

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).

Superior Tribunal de Justiça

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 argüição 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

Superior Tribunal de Justiça

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.