

## **União entre pessoas do mesmo sexo**

Álvaro Villaça Azevedo

*Doutor em Direito – Prof. Tit. de Direito Civil – Reg. de Pós-Graduação e ex-Diretor da Fac. de Direito da USP – Prof. Tit. de Direito Romano, de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Mackenzie – Prof. Tit. de Direito Romano e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado - Advogado e ex-Cons. Fed. e Est. da OAB - Parecerista e Consultor Jurídico*

### **Sumário**

1. Casamento inexistente. 2. Parceria registrada na legislação estrangeira. 3. União estável inexistente. 4. Análise do Projeto Marta Suplicy e de seu Substitutivo na Câmara dos Deputados.

#### **1. CASAMENTO INEXISTENTE**

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 realize entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial.

Esse posicionamento decorre, principalmente, da expressa menção, no Código Civil, aos direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239) e da mulher (arts. 240 a 255), sendo estes, portanto, os sujeitos da relação jurídica matrimonial. A todo momento, nesse estatuto civil, existem referências a cônjuges ou a marido e mulher.

Importante decisão, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua 1ª Câmara, unanimemente, em 1º de novembro de 1982, sendo Relator o Desembargador *Paulo Tinoco*<sup>1</sup>, deve ser lembrada, neste passo, segundo a qual "é ato inexistente o casamento de duas pessoas do sexo feminino", e não nulo. Admite esse decisório que deve existir a declaração de inexistência do casamento, pois existiu o ato, não o casamento, daí porque "o ato é nulo", considerando ato "a realização, formalidade e registro feito nos livros cartorários". A seu turno, roborou o Desembargador *Oliveira Leite*, em seu voto, que a sentença contém impropriedade, principalmente porque declarou nulo casamento inexistente.

Correta, a nosso ver, a posição acolhida nesse acórdão, porque o pressuposto da diversidade de sexo no casamento não é defeito, sanável ou insanável, desse contrato solene matrimonial, mas requisito essencial de sua própria existência.

Daí poder o juiz declarar a inexistência do casamento, independentemente de ação tendente a esse reconhecimento. Assim julgou a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo Relator o Desembargador Rogue Komatsu<sup>2</sup>, em 21 de agosto de 1986. Assenta-se, nessa decisão, que "inexistente é o casamento levado a efeito por pessoas do mesmo sexo, tendo sido utilizado falso registro de nascimento para a consumação do ato".

Tenha-se presente, nesta oportunidade, a lição de K.-S. Zachariae<sup>3</sup>, que criou a teoria do ato inexistente, distinguindo entre condições essenciais e de validade do casamento e demonstrando que a falta de um só desses elementos essenciais provoca a inexistência do matrimônio, não de sua nulidade. Tal ocorre quando o casamento existe em aparência, quando, por exemplo, um dos nubentes não está em condição física de declarar sua vontade de contraí-lo. Aliás, o artigo 146 do Código Civil francês é claro ao assentar que "não há casamento se não existe consentimento" ("*Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement*").

Explicando as mesmas hipóteses de inexistência de casamento, salienta Marcel Planiol<sup>4</sup> a identidade de sexo, a falta de celebração perante o oficial do estado civil e a falta absoluta de consentimento.

Pondera, a seu turno, Pontes de Miranda<sup>5</sup> que "uma união, ainda solenemente Feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele, é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virí et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e de procriação. Advirta-se, porém, que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento (Pacifici-Mazzoni. *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII, 12), se o sexo pode ser reconhecido e se distingue do sexo do outro cônjuge. A ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível entra na classe dos impedimentos dirimentes relativos: concerne, portanto, à validade, e não à existência do casamento. Se, no caso de conformação viciosa, predomina o sexo igual ao do outro cônjuge, está expressa a figura da igualdade sexual, e, *ipso facto*, inexistente o casamento. Dar-se-á o mesmo em caso de indistinção sexual, *quia coniuge non habet sexum* (Zachariae, *De droit civil français*, I, 171; aliás era bem de esperar-se que o formulador da teoria dos atos inexistentes não escapasse o caso do 'cônjuge sem sexo')".

Menciona, em seguida, interessante caso de nossa jurisprudência, "o julgado do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal (21 de outubro de 1895, O.D., 68, 540) que, na vigência do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, considerou inexistente o casamento contraído entre duas pessoas do

mesmo sexo, julgado em que se houve por imprescindível a ação contra tal casamento. A terminologia, aliás, no acórdão, não é rigorosa. Também nele se comete grave erro de doutrina, qual o de se reputar *matrimonium non existens* o casamento contraído entre uma pessoa de sexo firme e outra de estado intersexual, hermafrodita, quer andrógino quer *ginandro*. Se o sexo preponderante é o mesmo da parte normal, o casamento é inexistente; se o sexo preponderante é diferente do sexo da parte normal, ou há dúvida sobre a preponderância, tal casamento apenas é anulável por defeito físico irremediável. O acórdão não atendeu à distinção, e daí o perigo na sua consulta".

É certo, desse modo, que o ato inexistente nem chega a ingressar no mundo jurídico; todavia, embora ele exista no plano fático, às vezes torna-se necessário o ajuizamento de ação para desconstituir seus efeitos ou para impedir a produção destes, em decorrência dessa situação de Fato, de mera aparência.

## 2. PARCERIA REGISTRADA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Como vem sendo informado, amplamente, muitos países já admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>6</sup>

Informa *Federico R Aznar Gil* que alguns países europeus, como Dinamarca, Noruega e Suécia, já aprovaram leis que equipararam, praticamente, as uniões homossexuais ao casamento heterossexual, com algumas restrições, como é o caso da proibição das adoções.

Na Dinamarca, desde 1984, essa matéria vem sendo estudada por comissões e, a partir de 1986, foram concedidos alguns direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais, que foram legalizadas em 1989, reconhecendo-se, assim, os "casamentos entre pessoas do mesmo sexo".

A lei dinamarquesa número 372, de 1º de junho de 1989, da parceria homossexual registrada, que teve início de vigência em 1º de outubro do mesmo ano, prescreve, em seu item 1, que "duas pessoas do mesmo sexo podem ter sua parceria registrada". Cuidando desse registro, no item 2, estabelece "a parte 1, seções 12 e 13 (1) e cláusula 1 da seção 13 (2) da Lei sobre Formação e Dissolução de Casamento devem ser aplicadas, igualmente, para o registro de parceiros", que só será possível se ambos ou um dos parceiros tiverem residência permanente na Dinamarca e nacionalidade dinamarquesa.

Essa lei foi de iniciativa do Parlamento dinamarquês, que colocou a Dinamarca como primeiro país a adotar essa espécie de legislação. Esclareça-se que a mesma lei, em seu item 2 (3), deixou o procedimento desse registro a ser regulamentado pelo Ministério da Justiça, o que parece, não ocorreu, até o presente.

Quanto aos efeitos legais desse registro, assenta-se, em destaque, que a parceria registrada deve produzir os mesmos efeitos legais que o

contrato de casamento, devendo ser aplicadas aos parceiros as mesmas disposições que se aplicam aos esposos, com exceção da Lei de Adoção, que não se aplica aos parceiros; também não se aplica a estes a cláusula 3 da seção 13 e 15 da Lei de Incapacidade e Guarda, bem como as disposições de outras leis dinamarquesas que se refiram a um dos cônjuges e de tratados internacionais, a não ser que concordem os outros países participantes.

Quanto à dissolução da parceria, aplicam-se similarmente as partes, ali indicadas, da Lei de Formação e Dissolução do Casamento e da Lei de Administração da Justiça.

A Lei de Formação e Dissolução do Casamento, a Lei de Herança, o Código Penal e a Lei de Tributos Hereditários foram emendadas, com a introdução da parceria registrada, pela Lei 373, de 1º de junho de 1989, com início de vigência em 1º de outubro de 1989.

Destaque-se, neste passo, a emenda às Seções 9 e 10 da citada Lei do Casamento. Na Seção 9, para constar que "uma pessoa que tenha contratado, anteriormente, casamento ou que participe de uma parceria registrada, não pode contrair casamento enquanto o casamento ou a parceria anterior existir". Na Seção 10, cuida-se de questão patrimonial, que proíbe a contratação de casamento por quem tenha sido casado ou parceiro, antes da divisão da propriedade conjunta, ou do início dela, perante a Corte. Só não se aplica tal disposição se os interessados se uniram sob regime de separação total de bens ou quando uma isenção de divisão for concedida, em casos especiais, pelo Ministro da Justiça.

Preceito semelhante é o da Lei de Herança, que determina a divisão dos bens comuns antes de novo casamento ou registro de parceria (item 2).

No tocante ao Código Penal dinamarquês, emendou-se sua Seção 208, para constar como crime a contratação de parceria registrada por quem já for casado ou parceiro (prisão até três anos), dentre outras especificações com alterações de penalidades.

A Noruega acompanhou a Dinamarca, aderindo a essa situação em 1993, quase em situação idêntica, pela Lei 40, de 30 de abril, que teve início de vigência em 1º de outubro desse mesmo ano. A lei norueguesa, entretanto, permite que os parceiros possam partilhar da "autoridade parental" (poder familiar ou pátrio poder), o que a lei dinamarquesa proíbe.

O Parlamento sueco, a seu turno, reconheceu *o partenariat*, desde 1º de janeiro de 1995, quando teve início a vigência da Lei de 23 de junho de 1994, oficializando a união entre pessoas do mesmo sexo. A autora da Lei de Parceria, na Suécia, foi *Barbro Westerholm*. Todavia, em 1995, já estavam oficializadas quase mil uniões. Destaque-se, entretanto, que o Consulado da Suécia, em Paris, não está autorizando uniões homossexuais. Registre-se, porém,

que na França, em 1993, concedeu-se a homossexual o direito de beneficiar-se do seguro social de seu parceiro.

Essa lei sueca baseou-se em trabalhos da comissão parlamentar, constituída em 1991, contendo quase os mesmos dispositivos da lei dinamarquesa; entretanto, a lei sueca possibilita a intervenção do juiz para o registro da união, facultativamente, mas exige, obrigatoriamente, essa intervenção em caso de ruptura da mesma união.

Deve-se mencionar que, dos países escandinavos, só a Finlândia não aderiu à legislação da união registrada de pessoas do mesmo sexo. Houve um projeto de lei, junto ao Parlamento finlandês, em maio de 1996, que foi rejeitado em setembro de 1997.

Na Holanda, em 1991, foram criados registros em alguns municípios, possibilitando que fossem registradas uniões homossexuais, como aconteceu em algumas cidades norte-americanas, como São Francisco<sup>8</sup>, sendo certo que, em 16 de abril de 1996, elaborou-se projeto de união entre pessoas de mesmo sexo, com 70% da opinião pública a favor.

Dá-nos conta o CFEMEA<sup>9</sup> de que, na Holanda, houve o "casamento" oficial de dois casais de lésbicas, tornando-se, em fevereiro de 1998, "os primeiros casos de casamento civil legal entre parceiros do mesmo sexo" nesse país, cuja lei que permite a união civil entre homossexuais teve início de vigência em 1º de janeiro de 1998.

"Um dos casamentos foi da cantora *Sugar Lee Hoper* e a companheira dela. A união legal entre *gays* na Holanda não é exatamente o mesmo que um casamento. Os parceiros não podem adotar crianças, nem as lésbicas podem ser artificialmente inseminadas."

Essa lei encontra suas origens no projeto de lei do Ministro da Justiça, adotado pelo Parlamento holandês em julho de 1997, que permite aos casais homossexuais, que não podem se casar, bem como aos casais heterossexuais, que não querem se casar, registrar sua união.

A lei holandesa, diferentemente das escandinavas, não apresenta qualquer registro obrigatório no tocante à nacionalidade dos parceiros.

Na Islândia, o Parlamento adotou um projeto do Governo, em 4 de junho de 1996, possibilitando a duas pessoas do mesmo sexo registrarem sua união, tendo tido a lei início de vigência em 27 desse mesmo mês e ano.

Essa lei islandesa guarda as mesmas disposições da lei dinamarquesa, possibilitando, também, que os parceiros possam partilhar a "autoridade parental".

Registre-se, neste passo, que, desde 15 de dezembro de 1973, por decisão da *American Psychiatric Association* e, depois, de outras organizações internacionais, a homossexualidade foi excluída do rol das doenças mentais, também nas publicações da Classificação Internacional de Doenças.

Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade.

### 3. UNIÃO ESTÁVEL INEXISTENTE

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 considerados 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 parágrafo 3º do seu artigo 226.

Tenha-se presente que os casos de uniões homossexuais submetidos ao Poder Judiciário têm sido poucos.

Muito citada foi a decisão do Juiz *José Bahadian*, da 28ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, na ação promovida contra o espólio de um pintor e iniciada em 17 de maio de 1988. Nesse processo, reconheceu-se direito do companheiro sobrevivente, em razão do falecimento do outro, após 17 anos de convivência, à metade do patrimônio por eles amealhado. Patenteou-se, então a existência de sociedade de fato entre os conviventes e de um patrimônio criado por seu esforço comum. Esta a decisão de primeiro grau. Pondere-se, neste caso, que esse direito à metade do patrimônio do companheiro falecido estava assegurado por testamento deste, assinado em 1985 e revogado por outro testamento, firmado pelo testador quando já estava internado, em estado grave, no Memorial Hospital de Nova York. Conforme atestaram algumas testemunhas, ele já não estaria de posse da plena capacidade de entendimento dos fatos; tudo conforme ampla divulgação da mídia, à época.

Em grau de apelação, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 8 de agosto de 1989, unanimemente, por sua 5ª Câmara Cível, sendo Relator o Desembargador *Narcizo A. Teixeira Pinto*<sup>10</sup>, decidiu-se esse caso, como demonstra a ementa oficial:

"Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição."

Como visto, nesse julgado, reconheceu-se, tão-somente, a sociedade de fato entre sócios, e não união livre como entidade familiar. Deixou claro esse acórdão que a mesma Câmara, em outra decisão, em que foi Relator o Desembargador José Carlos Barbosa *Moreira*, evidenciou que:

"O benefício econômico não se configura apenas quando alguém auferir rendimentos, senão igualmente quando deixa de fazer despesas que, de outra maneira, teria de efetuar' (Ap. Cív. 38.956/85). E assim deve ser, porque o esforço comum, que caracteriza a sociedade de fato, pode ser representado por qualquer forma de contribuição: pecuniária ou através da doação de bens materiais ou ainda por meio de prestação de serviços. Este, sem dúvida, o sentido que o Código Civil Brasileiro, ao definir o contrato de sociedade, empresta à locução combinar esforços ou recursos para lograr fins comuns (art. 1.363). Como é de primeira evidência, a expressão esforços ou recursos abrange todas as formas ou modalidades de contribuições para um fim comum."

E se conclui nesse mesmo decisório que, "por maior que tenha sido a contribuição do apelado à obra do pintor, não se pode conceber que tenha sido equivalente à que deu o próprio criador dos quadros. E, não tendo sido iguais as cotas de contribuição, não podem ser iguais, como pretende o recorrido, os quinhões na partilha. A participação na divisão deve ser proporcional à contribuição para criação ou aquisição dos bens".

Daí a redução do percentual estabelecido na sentença, de 50% para 25% do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua 2ª Câmara, em 3 de dezembro de 1996, sendo Relator o Juiz *Carreira Machado*<sup>11</sup>, decidiu que "a união de duas pessoas do mesmo sexo, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação".

Nesse caso, ainda, foi negada indenização por dano moral, reivindicada pelo companheiro sobrevivente, junto ao pai do falecido, vítima de AIDS, malgrado tivesse esse sobrevivente "assumido assistência ao doente, expondo-se publicamente, em face da omissão" desse genitor, "a quem não pode ser atribuída culpa pela enfermidade" contraída por seu filho.

Lembra, a seu turno, *Rainer Czajkowski*<sup>12</sup> que existe, em torno do tema "uniões homossexuais", "uma forte carga negativa, de ordem moral e mesmo religiosa na sua avaliação"; portanto, para que isso seja evitado, "na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil".

Pondere-se, neste ponto, que, provada a sociedade de fato entre os conviventes do mesmo sexo, com aquisição de bens pelo esforço comum

dos sócios, está presente o contrato de sociedade, reconhecido pelo art. 1.363 do Código Civil, independentemente de casamento ou de união estável. Sim, porque celebram contrato de sociedade as pessoas que se obrigam, mutuamente, a combinar seus esforços pessoais e/ou recursos materiais para a obtenção de fins comuns.

Registre-se, neste ponto, a celeuma em torno de uma decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça, de sua 4ª Turma, sendo Relator o Ministro Ruy Rosado *de Aguiar*<sup>13</sup>, que, na verdade, não atribuiu direito de herança a homossexual, mas reconheceu direito à partilha de bens adquiridos, pelos parceiros, em decorrência de sua colaboração comum.

Do mesmo modo, foi normal a decisão unânime da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo Relator o Desembargador *Dirceu de Mello*<sup>14</sup>, de 31/07/1997, quando se entendeu deferir a guarda de criança a homossexual, constatando-se que essa circunstância, naquele momento, não era obstáculo à medida, dada a provisoriedade da natureza da guarda, que pode ser revogada a qualquer momento, ante qualquer desvirtuamento na formação psicológica da criança. Entendeu-se que era dificultoso, à época, colocar a criança sob os cuidados de uma família substituta.

Enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, o que nos parece prematuro, os parceiros devem acautelar-se com a realização de contratos escritos, que esclareçam a respeito de seu patrimônio, principalmente demonstrando os bens que existem, ou venham a existir, em regime de condomínio, com os percentuais estabelecidos ou não. Se for o caso, para que não esbarrem suas convenções no direito sucessório de seus herdeiros, devem realizar testamentos esclarecedores de suas verdadeiras intenções. Podem os parceiros, ainda, adquirir bens em nome de ambos, o que importa condomínio, em partes iguais.

#### **4. ANÁLISE DO PROJETO MARTA SUPPLY E DE SEU SUBSTITUTIVO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

A ex-Deputada Federal *Marta Supply* apresentou o Projeto de Lei 1.151, de 1995, que objetiva disciplinar a "união civil entre pessoas do mesmo sexo".

Como bem pondera a autora desse projeto<sup>15</sup>, não se pode mais negar a existência de relações homossexuais e as diferentes formas de expressão da sexualidade, no Brasil e em outros países, sendo necessário "garantir direitos de cidadania sem discriminar as pessoas devido à sua orientação sexual".

E continua dizendo que seu projeto "não se refere ao casamento, nem propõe a adoção de crianças ou a constituição de família. Simplesmente possibilita às pessoas homossexuais que vivem juntas o direito a herança, previdência, declaração comum de imposto de renda e nacionalidade.



Basicamente, direitos jurídicos para pessoas que pagam impostos e hoje são ignoradas pela sociedade... A sociedade nos educa para a heterossexualidade como sendo esta a única forma correta e aceita de viver a sexualidade".

Instalou-se uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para apreciar esse projeto, presidida pela Deputada *Maria Elvira*, tendo como relator o Deputado *Roberto Jefferson*.

Prestando depoimento junto a essa Comissão, *Luiz Edson Fachin* sugeriu a substituição do termo "união" por outro mais adequado. O relator dessa Comissão entendeu correta essa sugestão, substituindo a palavra "união" por "parceria".

Esse jurista paranaense<sup>16</sup>, escrevendo sobre a convivência de pessoas do mesmo sexo, em outubro de 1996, conclui seu artigo, ponderando:

"Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reaprender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações. Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns 'nós' que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo."

Nessa trilha, passaremos à análise dos artigos do Projeto de Lei 1.151, de 1995, da Câmara dos Deputados, e de seu Substitutivo, adotado pela Comissão Especial, datado de 10 de dezembro de 1996.

Partiremos dos artigos do aludido Substitutivo, que melhorou a redação do Projeto originário, acrescentando alguns dispositivos de real importância.

Assim, no artigo 1º, assegura-se a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua "parceria civil registrada", objetivando, principalmente, a salvaguarda de seus direitos de propriedade e de sucessão hereditária.

Essa parceria constitui-se mediante registro em livro próprio nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais (art. 2º), com a apresentação dos documentos dos interessados enumerados no parágrafo 1º: declaração de serem solteiros, viúvos ou divorciados; prova de capacidade civil absoluta, por meio de certidão de idade ou prova equivalente; e escritura pública de contrato de parceria civil. O parágrafo 2º incluído no Substitutivo repete a necessidade de que se registre a parceria, conforme *caput do* mesmo artigo. O parágrafo 3º estabelece a impossibilidade de alteração do estado civil dos contraentes, na vigência do contrato de parceria.

Esse parágrafo 3º é de extremo rigor, porque corrobora que o pretendido registro, em livro próprio, no Cartório de Registro Civil, mencionado no *caput* do artigo, não é só para valer contra terceiros<sup>17</sup>, mas cria, perigosamente, um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada. Esse estado civil nem os conviventes possuem, na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como forma de constituição de família.

Vê-se claramente que, existindo constituição desse estado civil de parceiro ou de parceria, sua desconstituição judicial pode levar muito tempo, sobrecarregando o Poder Judiciário de ações e de processos dessa ordem. Mesmo em caso de morte do parceiro, deverá existir processo judicial para que, seguramente, se constate esse fato, a fim de que possa ser desconstituído o estado civil, por decisão do juiz, junto ao competente Registro.

Os ônus que se vão criar com isso e os sérios danos à comunidade podem ser antevistos, principalmente se os parceiros se separarem de fato, sem qualquer providência judicial, constituindo novas parcerias de fato.

Entendo a preocupação do pré-legislador em amparar, de certo modo, as parcerias homossexuais; entretanto, essa situação de fato, como é a união estável entre homem e mulher, ficará assoberbada com esses excessos de Formalismo, a que o povo brasileiro não está acostumado.

Admito que o registro desses contratos, como defendo a idéia na união estável, é salutar e de alta relevância na salvaguarda de direito de terceiros; todavia, sem que se crie novo estado civil, pois daí teremos estado civil de solteiro, de casado, de divorciado e de parceiro civil. Nesse caso, por que não admitir o estado de separado judicialmente (hoje modificação do estado de casamento) e o estado de convivente ou companheiro, em relação à união estável entre homem e mulher?

A criação de estado civil novo cria muitos problemas jurídicos à sua desconstituição, mormente com relação às situações de fato, com regulamentação legal dos efeitos jurídicos da convivência, seja na união estável, seja na parceria civil.

Sugiro, pois, ao legislador que leve em conta estas observações, para admitir o registro do contrato de parceria entre o mesmo sexo, como também propusemos à união estável em nosso projeto, vetado, neste ponto, pelo Presidente da República, mas tão-somente para valer contra terceiros.

Cria-se, assim, no clima de liberdade da convivência homossexual, como pretende a ex-Deputada *Marta Suplicy*, também um clima de responsabilidade e de justiça, relativamente a essa união, sem necessidade da criação de um novo estado civil, só alterável com a intervenção do Poder Judiciário.

O registro será feito, então, só para valer contra terceiros. Aliás, nesse ponto, chegamos à conclusão de que o registro mais eficaz é o que se realiza na Circunscrição Imobiliária, onde a averbação das situações jurídicas convivenciais é mais importante, enquanto não houver um cadastramento geral das pessoas que esteja informado em todo o sistema registral. Tudo para que se evitem alienações de imóveis, por um dos parceiros, em detrimento do outro ou de terceiros, malgrado exista registro do contrato de parceria no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

A seu turno, o artigo 3º do Substitutivo e do Projeto dá caráter solene ao contrato de parceria registrada, o qual deverá ser lavrado em Ofício de Notas, pactuado livremente, mas devendo versar sobre "disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas".

Se houver disposição expressa no contrato, suas regras podem operar retroativamente para contemplar patrimônio comum, formado anteriormente à união (§ 1º no Substitutivo; parágrafo único no Projeto).

Inseriu-se no Substitutivo o parágrafo 2º desse mesmo artigo 3º, pelo qual ficam proibidas disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou de adolescentes, em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros. Tal providência foi importante para que se evitem traumas de caráter psíquico, principalmente para que não surjam na sociedade filhos, ou crianças ou adolescentes, que se mostrem só com pais ou só com mães. Sim, porque embora a autora do projeto de lei tenha manifestado posição contrária à adoção pelos parceiros, a proibição da utilização desse instituto jurídico não se fez, expressamente, em seu texto de pré-legislação.

Anote-se que o Projeto originário previa, nos incisos I e II de seu artigo 4º, a extinção desse contrato de parceria, pela morte de um dos parceiros ou por decreto judicial. Esta decisão, certamente, ocorrerá em caso de rescisão desse contrato, com descumprimento culposo de qualquer de suas cláusulas ou de dispositivos legais, atinentes a essa união, que é a infração contratual, prevista no inciso I do artigo 5º do Substitutivo e do Projeto, ou, ainda, em caso de denúncia (resilição unilateral), quando a um dos parceiros não mais convier a convivência. Neste último caso, quando houver alegação, por um dos parceiros, de desinteresse na continuidade da união, conforme previsto no inciso II do artigo 5º do Substitutivo e do Projeto.

Nesse ponto, o Substitutivo, mantendo em seu artigo 4º esses dois incisos do artigo 4º do Projeto, inclui ainda um terceiro, para possibilitar, também, essa extinção contratual, por consentimento das partes, desde que homologada pelo juiz. Aqui, então, prevista a figura da resilição bilateral ou distrato, em que os parceiros manifestam o desejo de se separarem, perante o juiz, que homologará esse acordo escrito, verificando se foram cumpridos os requisitos legais e contratuais. Aliás, o Projeto já previa, no parágrafo 1º de seu artigo 5º, a

possibilidade de as partes requererem, de comum acordo, a homologação judicial da extinção de sua união civil.

Mesmo incluindo o aludido inciso III em seu artigo 4º, o Substitutivo mantém o mencionado parágrafo 1º, agora como parágrafo único de seu artigo 5º, que, de modo repetitivo, assegura esse requerimento das partes, consensualmente, amigavelmente, pleiteando a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Desse modo, atualmente, esse Substitutivo possibilita a referida extinção contratual por morte ou por via judicial, litigiosa ou amigável. Ocorrendo a mencionada extinção contratual, a sentença que declarar extinta a parceria deverá conter a partilha dos bens dos parceiros, nos moldes do contrato dos interessados (art. 6º do Projeto e do Substitutivo).

Assinale-se que foi eliminado o artigo 7º do Projeto, o qual exigia a averbação do registro da constituição ou da extinção da união civil, nos assentos de nascimento e de casamento das partes.

O artigo 8º do Projeto, ainda, instituía como crime, de ação pública condicionada à representação, "manter o contrato de união civil", referido no aludido Projeto, "com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do artigo 2º", punível com pena de detenção de seis meses a dois anos.

Essa proibição de parceria civil com mais de uma pessoa, constante do artigo 8º, foi reformulada no Substitutivo, em seu artigo 7º, sendo nulo de pleno direito o contrato que se fizer nesses moldes, ou, ainda, quando houver infração ao parágrafo 2º do artigo 2º do mesmo Substitutivo (falta de registro desse contrato no Registro Civil de Pessoas Naturais).

Estabelece-se, ainda, no parágrafo único desse artigo 7º, que a infração mencionada no *caput* deste implica o cometimento de crime de falsidade ideológica, sujeitando o infrator às penas previstas no artigo 299 do Código Penal.<sup>18</sup>

O intuito do pré-legislador foi, em verdade, o de proibir a existência de dois ou mais contratos simultâneos de parceria civil, não propriamente o de proibir a existência dessas várias uniões, o que seria impossível.

Desse modo, pode alguém, na prática, ter vários parceiros, o que é impossível de proibir, como acontece com o casamento e o concubinato impuro, ou seja, adúltero ou incestuoso. Pode ocorrer o mesmo com a união estável (concubinato puro) e o concubinato desleal (em concorrência com o primeiro).

Essas situações ocorrem na sociedade independentemente do que queira, ou não, o legislador. O que este pode coibir é o duplo registro civil. Por outro lado, para tentar impedir um registro, ante eventual existência de uma parceria civil com escritura não registrada, é que o Substitutivo sob cogitação,

instituiu o crime de falsidade ideológica para os parceiros que venham a registrar uma parceria, tendo omitido a existência de parceria ou de registro de escritura anterior. O crime, portanto, consiste nessa omissão e não na manutenção de duas ou mais parcerias.

Tenha-se presente, ainda, que, existindo registro de uma parceria anterior, o próprio Cartório Civil impedirá o registro de outra escritura. O difícil será, eventualmente, acusar registro anterior, se não houver cadastramento do registro das parcerias.

No artigo 8º do Substitutivo (artigo 9º do Projeto), alteram-se os artigos 29, 33 e 167 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos).

O artigo 29, em que constam os atos que se fazem registrar no Registro Civil de Pessoas Naturais, fica acrescido do inciso IX, a autorizar, também, o registro dos "contratos de parceria civil registrada entre as pessoas do mesmo sexo". No parágrafo 1º desse artigo que cuida das averbações, fica autorizada a averbação da "sentença que declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo".

No art. o 33 referido, inclui-se em seu inciso III o livro E, para "registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo . Finalmente, no artigo 167, que menciona as atribuições relativas ao Registro de Imóveis, fica acrescido o item 35 (deverá ser item 36, porque, atualmente, já existe o item 35, que foi inserido pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997),'9 de seu inciso I, pelo qual, além da matrícula, será feito o registro "dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato". Acrescenta-se, ainda, no inciso II desse artigo 167, em seu item 14, a averbação, também, das sentenças de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo ao lado das "sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento", sempre que, em qualquer delas, "nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro".

O artigo 9º do Substitutivo (artigo 10 do Projeto) institui, como bem de família, o imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada, tornando-o impenhorável, nos moldes da Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Essa Lei 8.009/90, que regulamenta o bem de família, só considera como tal "o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar".

Comentando esse dispositivo legal, já ponderei que "um dos requisitos a que se constitua, em bem de família, esse mesmo imóvel é que deva ser de propriedade do casal, ou da entidade familiar".

"Todavia, nada impede que esse imóvel seja de propriedade de um dos cônjuges, se, por exemplo, não forem casados pelo regime de comunhão de bens. O mesmo pode acontecer com um casal de conviventes, na união estável, ou com os integrantes de outra entidade familiar, sendo um só deles proprietário do imóvel residencial, em que vivem. Basta, assim, que um dos integrantes do lar seja proprietário do imóvel residencial, a se constituir em bem de família."<sup>20</sup>

Como resta evidente, tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada, pois na parceria civil registrada não existe intuito de constituição de Família, não existe lar, o que impede que exista o bem de família. Entretanto, se tal dispositivo vingar, teremos aí uma exceção, em completa dissonância com a Lei 8.009/90. Sim, porque o bem de família só pode existir no âmbito desta.

A seu turno, os artigos 10 e 11 do Substitutivo simplificam os textos dos artigos 11 e 12 do Projeto.

Assim, o artigo 10 inscreve o parceiro como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, como dependente de seu parceiro segurado, desde que esteja registrado o contrato de parceria civil; extinto este, cancela-se, automaticamente, essa inscrição de beneficiário.

Melhor o texto do Substitutivo, porque prescinde da inclusão, nos parágrafos 3º e 2º, respectivamente dos artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, de matéria relativa à parceria civil, juntamente com a da união estável; também no tocante ao cancelamento dessas união e parceria, com o da inscrição do cônjuge, na situação prevista no mencionado parágrafo 2º do artigo 17 da citada lei.

Do mesmo modo, no artigo 11 do Substitutivo (artigo 12 do Projeto), desde que comprovada a parceria civil, o parceiro será considerado beneficiário da pensão prevista no inciso I do artigo 217 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

O artigo 12 do Substitutivo (artigo 13 do Projeto) prevê a necessidade de a Administração Pública estadual, municipal e do Distrito Federal disciplinar, por legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que tenham relacionamento de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Por sua vez, o artigo 13 do Substitutivo, como o artigo 14 do Projeto, concede direitos sucessórios aos contratantes de parceria civil registrada, nos moldes da Lei 8.971, de 28 de dezembro de 1994, relativa à união estável. Todavia, o aludido artigo 13 do Substitutivo adapta, em quatro incisos, os casos de sucessão dos conviventes aos dos parceiros.

Assim, o parceiro sobrevivente, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, terá direito ao usufruto da quarta parte dos

bens de seu parceiro falecido, se este tiver filhos, bem como ao usufruto da metade desses bens, se não houver filhos, ainda que sobrevivam os ascendentes do mesmo falecido (incs. I e II). Entretanto, se o parceiro falecido não deixar descendentes e ascendentes, terá o sobrevivente direito à totalidade da herança (inc. III). Ressalte-se, neste ponto, que esses três incisos são adaptações dos três primeiros incisos do artigo 2º da Lei 8.971, de 28 de dezembro de 1994, já citada.

Como acontece presentemente em matéria de união estável, quanto ao aludido inciso III, se editado este, continuará a existir o absurdo de estarem alijados da herança os colaterais do falecido, relativamente aos bens adquiridos pelo parceiro morto, antes de construir a parceria civil registrada, e os adquiridos, a título gratuito, durante a união.

A seu turno, o inciso IV desse artigo 13 do Substitutivo, sob exame, é a adaptação do artigo 3º da já mencionada Lei 8.971/94 (relativa à união estável). Por ele, se os bens deixados pelo parceiro falecido forem resultado de atividade com a colaboração do sobrevivente, terá este direito à metade desse patrimônio. Neste passo, está presente a regra de condomínio na aquisição de bens comuns, sem menção de cota condominial, pois, se esta for estipulada em contrato escrito ou no documento, mesmo de aquisição, deverá ser respeitada.

O artigo 14 do Substitutivo, tratando da matéria cogitada no artigo 15 do Projeto, modifica a situação, neste prevista, para pior. Realmente, pois esse artigo 14 procura incluir novo inciso no artigo 454 do Código Civil, que trata, exclusivamente de curatela de cônjuge interdito, não separado judicialmente; nesse caso, o curador será o outro cônjuge. Na falta deste, os três parágrafos que se seguem escalonam os pais do interdito; na ausência destes, o descendente maior, mais próximo, precedendo ao mais remoto; na falta dessas pessoas, o curador escolhido pelo juiz.

Resta evidente que, não sendo a parceria civil registrada considerada casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há como misturar seu tratamento legislativo com matéria matrimonial. Por isso que, relativamente a essa modificação, melhor será que permaneça indene o artigo 15 do Projeto Marta Suplicy, que assenta que, em caso de "perda da capacidade cível" de qualquer um dos parceiros, terá o outro a "preferência para exercer a curatela".

O artigo 15 do Substitutivo refere-se ao conteúdo do artigo 16 do Projeto, objetivando nova redação ao artigo 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, que cuida da situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Nesse artigo da apontada Lei, no capítulo que trata das condições da naturalização, menciona-se que o prazo mínimo de residência, para concessão da naturalização, ou seja, quatro anos imediatamente anteriores a esse pedido, fixado no artigo 112, inciso III, pode ser reduzido, se o parceiro estrangeiro tiver contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira. A posição do Projeto é a de incluir a matéria no inciso I do referido artigo 113 ("ter filho ou cônjuge brasileiro" e

"companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira"). Esta redação, além de não ser boa, implica, mais uma vez, a mistura de matéria matrimonial com parceria civil registrada, que não é casamento. Melhor, portanto, a posição do Substitutivo que acrescenta o inciso VI, nesse artigo 113, do teor seguinte: "ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira".

O Substitutivo incluiu dois artigos, 16 e 17, estes sim, de grande utilidade e alcance social.

O artigo 16 reconhece aos parceiros o "direito de composição de rendas para aquisição de casa própria", bem como todos os direitos relacionados com "planos de saúde e seguro de grupo".

Como resta evidente, os parceiros podem somar suas economias, para possibilitar a aquisição de sua moradia, que ficará garantida, como visto, como bem de família. Também o plano de saúde e de seguro de grupo feito por um beneficiará o outro.

Finalmente, o artigo 17 do Substitutivo admite aos parceiros a inscrição, um do outro, como dependentes para efeitos de legislação tributária, já que vivem em sociedade de fato, com ganhos e gastos comuns. Aplicam-se, assim, a eles, as deduções tributárias.

Os dois últimos artigos do Substitutivo, 18 e 19 (artigos 17 e 18 do Projeto), cuidam, respectivamente, do início de vigência, na data em que for publicada a lei, e da revogação de disposições em contrário.

**(in, A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 141/159)**

## NOTAS

1. RT 572/ 189.
2. RT615/47.
3. Le *droit civil français*. Trad. da 5. ed., em alemão. Paris: Auguste Durand, 1854, t. 1, p. 166, § 108, nota 3, p. 169/172.
4. *Traité élémentaire de droit civil*. 4. ed., Paris: Libr. Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, t. 1, p. 339/341.
5. Tratada *de direito de família*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1947, v. I, p. 296/297.
6. Le contrat d'union civile et sociale. *Rapport de législation comparée*, Divisão de estudos de legislação comparada do Serviço dos Negócios europeus do Senado Francês, Senat, outubro de 1997, com 16 páginas; VIEIRA, Tereza Rodrigues. O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito brasileiro e no direito comparado. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 14/96, 3/12240, jul. 1996, p. 255/250, especialmente p. 252; GIL, Federico R Aznar. Las uniones homosexuales ante la legislación eclesiástica, especialmente item 2.b - Legislación europea. *Revista Espanola de Derecho Canonico*. Universidad Pontificia de Salamanca, jan./jun. 1995, 138/157-/90, v. 52, publicações de revistas e de jornais, em geral.
7. *Op. cit.*, p. 161.
8. GIL, Federico R. Aznar. *Op. cit.*, p. 161/162.
9. *Jornal do Centro Feminista de Estudos e Assessoria* 61/2. Brasília: CFEMEA, fev. 1998, ano VI.
10. *Jurisprudência brasileira cível e comercial*. Curitiba: Juruá/União Livre, 1994, nº 173, p. 206/209.
11. RT 742/393.



12. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. Jurisprudência brasileira. Juruá, 1995. In: *Separação e Divórcio* II, v. 176, p. 95/107, especialmente p. 107.
13. OLNEIRA, Euclides Benedito de. Direito de herança entre homossexuais causa equívoco. *Tribuna do Direito*, abr. 1998, p. 12.
14. Julgados do Tribunal de Justiça. *Lex* 198/121.
15. O sol e a peneira. *Revista Manchete*. Rio de Janeiro: Bloch, 06/07/1996, p. 98.
16. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. RT 732/47-54, especialmente p. 52/53.
17. Como constava em nossa Proposta de Regulamentação do concubinato (art. 9º), no Projeto de Lei 1.888/91 da Câmara dos Deputados (art. 4º) e no Projeto de Lei 84/94 (Substitutivo) do Senado Federal (art. 4º), ambos baseados em nosso trabalho pré-legislativo e que redundaram na Lei 9.278/96, na qual foi vetado, pelo Presidente da República, o artigo 4º, que cuidava do registro para validade contra terceiros, tudo conforme artigo de *Álvaro Villaça Azevedo*. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito* 11/14-26, maio/jun. 1996, especialmente, p. 20, 23/26.
18. **Art. 299.** Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.
19. O item 35 atual refere-se ao registro da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.
20. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família. 3. ed., São Paulo: RT, 1996, p. 159/160.