



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial

15/04/2008 14:35 51888



Ofício n. 271/2008 – GP

Florianópolis, 10 de abril de 2008.

Senhor Ministro,

Cumprimentando-o cordialmente, em atenção ao Ofício n. 1191/R, de 24 de março de 2008, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as **INFORMAÇÕES** a seguir, pertinentes à **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**, em que é argüente o Governador do Estado do Rio de Janeiro, e argüidos o Governador do Estado do Rio de Janeiro, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e os Tribunais de Justiça dos Estados.

Limitado ao assunto, renovo meus votos de estima e consideração.


Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho
DESEMBARGADOR PRESIDENTE

**Excelentíssimo Senhor
Ministro Carlos Ayres Britto
Relator da ADPF n. 5823
Supremo Tribunal Federal
Brasília – Distrito Federal**



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132
Relator: Ministro Carlos Ayres Britto

INFORMAÇÕES:

1. O Governador do Estado do Rio de Janeiro apresentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de que seja declarado que o regime jurídico da união estável deve ser aplicado também às uniões homoafetivas, seja como decorrência dos princípios da igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica, seja pela aplicação analógica do art. 1.723 do Código Civil, interpretado conforme a Magna Carta.

Pleiteou ainda que, em consequência, dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei n. 220/75) sejam interpretados conforme a Constituição Federal, assegurando os benefícios nele previstos aos companheiros de uniões homoafetivas estáveis, bem como seja declarado que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica em questão violam preceitos fundamentais.

2. Cumpre informar que não são muitas as decisões sobre a matéria proferidas neste egrégio Tribunal de Justiça, inexistindo entendimento consolidado sobre a possibilidade de aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas.

Consultando a jurisprudência da Corte, foram encontrados três acórdãos relativos à vara competente para julgar os feitos que tratem de uniões entre pessoas do mesmo sexo, todos eles no sentido de que a matéria não diz respeito ao direito de família, em virtude de esses relacionamentos não se caracterizarem como união estável, mas tão-somente como sociedade de



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



fato, regida pelo direito das obrigações, de modo que as ações devem tramitar nas varas cíveis (AI n. 2006.045807-2; 2007.024239-3; 2006.041589-0).

Há também julgado que considerou haver impossibilidade jurídica no pedido de reconhecimento de união estável entre um casal de homossexuais, mantendo a sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito. De acordo com o *decisum*, o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, assim como o art. 1.723 do Código Civil, somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher, não se podendo aplicar a analogia, uma vez que a situação não guarda a necessária similitude com o casamento ou com a união estável (Ap. Cív. 2006.016597-1). Urge destacar, contudo, que a decisão não foi unânime.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça catarinense vem concedendo o direito à pensão por morte ao companheiro de servidor falecido, ainda que de mesmo sexo, o que demonstra o reconhecimento da união homoafetiva para fins previdenciários.

Nesse sentido, tivemos o Agravo de Instrumento n. 2004.021459-6, cujo mérito foi posteriormente apreciado na Apelação Cível n. 2007.011488-2. A decisão fundamentou-se em uma interpretação sistemática, orientada pelos princípios da dignidade humana, igualdade e repúdio à discriminação.

Também no Agravo de Instrumento n. 2004.003533-0, determinou-se a inclusão de companheira de servidora do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc como sua dependente no respectivo plano de saúde. No mesmo caso, a decisão na Apelação Cível n. 2006.004250-1 confirmou a sentença que reconheceu a existência da união estável e determinou a inscrição de uma companheira como dependente da outra, entendendo inadmissível negar o direito almejado apenas em virtude do caráter homoafetivo da relação, pois o argumento é discriminatório e fere preceitos constitucio-



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



nais.

3. Percebe-se, assim, que a controversa questão suscita entendimentos divergentes neste Tribunal, sendo que alguns acórdãos rechaçam a possibilidade de aplicação do regime jurídico da união estável aos relacionamentos homoafetivos, enquanto outros entendem que, ao menos em matéria previdenciária, devem ser reconhecidos direitos aos companheiros, por uma interpretação sistemática, guiada pelos princípios constitucionais.

4. Essas as informações pertinentes.

Em anexo, seguem as decisões deste colendo Tribunal de Justiça sobre a matéria *sub judice*.



Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho
DESEMBARGADOR PRESIDENTE



AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE HOMOAFETIVA C/C PARTILHA DE BENS E PENSÃO ALIMENTÍCIA – RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU CONTRA DECISÃO QUE RECONHECEU A COMPETÊNCIA DA VARA DA FAMÍLIA PARA PROCESSAR E JULGAR PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO HOMOAFETIVA – JUÍZO INCOMPETENTE – QUESTÃO NÃO AFETA AO DIREITO DE FAMÍLIA – PRECEDENTES – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis (STJ – REsp n.323370, RS, Quarta Turma, Rel. Min.Raphael de Barros Monteiro Filho, j. 14-12-2004, DJU 14-3-2005, p. 340).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.045807-2, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é agravante Representante do Ministério Público e agravados D. de A. e F. L. F. M.

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina de primeiro grau, interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito



suspensivo, contra decisão proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital que, nos autos n. 023.040006266-9, da Ação de Dissolução de União Estável c/c Partilha de Bens e Pensão Alimentícia, ajuizada por D. de A. contra F. L. F. M., reconheceu a competência da Vara da Família para processar e julgar o feito.

Sustentou, em suma, que o direito brasileiro é completamente avesso às uniões de pessoas do mesmo sexo, devendo essa situação ser equiparada a uma sociedade civil de fato e não a uma entidade familiar, motivo pelo qual a ação originária deveria tramitar em uma das varas cíveis da comarca da Capital. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, afim de que seja cassada da decisão hostilizada.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido pelo Des. Jaime Luiz Vicari (fls. 52 a 54).

Regularmente intimado, o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar as contra-razões de recurso (fl.. 58).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 61 a 65).

VOTO

O recurso merece ser provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo representante do Ministério Público de primeiro grau, contra a decisão que reconheceu a competência da 2ª Vara da Família da comarca da Capital para processar e julgar a ação de reconhecimento e dissolução de união estável entre pessoas do mesmo sexo, além de pedido de alimentos e partilha de bens.

Compulsando detidamente o presente caderno processual, observo que o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Jobél Braga de Araújo, analisou com proficiência e clareza os fatos contidos nos autos, motivo pelo qual adoto seu laborioso parecer como razão de decidir, *ad litteram* (fls. 61 a 65).

"Como se pode notar, cuida-se de discussão acerca de competência em razão da matéria, portanto, de caráter absoluto e inderrogável a teor dos disposto no art. 111 do Codex Instrumental Civil.

"Sabe-se quanto à matéria, o Código de Processo Civil não define competência, deixando a cabo das leis de organização judiciária dos Estados



Jurisprudência Cível - TJ/SC

estabelecer as regras atinentes ao tema.

"Nesse vértice, o CDOJESC, em seu art. 96, inciso I, alínea "a", estabelece que compete ao juiz de família, processar e julgar "as causas de nulidade e anulação de casamento, separações judiciais, divórcio e as demais relativas ao estado civil, bem como outras ações fundadas em em direitos e deveres dos cônjuges, um para com o outro, e dos pais para com os filhos ou destes para com aqueles".

"No caso, é de fácil percepção que a matéria alvo do debate na demanda originária não diz respeito ao direito de família, pois malgrado haja posições respeitáveis em sentido contrário, o ordenamento jurídico em vigor não reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

"É o que se pode extrair, sem maior esforço hermenêutico, do art. 226, § 3º, da Lei maior, in verbis:

"Art. 226 (...);

"§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Já a Lei n. 9.278/96, em seu art. 1º, define que:

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

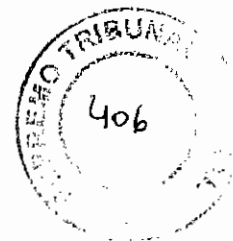
"O atual Código Civil, por sua vez, em seu art. 1.723, reproduz o texto contido no art. 1º da lei supramencionada.

"Como se percebe, a legislação em vigor expressamente preconiza que a união estável reconhecida como entidade familiar é aquela formada por homem e mulher, afastando, destarte, o reconhecimento do instituto quando o casal for formado por pessoas do mesmo sexo.

"Logo, as relações jurídicas provenientes das uniões homoafetivas, notadamente aquelas de cunho patrimonial, devem ser reguladas pelo direito obrigacional, haja vista não passarem de uma mera sociedade de fato (art. 981 do CC e Súmula n. 380 do STF).

"Sobre o tema, pinça-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE



Jurisprudência Cível - TJ/SC

SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DOS DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. *Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ. Resp n. 323370, RS, Quarta Tuma, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, j. 14-12-2004, DJU 14-3-2005, p. 340).*

E, desse egrégio Tribunal de Justiça, colhe-se o recente julgado:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO – UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS – DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES – TRAMITAÇÃO DO FEITO NA VARA DA FAMÍLIA – COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PREJUDICADO. *A primeira condição que se impões à existência da união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. (...) neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996, a homologação estará afeta à vara cível e não à vara da família (STJ, REsp n. 502995/RN. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. Em 26-4-2005, DJU de 16-5-2005, p. 353) (Apelação Cível n. 2006.035584-8, de Joinville. Rel.: Des. Fernando Carioni)".*

"Assim, vê-se que a decisão interlocutória vergastada é nula, porquanto proferida por juízo absolutamente incompetente (competência em razão da matéria)."

Em arrimo à fundamentação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, colaciono ainda os seguintes precedentes doutrinário e jurisprudencial, *in verbis*:

"O Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e a dissolução da família, mas da família matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável. Mas se houver vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual. Presentes esses elementos, pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável. É reconhecida a sociedade de fato quando pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr vida em comum (art. 1.693 do CC/1916; ou art. 981 do novo CC). Assim, embora as relações



Jurisprudência Cível - TJ/SC

homossexuais escapem da tutela do Direito de Família, não escapam do Direito das Obrigações. (União Homossexual – Reflexões Jurídicas. Revista dos Tribunais, n. 807, p. 82-102, 2003, p.95)."

Em situação análoga, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar como sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – art. 1º e 9º da Lei n. 9. 278 de 1996, a homologação está afeta à Vara da Cível e não à Vara da Família. 4. Recurso Especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça STJ. Resp 502995, RN, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 26-4-2005, DJU 16-5-2005, p. 353).

Verifica-se também do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte:

"Dissolução de sociedade homoafetiva cumulada com partilha de bens, responsabilidade de guarda e direito de visita a menor – Feito distribuído ao Juízo da Segunda Vara de Família – Declinação de competência para uma das Varas Cíveis não especializadas, entendendo a M.M. Juíza ser a união homossexual equiparada a uma sociedade civil de fato – Conflito suscitado pela M.M. Juíza da 4ª Vara Cível não especializada, por entender que a união homossexual equipara-se a uma comunidade familiar – Conhecimento do conflito – Art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal e Lei nº.9.278/96. Nos termos do art. 226 da Constituição Federal, somente a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade integrada por qualquer dos pais e seus descendentes podem ser entendidas como entidade familiar, excepcionando a regra de que a família se inicia com o casamento. Não é possível interpretar-se ampliativamente as exceções expressamente previstas na lei." (TJRN – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA n. 02.001241-1, de Natal. Rel. Des. CAIO ALENCAR – j. 21-08-2002).



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Destarte, por não se tratar de matéria afeta ao Direito de Família, a reforma da decisão vergastada é medida que se impõe.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decide a Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Luiz Carlos Freyesleben.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 06 de setembro de 2007.

Mazoni Ferreira
PRESIDENTE E RELATOR



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Agravo de Instrumento n. 2007.024239-3, da Capital.

Relator: Des. Fernando Carioni

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

"A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (STJ, Min. Fernando Gonçalves).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.024239-3, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é agravante Representante do Ministério Público, e agravado G. dos S. e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo



Jurisprudência Cível - TJ/SC

representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra decisão da Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital que, nos autos da Ação Declaratória de União Estável c/c Pedido de Pensão por Morte, Antecipação de Tutela e Meação de Bens n. 023.07.095539-8, proposta por G. dos S., reconheceu a competência do Juízo da Vara de Família para processar e julgar o feito (fls. 47 a 50).

Sustenta que o direito brasileiro é avesso a união de pessoas do mesmo sexo, reconhecendo, tão-somente, a união estável entre o homem e a mulher, a par do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como nas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e no art. 1.723 do Código Civil.

Assevera que os tribunais pátrios, com exceção da Corte gaúcha, têm respaldado a tese de que a união homossexual é equiparada a uma sociedade civil de fato e não a uma entidade familiar, e deve, portanto, a discussão ser dirimida e julgada pelo Juízo das Varas Cíveis e não pela Vara de Família.

Salienta, por fim, que não se discute o direito do companheiro homossexual e muito menos se pretende excluí-lo da tutela do Estado, porém não se pode reconhecer a união homossexual como entidade familiar.

Foi negado o efeito suspensivo pleiteado (fls. 53 a 55).

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para declarar a nulidade da decisão censurada e determinar a remessa dos autos da ação originária a uma das varas cíveis da comarca da Capital (fls. 65 a 72).

VOTO

Da análise dos autos, verifica-se que o autor, ora agravado, pretende, em síntese, o reconhecimento da união estável mantida por 10 (dez) anos com R. O. S., falecido em 28-4-2007.

Ao receber o feito, a digníssima Magistrada da 2ª Vara da Família da comarca da Capital entendeu ser competente para processar e julgar a ação na qual se busca o reconhecimento de sociedade homoafetiva.

Ora, não obstante as respeitáveis considerações esposadas pela ilustre Magistrada *a quo*, não há equiparar a união homossexual/homoafetiva à união estável.

Com feito, é entendimento jurisprudencial majoritário que a união entre pessoas do mesmo sexo equipara-se a uma sociedade civil, regida



Jurisprudência Cível - TJ/SC

pelas disposições do direito civil comum.

Sabe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há regulamentação para as uniões homoafetivas; portanto, a união entre homossexuais juridicamente não existe, nem pelo casamento, nem pela união estável, só podendo ser considerada sociedade de fato, cuja dissolução atinge contornos econômicos, resultantes da divisão de patrimônio comum, com incidência, assim, do direito das obrigações.

A propósito, a Constituição Federal em seu art. 226, § 3º, estabelece que "para efeito de 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".

Assim, a Magna Carta "considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos enlances entre pessoas do mesmo sexo" (Ações de Direito de Família, coord. Rolf Madaleno, Ana Cristina Brenner, [...] [et al.], Porto Alegre, ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 209).

Recepcionando o preceito constitucional, a Lei n. 9.278/96, no art. 1º, dispõe:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Na mesma direção, determina o art. 1.723 do Código Civil que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

A respeito, Álvaro Villaça Azevedo leciona:

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro. Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realiza entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

[...]



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável.

Realmente, desde que foram conferidos efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher.

Com a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento, de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do § 3º do seu art. 226 (Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 466 a 471).

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

A par disso, os requisitos para o reconhecimento da união estável são: a dualidade de sexos; a convivência duradoura; a continuidade da relação; a publicidade; a intenção de constituir família; e a ausência de impedimento para constituir o matrimônio.

Logo, no caso das uniões mantidas por pessoas do mesmo sexo, o que efetivamente deve ser considerada e reconhecida é a configuração de sociedade de fato, na forma disposta pelo art. 981 do Código Civil, *verbis*:

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

A propósito, Sílvio da Salvo Venosa salienta que "enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato" (Direito civil: direito de família, 6. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 441).

Acerca do tema, colhe-se da jurisprudência pátria:

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

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



Jurisprudência Cível - TJ/SC

nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações (STJ, REsp n. 502.995/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 26-4-2005, DJU 16-5-2005, p. 353).

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

O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher (TJSC, AC n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 28-9-2006).

HOMOSSEXUALISMO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO COMUM. IMPROCEDENCIA DO PEDIDO.

Civil e Processual Civil. Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido (TJRJ, AC n. 2005.001.28033, rel. Des. Renato Simoni, j. em 9-3-2006).

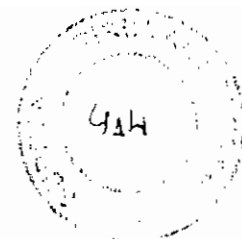
Com efeito, percebe-se que, no caso dos autos, não se evidencia a união estável, a qual levaria à competência do juízo familiar, mas, sim, o reconhecimento de uma sociedade de fato, com divisão do patrimônio, pedido esse de cunho estritamente patrimonial, encaixando-se nos direitos obrigacionais.

A par disso, não há razão para atribuir a 2ª Vara da Família da comarca da Capital a competência para o processamento e julgamento do feito, porquanto a competência para apreciar e julgar o feito é das Varas Cíveis.

Nessa direção, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

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

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



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Monteiro Filho, j. em 14-12-2004, DJU 14-3-2005, p. 340).

COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA ESTÁVEL.

Impossibilidade constitucional de equiparação à União Estável entre homem e mulher, assim reconhecida como entidade familiar. Inteligência do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recusa da competência do Juízo Sucessório em favor do Juízo Cível, que se mostra acertada em razão de não configurar hipótese de situação de estado. Possibilidade, quando muito, de reconhecimento de sociedade patrimonial de fato. Decisão mantida (TJSP, Ag n. 388.800-4/7, de São Paulo, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 7-6-2005).

Por conseguinte, nula é a decisão proferida pela Magistrada a quo, já que proferida por juízo incompetente.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão proferida pela Magistrada da 2ª Vara da Família da comarca da Capital, determinando-se a redistribuição dos autos originários a uma das Varas Cíveis da comarca da Capital.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado em 25 de setembro de 2007, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Salete Silva Sommariva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 10 de outubro de 2007.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR



PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMO-AFETIVA. COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS. ORIENTAÇÃO FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO.

"A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações" (REsp. 502995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.041589-0, da Comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é agravante Representante do Ministério Público, e agravado O. N. e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo representante do Ministério Público contra decisão que, em ação declaratória de união estável homo-afetiva proposta por F. S. C. M. D. contra O. N., fixou a competência da Vara da Família para o processamento e julgamento da demanda.

Em suas razões recursais, o agravante defende que a competência para conhecer de ações desta natureza é privativa das Varas Cíveis. Argumenta que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, não tem o alcance de reconhecer a união estável entre



peças do mesmo sexo, razão pela qual esta deve ser equiparada a uma sociedade civil de fato e não como uma entidade familiar.

Concedido o pedido de concessão de efeito suspensivo (fls. 33/36), a intimação do agravado para apresentar suas contra-razões ao recurso foi dispensada por este residir na Suíça (fl. 48).

É o relatório.

2. A matéria versada no recurso diz respeito exclusivamente à competência para processamento e julgamento de ações envolvendo direitos provenientes das relações de união estável homo-afetiva.

É consabido e também questão pacífica nesta Corte de Justiça que as ações decorrentes de relações de união estável entre homem e mulher, expressamente reconhecida no § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, são da competência das varas de família, consoante dispõe o enunciado da Súmula 12:

"A competência para o julgamento das ações decorrentes da união estável entre homem e mulher é da vara da família, órfãos e sucessões, onde houver".

Situação diversa, no entanto, é a dos autos, em que se discutem direitos provenientes de relação homo-afetiva.

Não se desconhece que a questão têm sido alvo de grandes debates, havendo não só decisões divergentes acerca da competência para o processamento e julgamento dessas ações, como também acerca do próprio reconhecimento dessa união homo-afetiva.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, costumeiramente pioneiro em questões envolvendo as novas relações de família, já reconheceu e assentou que a competência é das Varas de Família, conforme ilustram os seguintes precedentes:

"APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES. 1. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo [...]" (TJRS, Apelação Cível n.º



"RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMÍLIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CÂMARA, POR NÃO SER POSSÍVEL QUALQUER DISCRIMINAÇÃO POR SE TRATAR DE UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS É CERTO QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO, PROÍBE DISCRIMINAÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPÇÃO SEXUAL, SENDO INCABÍVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO." (TJRS, Conflito de Competência n.º 70000992156, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 29/06/00).

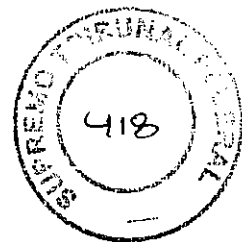
"RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO" (TJRS, Agravo de Instrumento n.º 599075496, Re. Des. Breno Moreira Mussi, j. Em 17/06/99).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça – a quem compete interpretar, em última instância, a lei federal (CF, artigo 105, III) – tem firme compreensão que a competência nessas questões é das Varas Cíveis. Confira-se:

"RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp. 648763/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16/04/07 - grifei).

"COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS



Jurisprudência Cível - TJ/SC

ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis." (Resp 323370/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 14/12/06).

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

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. [...]. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família." (REsp. 502995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/05/05).

E, do corpo deste acórdão, extrai-se:

"Reconhece a Constituição Federal a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, dispondo, por seu turno, o art. 1º da Lei 9.278, de 1996, em complemento:

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

A análise da doutrina (RAINER CZAJKOWSKI - UNIÃO LIVRE - JURUÁ - 1997), comparando os dois dispositivos (art. 226, § 3º, da Constituição Federal e art. 1º da Lei 9278/96) resulta na extração de quatro elementos essenciais à caracterização da união estável, a saber: 'a dualidade de sexos, o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade'.

Em decorrência, como ainda leciona o autor citado, a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos, porque 'duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos. Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das



Jurisprudência Cível - TJ/SC

relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral' (obra citada - pág. 54).

[...].

Neste contexto, não há plausibilidade na atribuição de competência à vara de família para a homologação pretendida, cujo termos guarda nítido aspecto econômico, traduzido na partilha do patrimônio comum, em consequência em não mais dividirem as requerentes o mesmo teto. A divisão patrimonial, não se coloca em dúvida, é um direito reconhecido amplamente, inclusive pela jurisprudência desta Quarta Turma (Resp 148.897/MG - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR). [...]"

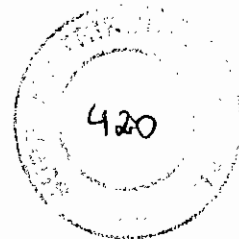
Assim, e na ausência de norma regimental a dispor sobre o tema, impõe-se seguir a orientação da Corte Superior a fim de declarar incompetente o juízo da Vara da Família para o processamento e julgamento dessa ação, procedendo-se a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis desta Capital.

3. Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, deu provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Mazoni Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrou parecer, pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Procurador Mário Gemin.

Florianópolis, 22 de novembro de 2007.

Newton Janke
RELATOR



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Apelação Cível n. 2006.016597-1, da Capital.

Relator: Des. Mazoni Ferreira.

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

O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.016597-1, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é apelante J. V. de M., sendo apelado M. A. R.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

J. V. de M. ajuizou ação de reconhecimento de união estável, em razão da convivência que manteve com M. A. R., durante o período de julho de 1991 a novembro de 1999, data em que este veio a óbito.

Relatou que a relação havida entre os dois foi marcada de fortes sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência *more uxoria* pública e notória, com comunhão de vida, mútua assistência e dependência



Jurisprudência Cível - TJ/SC

econômica.

Alegou que, em decorrência do falecimento de seu companheiro, arcou com todas as despesas referentes ao funeral, porquanto a família do *de cuius* não possuía condições financeiras suficientes.

Sustentou, ainda, que o falecido deixou um saldo em conta bancária a título de FGTS, que foi bloqueado, diante do não reconhecimento da sociedade de fato havida entre ambos.

Ao final, pugnou pela procedência do pedido.

À inicial foram acostados os documentos de fls. 12 a 31.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela extinção da ação, sem julgamento do mérito (fls. 42 a 44).

Sentenciando o feito, a MMa. Juíza de Direito indeferiu a inicial, por ter reconhecido a impossibilidade jurídica do pedido, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do arts. 267, VI e 295, I e parágrafo único, inciso III, ambos, do CPC.

Inconformado, o autor apelou tempestivamente, propugnando pela reforma da decisão, sustentando, em síntese, que sua pretensão não tem cunho patrimonial, mas tão-somente previdenciário.

Asseverou que a fundamentação constante na sentença não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Afirmou que o homossexualismo remota às mais antigas civilizações e que a ausência de lei específica sobre o tema não implica em ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, tendo invocado, inclusive, precedentes do TJRS acerca do assunto.

Não houve contra-razões (fl. 72).

O representante do Ministério Público, com espeque no ato PGJ/CGMP/n. 0178/2001, deixou de se manifestar (fl. 74).

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

422

Jurisprudência Cível - TJ/SC

O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo.

Busca o apelante o reconhecimento de união estável havida entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, tal pretensão não pode ser acolhida, haja vista que não encontra amparo na legislação em vigor.

Ao tratar da união estável, prescreve o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

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

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Pela norma acima transcrita, pode-se verificar com clareza que somente pode ser reconhecida a união estável existente entre homem e mulher e não aquela existente entre pessoas do mesmo sexo, como tenciona o recorrente.

No mesmo sentido o artigo 1º da Lei n. 9.278/96, que regula o § 3º do artigo 226, da Carta Magna:

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

Em idêntico teor, preceitua o art. 1.723 do Código Civil:

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

Por sua vez, a Lei n. 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, em seu artigo 1º consagra:

“A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo



Jurisprudência Cível - TJ/SC

único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

Consoante se infere dos dispositivos legais supramencionados, a legislação em vigor é expressa no sentido de reconhecer somente a união de pessoas de sexo oposto e, em hipótese alguma, admite o reconhecimento daquela entre pessoas do mesmo sexo, sendo, portanto, juridicamente impossível a pretensão deduzida no presente reclamo.

Ora, se o legislador realmente quisesse reconhecer a união homossexual, certamente não teria restringido a união estável somente aquela existente entre homem e mulher.

Frisa-se, também, que a lei não menciona qualquer impedimento matrimonial para os casos de casamento entre homossexuais, isto porque a diversidade de sexos constitui pressuposto material para o matrimônio.

Destarte, sendo flagrante a impossibilidade jurídica do pedido formulado na petição inicial e não se podendo aplicar a analogia no caso em exame, em virtude da situação não guardar a necessária similitude com o casamento ou com a união estável, outra alternativa não resta senão manter-se incólume a judicosa decisão hostilizada.

Isso posto, decide a Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha e com voto vencido o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrou parecer, pela douta procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 28 de setembro de 2006.

Mazoni Ferreira
PRESIDENTE E RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben:

EMENTA ADITIVA:

UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO

424

Jurisprudência Cível - TJ/SC

PEDIDO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. RECURSO PROVIDO E SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

Doutrina e jurisprudência modernas, arrimadas nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação, reconhecem a união entre parceiros homossexuais, assegurando-lhes os direitos dela decorrentes. Destarte, enquanto o legislador mantiver-se na retaguarda das transformações sociais, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de perceber novas realidades e, na medida do justo, aparar arestas denotativas de posturas preconceituosas ou discriminatórias, reconhecendo a possibilidade jurídica dos pedidos de declaração de existência jurídica das uniões homoafetivas.

RELATÓRIO:

J. V. de M. aforou **ação de reconhecimento de união estável** mantida com M. A. R., alegando cuidar-se de união afetiva pública e notória, em que os conviventes, reciprocamente dependentes do ponto de vista econômico, assumiram também o dever de assistirem-se mutuamente, frisando que tal união teve início em julho de 1991 e término em novembro de 1999, quando M. A. R. veio a falecer. Em face do infausto acontecimento, disse o autor haver pago todas as despesas funerárias, aduzindo, porém, que o extinto é autor de uma deixa, constituída por saldo em conta bancária, vinculado ao FGTS, cujo saque não logrou fazer, por falta do reconhecimento judicial da existência de união estável entre ele o companheiro falecido, razão por que a conta permanece bloqueada. Por isso, socorre-se do Judiciário, pretendendo a procedência do pedido aforado e a conseqüente declaração da existência da alegada união estável entre ele e o falecido M. A. R., para os correspondentes efeitos jurídicos e legais. Para além disso, pediu justiça gratuita, sendo atendido à fl. 32.

Com vista dos autos, a douta Promotoria de Justiça (fls. 42/44) foi pelo indeferimento da petição inicial, tendo a Dra. Juíza de Direito acolhido o alvitre ministerial, decretando o indeferimento da petição, em face da impossibilidade jurídica do pedido, de sorte a extinguir o processo sem julgamento do mérito. Entretanto, o Autor não se conformou com a sentença e dela apelou a



esta Corte de Justiça, sustentando a possibilidade jurídica do pedido e asseverando que sua pretensão é ver reconhecida a união estável entre ele e o companheiro falecido, para poder acessar aos valores depositados em conta vinculada ao FGTS, a que tinha direito M. A. R., mormente porque necessita pagar despesas funerárias e garantir direitos previdenciários, na conformidade de precedentes já existentes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, foi pela manutenção da sentença e o relator da matéria, Desembargador Mazoni Ferreira, conheceu do apelo, mas negou-lhe provimento, sob a visão e entendimento de que o pedido é juridicamente impossível em face dos preceptivos insertos na Constituição Federal de 1988 e dispositivos atinentes ao tema, contidos no Código Civil de 2002, argumentando que a legislação invocada somente reconhece como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher.

Na mesma direção está o voto proferido pelo eminente Desembargador Monteiro Rocha.

É o relatório.

VOTO:

Sob as vênias de meus pares, ousei deles divergir para admitir a possibilidade jurídica do pedido de que ora se cuida. Aliás, é este o momento apropriado para a invocação das sábias palavras proferidas pelo eminente Ministro Celso de Melo, extraídas do Informativo nº 414 (ADI 3300) do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), admitindo a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Na oportunidade, disse Sua Excelência: **“O magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado**



em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, 'Direito de Família –Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro', p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, 'Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo', 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, 'A Homossexualidade no Direito', p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, 'União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais', p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, 'Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais', Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, 'União Homossexuais: efeitos jurídicos', Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 'A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica', 'in' 'Revista da AJURIS' nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Ressalte-se, por oportuno, lição da Des. MARIA BERENICE DIAS ('União Homossexual: O Preconceito & a Justiça', p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora): 'A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um



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

Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: 'Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.' (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) '(...)

'A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal



Jurisprudência Cível - TJ/SC

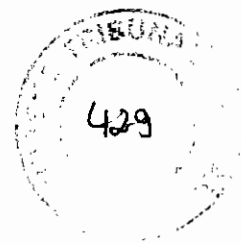
(na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.

A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.

Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a RELAÇÃO DA PREVIDÊNCIA PARA COM OS CASAIS DE MESMO SEXO DAR-SE NOS MESMOS MOLDES DAS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE HETEROSSEXUAIS, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão' (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira)".

Laila Menezes, ilustre advogada no Rio de Janeiro, conhecedora profunda das questões atinentes ao Direito Homoafetivo, publicou importante trabalho – *Uniões homoafetivas: A busca pelo reconhecimento social e jurídico* – no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (www.ibdfam.org.br). Inicia ela a matéria pelo trato do aspecto social envolvente do tema, realçando que “a união homoafetiva é um fato incontestável e inexorável em nossa sociedade. Querer fingir a sua inexistência é no mínimo um enorme sinal da mais pura hipocrisia. Nossa sociedade já evoluiu em muitos aspectos, mas quando o tema a ser abordado é a opção sexual, ela mascara a situação, num ato por total homofóbico (aversão aos homossexuais ou ao homossexualismo) e trata de forma totalmente preconceituosa aqueles que decidem ter uma opção sexual diferente dos



padrões da grande maioria.

Grande tem sido a luta dos homossexuais, ditos como a minoria em nossa sociedade, que se engajam em ongs e outros grupos numa tentativa de reverter tão triste quadro social. Alvos de perseguições, brincadeiras de mau gosto e discriminações, são vítimas de uma sociedade, da qual fazem parte, mas que infelizmente prefere agir com preconceito a tratar de forma igualitária os diferentes.

A família é a célula da sociedade. Basta analisarmos a forma como ela é constituída, para percebermos o quanto o preconceito perde o sentido, numa demonstração de enorme equívoco social. Uma família não se forma com a assinatura de um papel perante um juiz de paz ou com a celebração de uma cerimônia religiosa ou ainda com a realização de uma grande festa social. Uma família surge de um lindo sentimento chamado afeto. O afeto é que norteia qualquer relação entre pessoas que se unem e somado a muitos outros atributos como o respeito, a fidelidade e assistência recíproca é que irá fazer surgir a família. Então, não é apenas a união entre um homem e uma mulher casados que terá a faculdade de gerar uma família. A família é a realização plena do amor, podendo ser constituída pelo casamento, pela união estável, pelas famílias monoparentais (um pai ou mãe e um filho) e também pelas uniões homoafetivas.

Seria de grande e profunda injustiça não reconhecer a união entre dois homens ou duas mulheres que por amor se unem e vivem com todos os atributos de um casal dito como normal. Acima de tudo, estas pessoas são seres humanos e a opção sexual delas não as torna menos honestas ou piores que os demais. Mas mais que isso, são cidadãos dignos, que trabalham, cumprem com seus deveres cívicos, pagam seus impostos, satisfazem suas obrigações e merecem todo o respeito por parte da sociedade em geral.

Urge a necessidade de uma revisão destes conceitos que norteiam a nossa sociedade. Conceitos estes, ainda tão arcaicos e eivados de vícios, de hipocrisias e de discriminações. Uma sociedade só é justa se ela for livre. A base social é a liberdade e o respeito e as suas inexistências fazem nascer a tirania e uma série de injustiças, que devem ser combatidas veementemente. Nossa sociedade tem que ser balizada nos princípios éticos da igualdade, da fraternidade e dignidade da pessoa humana.

Tanto é dado a nossa sociedade e tudo o que os



Jurisprudência Cível - TJ/SC

homossexuais buscam é a liberdade para fazerem sua opção sexual e o respeito e garantia aos seus direitos.

Basta de preconceitos! Está mais do que na hora de nossa sociedade mudar!”

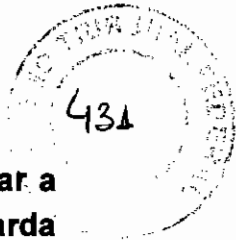
Pouco adiante, realçou a articulista que “a jurisprudência tem avançado de forma surpreendentemente positiva às uniões homoafetivas. São inúmeras as decisões de nossos juízes, reconhecendo-as e garantindo os direitos aos companheiros.

Cabe aqui colacionar alguns julgados para ilustrar o tema, senão vejamos:

‘EMENTA: SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. Segundo orientação jurisprudencial dominante nesta corte, as questões que envolvem uniões homossexuais devem ser julgadas nas Varas de Família, razão pela qual, deve ser desconstituída a sentença. É que a competência em razão da matéria é absoluta e a sentença prolatada por juiz incompetente é nula. Sentença desconstituída.’ (TJRS - APELAÇÃO CÍVEL Nº.70010649440, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 30/03/2005) (Grifos Nossos).

‘EMENTA: Conflito negativo de competência – Dissolução de sociedade estável homoafetiva cumulada com partilha de bens, responsabilidade de guarda e direito de visita a menor – Feito distribuído ao Juízo da Segunda Vara de Família – Declinação de competência para uma das Varas Cíveis não especializadas, entendendo a M.M. Juíza ser a união homossexual equiparada a uma sociedade civil de fato – Conflito suscitado pela M.M. Juíza da 4ª Vara Cível não especializada, por entender que a união homossexual equipara-se a uma comunidade familiar – Conhecimento do conflito – Art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal e Lei nº.9.278’ (TJRN – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº. 02.001241-1, da Comarca de Natal. Rel. DESEMBARGADOR CAIO ALENCAR – Julgado em 21/08/2002, a unanimidade) (Grifos nossos).

‘COMPETÊNCIA. DISSOLUÇÃO. SOCIEDADE HOMO-AFETIVA. A homologação do termo de dissolução da sociedade estável e afetiva entre pessoas do mesmo sexo cumulada com partilha de bens e guarda, responsabilidade e direito de visita a menor deve ser processada na



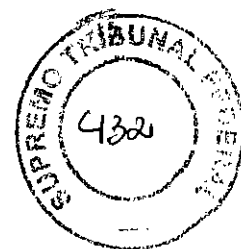
vara cível não especializada, ou seja, não tem competência para processar a referida homologação a vara de família. No caso, a homologação guarda aspectos econômicos, pois versa sobre a partilha do patrimônio comum. No termo do acordo, a criança ficará sob a responsabilidade econômica, posse e guarda da pessoa que a registrou como seu filho. Assim, não há questão verdadeiramente familiar. Precedente citado: REsp 148.897-MG, DJ 6/4/1998. STJ - REsp 502.995-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/4/2005. (Grifos nossos).

'EMENTA: RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência more uxória, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que 'frutos civis', e, portanto, incomunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (Segredo de Justiça)'. (APELAÇÃO CÍVEL Nº. 70007243140, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 06/11/2003).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria, conforme se depreende do julgado abaixo, vejamos:

'SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.' (STJ, RESP 148897 / MG; RECURSO ESPECIAL 1997/0066124-5 – Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR – Quarta

turma. DJ 06.04.1998 p. 132)".



Por fim, a Dra. Laila Menezes conclui: **"Uma sociedade que rotula os indivíduos pela sexualidade e não por sua essência interior e valores íntimos, só pode espelhar uma profunda ferida social. E enquanto os valores não forem revistos e a sociedade se auto-analisar sem máscaras e preconceitos, esta ferida permanecerá aberta e indivíduos sofrerão uma mutilação em seus direitos mais essenciais e primários, ficando sempre à margem social.**

É necessário o avanço social e de uma vez por todas a cicatrização destas feridas. Uma sociedade digna e justa não pode ser utopia, deve ser uma realidade perfeitamente alcançável por todos nós.

Ao contrário do que muitos pensam, não é a Sociedade que segue o Direito e sim o Direito que segue a Sociedade. O Direito apenas regula os fatos existentes na Sociedade. A partir do momento, que estes fatos geram conflitos, é chegado o momento do Direito entrar em ação e compor tais conflitos, realizando a tão desejada Justiça, onde é dado a cada um, o que lhe é de direito.

E como a união homoafetiva é fato em nossa sociedade, conflitos de interesses têm nascido destas uniões, só restando bater-se às portas do Judiciário, na esperança de reconhecimento e pacificação dos conflitos. E o Judiciário, ao contrário do Legislativo, tem brilhantemente cumprido seu papel, o que já é um grande alento.

Não se trata de qualquer benesse ou levante da bandeira colorida dos gays, mas uma questão da mais profunda justiça, que deve reconhecer estas relações de afeto e todos os seus direitos e suas conseqüências jurídicas.

Tudo o que se espera é o reconhecimento tanto social como jurídico das uniões homoafetivas, por ser ato da mais inteira, límpida e sublime justiça".

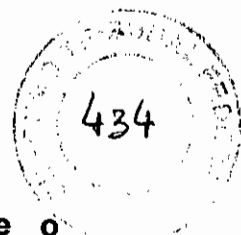
A propósito do tema, agrega-se ainda artigo da autoria do Promotor de Justiça Valdir Aparecido de Oliveira, sob o título *União homoafetiva e o Direito* (www.mp.rr.gov.br): **"O amor que não ousa dizer o nome'. Assim descreveu o escritor Oscar Wilde, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, numa época em que tal conduta era considerada crime (ele próprio foi condenado a trabalhos forçados por declarar-se homossexual). O**



homossexualismo sempre existiu em todas as épocas. Em algumas foi exaltado, como na Grécia antiga e noutras amplamente reprimido. Atualmente, na esteira de legislações mais liberais a estigmatização de tal comportamento refluíu bastante. O tema vem sendo discutido de modo positivo na mídia em geral, retirando boa parte da carga repressora que até então o cercava. Exemplo disso, é a receptividade do filme 'O Segredo de Brokeback Mountain', que arrebatou prêmios na academia de cinema de Hollywood e que retrata o relacionamento entre dois cowboys.

No plano do Direito, que é por praxe conservador, a questão da possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva nos mesmos moldes da união estável ainda gera polêmicas. O empecilho, para os que não o admitem, é o art. 226, § 3º da Constituição Federal que ao tratar da união estável referiu-se a homem e mulher. Na outra ponta estão os que pretendem legitimar tais relacionamentos calcados no mesmo texto constitucional, no caso, o contido no artigo 5º. Inicialmente, cabe dizer que a Constituição de 88 trouxe profundas alterações no que diz respeito ao conceito de família, principalmente ao reconhecer outras entidades familiares que não as oriundas do matrimônio. O matrimônio é uma das instituições mais antigas que se tem conhecimento, tendo profundas raízes na religião (católica, principalmente) com ênfase para sua função de procriação. Dentro de tal contexto é natural que a heterossexualidade tenha sido tomada como pressuposto para que o Direito venha a tutelar tal união.

No entanto, com os avanços científicos e tecnológicos, bem como diante das mudanças de paradigmas morais de nossa sociedade contemporânea, tal questão perdeu sua relevância e a noção de família desatrelou-se de vez do matrimônio. É possível hoje, reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e, não raro, matrimônio sem reprodução. O centro de gravidade das relações familiares passa a ser a mútua assistência afetiva (*affectio maritalis*) e não mais a mera procriação da espécie. Com a dessacralização do matrimônio como única forma de família, abre-se espaço para o reconhecimento de outras como a monoparental, a união estável e união homoafetiva que se pretende legitimar. A questão que demanda reflexão é que esse mesmo vínculo afetivo pode perfeitamente existir entre pessoas do mesmo sexo, o que não impediria o reconhecimento da união homoafetiva. O termo, aliás, neologismo muito bem cunhado pela Desembargadora Maria Berenice Dias do Tribunal do Rio Grande do Sul, dista do já conhecido 'união homossexual', pois se refere justamente ao vínculo de afeto e não somente à conotação sexual do relacionamento. É bom que se diga, que não se advoga



aqui o casamento de pessoas do mesmo sexo, mas tão-somente o reconhecimento de efeitos jurídicos a essas relações, nos mesmos moldes do que ocorre com a união estável. Em que pese o nosso sistema jurídico não admitir a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional (ao contrário do sistema Tedesco), ressalta visível o desajuste do art. 223, § 3º, em relação aos princípios constitucionais elencados no art. 5º. Não pode a Constituição de um lado afirmar o direito de igualdade de todos sem distinção de sexo, como princípio fundamental, e negar, mais adiante, o exercício de tal direito. Os princípios constitucionais têm de ser auto-aplicáveis, pois do contrário transformam-se em mero exercício de retórica. O princípio do respeito à intimidade, personalidade e dignidade da pessoa humana traduz-se na proibição da discriminação da opção sexual do indivíduo.

Em meu modesto entendimento, penso não ser o caso de declarar-se a inconstitucionalidade do citado artigo como querem alguns, mas, interpretá-lo, no caso concreto, dando-se prevalência aos princípios fundamentais, que são na verdade o eixo onde gravita a Constituição, conferindo maior eficácia à norma para permitir-se o reconhecimento de tais uniões. O silêncio constitucional e do legislador ordinário sobre o tema não pode legitimar a negação de efeitos jurídicos destes vínculos, devendo o Juiz aplicar a analogia, nos termos do art. 4º da LIC. O que não pode é o Poder Judiciário tratar, como já fez no passado com as uniões ditas extra-matrimoniais, uma questão afetiva como se fosse um mero negócio jurídico.

Quebrar preconceitos é muito difícil. Mais do que quebrar um átomo, dizia Einstein. No entanto, precisamos fazê-lo se queremos dar cumprimento aos objetivos fundamentais de nossa República, entre eles o de construir uma sociedade livre justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade etc. (art. 3º CF).

Evidente que esta abordagem não se pretende definitiva, até porque as discussões acerca do tema ainda não se aprofundaram principalmente no seio dos Tribunais. Só o tempo será capaz de dizer do acerto ou desacerto de tal proposição. No entanto, não pode o Poder Judiciário se aproveitar do vácuo legislativo, para negar direitos e legitimar injustiças, chancelando um sistema de exclusão com base em conceitos sexistas. Não podemos tapar os olhos e fingir que não vemos, pois tais relacionamentos são muito mais corriqueiros do que se imagina e suas conseqüências inexoravelmente virão desaguar no Poder Judiciário. O desafio está proposto. Despir-se dos preconceitos e com criatividade buscar



Jurisprudência Cível - TJ/SC

interpretar a legislação de molde a realizar sua função social, pois a lei existe para a sociedade e não o contrário”.

Com o desiderato de emprestar maior viço às achegas doutrinárias já alinhadas, alvitro-me o direito de invocar, aqui, importantes, por desbravadores, precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA)” (AC nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Rel^a. Des^a. Maria Berenice Dias, j. 21/12/2005).

“AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (EI nº 70011120573, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 10/06/2005).

“UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR” (AC nº 70006844153, Oitava



No Estado de Santa Catarina, por mais de uma vez, a Justiça reconheceu a existência de união estável homoafetiva para garantir ao companheiro sobrevivente, autor da ação, o direito de inclusão de seu nome como beneficiário de pensão previdenciária. Isso aconteceu em julho de 2004, quando o eminente magistrado Odson Cardoso Filho, então Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda da comarca de Florianópolis, reconheceu, por sentença, a existência de união estável entre dois homens.

Nesta Corte de Justiça, onde destacou-se pelo fulgor de sua imensa inteligência e invejável capacidade de captar, do entrelaçamento de idéias antagônicas, o antídoto indispensável à neutralização do veneno do anacronismo de certas posturas, geralmente ligadas a odiosos preconceitos sociais ou influências religiosas, contudo sem jamais agredir a seus contrários, o eminente Desembargador, professor e jornalista, Carlos Alberto Silveira Lenzi, ao examinar pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 2004.021459-6, interposto pelo Instituto de Previdência de Santa Catarina (IPESC) contra decisão concessiva de liminar, a homossexual, do direito de inscrever-se no órgão previdenciário oficial de Santa Catarina, como dependente do companheiro segurado falecido, para o fim de receber pensão mensal, negou a impressão do efeito suspensivo perseguido, confirmando a liminar combatida pelo instituto. Entendeu o Desembargador Silveira Lenzi que, mesmo sem conforto no regaço do direito positivado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo, como é, uma realidade social fortemente presente, não pode e nem deve merecer o repúdio dos órgãos judiciários. Na oportunidade, Sua Excelência disse ser **“..inadmissível que a sociedade moderna imponha dogmas medievais, repúdio social e uma visão polarizada e estigmatizada, marginalizando as pessoas em razão de sua orientação sexual, fomentando a homofobia”**. E acrescentou não se poder fechar os olhos à realidade da existência das uniões homossexuais e dos seus efeitos jurídicos, “devendo prevalecer a garantia da igualdade de tratamento e a dignidade da pessoa humana”.

O mesmo agravo, após passagem pela Câmara de Agravos, então presidida pelo Desembargador Silveira Lenzi, veio a ser julgado, na Segunda Câmara de Direito Público, sob a relatoria do eminente Desembargador Luiz César Medeiros, cujo acórdão produzido vem encimado por esta ementa:

**“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - DEPENDENTE
- COMPANHEIRO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA - EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - FUMUS BONI**



Jurisprudência Cível - TJ/SC

IURIS DECORRENTE DE INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO - PERICULUM IN MORA QUE SE ORIGINA DO CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA

O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro de servidor público falecido. No caso, o *fumus boni iuris* decorre da interpretação sistêmica do direito e o periculum in mora do caráter alimentar da verba” (AI n. 2004.021459-6, da Capital, j. 04/11/2004).

Ao encerrar as motivações deste voto, faço-o invocando o escólio de João Batista Villela que, em *As novas relações da família*, Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set. de 1994, p. 642, diz bem da inaceitabilidade da restrição ao direito de união homoafetiva, realçando que, hodiernamente, o própria instituição do casamento não é mais preordenada à reprodução, circunscrevendo-se, muito mais, ao chamado companherismo e à camaradagem, que é natural também nas uniões homossexuais.

Em face de tudo quanto foi dito neste voto vencido, concluo minhas razões afirmando a possibilidade jurídica, em face de interpretação sistemática das leis brasileiras, do reconhecimento judicial da união estável entre homossexuais com as repercussões jurídicas pertinentes. Entretanto, no caso, à míngua de provas suficientes da alegada união estável, vai o meu voto no sentido do provimento do apelo para cassar a sentença e prosseguir-se, na origem, à instrução processual.

Florianópolis, 28 de setembro de 2006.

Luiz Carlos Freyesleben

Fechar

Tipo: Agravo de instrumento
Número: 2004.003533-0
Des. Relator: Francisco Jose Rodrigues de Oliveira Filho
Data da Decisão: 12/04/2005



Agravo de instrumento n. 2004.003533-0, da Capital.

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - UNIÃO HOMOAFETIVA - TUTELA ANTECIPADA NEGADA - RECLAMO ALMEJANDO O DEFERIMENTO DO PLEITO - PRESSUPOSTOS CARACTERIZADOS - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - SÚPLICA ACOLHIDA POR MAIORIA.

Revelando Declaração de Convívio Marital, da Gerência de Desenvolvimento Social, da Diretoria de Seguridade Social, do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), subscrita por duas testemunhas, e Declaração individual de cidadão que há vida em comum, irrecusável na espécie a verossimilhança e risco de dano irreparável ou de difícil superação à saúde, autorizando o reconhecimento da dependência econômica presumida, possível diante dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos, independentemente de discriminação e preconceito.

Pertinente é a tutela recursal antecipada em ação constitutiva, porque a relação jurídica exposta na inicial não será criada, modificada ou extinta no ato decisório liminar, a qual só poderá ocorrer quando da análise do mérito na sentença. Logo, o que se antecipa é um dos efeitos desta criação, modificação ou extinção, ostentando nesse contexto o provimento judicial provisório executividade, por enfeixar o resultado da transformação jurídica operada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 2004.003533-0, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda), em que são agravantes J.M.V. e outra, sendo agravado IPESC - Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, atender o reclamo, ordenando-se a inclusão de Paola Cristina Wentz no respectivo Plano de Saúde, como dependente de Joyce Machado Vieira no Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC).

Custas na forma da lei.

Joyce Machado Vieira e Paola Cristina Wentz, irresignadas com a respeitável decisão proferida na ação de reconhecimento de sociedade de fato -

união **homoafetiva** n. 023.04.003168-6, proposta contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), que indeferiu a antecipação de tutela, em virtude da ausência de imprescindibilidade do imediato reconhecimento da dependência para fins previdenciários (fl. 93), interpôs agravo de instrumento com pedido de tutela recursal antecipada, clamando, em suma, a modificação daquele interlocutório. ⁴³⁹

Negada a providência almejada nesta egrégia Corte (fls. 107 e 108), a parte contrária apresentou resposta (fls. 113 a 118), cujo conteúdo, por brevidade, é incorporado a esta suma.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior, opinou no sentido de negativa da súplica irresignatória.

É a síntese do essencial.

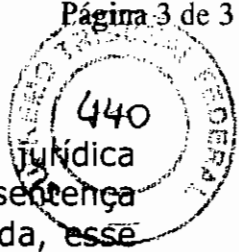
A demanda cognitiva instaurada no primeiro grau (fls.17/45) objetiva o reconhecimento da sociedade de fato em união **homoafetiva**, finalizando o pleito requerimento de expedição de ofício ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), a fim de que a segunda inconformada, ou seja, Paola Cristina Wentz, seja incluída no plano de saúde na condição de dependente da primeira insurgente, isto é, Joyce Machado Vieira.

A Declaração de Convívio Marital (fl. 50), da Gerência de Desenvolvimento Social, repartição da Diretoria de Seguridade Social, da parte contrária, na hipótese o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), subscrita por duas testemunhas, indica que há aparência do fato alegado, confirmado também na Declaração (fl. 51) de Francisco Wollinger Neto.

O colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento n.2003.4010409787-RS, em julgamento de 6.4.04, acerca da matéria assim se pronunciou: "Plano de Saúde de Natureza Privada. Inscrição de Companheiro. Homossexual na condição de dependente. Possibilidade. Princípio Constitucional da Isonomia. Direito à Saúde. Verossimilhança. Risco de Dano Irreparável ou de difícil reparação, Demonstrados os requisitos necessários à Concessão da Antecipação de Tutela, deve ser reformada a decisão que indeferiu a liminar".

Ainda: "União Homossexual. Realidade Fática. Transformações sociais. Evolução do direito. Princípios Constitucionais de Igualdade. Arts. 3º, IV e 5º da Dependência Econômica Presumida" (Ap. Cív. n. 349785/RS, de 21.11.2000). E mais: Ap. Cív. n. 70006844153/RS, também consagrando essa exegese.

A tese, portanto, é viável, havendo presunção da dependência econômica. Todavia, a ação desencadeada é constitutiva, tendo em seu bojo declaratividade. Destaca William Santos Ferreira em sua obra "Tutela Antecipada no âmbito Recursal" (RT, p. 97, n. 5.3) que aqueles que inadmitem a possibilidade de incidência do art. 273 do CPC nas ações constitutivas, alinham



dois óbices: a) "como nestas ações se visa alteração em uma relação jurídica (criar, modificar ou extinguir), não se poderia alterar algo que só na sentença seria cabível; b) nestas ações não há execução". Responde, em seguida, esse autor: "Quanto ao primeiro argumento, em nossa opinião, há uma confusão no elemento central do raciocínio. Evidentemente, a relação jurídica não será criada, modificada ou extinta pelo provimento antecipatório, já que isto só pode ocorrer através do exame do mérito na sentença: o que se antecipa são os efeitos desta criação, modificação ou extinção". Enfatiza em complemento: "Quanto ao segundo argumento, de que nas ações constitutivas não há execução, reprisando o que foi dito quanto às ações declaratórias, para a execução sempre apontou-se a necessidade da sentença condenatória (título executivo judicial) ou de título executivo extrajudicial, porém não são apontados óbices à antecipação de uma tutela condenatória. Ora, com muito mais razão, nos casos em que se prescinde de execução, parece cabível a tutela antecipada". Em resumo, a própria sentença constitutiva ostenta executividade, eis que ela enfeixa o resultado da transformação jurídica operada. Daí a procedência da irresignação.

Por outro lado, "a tutela antecipada é cabível em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva negativa ou positiva, condenatória, mandamental, se presentes os requisitos do art. 273, CPC" (STJ - 5ª Turma, Med. Caut. 4.205/MG-AgRg, Min. José Arnaldo, DJU de 4.3.2002, p. 271). **In casu** os pressupostos indispensáveis estão caracterizados.

Ante o exposto, atende-se o reclamo, ordenando-se a inclusão de Paola Cristina Wentz no respectivo Plano de Saúde, como dependente de Joyce Machado Vieira no Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Jaime Ramos, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 12 de abril de 2005.

Francisco Oliveira Filho

PRESIDENTE E RELATOR



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

142



Apelação Cível n. 06.004250-1, da Capital.
Relator: Des. Francisco Oliveira Filho.

5576

REEXAME NECESSÁRIO – UNIÃO HOMOAFETIVA
– RECONHECIMENTO PARA FINS DE PLANO DE SAÚDE
E PREVIDENCIÁRIOS – POSSIBILIDADE – PRINCÍ-
PIOS CONSTITUCIONAIS – INTERPRETAÇÃO SISTE-
MÁTICA – PRECEDENTES – HONORÁRIOS ADVOCATÍ-
CIOS E CUSTAS PROCESSUAIS – PROVIMENTO PAR-
CIAL.

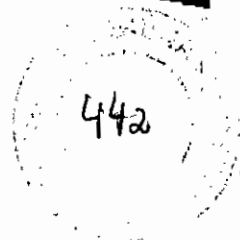
Em face de lacuna legislativa, cabe ao Judiciário ofe-
recer proteção jurídica às situações oriundas de união ho-
moafetiva, através de uma interpretação sistemática, com
fundamento nos princípios da dignidade da pessoa huma-
na, igualdade, intimidade e não discriminação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cí-
vel n. 06.004250-1, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca da Capital
(Unidade da Fazenda Pública), em que são autoras J. M. V. e outra, sendo réu
o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPESC:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por
votação unânime, dar parcial provimento ao reexame necessário, tão-somente
para minorar a verba advocatícia para R\$ 500,00 (quinhentos reais) e condenar
a autarquia ao pagamento das custas pela metade (art. 33, § 1º da LCE n.
156/97).

Custas na forma da lei.

Joyce Machado Vieira e Paola Cristina Wentz deflagraram
a actio com pedido de antecipação de tutela em face do Instituto de Previdência

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

Ap. Civ. n. 06.004250-1

2

do Estado de Santa Catarina – IPESC, pois lhes teria sido negado administrativamente pedido de inscrição da segunda autora como dependente da primeira, funcionária pública estadual. Alegando discriminação sexual, requereram a inclusão de Paola Cristina Wentz no plano de saúde e de assistência médica na qualidade de dependente de Joyce Machado Vieira e, em caso de falecimento desta, seja aquela reconhecida como sua dependente legal para todos os efeitos.

A tutela antecipada foi negada (fl. 90), o que ensejou a interposição de agravo de instrumento (fls. 93/107), ao qual foi dado provimento (fls. 167/170).

Contestou o ente autárquico, argüindo, preliminarmente, carência da ação. No mérito, sustentou, em síntese, que a legislação aplicável não inclui entre os dependentes situação de união de pessoas do mesmo sexo, sendo que a Constituição Federal prevê como união estável somente aquela entre homem e mulher.

Após réplica, o Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

O d. Togado *a quo* julgou procedente o pedido para reconhecer a existência da união estável entre as autoras e determinar a inscrição de Paola Cristina Wentz como dependente de Joyce Machado Vieira para fins previdenciários e de inclusão no plano de saúde. Condenou o réu ao pagamento de R\$ 1.000,00 a título de honorários advocatícios.

Por força do reexame necessário, ascenderam o autos a este egrégio Tribunal de Justiça, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano, opinou pelo desprovisionamento da remessa necessária.

É o relatório.

Des. Francisco Oliveira Filho

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

142

443

Ap. Civ. n. 06.004250-1

3

É incontroverso que as autoras mantêm relacionamento estável há mais de sete anos, conforme demonstram os documentos juntados com a inicial, especialmente a demonstração de conta conjunta (fl. 52); os depoimentos de testemunhas, colhidos durante o procedimento administrativo (fls. 60-61); o "Contrato de Coabitação e outras avenças (Sociedade entre Conviventes)" (fls. 68/71); a declaração de fl. 72, que atesta estar Paola Cristina Wentz cadastrada como dependente na Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão; e a cópia da declaração de imposto de renda que também aponta aquela como dependente de Joyce Machado Vieira (fl. 85).

Aliás, o próprio IPESC reconheceu estar comprovado "sem qualquer dúvida a convivência da natureza conjugal há mais de seis anos" (fl. 64), não impugnando a existência da união homoafetiva.

A questão se restringe à possibilidade de admitir-se como dependente o indivíduo que mantém união estável com pessoa do mesmo sexo, uma vez que as normas pertinentes reconhecem como dependente a companheira (art. 9º do Decreto n. 2.512/77 (fl. 130); art. 12 do Decreto n. 4.599/78 (fl. 138); art. 5º da Lei n. 129/94; art. 8º do Decreto n. 2.112/01 (fl. 147)).

O art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 dispõe: "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".

Com base na leitura desse dispositivo, o ente autárquico entende que a relação entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecida como união estável.

A Lei n. 9.278/96 define tal instituto como "a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com

Des. Francisco Oliveira Filho

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

Ap. Civ. n. 06.004250-1

4

objetivo de constituição de família" (art. 1º), tendo o Código Civil de 2002 previsão semelhante (art. 1.723).

Ora, é certo que as autoras mantêm convivência duradoura, pública e contínua, compartilhando suas vidas como qualquer outro casal heterossexual.

Por isso, é necessário que se faça uma interpretação sistemática da Carta Magna, orientada especialmente pelos princípios fundamentais e pelos direitos e garantias individuais. Aliás, está entre um dos objetivos da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV).

Désde a promulgação da Constituição, a sociedade continua em permanente transformação, surgindo com o tempo novas situações a exigir tutela jurídica. Nesse contexto, não se pode ignorar que uniões entre pessoas do mesmo sexo existem.

Relacionamentos como esse não podem ficar ao desamparo jurídico e, face à lacuna legislativa, a jurisprudência vem oferecendo soluções aos casos concretos que lhe são trazidos em busca da proteção de direitos, como em casos de dissolução da união, sucessão hereditária e para fins previdenciários, ainda que muitas vezes se reconheçam tais relacionamentos somente como sociedades de fato.

Assim, cabe ao Judiciário interpretar o texto constitucional e a letra da lei de forma a oferecer proteção jurídica às situações oriundas dessas uniões, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, intimidade, e não discriminação.

Por isso, não se admite que seja negada a inscrição da companheira da servidora pública como sua dependente em razão do caráter

Des. Francisco Oliveira Filho

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

140

445

Ap. Civ. n. 06.004250-1

5

homocafetivo da relação, porquanto tal argumento é discriminatório e fere preceitos constitucionais.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

"6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. [...]

8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. [...] 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais [...]" (Ap. Civ. n. 2000.71.00.009347-0, RS, Relator: João Batista Pinto Silveira, j. 27.07.05).

Também: "Entender que os homossexuais estariam excluídos da 'união estável', vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais" (Ap. Civ. n. 2001.72.00.006119-0, SC, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 21.09.04).

Des. Francisco Oliveira Filho

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

446

Ap. Civ. n. 06.004250-1

6

Esta e. Corte de Justiça compartilha desse entendimento: "O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro de servidor público falecido. No caso, o *fumus boni iuris* decorre da interpretação sistêmica do direito e o *periculum in mora* do caráter alimentar da verba" (AI n. 2004.021459-6, da Capital, Des. Luiz César Medeiros, j. 04.11.04).

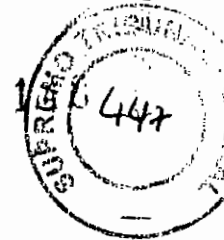
E no agravo de instrumento interposto em face da decisão que negou a antecipação de tutela nestes autos ficou assentado: "Revelando Declaração de Convívio Marital, da Gerência de Desenvolvimento Social, da Diretoria de Seguridade Social, do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), suscrita por duas testemunhas, e Declaração individual de cidadão que há vida em comum, irrecusável na espécie a verossimilhança e risco de dano irreparável ou de difícil superação à saúde, autorizando o reconhecimento da dependência econômica presumida, possível diante dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos, independentemente de discriminação e preconceito" (AI n. 04.003533-0, da Capital, do mesmo relator deste feito, j. 12.04.05).

Por fim, colaciona-se pertinente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul: "É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 10 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos huma-

Des. Francisco Oliveira Filho



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO



n 06.004250-1

7

por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade" (Ap. Cív. n. 70012836755; Des.^a Marlene Dias, j. 21.12.05).

A r. sentença arbitrou os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais) e entendeu ausente custas, em face da pessoa do vencido (178).

Em conformidade com os critérios estabelecidos pelo § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil – "a) o grau de zelo do profissional, b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço" –, entende-se que a verba advocatícia deve ser minorada para R\$ 500,00 (quinhentos reais), considerando que não houve necessidade de audiência probatória e nem interposição de recurso, e que a ré é autarquia estadual.

No tocante às custas, são elas devidas pela metade, *ex vi* do art. 33, § 1º, da LCE n. 156/97, com a redação dada pela LCE n. 279/04: "são devidos pela metade, as custas e emolumentos quando o interessado for autarquia federal, estadual e municipal".

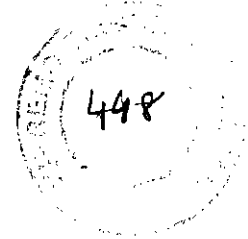
Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao reexame necessário, tão-somente para minorar a verba advocatícia para R\$ 500,00 (quinhentos reais) e condenar a autarquia ao pagamento das custas pela metade (art. 33, § 1º da LCE n. 156/97).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Cid Goulart, e lavrou parecer pela d. Procuradoria-Geral de Justiça Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 9 de maio de 2006

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE E RELATOR

Des. Francisco Oliveira Filho



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Agravo de Instrumento n. 2004.021459-6, da Capital.

Relator: Des. Luiz César Medeiros.

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE -
DEPENDENTE - COMPANHEIRO DE SERVIDOR PÚBLICO
ESTADUAL - UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA - EXISTÊNCIA
DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - *FUMUS BONI IURIS*
DECORRENTE DE INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO
DIREITO - PERICULUM IN MORA QUE SE ORIGINA DO
CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA

O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro de servidor público falecido. No caso, o *fumus boni iuris* decorre da interpretação sistêmica do direito e o periculum in mora do caráter alimentar da verba.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.021459-6, da Comarca da Capital, em que é agravante Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC e agravado Claudionei César Amaral:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Newton Trisotto, que votou no sentido adverso.

Custas na forma da lei.

I -RELATÓRIO:

Claudionei Cesar Amaral impetrou mandado de segurança,

com pedido de liminar, contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC, pretendendo obter pensão por morte deixada por Sérgio Medeiros, com quem tinha convivência homoafetiva.

A segurança foi liminarmente deferida nos seguintes termos:

"DEFIRO a liminar perseguida, ordenando a imediata inclusão do Impetrante como beneficiário à pensão previdenciária deixada em razão do falecimento de seu companheiro.

"Dê-se ciência ao impetrado para o cumprimento da medida" (fl. 18).

Inconformada, a autarquia estadual interpôs o presente agravo de instrumento, defendendo a ausência de previsão legal para o pedido e que o decorrer natural do processo não apresenta perigo de lesão grave ou de difícil reparação. Por fim, asseverou que o feito, por tratar de matéria controvertida, depende de dilação probatória.

O Desembargador Silveira Lenzi negou a antecipação de tutela recursal, por entender ausentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, asseverando que "não se pode fechar os olhos à realidade da existência das uniões homossexuais e dos efeitos jurídicos, devendo prevalecer a garantia de igualdade de tratamento e a dignidade da pessoa humana" (fl. 23).

Em contra-razões, Claudionei Cesar Amaral defendeu a decisão atacada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Cid José Goulart Júnior, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do agravo.

II -VOTO:

1. Prefacialmente, impende seja analisada a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em face da concessão de medida liminar em ação mandamental.

Embora ainda persista ponderável divergência, caminha para a pacificação o entendimento acerca da viabilidade da interposição de recurso contra decisão interlocutória que concede ou denega liminar em mandado de segurança.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes:



Jurisprudência Cível - TJ/SC

"PROCESSUAL. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AGENTE DO INSS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 109, VIII, CF.

"Em face do novo regime do agravo instituído pela Lei 9.139/95, a moderna jurisprudência, com apoio na doutrina processual, tem admitido o referido recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança.(...)" (AI n. 98.000474-8, Des. Pedro Manoel Abreu).

"Precedentemente à edição da Lei n. 9.139/95, o mandado de segurança somente admitia o recurso de agravo de instrumento como ataque às decisões que, no juízo singular, deixassem de receber os apelos porventura deduzidos, por cediço o entendimento de que a admissibilidade do agravo, contra as decisões concessivas ou não da segurança liminarmente, mostrava-se inconciliável com a celeridade recomendada de empréstimo, pelo art. 17 da Lei n. 1.533/51, às ações mandamentais, entendimento esse que não mais subsiste diante da nova feição dada ao agravo de instrumento" (AI n. 99.004676-1, Des. Trindade dos Santos).

"Agravo - CPC, art. 557, parágrafo único - Mandado de Segurança - Liminar - Interposição do agravo de instrumento - Recurso admissível.

"É admissível agravo de instrumento contra decisão concessiva ou denegatória da liminar em mandado de segurança" (AI n. 96.002509-2, Des. Newton Trisotto).

"Não é possível considerar irrecurável a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança, porque ela trancaria o acesso do impetrante ao Tribunal e, portanto, a defesa do seu direito" (AReg n. 9.259, Des. Orli Rodrigues).

"A decisão que concede ou nega a liminar em mandado de segurança possui caráter essencialmente interlocutório, desafiando agravo de instrumento" (Ai n. 2002.003663-3, Francisco Oliveira Filho).

Lembra, com propriedade, o eminente Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira que "*o mandado de segurança contra ato judicial, no sistema anterior à vigência da Lei n. 9.139/95, era aceito, por construção doutrinária e jurisprudencial, como medida anômala de caráter acautelatório, não se prestando, entretanto, a substituir o recurso cabível*" (ROMS n. 6.861-RJ).

Atualmente, no entanto, não mais persistem os motivos autorizadores da impetração de novo *mandamus* para atacar decisões concessivas

Jurisprudência Cível - TJ/SC

ou denegatórias de medida liminar, posto que o agravo de instrumento é agora o remédio processual próprio e eficaz para esse fim.

Versando sobre a matéria, J. E. Carreira Alvim, na sua obra 'Novo Agravo', ensina:

"Mas o grande propósito da reforma - admitindo a interposição do agravo diretamente no Tribunal - foi evitar que, em face da sua lentidão procedimental, o mandado de segurança continuasse sendo manejado para coibir danos de difícil ou incerta reparação, nas inúmeras hipóteses de decisões abusivas ou teratológicas, que, por não encontrarem eficaz proteção na lei, buscavam no mandamus a sua correção. Assim, modificou-se substancialmente a estrutura e a disciplina procedimental do agravo, cumprindo-se aí talvez um dos principais objetivos da reforma: repor o mandado de segurança nos seus limites naturais" (Belo Horizonte: Del Rey. p. 43-44).

E acrescenta:

"Com esse propósito, outorgou-se ao relator o poder de, a requerimento do agravante, em todos os casos em que possa resultar lesão grave de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até pronunciamento definitivo do Tribunal (art. 558). Esvaziado fica assim o mandado de segurança, que colimava idêntico objetivo" (op.cit. p. 43-44).

Do Superior Tribunal de Justiça podem ser citados os seguintes julgados:

"Inadmissível a utilização de mandado de segurança contra decisão concessiva de liminar em outra ação mandamental. O recurso próprio é o agravo de instrumento. Trata-se de medida anômala de caráter acautelatório, admitindo-se, excepcionalmente, o writ, quando demonstrada a ilegalidade do ato, dano irreparável ou abuso de poder do Juiz" (ROMS n. 1.070, Min. Américo Luz).

"A liminar, negando ou concedendo a antecipação, é decisão interlocutória que desafia agravo de instrumento" (REsp n. 264555, Min. Eliana Calmon).

"A decisão que concede ou nega liminar em mandado de segurança desafia recurso de agravo" (Resp n. 218382, Min. Garcia Vieira).

E, ainda, do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região registra-se:



Jurisprudência Cível - TJ/SC

"Agravado de instrumento - Denegação da liminar em mandado de segurança - Cabimento a partir da Lei n. 9.139/95.

"Mandado de segurança. Liminar. Recurso. O recurso do agravo de instrumento das decisões interlocutórias é compatível com a índole do mandado de segurança, a partir da Lei n. 9.139, de 30.11.95 - Impetração contra indeferimento de liminar rejeitado de plano - Agravo regimental improvido'.

"Pelas razões expostas indefiro a inicial e julgo extinto o processo, por impossibilidade jurídica (art. 267, VI, CPC)" (ARMS n. 96.04.27874-6, Juiz Volkmer de Castilho).

"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DA LIMINAR EM OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO.

"A partir da vigência da Lei n. 9.139, de 30.11.95, que deu nova configuração ao agravo de instrumento, não há mais substância alguma no argumento de que esse recurso é incompatível com a índole do mandado de segurança. Pelo contrário: é a via recursal mais afinada com a celeridade que se pretende impor à ação constitucional. Trata-se do recurso que propicia o mais pronto e completo reexame da decisão recorrida. Interposto diretamente ao Tribunal, é ele imediatamente distribuído ao relator que sendo relevantes os fundamentos e ante o risco de ineficácia, poderá determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, não para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, como também sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela negada" (MS n. 96.04.36426-0, Juiz Teori Albino Zavascki).

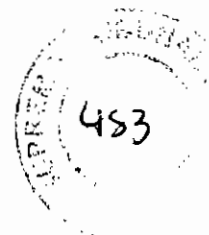
2. Não procede a alegação de que a matéria ventilada no feito, por ser de índole controvertida, demanda dilação probatória, o que seria vedado em sede de mandado de segurança.

É que, compulsando-se os autos, verifica-se que o aspecto fático apto a embasar o direito do impetrante, qual seja, a união estável homoafetiva, foi documentalmente comprovada de plano.

De fato, em sede administrativa, o próprio Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, em estudo efetuado por assistente social da autarquia, reconheceu:

"Trata-se de inscrição de companheiro *Post Mortem*. O requerente apensou aos Autos provas documentais do convívio marital estável e os

depoimentos das testemunhas arroladas foram coincidentes.



"Embora o requerente e o ex-associado mantivessem posturas discretas quanto ao relacionamento existente, amigos mais íntimos tinham conhecimento e partilhavam deste convívio, inclusive freqüentando a residência dos mesmos. O relacionamento iniciou quando o requerente tinha quatorze anos e o convívio se concretizou quando este completou dezoito anos e passaram a morar definitivamente sob o mesmo teto, constituindo portanto, uma união estável.

"No ambiente de trabalho, o ex-associado era funcionário e o requerente é bolsista, o relacionamento era de conhecimento de todos, inclusive em eventos comemorativos os convites dirigidos a um deles era sempre extensivo ao outro.

"A manutenção do lar em sua maior parte, era de responsabilidade do ex-associado, devido a sua estabilidade financeira, pois o requerente além de bolsista é ACT (Admitido em Caráter Temporário) não apresentando, portanto, segurança em arcar com despesas fixas.

"No momento do falecimento do ex-associado, este se encontrava em casa em companhia do requerente. Foi o requerente que chamou o pronto atendimento HELP, bem como sua família e vizinhos. As providências necessárias para o funeral e enterro também foram realizadas pelo requerente, inclusive este foi o declarante do óbito (conforme Certidão de Óbito anexa).

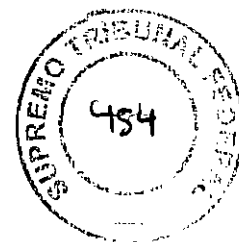
"Segundo o requerente e testemunhas, o ex-associado não tinha família, pois era filho único e seus pais já haviam falecido. A família do requerente mantinha estreito laço de amizade com o ex-associado, ressaltando que sua mãe estudou com este.

"O requerente entrou com processo judicial para liberação de uma conta poupança, do apartamento e do carro do ex-associado.

"Os pagamentos das contas do ex-associado (financiamento do carro, luz, condomínio, entre outros) estão sendo realizados pelo requerente.

"Destacou que recebeu junto a UDESC o auxílio funeral" (fls. 36-37). (sic)

De outro lado, na própria autarquia foi expedido parecer jurídico no sentido de que, embora fosse reconhecida a situação fática, o benefício não poderia ser concedido em sede administrativa, em face de carência de previsão



legal:

"Trata-se de pedido de inscrição de companheiro do mesmo sexo.

"O Requerente instruiu o pedido com farta documentação a fim de comprovar a convivência de natureza conjugal.

"O Relatório de Justificação Administrativa de fl. 28, atesta a relação homoafetiva de natureza estável desde longa data.

"É o relatório.

"Nos dias de hoje não se deve atribuir ao presente processo qualquer tratamento diferenciado, por tratar-se de situação absolutamente normal, qual seja, a relação homossexual.

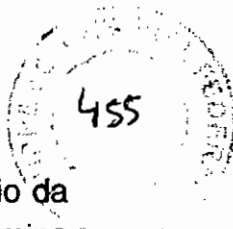
"Recentemente tivemos um caso conhecido a nível Nacional, onde a companheira de uma conhecida cantora da MPB, obteve na Justiça o reconhecimento do direito a guarda do filho menor que havia sido adotada pelo casal, em face do falecimento da cantora.

"Pessoalmente, sempre estive inclinado a opinar pelo deferimento da pretensão e pautei meu estudo neste sentido, comungando dos princípios expostos pela Assistente Social deste Instituto.

"Entretanto, o que há de fato a ser enfrentado é a questão legal.

"A inexistência de previsão legal na legislação previdenciária Estadual não vinha se constituindo em obstáculo a pretensão do Requerente, pois em um exercício de hermenêutica jurídica bem razoável, em momento algum o **Regulamento Operacional** do IPESC se opõe a inscrição perseguida, muito pelo contrário, na interpretação 'burra' da referida legislação, somente teria direito a inscrição a companheira do sexo feminino de associado do sexo masculino.

"Desta forma, como afirmei, vinha pautando minha lógica de raciocínio na **Constituição da República** que insere como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (art. 3º, inc. IV) e no festejado artigo 5º que preceitua em seu caput que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".



"Ocorre que minha linha de raciocínio esbarrou no princípio da legalidade estatuído no **artigo 37 da Constituição da República**, que determina que a Administração direta e indireta obedecerá ao princípio da legalidade.

"É que a **Constituição da República**, apesar de repudiar o preconceito sexual, deixa bem claro sem sombra de qualquer interpretação divergente quando trata da união estável como entidade familiar, que esta é composta de homem e mulher, senão vejamos:

" **'Art. 226. A família, fase da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

" **'§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,...**'

"Diante disto, não resta outra alternativa a Requerente, senão postular sua pretensão judicialmente, pois para que seja possível administrativamente, faz-se necessário alteração da Constituição da República, motivo pelo qual opino pelo indeferimento do pedido." (fls. 38-39).

Assim, inarredável a conclusão de que a situação de fato foi demonstrada, inclusive por documentos produzidos pela própria autarquia que ora contesta. Desse modo, não procede a afirmação de que a matéria não poderia ser ventilada em ação mandamental por demandar produção de provas.

3. Vislumbrada a possibilidade de interposição do presente recurso em face da natureza da ação, bem assim que a situação fática que fundamenta o direito postulado restou de plano comprovada, deve ser analisada a presença dos requisitos autorizadores da concessão liminar da segurança.

No que diz respeito ao *fumus boni iuris*, observa-se que a Constituição Federal, em seu art. 40, § 7º, assegurou a concessão do benefício pensão por morte aos dependentes de servidores públicos, que deve ser igual ao valor dos proventos do instituidor do benefício ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento. Não obstante, a regulamentação do benefício foi relegada à legislação ordinária.

O mesmo se deu no âmbito estadual, pois o art. 159 da Constituição do Estado de Santa Catarina reproduziu o aludido preceito da Constituição Federal - norma de repetição obrigatória - ao reafirmar a concessão do benefício previdenciário pensão por morte aos dependentes de agentes públicos estaduais da administração direta, autárquica e fundacional, correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do agente falecido, até o limite previsto

por lei.

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual n. 129/94, que disciplina a concessão do benefício no estado de Santa Catarina, estabeleceu que são beneficiários da pensão previdenciária vitalícia: a) o cônjuge; b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia; **c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar**; d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do agente público; e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do agente público.

É certo que não há previsão expressa acerca da possibilidade de concessão de pensão por morte para companheiro que vivia em união estável homoafetiva. Não obstante, isso não implica impossibilidade jurídica de atendimento de pleito dessa natureza.

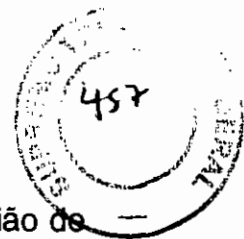
De fato, uma vez que restou demonstrada a estabilidade do relacionamento, presume-se a dependência econômica entre os companheiros, o que dá ensejo à concessão do benefício, conforme as situações jurídicas dantes previstas pela LC n. 129/94. Nesse contexto, negar o benefício pretendido unicamente pelo fato de não existir legislação expressa no sentido de enquadrar companheiros do mesmo sexo na categoria de dependentes é agir demasiadamente guiado pelo preconceito, o que contraria, inclusive, as diretrizes maiores da Constituição Federal.

Com efeito, a Carta Política erigiu como fundamento do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, o respeito à dignidade da pessoa humana; como objetivo essencial da República Federativa do Brasil, no art. 3º, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer formas de discriminação; e, como direito fundamental, no art. 5º, o direito à igualdade - quanto a este, não é demais lembrar que o documento chega a ser prolixo.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, embora no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, confirma a legalidade e razoabilidade dessa interpretação:

"PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.

"1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais.



"2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário.

"3. 'O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...' (Pontes de Miranda).

"4. 'O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos' (Jean Cruet).

"5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela.

"6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei." (TRF, Primeira Região, AG n. 200301000006970/MG, Desembargador Federal Tourinho Neto).

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, "C" DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS. VERBA ALIMENTAR.

"- A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

"- O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, "c", como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática.

"Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes" (TRF, Quarta Região, AC - n. 200104010273728/RS, Juiz Edgard A. Lippmann Junior).

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE



Jurisprudência Cível - TJ/SC

FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

"1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem.

"2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório.

"3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação.

"4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais.

"5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

"6. Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97.

"7. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI (Medida Provisória nº 1.415/96).

"8. Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.

"9. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado.

"10. Apelações providas" (TRF, Quarta Região, AC n. 200004010736438/RS, Juiz Nylson Paim de Abreu).

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.

Jurisprudência Cível - TJ/SC

"1 - Não há que se falar de ausência de interesse de agir quando a Ré, no mérito de sua resposta, nega o direito vindicado.

"2 - A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o próprio cerne da demanda, além de não existir expressa vedação legal à pretensão autoral, a implicar em extinção do feito sem julgamento do mérito.

"3 - A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

"4 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.

"5 - Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não alberga a situação da Autora, o que implicaria em incorrer em inaceitável e antijurídica discriminação sexual, se o sistema geral de previdência do país comporta hipótese similar, como consignado na IN nº 25-INSS, a qual estabelece procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, em observância ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, o disposto nesse indigitado ato normativo.

"6 - A exigência de designação expressa pelo servidor, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor, e sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova.

"7 - Comprovada a união estável da Autora com a segurada falecida, bem como sua dependência econômica em relação à mesma, e tendo-se por superada a questão relativa à ausência de designação, forçoso é se reconhecer em favor dela o direito à obtenção da pensão pleiteada. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Apelação e Remessa Oficial improvidas" (TRF, Quinta Região, AC n. 200284000022754/ RN, Desembargador Federal Geraldo Apoliano).

Assim, embora não exista norma expressa autorizando a

Jurisprudência Cível - TJ/SC

concessão do benefício previdenciário, numa visão sistemática do ordenamento jurídico pátrio, observa-se estar presente o *fumus boni iuris*.

4. Por fim, cumpre ressaltar que o *periculum in mora* também está presente, eis que se trata de verba de caráter alimentar. Vale acrescentar, em reforço, que restou quantum satis demonstrada a dependência econômica do impetrante em relação ao segurado falecido.

5. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

III -DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Newton Trisotto, que votou no sentido adverso.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco Oliveira Filho e Newton Trisotto.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Cid José Goulart Junior.

Florianópolis, 4 de novembro de 2004.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE

Luiz César Medeiros
RELATOR.

Declaração de voto do Desembargador Newton Trisotto.

1. Não se presta o mandado de segurança para a defesa de direito que não seja líquido e certo. Segundo Celso Agrícola Barbi, "*enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade da lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança*" (Do mandado de segurança, Forense, 2000, 9ª ed., p. 48).

Direito líquido e certo, na consagrada lição de Hely Lopes Meirelles, "*é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*" (Mandado de



Jurisprudência Cível - TJ/SC

segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e 'habeas data', RT, 1999, 21ª ed., p. 34-5).

E, se ausentes os pressupostos legais, traduzidos no binômio *fumus boni juris* e *periculum in mora* (Lei 1.533, art. 7º, II), não tem o impetrante direito à concessão da segurança *in limine*.

2. No caso *sub examine*, reconhece a doutra maioria que não há norma legal expressa que respalde a pretensão do impetrante. Está inscrito na ementa do acórdão:

"O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro servidor público falecido. No caso, o fumus boni juris decorre da interpretação sistêmica do direito e o periculum in mora do caráter alimentar da verba".

3. Pela razão exposta, votei no sentido do provimento do recurso e da extinção do processo relativo ao mandado de segurança.

Newton Trisotto

Jurisprudência Cível - TJ/SC

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.021488-2, da Capital.
Relator: Des. Francisco Oliveira Filho.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA –
REEXAME NECESSÁRIO – UNIÃO HOMOAFETIVA –
RECONHECIMENTO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS –
POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS –
INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA – PRECEDENTES – APELO
E REEXAME NECESSÁRIO INACOLHIDOS.

Em face de lacuna legislativa, cabe ao Judiciário oferecer proteção jurídica às situações oriundas de união homoafetiva, através de uma interpretação sistemática, com fundamento nos princípios da dignidade humana, igualdade e repúdio a discriminação.

“Como direito e garantia fundamental, dispõe a Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É o ‘caput’ do art. 5º.

“Conforme o ensinamento mais básico de Direito Constitucional, tais regras, por retratarem princípios, direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras, inclusive aquela esculpida no art. 226 § 3º, que prevê o reconhecimento da união estável entre homem e a mulher...”
(Homoafetividade o que diz a Justiça. Dias, Maria Berenice. Porto Alegre.2003. p. 109)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.021488-2, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca da Capital (2º Vara da Fazenda Pública), em que é apelante o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPESC e apelado Claudionei César Amaral:



ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Custas na forma da lei.

Claudionei César Amaral impetrou mandado de segurança contra ato do presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC-, alegando que lhe foi negado administrativamente pedido de inscrição como dependente de seu companheiro falecido, Sérgio Medeiros, com o qual manteve relação homoafetiva durante vinte e dois anos. Juntou documentos para comprovar a dependência econômica (fls 26/54). Após outras brevidades que ficam incorporadas a essa suma, requereu medida liminar para que fosse concedida a inscrição como dependente de seu ex-companheiro para receber pensão mensal.

Ao prestar informações (fls. 87/92) a autoridade coatora, argüiu, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo. No mérito, sustentou, em síntese, que a legislação aplicável não inclui entre os dependentes situação de união de pessoas do mesmo sexo, sendo que a Constituição Federal prevê como união estável somente aquela entre homem e mulher.

A medida liminar foi concedida (fls. 93/99), o que ensejou a interposição de agravo de instrumento ao qual foi negado provimento (fls. 106/112).

O *Parquet* opinou pelo deferimento do writ (fls. 118/121).

O d. Togado *a quo* concedeu a segurança para determinar a inscrição de Claudionei César Amaral como dependente de Sérgio Medeiros para fins previdenciários (fls.122/127).

Há reexame necessário.

Irresignada, apelou (fls. 130/134) à autoridade tida como coatora, alegando, em síntese, a inexistência de previsão legal para o reconhecimento de união homoafetiva para fins previdenciários.

Há resposta (fls. 141/145), ascendendo, em seguida os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É a síntese do essencial.

464

É incontroverso o relacionamento estável e duradouro, conforme demonstram os documentos juntados com a inicial, especialmente a relação de dependência em instituição de assistência médica, no qual o segurado era titular (fl. 51); os depoimentos, colhidos durante o procedimento administrativo (fls. 66/68); a prova de domicílio idêntico de ambos (fls. 45/60); e o contrato de seguro de automóvel em nome de Sérgio Medeiros, possuindo como principal condutor o apelado (fl. 57).

Aliás, o próprio IPESC reconheceu estar comprovada sem qualquer dúvida a convivência de natureza conjugal por um longo período (fls. 74/75), não impugnando a existência da união homoafetiva.

A questão se restringe à possibilidade de admitir-se como dependente o indivíduo que mantém união estável com pessoa do mesmo sexo, uma vez que as normas pertinentes reconhecem companheira (art. 9º do Decreto n. 2.512/77; art. 12 do Decreto n. 4.599/78 e o art. 5º da Lei n. 129/94), isto é, mulher.

O art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 dispõe: "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".

Com base na leitura desse dispositivo, o ente autárquico entende que a relação entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecida como união estável.

A Lei n. 9.278/96 define tal instituto como "a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família" (art. 1º), tendo o Código Civil de 2002 previsão semelhante (art. 1.723).

Ora, é certo a convivência duradoura, pública e contínua, compartilhando a vida como qualquer outro casal heterossexual.

Por isso, é necessário que se faça uma interpretação sistemática da Carta Magna, orientada especialmente pelos princípios fundamentais e pelos direitos e garantias individuais. Aliás, está entre um dos objetivos da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV).

Desde a promulgação da Constituição, a sociedade continua em permanente transformação, surgindo com o tempo novas situações a exigir

tutela jurídica. Nesse contexto, não se pode ignorar que uniões entre pessoas do mesmo sexo existem, fato público e notório (art. 334,I,CPC).

Relacionamentos como esse não podem ficar ao desamparo jurídico e, face à lacuna legislativa, a jurisprudência vem oferecendo soluções aos casos concretos que lhe são trazidos em busca da proteção de direitos, como em hipótese de dissolução da união, sucessão hereditária e para fins previdenciários, ainda que muitas vezes se reconheçam tais relacionamentos somente como sociedades de fato.

Assim, cabe ao Judiciário interpretar o texto constitucional e a letra da lei de forma a oferecer proteção jurídica às situações oriundas dessas uniões, com fundamento nos princípios da dignidade humana, igualdade, e não discriminação.

Por isso, não se admite que seja negada a inscrição do companheiro do servidor público como seu dependente em razão do caráter homoafetivo da relação, porquanto tal argumento é discriminatório e fere preceitos constitucionais.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

"6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. [...] 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. [...] 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais [...]" (Ap. Cív. n. 2000.71.00.009347-0, RS, Relator: João Batista Pinto Silveira, j. 27.07.05).

Jurisprudência Cível - TJ/SC

Também: “Entender que os homossexuais estariam excluídos da ‘união estável’, vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais” (Ap. Cív. n. 2001.72.00.006119-0, SC, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 21.09.04).

Esta e. Corte de Justiça compartilha desse entendimento: “O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro de servidor público falecido. No caso, o *fumus boni iuris* decorre da interpretação sistêmica do direito e o periculum in mora do caráter alimentar da verba” (AI n. 2004.021459-6, da Capital, Des. Luiz César Medeiros, j. 04.11.04).

E no agravo de instrumento interposto em face da decisão que concedeu a medida liminar para incluir o nome do impetrante como beneficiário à pensão previdenciária deixada pelo falecimento de seu companheiro nestes autos ficou assentado: “Nesse contexto, negar o benefício pretendido unicamente, pelo fato de não existir legislação expressa no sentido de enquadrar companheiros do mesmo sexo na categoria de dependentes é agir demasiadamente guiado pelo preconceito, o que contraria, inclusive, as diretrizes maiores da Constituição Federal” (AI n. 2004.021459-6, da Capital, Des. Luiz César Medeiros, j. 04.11.04).

Por fim, colaciona-se pertinente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul: “É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade” (Ap. Cív. n. 70012836755, Des.ª Maria Berenice Dias, j. 21.12.05).

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Cid Goulart,

Jurisprudência Cível - TJ/SC
Florianópolis, 7 de agosto de 2007.



Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE E RELATOR