadas aos profissionais de cada uma das áreas do saber humano envolvidas, deve a análise jurisdicional da matéria ater-se à área jurídica, reservando-se aos especialistas profissionais aludidos o fornecimento de elementos aos legisladores para que manifestem, legislativamente, o sentir da sociedade nacional sobre a matéria.

“Além disso, deve o presente julgamento ater-se ao âmbito infra-constitucional da matéria, restando-lhe de invadir a competência do C. Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente incumbido da interpretação da Constituição Federal.

“Deve-se reservar, portanto, para o posicionamento da própria sociedade, por intermédio das Casas Legislativas, e para o julgamento do C. Supremo Tribunal Federal, o embate de argumentos relevantes, relativamente às condições de realização da felicidade humana, dignidade das pessoas, não-discriminação por preferências sexuais, igualdade de direitos, enfim, a variada gama de considerações que o debate da matéria chama ao debate.

“9.- No âmbito da competência deste Tribunal, de natureza infra-constitucional, o julgamento obriga-se a respeitar o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que diz:

“§ 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”.

“Como se vê da letra da Constituição, somente se caracteriza como união estável a união entre o homem e a mulher, não havendo, no texto constitucional, abertura para que, por interpretação infra-constitucional, se reconheça a união homoafetiva na categoria jurídica da união estável.

“Tanto é assim que, segundo o texto constitucional, é reconhecida a união estável como instituição que possa ser convertida em casamento (CF, art. 226, § 3º, parte final).

“E o casamento, na disciplina do Código Civil/2002, sempre pressupõe, expressamente, a união de homem e mulher, não havendo espaço para interpretação de modo a abranger a união homossexual (CC/2002, arts. 1517 e 1565).

“Por isso é que o art. 1723 do Cód. Civil/2002, regrando os requisitos da união estável no país, expressamente exige a diversidade de gênero, dispondo:

# Superior Tribunal de Justiça

“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”

“O sistema finda, de forma expressa, exigindo, no art. 1º da Lei 9278, de 10.5.1996, o relacionamento de homem e mulher para o reconhecimento da união estável como entidade familiar:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

“Como se vê, tecnicamente não há como, sem violência ao sistema jurídico, a partir do texto constitucional, que não compete a este Tribunal, reservado à interpretação da norma infra-constitucional, questionar, concluir no sentido do reconhecimento da configuração do instituto jurídico da união estável por parte de união homoafetiva.

“10.- Não se ignora que vários Estados adotaram a regra da permissão do casamento homossexual, instituindo-o como modalidade de união situada no âmbito do Direito de Família. Mas o fizeram por lei, não por criação jurisprudencial, em confronto com o texto constitucional expresso, quando existente.

“É preciso atentar às peculiaridades do tratamento da matéria por esses países. Tomando-se a enumeração vinda no voto da E. Relatora, admita-se que se tenham instituído o casamento homossexual por lei, votada pelo Legislativo e promulgada pelo Executivo, não por interpretação judicial, a Dinamarca, a Holanda, a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Islândia, a Espanha, a Bélgica, a Alemanha, a Croácia, a Grã-Bretanha, a Suíça, Portugal, Cidade do México, Província de Buenos Aires na Argentina e Uruguai. No Canadá, a Corte Suprema admitiu a constitucionalidade de leis provinciais, como as do Quebec e de Ontário, não impondo, contudo, a modalidade a todas as províncias.

“Atente-se a que o direito aos institutos jurídicos do casamento homossexual e da união estável homossexual não se sobrepõem aos textos constitucionais de cada um dos Estados, em decorrência do disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, nem de Diretivas e Resoluções da União Européia (Bruxelas), ou de seu Tribunal de Justiça (Luxemburgo), ou do Parlamento Europeu, ou, ainda, de julgamentos da Corte Européia dos Direitos Humanos (Estrasburgo).

“Tanto é assim que o mais recente julgamento internacional sobre a matéria, recentíssimo julgamento do Conselho Constitucional da França, um dos países mais ativos no respeito aos direitos humanos do mundo, com admirável e destacada atuação de opinião pública, veio a negar a judicialização da decisão a respeito da exigência da diversidade sexual para o reconhecimento jurídico da união, concluindo, expressamente, a Corte Constitucional do país, que o debate e o regramento do assunto deve reservar-se para o Poder Legislativo, sendo indevida a usurpação legislativa pelo Poder Judiciário.

“Com efeito, o Conselho Constitucional francês julgou, na *Decision 2010-92-QPC*, de 28.1.2001:

“(…)

“5. Considérant qu’aux termes de l’article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant “l’état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les

# Superior Tribunal de Justiça

successions et libéralités'; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit

(...)

"6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle; que lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant;

"7. Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel;

(...)

"8.- Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution qui dispose: 'La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement'; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique que le droit de se marier pour les couples du même sexe; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale;

"9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi 'doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse'; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon inégale le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples du même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté"

(...)

"DÉCIDE:

"Art. 1er – Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution".

"11.- Outras Convenções e, entre nós, seus Decretos Regulamentadores, são apenas programáticos, em boa hora impulsionando os Estados participantes a instituir programas de anti-discriminação de gênero e garantia de acesso à ordem jurídica, nos termos da legislação, não fulminando, contudo, textos constitucionais e infra-constitucionais em usurpação da atividade legislativa de cada Estado.

"12.- O mais a que se deve atentar nessa matéria são as manifestações de

opinião, algumas das quais as mais abalizadas, inclusive em obras doutrinárias de respeito, entre as quais as citadas pelo substancial voto da E. Relatora.

“Igualmente precedentes, lembrados pela Recorrente e pelo voto da E. Relatora, relativos a questões previdenciárias, securitárias, guarda de crianças e adolescentes, não atingem o âmago da questão ora em julgamento – que é, repita-se, a da declaração da legalidade da união estável homossexual, equiparada a casamento, e, nos termos da Constituição e da Lei, tendente a transformar-se em casamento, o que não permitido pela Constituição e pela lei civil.

“A matéria, decididamente, reserva-se ao debate e decisão legislativa e, no âmbito constitucional, ao C. Supremo Tribunal Federal, não a este Superior Tribunal de Justiça.

“O Poder Legislativo, aliás, não está desatento ao debate e caminha para a solução legislativa da matéria, registrando-se a existência de Projetos de Lei a respeito, entre os quais os Projetos de Lei 1151/95, 52/99, 580/07 e 2285/07, referidos pelo voto da E. Relatora.

“É bom lembrar, ademais, que necessária a reflexão e a disposição legislativa a respeito de consequências e limites da eventual instituição do casamento ou da união estável homoafetiva, pois envolve, a matéria, não apenas a tese central da admissibilidade, ou não, da união estável homoafetiva, mas também de seus requisitos e consequências, inclusive, eventualmente, o alcance no tocante a direitos e deveres e a transmissão patrimonial “causa mortis”, sobre que, aliás, se controverte nestes autos.

“Fica a pergunta: se o debate está já no Supremo Tribunal Federal e no Poder Legislativo, por quê atropelá-lo, no âmbito infra-constitucional? Melhor, sem dúvida, o aguardo, nesta Corte, para que, das instâncias últimas da normatividade constitucional, venha a segurança jurídica para toda a sociedade brasileira, especialmente para o maior respeito aos seres humanos diretamente envolvidos no debate e em suas consequências concretas.

“13.- Os paradigmas trazidos a contrastamento são diversos do caso presente – bastando ver, aqui, a presença da questão sucessória, de modo que não há como amparar o Recurso Especial com fundamento na letra “c” do dispositivo constitucional.

“14.- Pelo meu voto, rogando venia ao entendimento da E. Ministra Relatora, nega-se provimento ao Recurso Especial.”

5.- Aos fundamentos constantes de meu voto acima transcrito, ajuntei os fundamentos alinhados em parecer da Procuradoria, oferecido pelo E. Subprocurador Geral JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA (Resp 1199667-MT), os quais afastavam, a meu ver com irresponsável segurança, os argumentos da existência de lacuna na lei, ao mesmo tempo em que realçavam que a lei, quanto ao assunto, em vez de possuir lacuna, ao contrário, expressamente regulava, em sentido contrário à admissibilidade da união estável homoafetiva no Direito

Brasileiro, além de aduzir outros fundamentos da maior relevância.

6.- A título de ilustração, lembrei que a Corte Constitucional alemã não reconheceu a validade de união estável homossexual, mas, ao contrário, interpretando o mandamento da igualdade (*Gleichheitsgebot*, Art. 3º GGz, a Constituição Alemã) a legislação especial de regência, concluiu que a espécie configura uma outra situação, diferente da união “tradicional”, relativa à união pelo casamento ou não entre o homem e a mulher, outorgando, à união homossexual, proteção no tocante a tributos e patrimônio, mas não afirmando a união estável homossexual equiparada a casamento (ver várias decisões da Corte Constitucional em [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717\\_1bvf000101.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717_1bvf000101.html) e, ainda, cf. KARLHEINZ MUSCHELER, “*Das Rechts der Eingetragenen Lebenspartnerschaft*”, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2001, p. 34, 51, *passim*).

### **III. VOTO DEFINITIVO.**

7.- Superado, contudo, o óbice constitucional, pelo julgamento do C. Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos (STF-ADI 4277/DF e ADPF 132/DF, Pleno, 5.5.2011, Rel. Min. AYRES BRITO), reconsiderarei o posicionamento anteriormente exposto e acompanhei integralmente o voto da E. Relatora.

Ministro SIDNEI BENETI

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0044989-0

**REsp 930460 / PR**

Números Origem: 175784402 175784403

PAUTA: 08/02/2011

JULGADO: 15/02/2011  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERALDI E OUTRO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União Estável ou Concubinato

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Aguarda o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS).

Brasília, 15 de fevereiro de 2011

**MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**  
Secretária

**RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : L M DE F  
**ADVOGADO** : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : S L - ESPÓLIO  
**REPR. POR** : B L - INVENTARIANTE  
**ADVOGADO** : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:**

Eminentes colegas.

Pedi vista dos autos em função da afetação para a Segunda Seção do julgamento do Recurso Especial nº 1.085.646/RS, relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, em que se discutia o mesmo tema, tendo sido iniciado o julgamento no mês de fevereiro e concluído na sessão do dia 11 de maio de 2011, reconhecendo-se, por maioria, a união homoafetiva como entidade familiar e determinando-se a aplicação, por analogia, do mesmo regime jurídico da união estável até ulterior deliberação do Congresso Nacional.

Acrescento apenas que este voto já estava pronto antes do julgamento pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal da ADI nº 4277/DF e da ADPF nº 132/DF, na sessão plenária de 05 de maio de 2011, em que, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, superando o óbice do § 3º do art. 226 da CF/88.

Esse histórico precedente, alcançado por decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, acaba por afirmar a existência de uma lacuna na legislação infraconstitucional, cuja supressão compete a esta Corte.

Assim, a polêmica do presente processo situa-se exatamente em estabelecer o regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas no Direito

brasileiro.

A matéria não é nova nesta Corte, tendo sido admitida, **em tese**, no julgamento do Recurso Especial n. 820.475/RJ.

O presente caso, porém, vai além, pois busca estabelecer os efeitos concretos da proteção jurídica a ser conferida à união homoafetiva no que tange à partilha de bens.

A controvérsia reside em estabelecer o regime jurídico a ser utilizado na partilha dos bens adquiridos na constância da união homoafetiva.

Os excelentes votos que me antecederam aparentemente chegaram a um resultado semelhante quanto ao resultado final.

Há uma profunda divergência, entretanto, quanto aos seus fundamentos, especialmente quanto ao regime jurídico a ser utilizado.

A questão deve ser resolvida à luz do Direito Família, como pretende a Ministra Nancy, aplicando analogicamente o regime jurídico da união estável? Ou a questão deve ser resolvida com base nas regras gerais do Direito Civil relativas à sociedade de fato?

O grande óbice à atribuição de efeitos à união homoafetiva no âmbito do Direito de Família, agora superado pela histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, seria o enunciado normativo do § 3º do art. 226 da CF/88, *verbis*:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.*

*§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.*

*§ 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.*

*§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

*§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)*

*§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

*§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

Concordo plenamente com a decisão de nossa Corte Constitucional.

A interpretação literal desse enunciado normativo aparentemente conduziria à impossibilidade jurídica de reconhecimento da união homoafetiva no âmbito do Direito de Família.

Pondere-se, porém, que, na hermenêutica jurídica, o método literal é apenas o início da interpretação de um enunciado normativo, devendo-se prosseguir com a utilização de outros métodos para se alcançar a regra de direito aplicável a um determinado caso.

No caso, a construção dessa regra de direito deve partir de uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da regra constitucional, já que a Constituição Federal é um sistema dinâmico de normas e valores, não se podendo parar o processo interpretativo no texto estático de apenas um dos seus enunciados elaborado há mais de vinte anos.

Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito, lembrava que o direito é fato, valor e norma, enfatizando que essa visão tridimensional aplica-se não apenas ao legislador, quando elabora as leis, mas também ao juiz quando as aplica.

Mais, as regras colocadas no ordenamento jurídico não são estáticas, mas dinâmicas, devendo ser atualizadas para atender às novas demandas sociais,

pois os fatos sociais insistem em não se amoldar à moldura rígida das normas jurídicas.

A missão da jurisprudência é exatamente estabelecer essa sintonia entre os novos fatos e o direito ao longo do tempo sem exigir uma interferência constante do legislador.

No caso em questão, deve-se ponderar que a noção de família, antes de ser um conceito jurídico, é um fato social em constante evolução no tempo e no espaço.

Nesse ponto, quanto à evolução dos fatos e dos valores sociais acerca desse delicado tema, os minuciosos votos dos eminentes colegas praticamente esgotaram a matéria.

A Ministra Nancy, em seu voto, chamou a atenção para a nossa atual realidade em que temos diversos modelos de famílias, convivendo harmonicamente dentro da sociedade.

O Ministro Massami, em seu voto na Terceira Turma, chamou a atenção para os aspectos históricos das uniões homoafetivas.

O Ministro Benetti centrou-se no Direito comparado, destacando decisão recente da Corte Constitucional francesa.

Penso que, no aspecto histórico, é importante destacar, ainda, a evolução do Direito de Família nos últimos quarenta anos, abrangendo o período anterior e posterior à Constituição Federal de 1988, sendo, aliás, a dimensão temporal da nossa experiência jurídica.

O CC/16 adotava uma posição bastante conservadora centrada na família tradicional, não admitindo nem mesmo o divórcio, apenas o chamado desquite, com todo o preconceito que envolvia as pessoas desquitadas.

Em 1977, após a flexibilização do quórum legislativo para as emendas constitucionais, admitiu-se, mediante Emenda Constitucional do Senador Nelson Carneiro, o divórcio no Brasil.

# *Superior Tribunal de Justiça*

A introdução do divórcio no Brasil sempre teve grande resistência dos setores mais conservadores da sociedade, pois poderia determinar o esfacelamento da família brasileira.

Em seguida, foi editada a chamada Lei do Divórcio (Lei n. 6515/77), que se constituiu em importante instrumento de modernização do Direito de Família brasileiro.

A preocupação, então, passou a ser com o concubinato, ensejando acaloradas discussões jurisprudenciais, como a presente, acerca do regime jurídico a ser utilizado, culminando com a edição de súmula pelo STF (**Súmula nº 380**: *Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*).

A Constituição Federal de 1988, buscando superar essas discussões, mediante o enunciado normativo do § 3º do art. 226, deixou claro que o concubinato, que passou a ser chamado posteriormente de união estável, era uma entidade familiar e deveria receber proteção do Estado semelhante à conferida ao casamento tradicional.

Em seguida foi editada a Lei nº 8971/94, seguida da Lei nº 9278/96, regulando os efeitos jurídicos da união estável.

Naturalmente, as discussões prosseguiram, afirmando-se que não havia mais necessidade do casamento, pois a união estável conferia mais direitos aos companheiros, entregando-se à jurisprudência a solução de delicadas questões relativas à união estável, que têm chegado, com frequência, a esta Corte.

Nesse contexto, entrou em vigor o CC/2002, que não trouxe nenhuma contribuição significativa para a tema em questão.

Tomei a liberdade de fazer esse breve retrospecto da histórica recente do Direito de Família brasileiro para lembrar que as discussões jurídicas, decorrente dos preconceitos sociais, têm sido uma marca nesse delicado campo,

em face da carga ideológica que se liga à aceitação dos novos modelos de entidades familiares.

Foi assim com o desquite, com o divórcio, com o concubinato, com a união estável e está sendo agora com a união homoafetiva.

A discussão do momento é o regime jurídico da união homoafetiva, também marcada por uma imensa carga de preconceito social, que somente agora começa ser atenuado pela sociedade brasileira.

Isso explica o silêncio da Constituição Federal de 1988 em relação às uniões homoafetivas.

O importante, porém, é que a CF, em momento algum, proíbe a proteção a outras modalidades de entidades familiares, como as uniões homoafetivas.

Mais, em uma interpretação sistemático-teleológica da Constituição Federal, especialmente à luz da tutela conferida aos direitos fundamentais, verifica-se que não há qualquer incompatibilidade com os seus princípios fundamentais.

Pelo contrário, não se discute que a união homoafetiva é uma relação perfeitamente lícita em nosso sistema jurídico, havendo apenas uma lacuna em torno da sua regulamentação.

A Constituição Federal, em seu Preâmbulo, já deixa claro os grandes valores balizadores da nossa ordem social, econômica e jurídica, *verbis*:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*

Portanto, o legislador constituinte deixou claro que formamos um Estado Democrático de Direito, enfatizando tratar-se de uma sociedade democrática, fraterna, pluralista e sem preconceitos, devendo-se, conseqüentemente, respeitar as diferenças entre as pessoas e os grupos sociais.

Esse preâmbulo ajuda a compreender o enunciado do art. 1º que, ao indicar os princípios fundamentais desse Estado Democrático de Direito, conferiu uma especial ênfase à dignidade da pessoa humana:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I - a soberania;*

*II - a cidadania;*

***III - a dignidade da pessoa humana;***

*IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*V - o pluralismo político.*

E, em seu art. 5º, ao elencar a ampla gama de direitos e garantias individuais, assegurou a igualdade de todos perante a lei, vedando qualquer discriminação por idade, cor, sexo, religião etc.

Assim, o enunciado do art. 226 deve ser interpretado à luz desses valores e princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Em sede doutrinária, tive oportunidade de realizar breve estudo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana por ocasião da pesquisa desenvolvida para minha Tese de Doutorado (*Princípio da reparação integral*):

*indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113).

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor maior de uma ordem jurídica é fruto de lenta evolução histórica que perpassou pelos planos religioso e filosófico até alcançar consagração no plano jurídico com a sua positivação como norma fundamental nas principais constituições contemporâneas.

A dignidade da pessoa humana constitui, entretanto, conceito com contornos indefinidos, desafiando filósofos, teólogos e juristas a tentar estabelecer o seu conteúdo.

Na religião, a idéia de dignidade humana está presente na Bíblia, tanto no Antigo como no Novo Testamento, pois, tendo sido o homem criado à imagem e semelhança de Deus, possui um valor próprio, “que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 103).

Tércio Sampaio Ferraz afirma que “a personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antigüidade, entre cidadãos e escravos”, acrescentando que, “com a expressão *pessoa* obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens considerados iguais perante Deus” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 155).

Agostinho, com a filosofia patrística, estabelecendo uma síntese entre as culturas greco-romana e judaico-cristã, afirma a noção da pessoa como subjetividade, dotada de um valor em si mesma.

Tomás de Aquino faz expressa referência a uma *dignitas humana*, como uma dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo, ressaltando não apenas a sua relação com Deus, mas também a autodeterminação de cada pessoa, ou seja, a necessidade de que cada um tenha uma ação compatível com essa dignidade.

Na Renascença, o filósofo e humanista italiano Giovanni Pico della

Mirandola, embora ainda mantendo o vínculo religioso, passa a ligar a dignidade da pessoa humana à racionalidade do homem e à sua capacidade de autodeterminação (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31-32).

A palavra dignidade (*dignitas*) foi historicamente associada, desde Roma, à honra pública, ao mérito, ao prestígio ou ao cargo, mas faltava estabelecer a sua ligação com a *humanitas*.

Coube a Kant fazer essa ligação, estabelecendo os fundamentos filosóficos da noção moderna de dignidade humana, com a introdução do princípio da humanidade e a sua afirmação como imperativo prático: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Estabelece a autonomia ética do ser humano como fundamento da dignidade da pessoa humana, que não pode ser tratado como objeto nem mesmo com o seu próprio consentimento. Afirma o filósofo que, “no reino dos fins, tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**”, prosseguindo: “Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 69).

Kant complementa essa distinção entre preço e dignidade: O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento*; aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si

mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, *dignidade*. Por isso, o homem nunca deve ser tratado como meio, mas como um fim em si mesmo (P. 77).

A filosofia kantiana teve grande influência sobre os juristas alemães do século XIX e, particularmente, sobre Savigny a quem Larenz atribuiu a sua transposição para o Direito (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 422).

A valorização efetiva da dignidade humana, como princípio jurídico, entretanto, opera-se apenas após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência das atrocidades e das graves violações dos direitos humanos cometidas no seu curso.

Além da afirmação constante no Preâmbulo da **Carta das Nações Unidas** (“dignidade e valor do ser humano”) e, posteriormente, no art. 1º da **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948), aprovada pela ONU (“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”), a **Constituição italiana**, de 1947 (“*Art. 3º - Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião, política e condições pessoais e sociais.*”) e a **Lei Fundamental de Bonn**, de 1949 (*I.1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.* ), entre outras, consagram, expressamente, a dignidade humana como valor intangível.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, além de consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), faz referência a ela, em vários momentos, como, na ordem social, a necessidade de ser ela respeitada nas políticas públicas relativas ao planejamento familiar (art. 226, § 6º) ou à proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), bem como, na ordem econômica, enfatizando que ela tem por finalidade assegurar uma existência digna (art. 170,

caput).

Essa consagração constitucional representa o reconhecimento pelo nosso ordenamento jurídico da dignidade da pessoa humana, na bela síntese de Judith Martins-Costa, “como valor-fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico” (*Pessoa, Personalidade, Dignidade: ensaio de uma qualificação*. 2003. Tese (Livre- Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 147 e 158).

Assim, a dignidade da pessoa humana, fundada no homem como razão e vontade, é reconhecida definitivamente nos sistemas jurídicos modernos como valor-fonte, como fundamento, como conceito jurídico indeterminado e, finalmente, como princípio jurídico.

Ressalte-se que não é o ordenamento jurídico que outorga o direito à dignidade humana, havendo apenas um reconhecimento da sua importância e da necessidade de sua proteção em sede constitucional.

Por isso, não é apropriado dizer que exista um “direito à dignidade”, mas, sim, um “direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo falar-se de um direito a uma existência digna” (SARLET, Ingo Wolfgang. (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72).

Assim, contrastando-se o enunciado do § 3º do art. 226 da CF/88 com os direitos fundamentais regulados pela própria Carta Magna, particularmente com a dignidade da pessoa humana, a conclusão é no sentido de que, na realidade, não se tem um óbice constitucional, mas uma lacuna em nossa legislação acerca do regime jurídico da união homoafetiva, conforme corretamente ponderado em seu voto pelo Min. Luis Felipe Salomão no julgamento da Segunda Seção.

Assim, afastado o óbice constitucional, compete a esta Corte estabelecer,

# Superior Tribunal de Justiça

em sede infraconstitucional, como superar essa lacuna.

Exige-se desta Corte a integração da ordem jurídica para evitar o chamado “non liquet”, fixando o regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas.

Na ausência de lei específica, a solução deve ser buscada mediante a utilização dos instrumentos de integração da ordem jurídica, insculpidos na Lei de Introdução ao Código Civil, que, em seu art. 4º, estatui:

*Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

A supressão dessa lacuna deve ser feita com a utilização da analogia, que, na dicção de Carlos Maximiliano, “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo; Saraiva, 1993, nº 238, p. 208).

Aplica-se, em outras palavras, uma norma jurídica destinada a uma situação jurídica determinada para uma outra relação jurídica que não encontra positividade expressa no ordenamento jurídico.

Na legislação brasileira, os diplomas normativos que permitem, por analogia, a regulamentação da união homoafetiva são exatamente aqueles que regulam a união estável, inicialmente a Lei nº 8971/94 e, posteriormente, a Lei nº 9278/96, além do art. 1723 do Código Civil de 2002.

Não significa dizer que a união homoafetiva seja sinônimo de união estável.

Pelo contrário, são modalidades distintas de entidades familiares em nossa sociedade, mas que têm como ponto comum o fato de estarem centradas no afeto entre os seus integrantes, conforme corretamente ponderado pelo Min. João Otávio de Noronha em seu voto no julgamento da Segunda Seção.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Exatamente por isso é que não se pode utilizar simplesmente o regime jurídico da sociedade de fato para efeito de partilha dos bens, pois a união homoafetiva deve receber tratamento de entidade familiar, o que ela efetivamente é.

Desse modo, os regimes jurídicos devem ser os mesmos até que o legislador brasileiro estabeleça uma legislação própria para a união homoafetiva.

Assim, deve-se reconhecer que o regime jurídico atualmente aplicável às uniões homoafetivas é o mesmo da união estável até que o legislador brasileiro supra a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico.

Encerro lembrando a lição de Raymond Saleilles, em seu Prefácio à célebre obra de François Geny, um dos mestres da interpretação criativa do Código Civil francês, de 1804, quando, no final do Século XIX, preconizava que se deveria ir mais além do Código Civil, mas pelo Código Civil (SALEILLES, Raymond. Préface. In: GENY, François. *Méthode D'interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. Paris: Librairie Générale de droit e jurisprudence, 1954. p. XXV).

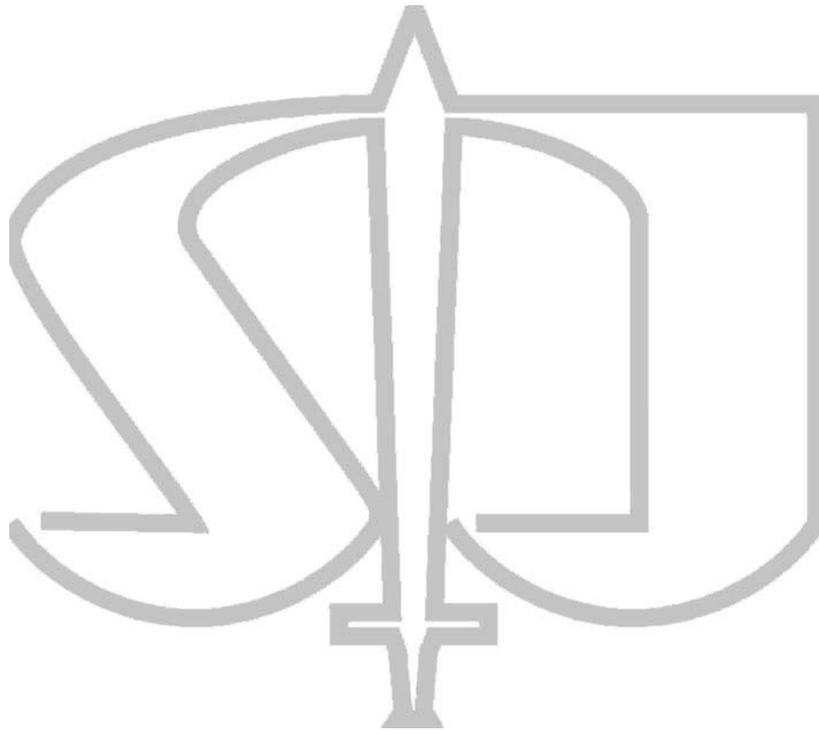
Saleilles, partindo da afirmação de Jhering (“Par le Code civil, mais au-delà du Code civil”), procurou cunhar uma frase que sintetizaria o pensamento de François Geny: “Au-delà du Code civil, mais par le Code civil” (“mais além do Código Civil, porém pelo Código Civil”).

Plagiando a idéia, tenho que, passados mais de vinte anos de sua vigência, deve-se ir mais além da Constituição e de nossa legislação civil pela própria Constituição, utilizando-se como instrumento a sua própria doutrina de proteção dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com essas considerações, pedindo vênias aos votos divergentes, acompanho integralmente o brilhante voto da eminente relatora.

# *Superior Tribunal de Justiça*

É o voto.



# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## RETIFICAÇÃO DE VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, também reconsidero o meu voto porque proferido anteriormente ao julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão e, já que o julgamento não estava encerrado, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

Ministro MASSAMI UYEDA

# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 930.460 - PR (2007/0044989-0) (f)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERARDI E OUTRO

## ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:  
Indago do Sr. Ministro Beneti se, diante desse julgamento do Supremo, não seria o caso de darmos provimento ao recurso especial?

Ministro MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0044989-0

**REsp 930.460 / PR**

Números Origem: 175784402      175784403

PAUTA: 08/02/2011

JULGADO: 19/05/2011  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : L M DE F  
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA CRUZ SCHEREMETA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : S L - ESPÓLIO  
REPR. POR : B L - INVENTARIANTE  
ADVOGADO : PATRÍCIA TOURINHO BERALDI E OUTRO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União Estável ou Concubinato

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e a retificação dos votos dos Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.