

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

RELATOR : MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : A C S E OUTRO
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, renovando-se o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luís Felipe Salomão, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Mathias (art. 162, §2º do RISTJ).

Brasília (DF), 02 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

RELATOR : **MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**
RECORRENTE : A C S E OUTRO
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

(Relator): A. C. S. e Outro propuseram perante a 4ª Vara de Família de São Gonçalo - RJ, ação declaratória de união estável sob a alegação de que iniciaram relacionamento homoafetivo no ano de 1988 de forma duradoura, contínua e pública, pautada pela consideração e respeito mútuo, pela assistência moral e material recíproca.

Em sua peça inicial, narraram que se conheceram no Brasil, em Copacabana, no Rio de Janeiro, quando o segundo recorrente, que é canadense, veio a serviço de seu país ao Brasil, decidindo, após, iniciarem relacionamento afetivo, morar sob o mesmo teto, no Canadá, sendo que adquiriram patrimônio naquele país e com o apoio moral dos amigos e familiares, casaram-se, segundo permite a lei canadense, passando a ter uma união estável pautada pela consideração e respeito mútuos.

Porém, em virtude de laços mais íntimos com o Brasil, e no intuito de ver reconhecida a sua união estável, ante necessidade de o companheiro canadense obter visto permanente neste país, ajuizaram a presente ação declaratória de união estável.

A sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ao argumento

de que "... o pedido autoral é impossível de ser juridicamente atendido, posto lhe faltar previsão legal" (fls. 115).

Em sede de apelação, a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

"DIRETO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. Preliminar de nulidade da sentença afastada. Não vulneração ao princípio da identidade física do Juiz, eis que audiência presidida em ação cautelar não traz vinculação para apreciação da petição inicial da ação principal, a qual veio a ser indeferida. Impossibilidade, na espécie, de se reconhecer a existência de união estável. Exigência contida no art. 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamenta o artigo 226 da *Lex Legum* e que é retirada pelo artigo 1.723 do Código Civil, de que sejam os companheiros de sexos opostos, homem e mulher. Impossibilidade jurídica do pedido. Indeferimento da petição inicial. Sentença mantida. Recurso improvido" (fls. 183).

Inconformados, os recorrentes interuseram recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Alegaram ofensa aos arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), 126 e 132 do Código de Processo Civil, 1º, da Lei nº 9.278/96, 1.723 e 1724, do Código Civil.

Sustentam que ao manter a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, o Tribunal *a quo* violou o art. 132, do CPC (princípio da identidade física do Juiz), uma vez que a sentença foi proferida por magistrado que não presidira a colheita das provas produzidas anteriormente em ação cautelar de produção antecipada de provas (autos da ação cautelar em apenso).

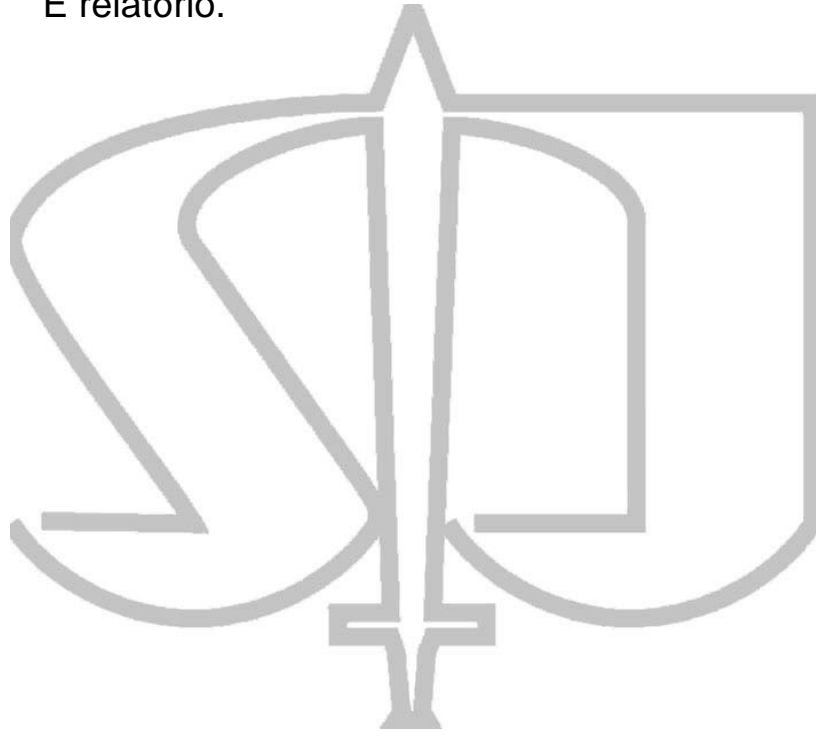
Aduzem que houve ofensa aos demais dispositivos colacionados, na medida em que não há falar-se em impossibilidade

Superior Tribunal de Justiça

jurídica do pedido. Afirmam ter o acórdão recorrido infringido os arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o ordenamento jurídico não veda o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A douta Procuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 294/310).

É relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

RELATOR : MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

RECORRENTE : A C S E OUTRO

ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. VIABILIDADE. APLICAÇÃO DO MÉTODO DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO.

I - Se a magistrada que presidiu a colheita das provas estava de férias, não há identificar ofensa ao art. 132 do CPC. Tanto mais no caso em que as provas foram colhidas antecipadamente.

II - É firme o entendimento, tanto doutrinário como jurisprudencial, no sentido de que a possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, está vinculada à inexistência de vedação explícita pelo ordenamento jurídico do pleito contido da demanda. Precedentes.

III - Não havendo vedação expressa no ordenamento jurídico quanto ao pedido de declaração de união estável de pessoas do mesmo sexo, embora a união homoafetiva não configure união estável nos termos da lei de regência, devem ser aplicadas as regras deste instituto atendendo-se aos preceitos contidos nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

IV - Recurso especial conhecido e provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

(Relator): Conheço do recurso porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, mormente o requisito do prequestionamento.

Preliminarmente, no que se refere ao art. 132, do Código de Processo Civil, não há ofensa ao referido dispositivo. Isso porque o próprio artigo faz ressalvas quanto ao princípio da identidade física do Juiz, entre as quais, o afastamento por qualquer motivo, o que se verificou no caso destes autos, em que a magistrada que então presidiu a colheita antecipada de provas encontrava-se em gozo de férias, como afirmado pelos próprios recorrentes às fls. 194. Além disso, não era necessário que a sentença fosse proferida pela magistrada que presidiu a ação cautelar de colheita antecipada de provas.

No que se refere à impossibilidade jurídica do pedido, pacífico o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que esta só se configura quando há expressa vedação dada pelo ordenamento jurídico.

Nestes termos, ensina Nelson Nery Júnior: "o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve-se entender o termo "pedido" não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir" (Código de Processo Civil Comentado, 6ª Edição, p. 594).

A jurisprudência desta Corte também é tranqüila no sentido aqui afirmado. Vejam-se as ementas:

(...)

"3. Doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que a possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda. Precedentes.

4. Recurso especial não conhecido" (REsp nº 438.926/AM, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 17-11-2003).

"I - A possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo

267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda.

(...)

Recurso provido" (RMS 14.815/DF, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 07-10-2002).

Transcrevo os dispositivos referidos pelas instâncias ordinárias para afirmar a impossibilidade jurídica do pedido, a fim de analisar se, no caso, há vedação do ordenamento jurídico:

Artigo 226, § 3º, da Constituição da República:

"Art. 226. (...)

§ 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".

Art. 1º da Lei nº 9.278/96:

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

Art. 1.723 e 1.724, do Código Civil:

"Art. 1.723. 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".

"Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Da análise dos dispositivos transcritos não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente, o fato de que os dispositivos

citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Todavia, nem por isso o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar os limites do seu deferimento.

Note-se que há um mau hábito, de alguns juízes, de indeferir requerimentos feitos pelas partes dizendo que o fazem "por falta de amparo legal". A se interpretar tal expressão como querendo significar que o indeferimento se deu por não haver previsão legal daquilo que se requereu, a decisão obviamente estará a contrariar o disposto no art. 126 do CPC, pois, em tal caso, o juiz deixará de decidir por haver lacuna na lei. A lacuna da lei não pode jamais ser usada como escusa para que o juiz deixe de decidir, cabendo-lhe supri-la através dos meios de integração da lei (Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, 10ª Ed., vol. I, p. 30).

No caso destes autos, tenho como violados os arts. 4º e 5º da LICC e 126, do CPC. Frise-se, aliás, que o art. 5º da LICC diz que o juiz deve atender aos fins sociais a que a lei se destina.

Como afirmado pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros no REsp 238.715/RS,

"É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.

Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

O reconhecimento da sociedade de fato (CC/16, Art. 1.363 - cf. REsp 148.897/ROSADO) tem servido para a divisão do patrimônio amealhado pelo esforço comum.

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 7 de junho de 2000, que estabelece os "*procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual*". O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (RESPE 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual".

Neste processo, a r. sentença, verdadeira monografia sobre o fato social da homossexualidade, demonstrou que o conceito de união estável não abrange o concúbio entre pessoas do mesmo sexo.

Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva.

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico. A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg

no REsp 174.856/NANCY e EDcl no AgRg no AG 256.536/PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1/PERTENCE- Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799/CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana" (publicado no DJ de 02-10-2006)".

Transcrevo a ementa do RESPE nº 24.564/PA a que se referiu o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros:

"REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento" (TSE, Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado em Sessão de 01-10-2004).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"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.

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 - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido" (REsp nº 502.995/RN, Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 16-05-2005, p. 353).

"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 nº 648.763/RS, Relator o Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ de 16-04-2007, p. 204).

Diante das considerações expostas, e à vista do parecer do Ministério Público Federal acostado às fls. 294/310, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento a fim de que, uma vez superada a questão de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, prossigam as instâncias ordinárias no julgamento do feito como entenderem de direito.

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

ESCLARECIMENTO

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator):

Sr. Presidente, é importante verificar que essa matéria, evidentemente, está sendo objeto de evolução. Há alguns anos, não se admitiria nenhuma consequência jurídica de uma situação desse tipo. Mas, a sociedade tem mudado. Isso ocorre no mundo todo. Portanto, nossa própria jurisprudência tem se encaminhado no sentido mais ampliativo.

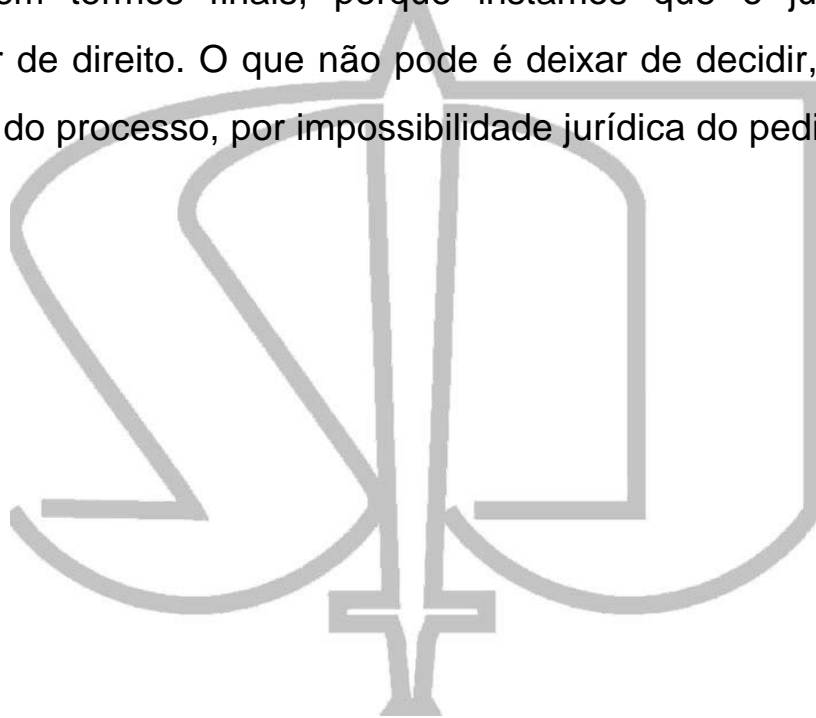
No caso, deixei muito claro na ementa – atendendo à preocupação do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior – , não estamos destoando dos precedentes, mas, ao contrário, com base neles. estamos deixando aberto um caminho para que a Primeira Instância delimite a extensão em que vai examinar o pedido.

É um pedido mais amplo do que o que foi concedido anteriormente por este Tribunal. Reconhecemos isso. Mas nada obsta que o juiz possa, dentro desse pedido mais amplo, defini-lo, acolhê-lo na extensão que entenda devida. Ele ou o tribunal. Por isso que na ementa eu disse, e talvez resolva a preocupação de S. Exa.: “Não havendo vedação expressa no ordenamento jurídico quanto ao pedido de declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, embora a união homoafetiva não configure união estável nos termos da Lei de Regência, devem ser aplicadas as regras desse instituto, atendendo-se aos preceitos contidos nos arts. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e 126 do Código de Processo Civil.”

Superior Tribunal de Justiça

Deixei em aberto para que o juiz examine o pedido.

Penso que a base é essa: o Juiz poderá aplicar as regras relativas à união estável, mas cabe-lhe examinar em concreto o caso. Não afasto, de logo, a possibilidade de que ele examine o tema. Poderá fazê-lo como entender de direito. Estamos caminhando, evoluindo, na consonância dos precedentes, mas não estamos, aqui, delimitando o pedido em termos finais, porque instamos que o juiz decida como entender de direito. O que não pode é deixar de decidir, concluindo pela extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2006/0034525-4

REsp 820475 / RJ

Números Origem: 20040040422509 200500118636

PAUTA: 21/08/2007

JULGADO: 21/08/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**

Secretária

Bela. **CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A C S E OUTRO

ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

ASSUNTO: Civil - Família - União Estável

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO**, pela parte: RECORRENTE: A C S

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro-Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Massami Uyeda. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 21 de agosto de 2007

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Perante o Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de São Gonçalo - Rio de Janeiro - foi proposta ação declaratória de reconhecimento de união estável entre ANTÔNIO CARLOS SILVA, brasileiro, e BRENT JAMES TOWNSEND, canadense.

O feito foi julgado extinto com âncoras no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, aduzindo a r. sentença que, "*tanto na Constituição Federal como nas leis infraconstitucionais não foi reconhecida a união homossexual*", sendo, portanto, impossível juridicamente de ser atendido o pedido constante na inicial (fls. 108/113).

A Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo voto da Desembargadora MARIA INÊS DA PENHA GASPARGAR, manteve a decisão, negando provimento ao recurso de apelação, ao fundamento de exigir a legislação aplicável sejam os parceiros de sexos diferentes - homem e mulher - para fins de reconhecimento da união estável.

Houve especial, sendo trazido à colação julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul onde admitida e reconhecida a união homoafetiva entre dois homens, mediante utilização dos denominados princípios gerais de direito, inclusive analogia e costumes, como forma de suprimento das lacunas legais.

O Relator, Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, ponderando não vislumbrar vedação ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo nos dispositivos constantes do § 3º do art. 226 da Constituição Federal; art. 1º da Lei 9.278, de 1996 e arts. 1723 e 1724 do Código Civil, firmando,

Superior Tribunal de Justiça

por outro lado, maltrato pelos julgados de origem à letra dos arts. 4º e 5º da LICC e 126 do Código de Processo Civil, apoiado - ainda - no pronunciamento ministerial, conhece e dá provimento ao recurso *"a fim de que, uma vez superada a questão de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, prossigam as instâncias ordinárias no julgamento do feito como entender de direito"*.

Para melhor exame e capacitação acerca da controvérsia, solicitei vista dos autos, sendo este o meu voto:

Como já esclarecido, o processo foi extinto com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil - impossibilidade jurídica do pedido - porque não reconhecida pela Constituição Federal nem pela legislação infraconstitucional a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ressalta, no entanto, o eminente Relator, com apoio em julgado da 5ª Turma - REsp 438.926-AM - que a possibilidade jurídica do pedido a que se refere a letra do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda.

Os dispositivos legais regulamentares da matéria, sob este aspecto, efetivamente não vedam de modo explícito a união de pessoas do mesmo sexo, mas apenas fixam que, para fins de união estável o reconhecimento é limitado a casais de sexo oposto.

No julgamento do REsp 502995/RN, foi expressamente afastada a competência atribuída pela instância *a quo* à vara de família para a homologação de termo de dissolução de sociedade estável e afetiva, cumulada com partilha de bens, ao fundamento básico da ausência da questão familiar, mas apenas patrimonial.

Está consignado naquela decisão:

"Reconhece a Constituição Federal a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, dispondo, por seu turno, o art.

Superior Tribunal de Justiça

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

De outro lado, ensina THIAGO HAUPTMANN BORELLI THOMAZ, em artigo na Revista dos Tribunais 807/95, 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 das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o 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 fim comum (art. 1.363 do CC/1916; art. 981 do novo CC).

Assim, embora as relações homossexuais escapem da tutela do Direito de Família, não escapam do Direito das Obrigações."

Superior Tribunal de Justiça

Por enquanto, como preleciona SÍLVIO DE SALVO VENOSA, não há aceitação social majoritária das uniões homoafetivas, "*que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos à sociedade de fato*".

Na real verdade, à luz do direito posto, não há condições de reconhecimento de união estável porque o *desideratum* dos textos relativos à convivência entre um homem e uma mulher é a constituição de uma família e, sob este aspecto, expõe JOSÉ DE CASTRO BIGI em artigo publicado pela Editora Revista dos Tribunais:

"No caso dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, inexistente a possibilidade de conversão em casamento porque, inclusive como entendem os defensores da equiparação entre estes relacionamentos e a união estável, falta a dualidade de sexos inerente àquele instituto que tornaria o casamento inexistente. Impossível, pois, a aplicação do instituto correlato."

Concordo plenamente que, em princípio, o direito positivo não veda explicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo, exceto a união estável, disciplinada pelo Direito de Família, enquanto não houver mudança no texto constitucional. O Professor MIGUEL REALE, ao proclamar não haver o Código Civil cuidado da união estável de pessoas do mesmo sexo e, por isso, apressadamente criticado, ressalta:

"Essa matéria não de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar é preciso mudar a Constituição" - Uniões Homossexuais - efeitos jurídicos - TAÍSA RIBEIRO FERNANDES - Ed. Método - São Paulo - pág. 94.

Não existe, por outro lado, discordância de que os fatos, na dicção de LUIZ EDSON FACHIN, acabam se impondo ao Direito e a realidade muitas vezes desmente a legislação. No caso da união entre pessoas do mesmo sexo,

Superior Tribunal de Justiça

houve sensível avanço na jurisprudência, reconhecendo, v.g., a existência de sociedade de fato, com geração de efeitos patrimoniais (REsp 148.897 - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - citado no REsp 238.715 - Rel. o Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS). De igual modo em matéria previdenciária e no Direito Eleitoral.

No campo da união estável, no entanto, à luz do que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, art. 1º da Lei 9278/96 e arts. 1723 e 1724 do Código Civil, apenas se reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher.

Vale reafirmar: para os demais efeitos - patrimoniais, previdenciários, eleitorais, etc - não é vedado o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Para fins, entretanto, de união estável como entidade familiar, enquanto subsistente a norma constitucional e as disposições legais em apreço, a vedação existe, carecendo, portanto, o pleito neste sentido de possibilidade jurídica, entendida como tal a falta de amparo no direito material.

Com a devida vênia do em. Relator, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, quero louvar o trabalho dos advogados dos recorrentes, mas minha conclusão é no mesmo sentido, porque já se firmou orientação nesta Turma em outro precedente, Recurso Especial n. 502.995/RN, relator o Sr. Ministro Fernando Gonçalves, ao qual aderi como vogal.

A ementa ficou muito clara sobre a posição da Turma:

"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 no Direito das Obrigações."

Essa questão é oriunda da Carta Política, de modo que não nos cabe aqui dar uma interpretação, não diria nem extensiva, mas alternativa, ao que dispõe a Constituição da República, que assim quis.

Da mesma forma, a Lei n. 9.278, também dispõe claramente sobre a união entre um homem e uma mulher como entidade familiar, se vivendo sob a forma de união estável.

Assim, a dualidade de sexos é uma exigência, não apenas legal, como constitucional. A mesma norma é repetida nos arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996. Como no caso a pretensão foi no sentido de reconhecimento de união estável, há uma impossibilidade jurídica do pedido, daí porque, a meu ver, corretamente, tanto o juiz de Primeiro Grau quanto

Superior Tribunal de Justiça

o Tribunal **a quo** extinguiram a ação nos termos do art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Portanto, peço vênia ao Sr. Ministro Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, não conhecendo do recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2006/0034525-4

REsp 820475 / RJ

Números Origem: 20040040422509 200500118636

PAUTA: 21/08/2007

JULGADO: 25/09/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**

Secretária

Bela. **CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A C S E OUTRO

ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

ASSUNTO: Civil - Família - União Estável

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, não conhecendo do recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, PEDIU VISTA dos autos o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Não participou da votação o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, em razão de ausência à primeira assentada de julgamento (Art. 162, § 2º do RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 25 de setembro de 2007

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

RELATOR : MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
RECORRENTE : A C S E OUTRO
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

No presente recurso especial, na sessão de 21 de agosto de 2007, o eminente Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, como seu relator, proferiu voto no sentido de anular o v. acórdão, ao fundamento de que, tratando-se a convivência de duas pessoas de mesmo sexo, com caráter de permanência e continuidade, fato social que deve merecer resposta jurisdicional pelo Judiciário, desde que instado a julgar, ante a inexistência formal de diploma legislativo, mas, havendo no ordenamento jurídico a previsão contida no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de que o Juiz não se exime de julgar, ainda que não haja lei específica a respeito da controvérsia, mas que, com a utilização de fontes mediatas do Direito, decida o caso concreto e, assim, deu provimento ao recurso especial para anular o julgado e determinar que em primeiro grau a questão seja apreciada pelo mérito.

Na sessão de julgamento de 25 de setembro de 2007, os eminentes Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior, divergiram do entendimento do Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial, ante a impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de que a união estável é assim reconhecida pela lei só a casal constituído por um homem e uma mulher e não a duas pessoas do mesmo sexo.

Solicitei vista dos autos para melhor exame da controvérsia, ante a divergência instaurada entre o voto do eminente Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, relator, e os votos dos eminentes Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

A questão nuclear do presente recurso especial gravita em torno da caracterização de impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável a duas pessoas de mesmo sexo.

O r. Juízo de Direito de Primeiro Grau do Rio de Janeiro, ao analisar o pedido, julgou ser juridicamente impossível o pedido e, sendo assim, não adentrou ao seu mérito e extinguiu o processo.

Esta r. decisão, em grau de recurso, foi mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça de origem.

A realidade fática apresenta inúmeras situações, como a noticiada nos autos, de duas pessoas de mesmo sexo, que vivem e convivem juntas, em caráter permanente e contínuo. Trata-se de fato social que, à luz da legislação formal, não se encontra contemplada em texto específico.

Contudo, esta lacuna legal é suficiente para impedir sua apreciação, em termos de resposta jurisdicional a uma ação ajuizada pelos interessados em obter provimento do Poder Judiciário quanto à legitimidade jurídica da situação por eles vivenciada ?

O direito de ação, segundo o qual, toda lesão de direito será apreciada pelo Poder Judiciário, como inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal,

Superior Tribunal de Justiça

possibilitaria ao Estado-Julgador reconhecer que a ausência de lei formal, específica, que regule situação fática existente, possa constituir óbice para se negar a pretendida resposta ?

Exatamente por se discernir que os fatos da vida são dinâmicos e, muitas vezes, não estão previstos em leis formais, mas que exigem uma apreciação valorativa, quando o Estado-Juiz é instado e provocado a apreciar a controvérsia, é que o próprio legislador infra-constitucional dispõe no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que : *"Art. 4º Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."* e, no âmbito das disposições de Teoria Geral de Direito, ainda na seqüência, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim estatui: *"Art. 5º Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."*

Está-se, pois, diante de um dilema processual que, a nosso sentir, deve, para ser dirimido, conjugar a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, por meio de ação, e as dicções dos dispositivos mencionados da Lei de Introdução ao Código Civil, ou, então, adotar-se o posicionamento, tal como mantido pelo v. acórdão recorrido que, ao negar provimento ao recurso de apelação, confirmou a r. sentença do Juízo de Direito "a quo", não apreciando o mérito, reconhecendo ocorrer impossibilidade jurídica do pedido, ante ausência de previsão legal e extinguiu o feito, sem apreciação do mérito.

Trata-se não só de questões processuais, mas, também de aplicação da Teoria Geral do Direito, não havendo, nesta instância recursal, incursão na seara do mérito propriamente dito da ação, se procedente ou improcedente o pedido.

Assim, pedindo vênias para divergir dos votos dos eminentes Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior, que não conheceram do recurso especial, acompanho o voto do eminente Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, que anulou o processo até a prolação da sentença, devendo outra ser proferida.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2006/0034525-4

REsp 820475 / RJ

Números Origem: 20040040422509 200500118636

PAUTA: 03/04/2008

JULGADO: 03/04/2008
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A C S E OUTRO

ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

ASSUNTO: Civil - Família - União Estável

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, tendo sido verificado o empate na votação, a Turma, por unanimidade, deliberou aguardar o provimento da vaga do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília, 03 de abril de 2008

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4)

RELATOR : MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
RECORRENTE : A C S E OUTRO
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.



VOTO-VISTA DESEMPATE

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. ANTONIO CARLOS SILVA E BRENT JAMES TOWNSEND ajuizaram pedido de declaração de união estável, procedimento de jurisdição voluntária, perante o juízo da Quarta Vara de Família da Comarca de São Gonçalo, Rio de Janeiro.

Alegaram, em resumo, que, desde 1988 (cerca de vinte anos), relacionam-se de forma pública, contínua e duradoura e que a união pauta-se pelo afeto, respeito mútuo, assistência moral e material recíproca. Requereram medida cautelar preparatória, onde foram ouvidas testemunhas e anexado parecer psicossocial. Prosseguiram aduzindo que construíram patrimônio comum e casaram-se no Canadá. Saliem a evolução jurisprudencial, registrando a forte tendência à admissão da união homoafetiva. Pedem a procedência do pedido, “declarando-se como união estável, para todos os fins e efeitos legais, o relacionamento que envolve os autores desta demanda (...)” (fls.27).

Sobreveio sentença terminativa fundada na impossibilidade jurídica do pedido (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil). Assentou o douto julgador monocrático que a Carta Magna e a legislação infraconstitucional não reconheceram a união homossexual, sendo inviável o pleito (fls.108/113).

Em sede de recurso de apelação, a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a decisão atacada, assentando que a legislação incidente à hipótese estabelece a diversidade de sexo entre os companheiros como requisito para o declaração da união estável.

O acórdão contém a seguinte ementa:

“DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. Preliminar de nulidade da sentença afastada. Não vulneração ao princípio da identidade física do juiz, eis que audiência presidida em ação cautelar não traz vinculação para apreciação da petição inicial da ação principal, a qual veio a ser indeferida. Impossibilidade, na espécie, de se reconhecer a existência de união estável. Exigência contida no artigo 1º da Lei nº9.278/96, que regulamenta o artigo 226 da Lex Legum e que é reiterada pelo artigo 1.723 do Código Civil, de que sejam os companheiros de sexos opostos, homem e mulher. Impossibilidade jurídica do pedido. Indeferimento da petição inicial. Sentença mantida. Recurso improvido.”

Inconformados, os autores interpuseram recurso especial, com arrimo nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional. Alegam violação ao artigo 132, do Código de Processo Civil, uma vez que desrespeitado o princípio da identidade física do juiz, pois o

Superior Tribunal de Justiça

magistrado que presidira a audiência realizada na medida cautelar preparatória não proferiu a sentença no presente feito. No mérito, sustentam que foram malferidos os artigos 1.723 e 1.724, do Código Civil, artigos 4º e 5º, da LICC, artigo 126, do Código de Processo Civil e artigo 1º da lei 9.278/96. Defendem a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento nos princípios gerais do direito, na analogia e nos costumes. No tocante a alegação de dissídio jurisprudencial, ponderam que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vêm admitindo a união homoafetiva (fls. 191/209).

Apresentaram recurso extraordinário, ao fundamento de que o acórdão recorrido violou os artigos 3º, incisos I e IV e 5º, incisos I, II e XV da CRFB/1988 (fls. 237/254).

Em decisão de fls. 286/289, o recurso especial ultrapassou o juízo prévio de admissibilidade. Por sua vez, o recurso extraordinário foi inadmitido.

O douto SubProcurador Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 294/310).

O Relator, Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. O eminente Ministro afastou a alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz, porém não vislumbrou vedação legal ao reconhecimento da união estável entre dois homens. Assentou que restaram violados os artigos 4º e 5º da LICC e 126 do Código de Processo Civil.

O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves, em voto-vista divergente, não conheceu do recurso, por entender que há expressa vedação constitucional e legal, carecendo o pleito de possibilidade jurídica.

O Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho acompanhou o voto divergente, também não conhecendo do recurso, por entender que a dualidade de sexos é exigência legal para configuração de união estável.

O Exmo. Sr. Ministro Massami Uyeda acompanhou o relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

É o sucinto relatório.

2. Inicialmente, acompanho o eminente Ministro Relator no tocante a inexistência de violação ao artigo 132, do Código de Processo Civil. A alegada identidade física do juiz não prevalece diante do período de férias da magistrada titular, além do que a colheita de depoimentos foi realizada em outro feito, qual seja, medida cautelar preparatória.

3. A questão posta nos autos é delicada, merecendo análise aprofundada de

todos os institutos jurídicos tratados, respeitando-se os princípios norteadores do “Estado Democrático de Direito”.

Visando a solução da controvérsia, no estágio inicial em que se encontra, impõe-se o exame detido sobre as condições da ação, especialmente quanto a possibilidade jurídica do pedido e o alcance dos dispositivos legais que regulam a interpretação do conteúdo das normas jurídicas, quais sejam, os artigos 4º e 5º, do LICC.

Destaque-se, para logo, a discussão doutrinária acerca da conceituação da possibilidade jurídica como condição para o regular exercício da ação.

Há doutrinadores que limitam a possibilidade jurídica ao seu aspecto processual, ao argumento de que, analisá-la sob o enfoque da adequação do pedido autoral ao direito material, enseja, em verdade, antecipação do exame do mérito da demanda.

Leciona Humberto Theodoro Junior:

“Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondente a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo.

Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, prima facie, se revele temerária ou absurda.

Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido no aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira condição da ação como requisito prévio da admissibilidade do exame da questão de mérito.

Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2ª, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência de direito material.

A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor.” (Curso de Direito Processual Civil, vol.I, 47ª edição, 2007, p.64/65).

Nelson Nery Junior também assevera que:

“O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo “pedido” não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir. Assim, embora o pedido de cobrança, estritamente considerado, seja admissível pela lei brasileira, não o será se tiver como causa petendi dívida de jogo.” (JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2007, p.504).

Transcreve-se, ainda, a lição de José Roberto dos Santos Bedaque que, ao tratar do resultado da análise da condição da ação, esclarece:

“Com relação a uma das condições da ação justifica-se plenamente a controvérsia doutrinária quanto à natureza da sentença que a declara ausente: trata-se da possibilidade jurídica do pedido.

Se o juiz, ao examinar a inicial, verificar existir vedação expressa no ordenamento jurídico material ao pedido do autor, deve indeferir-lhe liminarmente por impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo o processo. Esse resultado, todavia, implica solução definitiva da crise de direito material. Embora tal conclusão seja possível mediante simples exame da inicial, o julgamento põe fim ao litígio, pois o autor não tem o direito afirmado.”(Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.264).

Candido Rangel Dinamarco defende que:

“A casuística da impossibilidade jurídica evidencia que a esta se chega por exclusão e pelas situações negativas, sendo mais fácil falar dela que da possibilidade. Isso tem um sólido fundamento sistemático, que é a garantia do controle jurisdicional, portadora da regra de que em princípio todas pretensões de tutela jurisdicional serão apreciadas pelo Estado-juiz (Const., art.5º, inc. XXXV), só não o sendo aquelas que encontrarem diante de si alguma dessas barreiras intransponíveis.” (Instituições de direito processual civil, volume II. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.302).

Outros estudiosos, dentre os quais se inclui Enrico Tullio Liebman (Manual de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1984, v.I, p.153/154), não mais vislumbram a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, afirmando como requisitos de existência tão-somente a legitimidade e o interesse de agir.

A despeito da linha de pensamento adotada, o fato é que, para a hipótese em apreço, não existe vedação legal para o prosseguimento da demanda, como a seguir será exposto.

Nesse passo, a Corte já se pronunciou quanto ao correto sentido da possibilidade jurídica como requisito para ajuizamento da ação:

“PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONTRATO VERBAL FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INFRINGÊNCIA AO ART. 267, VI, DO CPC, REPELIDA. MATÉRIA DE MÉRITO. 1. Há de ser mantido acórdão que firmou-se na linha de que ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, ou, ainda, quando não haja previsão de um tipo de providência como a que se pede através da presente ação. Não é o presente caso, portanto, onde se almeja a cobrança de entes públicos (Município e Autarquia Municipal) de valores devidos a título de contrato administrativo verbal, já que não há qualquer incompatibilidade entre o pedido formulado e o ordenamento processual pátrio.

2. "Quando se diz 'ser possível' não se diz que 'é': o juiz, na espécie do art. 267, VI, tem de ver se há ou se não há possibilidade jurídica, e não se o autor tem ou não razão. O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo não escrita, que poderia acatá-lo" (Pontes de Miranda, 'Comentários ao Código de Processo Civil', Forense, RJ, 4ª ed., 1997, p. 487/488).
3. A admissão ou não de celebração de contratos administrativos verbais diz respeito ao mérito da causa, e não a uma de suas condições. Violação ao teor do art. 267, VI, do CPC, que se afasta.
4. Recursos especiais improvidos." (Resp. 451125/RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002).

Quanto à matéria submetida a julgamento, transcreve-se, por oportuno, o teor dos dispositivos questionados.

O artigo 1º da lei 9.278/96 assim dispõe:

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

Os artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil estabelecem:

"Art. 1.723. 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos."

Como se percebe, não existe proibição para o reconhecimento de outros tipos de união, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres.

O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da

Superior Tribunal de Justiça

abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa.

A matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

Nesse particular, leciona Vicente Rao:

“As lacunas do direito normativo, segundo Enneccerus, nos quatro casos seguintes se verificam:

(...)

2º. quando a norma é totalmente omissa: a) intencionalmente, porque o problema, ao sobrevir a lei, não se achava suficientemente amadurecido para a solução; b) ou, apenas, porque a solução não foi prevista; c) ou, ainda, porque a questão não chegou a ser praticamente suscitada até a superveniência da norma;” (O Direito e a vida dos direitos, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.456/458).

Como é de curial sabença, a lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico.

Admite-se a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

“A analogia consiste no processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para leva-lá às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado.” (Instituições de Direito Civil, volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.72).

Por outro lado, ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal.

Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que anos atrás em seus estudos jurídicos cunhou a expressão relação homoafetiva, adverte:

“A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.” (Homoafetividade: o que diz a Justiça, Editora: Livraria do Advogado, p.11/12).

Ana Carla Harmatiuk Matos, professora adjunta de Direito Civil da UFPR, em estudo intitulado “Ação declaratória de união estável homossexual: possibilidade jurídica da pretensão”, pondera:

Superior Tribunal de Justiça

“Inexistindo proibição legal e levando-se ao Judiciário fato carente de norma expressa, incumbe ao julgador atribuir sentido ao caso concreto. Para tanto, há de levar em consideração a evolução social e a realidade que o cerca, cuja percepção lhe proporcionaria dar sentido a fatos ainda não legislados. Em casos como esse, não se está, verdadeiramente, diante de uma impossibilidade jurídica.”

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir a norma inserta no artigo 4º da LICC, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais (Resp. 238.715/RS).

Nesse passo, não se ressente de incompatibilidade com os julgados previamente proferidos por esse Tribunal Superior, o entendimento adotado pelo eminente Relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no sentido de reconhecer a possibilidade jurídica do pleito formulado pelos recorrentes.

Por derradeiro e para reforçar os argumentos expendidos, transcrevo trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso Mello, quando analisou o pleito formulado na ADIN 3.300/MC/DF (DJ 09/02/2006, p.06):

“EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURIDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART.226,PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

(...)Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que 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 a 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, "Unões 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.).

Ante o exposto, acompanho o Relator para conhecer do recurso e dar-lhe provimento, especialmente no tocante ao reconhecimento, no caso, da possibilidade jurídica do pedido, devendo o feito retornar à primeira instância para o seu regular trâmite.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2006/0034525-4

REsp 820475 / RJ

Números Origem: 20040040422509 200500118636

PAUTA: 02/09/2008

JULGADO: 02/09/2008
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A C S E OUTRO

ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO

ASSUNTO: Civil - Família - União Estável

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO**, pela parte RECORRENTE: A C S

Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

Superior Tribunal de Justiça

Renovando-se o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luís Felipe Salomão, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luís Felipe Salomão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Mathias (art. 162, §2º do RISTJ).

Brasília, 02 de setembro de 2008

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

