

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

**IGUAIS, MAS DIFERENTES:
EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito das
Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Co-orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Jr.

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

IGUAIS, MAS DIFERENTES:

EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Eroulths Cortiano Jr.

Universidade Federal do Paraná

Co-orientador:


Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Universidade Federal do Paraná


Prof. José Antônio Peres Gediel

Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Nely Lopes Casali

Universidade Estadual de Londrina


Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Curitiba, 17 de fevereiro de 2003

À Antônio Augusto, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Durante o desenvolver deste trabalho, houve aqueles quem jamais me negaram "a mão". De Antônio Augusto Bona de Araújo tive, com sua constante presença, muito auxílio espiritual, e de José Augusto de Matos recebi enorme contribuição para a materialização do estudo.

À zelosa, dedicada e amorosa Ana Maria Harmatiuk Matos um especial agradecimento. De Reinaldo Matos recebo sempre o incentivo de quem vibra com minhas pequenas conquistas.

Dos amigos advém uma verdadeira "rede de solidariedade e companheirismo". Em especial, agradeço a Allana Campos Marques Scharappe, Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Jasão Holthausen, Karin Dal'Vesco, Maria Christina de Almeida, Mirian Gonçalves, Paulo Roberto Razzolini, Paulo César da Silva Lopes e Silvana Maria Carbonera.

A meu orientador, professor Luiz Edson Fachin, devo a indicação primeira dos caminhos jurídicos a serem seguidos, quer da pesquisa, quer do magistério ou da advocacia, bem como um exemplo de dedicação ao trabalho – além da especial contribuição com a orientação da tese. Ao co-orientador Eroulths Cortiano Junior, pela sempre pronta disponibilidade e pelo companheirismo, meus agradecimentos.

Na construção deste trabalho, recebi precioso auxílio dos professores Domenico Corradini H. Broussard – pela ímpar atenção a mim dispensada, mesmo depois de findada minha proveitosa estada na Universidade de Pisa –, Gustavo Tepedino – pela receptividade com que me acolheu na UERJ, tanto quanto o pessoal empenho para minha pesquisa na Universidade de Camerino – e Maria Cristina De Cicco – pelo auxílio a mim prestado e por nossos diálogos em Camerino.

Aos alunos, de quem colho frutos valiosos no exercitar de nossas reflexões; a Adriane Pimenta e Karen Ferreira sou grata por suas contribuições diretas.

Às secretarias do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e às Bibliotecárias da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, obrigada pela atenção dispensada e por desejarem e incentivarem o crescimento de minha carreira.

À CAPES – pela bolsa de demanda social, que permitiu melhor dedicação para o estudo – e às Faculdades do Brasil – pelo incentivo recebido para a pesquisa – minha gratidão.

SUMÁRIO

RESUMO	v
RESUMEN	vi
INTRODUÇÃO	1
PARTE 1 - O INÍCIO DO QUESTIONAMENTO	6
CAPÍTULO 1 - UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA	7
1.1 AS AMARRAS DO DIREITO DE FAMÍLIA CODIFICADO	7
1.2 A HETEROSSEXUALIDADE COMO O ÚLTIMO DOGMA NA SUPERAÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA CLÁSSICO	15
1.3 FINS PERSONALISTAS TRANSCENDENTES À PROcriação COMO OBJETIVO NUCLEAR	27
CAPÍTULO 2 - AS PARCERIAS HOMOAFETIVAS: UMA REALIDADE SOCIAL	37
2.1 RAZÃO INCERTA, CONTUDO, FATO INCONTROVERSO	37
2.2 DIFERENTES FORMAS DE AVALIAR A QUESTÃO	50
2.3 SINAIS EXTERIORES E INTERIORES DE SEMELHANÇA ENTRE AS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS E HETEROSSEXUAIS	60
PARTE 2 - O CAMPO DAS CONQUISTAS JURÍDICAS	70
CAPÍTULO 1 - ALGUMAS SOLUÇÕES JURÍDICAS À UNIÃO HOMOSSEXUAL	71
1.1 A EXCLUSÃO JURÍDICA OPERADA	71
1.2 ENTRE O EFETIVO RECONHECIMENTO E A SOCIEDADE DE FATO	75
1.3 ANALOGIA COM A CHAMADA UNIÃO ESTÁVEL	87
CAPÍTULO 2 - O CAMINHO TRILHADO POR VÁRIOS PAÍSES	94
2.1 A VIA ESCANDINAVA	94
2.2 AS EXPERIÊNCIAS DA HOLANDA, DA FINLÂNDIA, DA BÉLGICA E DA HUNGRIA	100
2.3 O RECONHECIMENTO DE ALGUNS PAÍSES DA EUROPA OCIDENTAL	104
2.4 A CONTRIBUIÇÃO NORTE-AMERICANA	116

PARTE 3 - EM BUSCA DE UM MODELO	126
CAPÍTULO 1 - O APORTE EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	127
1.1 ASPECTOS DO MODELO CONTRATUALISTA E DA FORMA REGISTRAL	127
1.2 O PROJETO DE LEI BRASILEIRO.....	130
CAPÍTULO 3 - A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS	152
3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	152
3.2 PLURALIDADE FAMILIAR E INTIMIDADE.....	159
3.3 IGUALDADE E LIBERDADE	174
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	192
ANEXO 1 - LEGISLAÇÕES	199
ANEXO 2 - JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	305
ANEXO 3 - JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA	457

RESUMO

O Direito de Família contemporâneo volta-se para a realização personalística da afetividade, não mais se restringindo ao âmbito do casamento, devendo-se ter em consideração que, para várias pessoas, as realizações emocional e sexual se realiza numa união com um parceiro do mesmo sexo. As alterações sentidas neste ramo do Direito não se deram subitamente. No percurso de um arco histórico, desperta-se a percepção dos avanços sentidos bem como de algumas características da família clássica que ainda se mantém. Por conseguinte, a forte carga axiológica que o tema gera relaciona-se com a herança de um heteropatriarcalismo. Nos dias atuais, significativas mudanças acompanham o convívio social e novos valores apresentam-se constantemente. O sistema jurídico, seguindo esse prisma, tem sofrido questionamentos em seus fundamentos e uma nova moldura no Direito vem sendo construída, por isso as características da hierarquia, do patriarcalismo e da exclusividade do matrimônio do modelo familiar tradicional encontram-se, atualmente, em vias de serem superadas. Dessa maneira, o reconhecimento da união homoafetiva é o próximo passo de um caminho já trilhado. O empecilho a esta forma de união baseado na ausência de finalidade procracional não se justifica pois se refere aos objetivos reprodutivos da família clássica, hoje superada, bem como os argumentos de uma pretensa moral desconhecem a fase atual da ciência sobre o assunto. Partindo-se, no âmbito jurídico, de uma ausência de efeitos, passos largos já foram dados na estrada do pleno reconhecimento, sendo a noção de sociedade de fato uma importante passagem, encontrando-se na analogia com a união estável um contexto mais próximo ao conteúdo da união homoafetiva – tendo-se em vista serem ambas as realidades uniões familiares não formalizadas. Para se ater as especificidades das conseqüências jurídicas, a análise do caminho trilhado por vários países oferece interessante análise na verificação da proximidade das conquistas, contudo, da diversidade de modos como o reconhecimento jurídico se manifesta. Na observação do projeto de lei brasileiro sobrepõem-se suas qualidades, especialmente quando destacado a necessária leitura segundo a perspectiva constitucional. Isto porque é mediante a articulação axiológica de princípios do Direito Civil Constitucional que se deve construir a base jurídica de tutela à parceria entre pessoas do mesmo sexo, quer na sua aplicação direta, quer no estímulo para a elaboração da normativa específica, quer na interpretação quando em vigor a sonhada legislação. Em cumprimento do valor da dignidade da pessoa humana, deve ser respeitado o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, segundo sua peculiar forma de ser. Em sua busca de como melhor desenvolver sua afetividade cabe as pessoas escolher sua forma de entidade familiar, tendo em vista a pluralidade de modelos. Merece a liberdade um papel de destaque não cabendo ao Direito ser limitador de efeitos em virtude de características existenciais das pessoas. A igualdade na lei estaria a significar um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, devendo haver no Direito de Família espaço para as diferentes formas de amar.

RESUMEN

El Derecho de Familia contemporáneo se vuelve hacia la realización personal de la afectividad, no restringiéndose más al ámbito del matrimonio, tomando en consideración que, para algunas personas, la realización emocional y sexual se realiza a través de la unión con un compañero del mismo sexo. Las alteraciones que sentimos dentro de esta rama del Derecho no surgieron repentinamente. Durante la trayectoria de un arco histórico, tomamos conciencia de los avances adquiridos así como de algunas características de la familia clásica que se mantienen todavía. Por consiguiente, la fuerte carga axiológica que el tema suscita tiene relación con la herencia de un hetero patriarcalismo. En los días de hoy, grandes mudanzas acompañan a la convivencia social y constantemente debemos aceptar nuevos valores. El sistema jurídico, bajo este prisma, ha sufrido interpelaciones en sus fundamentos y un nuevo marco dentro del Derecho está siendo construido, por eso características como las de jerarquía, patriarcado o la de la exclusividad del matrimonio del modelo familiar tradicional se encuentran, actualmente, en vías de superación. De ese modo, el reconocimiento de la unión homo afectivo será el próximo paso de un sendero ya surcado. El impedimento a esta forma de unión basada en una ausencia de finalidad de procreación no se justificaba puesto que se atiene a los objetivos reproductivos de la familia clásica, actualmente superados, así como también los argumentos de una pretendida moral que desconocen la fase actual de la ciencia a respecto de este asunto. Teniéndose en cuenta, dentro del ámbito jurídico, la ausencia de consecuencias, pasos de gigante ya se han dado por el camino del pleno conocimiento, siendo la noción de sociedad de hecho un importante paso, en la analogía con la unión estable encuentra un contexto más aproximado al contenido de la unión homo afectivo – teniendo en vista que ambas realidades son uniones familiares no formalizadas. Para atenernos a las especificidades de las consecuencias jurídicas, el análisis del sendero ya surcado por diversos países nos ofrece un análisis muy interesante para verificar la aproximación de estas conquistas, todavía, de los diversos modos como el reconocimiento jurídico se hace latente. Observando el proyecto de ley brasileño sobresalen sus cualidades, especialmente cuando subraya tomar en consideración la perspectiva constitucional. Eso porque mediante la articulación axiológica de principios del Derecho Civil Constitucional es desde donde se debe construir la base jurídica de la tutela para parejas estables del mismo sexo, sea en su aplicación directa, sea sirviéndole de estímulo a la hora de elaborar una normativa específica, sea en la interpretación cuando se produzca la entrada en vigor de la anhelada legislación. En cumplimiento del valor de la dignidad de la persona humana, debe respetarse el libre desenvolvimiento de la personalidad de cada una de las personas, independientemente de su peculiar forma de ser. En la búsqueda de cómo desenvolver mejor su afectividad les cabe a ellas elegir la forma de entidad familiar, teniendo en cuenta la pluralidad de modelos. La libertad merece desempeñar un papel destacado y no le cabe al Derecho limitar sus efectos en virtud de las características existenciales de las personas. La igualdad dentro de la ley residiría en permitir un tratamiento jurídico no diferenciado a las personas, independientemente de la orientación sexual que tengan, siendo que, dentro del Derecho de Familia se hace necesario por lo tanto que exista un espacio para las diferentes formas de amar.

INTRODUÇÃO

O tema ora tratado pretende conectar-se com outras pesquisas realizadas, as quais têm em comum a ponderação sobre os caminhos das transformações do Direito Civil. Neste passo, ao buscarem-se respostas jurídicas às uniões entre pessoas do mesmo sexo, além de se estar em sintonia com os reclamos do contexto social atual, procura-se também refletir sobre a superação de um determinado modelo de Direito Civil.

A reflexão que se passará a desenvolver visa a contribuir para a análise e o debate necessários ao tema, almejando desenvolver o estudo de um assunto o qual apenas recentemente emergiu para a órbita jurídica mas que, contudo, já está a ultrapassar o silêncio eloqüente da indiferença.

Para tanto, parte-se de um quadro teórico-conceitual (traçando-se um perfil crítico das transformações do Direito Civil), com atenção às reflexões advindas de outros saberes interdisciplinares, e vale-se do 'método do Direito Civil Constitucional' (na falta de expressões melhores).

Ao se examinarem as características do modelo clássico de família e suas alterações, tenta-se esboçar o panorama, dentro do Direito de Família atual, no qual está inserida a construção de um espaço jurídico para a família homossexual. Da mesma forma, ao se descortinarem as razões e a freqüência desta inegável realidade social, objetiva-se postar o conhecimento como aliado para estirparem-se as discriminações. Nesse caminhar, vislumbra-se a necessidade do estudo das transformações do Direito de Família, no sentido de conduzi-lo a melhor atender a seus fins personalísticos – de modo a redimensionar-se a função procriativa classicamente atribuída à família, bem como a incessante renovação dos valores heteropatriarcais.

Nos anos 90, com a maior visibilidade do tema, pesquisas indicaram que, independentemente de onde ou quando, a homossexualidade vem a ser uma inegável realidade social, reportando-se igualmente não se tratar de uma opção, e

sim, mais propriamente, de uma característica peculiar a um significativo número de pessoas – 13% dos seres humanos é o percentual mais aceito.

Contanto, mesmo dentro da temática de defesa dos direitos dos homossexuais, vários campos de análise abrem-se, tais como: discriminação no ambiente de trabalho; criminalização das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo; agressões físicas e morais oriundas do preconceito; procriação artificial por homossexuais; adoção e demais direitos de filiação para os parceiros do mesmo sexo; reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Elegemos a última hipótese como objeto específico de nosso estudo, por acreditarmos em sua relevância. O reconhecimento da união homoafetiva, segundo Andrew SULLIVAN, "é mais importante do que qualquer outra instituição, já que é aquela mais central à natureza do problema, ou seja, o vínculo emocional e sexual entre um ser humano e outro".¹

É do conhecimento público a violência física de que são vítimas os homossexuais.² A força do estigma social, por vezes, é traduzida em lesões corporais e homicídio. A gravidade dessas questões é gritante. Todavia, optamos por um aspecto afetivo-familiar das questões homossexuais, pois pensamos estarem esses amplos problemas intimamente relacionados com outros da vida privada cotidiana.

Parece-nos que o caminho para acabar-se com os problemas enfrentados pelos homossexuais deve passar pelo reconhecimento legal de sua união afetiva. O espaço privilegiado e reservado para o livre desenvolvimento da personalidade,

¹Ainda segundo o autor: "se nada mais fosse feito, e o casamento gay fosse legalizado, 90% do trabalho político necessário para alcançar a igualdade gay e lésbica seria realizado. É, em última análise o que realmente importa." Praticamente normal, p.155. O assunto não é pacífico. Se, por um lado, SULLIVAN defere essa superior importância para a união homoafetiva, como busca de maior integração social, por outro lado a assimilação com o casamento heterossexual já foi contestada como fonte de males, tendo-se em vista o modelo ser patriarcal, para a expressão homossexual, como menciona João Silvério TREVISAN. Devassos no Paraíso, p.381.

²Segundo Luiz MOTT: "só os últimos 20 anos, mais de 1.800 homossexuais foram barbaramente executados, vítimas de homofobia – a intolerância à homossexualidade. A cada dois dias um homossexual é assassinado no Brasil." Orgulho Gay e consciência homossexual. In: **Jornal Folha de S. Paulo**, caderno Opinião, A3, 28 de junho de 2000.

conforme os desejos de foro íntimo, há de receber, assim, o reconhecimento público. Estas políticas, no âmbito do chamado Direito Privado, transbordam para a esfera pública e para a realidade social em nível simbólico. Por isso cremos poderem contribuir, até mesmo, para combater a violência sofrida pelos homossexuais.

A importância de um reconhecimento público da união homoafetiva traz efeitos diretos para os sujeitos dessas relações, e, em nosso entendimento, acabará por abarcar novas perspectivas nas relações sociais – para muito além da dimensão privada. A união homoafetiva é destacada pelos movimentos *gays*, dentre as demais frentes de reivindicações. Na 17.^a Conferência Anual da Associação Internacional de Gays e Lésbicas realizada no Rio de Janeiro, em Junho de 1995, a principal requisição foi a união legal entre casais do mesmo sexo.³ Luiz MOTT, presidente do Grupo Gay da Bahia, escreveu um artigo, em forma de pedido, para o Presidente da República, solicitando a mobilização dos deputados de base governista para votarem o projeto de parceria civil registrada⁴. Tal apelo aparenta ter sido parcialmente atendido ao figurar a reivindicação pelo reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo no Programa Nacional de Direitos Humanos, documento oficial da União.

Destarte, o desenvolvimento deste trabalho tem por meta defender efeitos jurídicos para as parcerias entre homossexuais. Procurando estimular-se o debate, há, igualmente, a apresentação da opinião daqueles que argumentam contrariamente ao reconhecimento jurídico desta forma de união.

Talvez esse esclarecimento nem fosse necessário, porquanto raros são os textos desenvolvidos no sentido do não reconhecimento desta forma de união, e, dentre os pesquisados, os argumentos utilizados centram-se no campo da reprovação moral. Ainda que a quantidade de trabalhos nacionais sobre o tema não

³FERRAZ, Sílvio. De papel passado. In: **Revista Veja**, São Paulo: Abril, ano 28, n.26, p.100-101, 28 jun. 1995.

⁴MOTT, Luiz. Fernando Henrique e Cássia Eller. **Folha de S. Paulo**, 16 jan. 2002. Caderno Opinião, p.A3.

seja grande, eles, em sua plena maioria, têm por objetivo advogar em favor dos efeitos jurídicos para esses sujeitos – almejando sua tutela jurídica.⁵

Não obstante isso, por intermédio do exame das respostas jurídicas favoráveis, verifica-se uma diversidade de entendimentos – os quais, como ponderamos, estão a demonstrar a necessidade de um estudo jurídico mais profundo.

Se há pouco tempo as uniões homossexuais se encontravam fora do sistema jurídico, atualmente se intenta seu efetivo reconhecimento. Entre a exclusão operada e a construção de uma legislação específica, necessária se faz a verificação de soluções jurídicas intermediárias, como o fundamento na sociedade de fato e a analogia com a união estável.

No que tange ao trabalho mais pormenorizado de desdobramento dos efeitos jurídicos específicos, interessante se torna, para a construção (de forma crítica) do sistema nacional, a averiguação do caminho seguido por vários países. Nesse viés, o comentário sobre os eventuais efeitos jurídicos das disposições do projeto de lei brasileiro também cumpre sua função.

Entretanto, a relevância maior não se dá no aporte da união homossexual em legislação infraconstitucional. Não se pretende defender tão-somente a necessidade de uma tipificação detalhada da lei sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. O destaque, na construção dos fundamentos para a defesa dos efeitos jurídicos às parcerias homossexuais, encontra-se nos valores existenciais atualmente encartados como princípios em nossa Constituição Federal.

⁵Como critica Lynn WARDLE: "a literature jurídica tem excessivamente se posicionado de uma mesma maneira, defendendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo." [No original: "the law review literature has been extremely one-side, overwhekmngly advocating same-sex marriage."]. A critical analysis of..., p.18. O autor mencionado é, dentre as doutrinas pesquisadas, o que apresenta maior número de argumentos profundamente analisados, para concluir, depois, contrariamente à luta dos movimentos homossexuais pelo reconhecimento de sua forma de união. No decorrer deste trabalho, quando analisado o Direito estrangeiro, será feita uma tradução livre, não se tendo como foco central propriamente a versão, e sim o intuito de facilitar a comunicação.

Assim, numa simbiose entre os princípios da igualdade – mais precisamente igualdade entre os sexos –, liberdade, intimidade e pluralidade familiar, informados pelo valor da dignidade da pessoa humana, edifica-se a estrutura principal para a defesa jurídica da união homossexual, de modo a propagar-se, no Direito, a fundamental igualdade – sem discriminações direcionadas à orientação sexual –, resguardando-se a todos o direito de serem diferentes do modelo enaltecido como predominante – em respeito aos valores existenciais daqueles que encontram, em pessoas de seu mesmo sexo, a realização afetiva.

O tema tem sido debatido nos movimentos sociais, nas manifestações públicas e nos meios de comunicação de forma crescente. No entanto, apenas iniciam-se, no Direito, idéias mais "verticalizadas" para as possibilidades jurídicas do tema. Procura-se, isso considerando-se e por intermédio deste trabalho, elaborar um estudo que apresente subsídios jurídicos para complementar-se ao importante papel dos movimentos sociais.

PARTE 1
O INÍCIO DO QUESTIONAMENTO

CAPÍTULO 1

UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 AS AMARRAS DO DIREITO DE FAMÍLIA CODIFICADO

Parecem ser parte das características fundantes das pessoas, no desenvolvimento de sua personalidade, suas realizações afetivas, amorosas e sexuais – as quais, para um número expressivo de pessoas, só serão possíveis com um parceiro do mesmo sexo.

Por isso defende-se que deve haver, por se assim dizer, um direito à felicidade no reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade segundo a orientação sexual.

Contemporaneamente, buscam-se as satisfações emocional e sexual, superando-se os antigos tabus sociais e religiosos, realização essa que não mais se restringe ao espaço do casamento.

Nossos julgadores encontram-se atentos aos parâmetros da união homossexual fundada na afetividade. Extrai-se do voto do ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, na decisão inaugural do STJ que concede efeitos para a união homossexual: "É de se observar que nesse relacionamento não se há de ter preconceito quanto às preferências afetivas, sobretudo porque não se vê aí o exame de permissividade no meio social, mas, particularmente, a meu sentir, a **busca da felicidade** que tanto é procurada por todos nós e isso deve ser levado em consideração".⁶

O tema ora focado volta-se para a tutela dos valores essenciais humanos, quer por tratar da expressão do afeto na união entre pessoas do mesmo sexo – um relevante valor na constituição do ser humano –, quer por dirigir as

⁶STJ, 4.ª Turma, Resp n.148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar - 10/02/98. (Sem grifos no original).

preocupações ao desenvolvimento da personalidade do sujeito homossexual, importando não discriminação em sua formação afetivo-familiar.

Abordar, atualmente, essa problemática torna-se possível, apesar de alguns aspectos negativos advindos da ordem de uma pretensa moralidade, tendo-se em vista uma série de transformações ocorridas no Direito de Família. O modelo familiar retratado pelo sistema clássico tem sido superado. Diversos juristas apontam a não possibilidade de se restringir a um determinado modelo ideal de sociedade, insuficiente para a realidade fática atual. Isto porque nosso país, seguindo o modelo do Código Civil francês, erigiu o Direito de Família sob determinadas características. Pode-se afirmar ser o modelo patriarcal matrimonializado e hierarquizado. Além desses caracteres, outro apresenta-se de forma subliminar: o tipo de família tutelada é heterossexual.

Centrada em valores hetero-patriarcais, a família do Código abrange diversas formas de diminuição da condição feminina. A posição hierarquicamente superior atribuída ao homem é de certa forma condizente com os valores sociais presentes na época de elaboração de nossa codificação, em busca da necessária união em torno de um "chefe", o patriarca, quem igualmente dirigia a produção econômica da família.

Os papéis exercidos pelos membros da família, nessa esteira, eram rigorosamente preestabelecidos, cada qual desempenhando funções previamente estipuladas. Assim, o homem e a mulher tinham suas atividades distintamente distribuídas em virtude do gênero.

A união afetiva e estável entre homossexuais, por outro lado, foge ao pré-estabelecimento social das atribuições de cada parceiro, dentro de seu núcleo familiar, questionando a própria estrutura da família clássica.

No modelo de família codificado havia hierarquia entre as funções. Com o objetivo de tutelar a união da família tradicional, ao homem direcionavam-se poderes e, paralelamente, uma série de deveres contrapostos. Logo, pode-se afirmar ser o

patriarcalismo um modelo que atende a interesses voltados à união da família para os fins de produção da sociedade rural da época, e não propriamente a um verdadeiro privilégio masculino.

Transpunha-se igualmente para o Direito a idéia de que "o que Deus uniu o homem não separa", não se permitindo a dissolução do vínculo conjugal. Justifica-se o afastamento do divórcio, nessa época, pelo valor supremo concedido para a união familiar – a qual também se configurava como um núcleo econômico. A idéia do homem como chefe da sociedade conjugal ligava-se à necessidade de uma autoridade para manterem-se a ordem e a unidade, tão importantes para o sistema de produção da Grande Família.

A fim de se tutelar a instituição familiar, delegavam-se superiores poderes ao patriarca. O homem representava o papel de chefe da família. Desse modo, tal modelo transpassou da família para retratar todo um sistema social. O poder em outras relações fora da família é identificado com as características tidas como masculinas.

Tendo-se em vista estes elementos, a família composta por homossexuais desmorona a noção pré-elaborada acerca da autoridade diretiva da convivência. Talvez, por isso, busque-se traduzir essa outra entidade familiar, preconceituosamente, no molde da família tradicional.

O imaginário fundado no "mito da complementaridade", com a estrita divisão dos papéis entre homem e mulher, faz-se presente quando se perquiri qual dos parceiros *gays* é sexualmente ativo, quem lava a roupa, qual se ocupa com o supermercado e quem recebe o maior salário, entre outros. Tais questionamentos, dirigidos à problemática homossexual, da mesma maneira denotam um raciocínio segundo a organização social familiar na qual está presente a inferioridade feminina – pois estão relacionados com o papel econômico secundário da mulher e sua especial dedicação ao lar.

A mulher e os filhos, no modelo clássico, encontram-se em posição hierarquicamente inferior. Edificada sobre os alicerces da crença em uma "natural" condição de superioridade masculina por razões de autoridade e força física, a

história reservou um espaço de inferioridade à mulher. A ela se reserva o ambiente privado, devido à sua fragilidade, sua vocação para as necessidades domésticas e os cuidados com os filhos. A organização familiar de então cria o esteriótipo do pai provedor e da mãe dona-de-casa – os quais não podem ser diretamente traduzidos para os parceiros homossexuais, por tratar-se de uma relação entre seres iguais biologicamente. Em cada convivência homossexual é que se estabelece a construção de seus papéis em prol da união, e não na reprodução direta das atualmente questionáveis atividades masculinas e femininas.

A manutenção da superioridade masculina na sociedade teve abrigo nos textos legislativos.⁷ Com as alterações legais rumo à igualdade, as atenções voltam-se para a interpretação legal – bem como ao pronunciamento judicial – relativamente à condição feminina. Parece haver uma certa distância idealista entre o princípio da igualdade, atualmente abrigado no ordenamento jurídico, e sua aplicação na realidade do caso concreto – devido às influências do patriarcalismo que, não obstante, mantêm-se de alguma forma.

Luta-se, nos dias atuais, para que o mesmo não ocorra com a discriminação em virtude da orientação sexual. A consciência do jurista contemporâneo, atento às exclusões já operadas, pode auxiliar para que a tutela do sujeito homossexual conquiste o justo plano igualitário, o mais breve possível. A experiência histórica concernente aos progressivos avanços à condição feminina pode indicar um caminho mais curto para estirparem-se as discriminações baseadas na orientação sexual.

Da mesma maneira, o modelo de família consagrado pelo Direito das primeiras codificações era fundado no matrimônio. Com o casamento, iniciava-se a família. Não se concediam efeitos jurídicos àqueles que não formalizassem a constituição de sua união. O chamado concubinato estava presente no sistema

⁷A diminuição da condição feminina pode ser verificada em diversos momentos do Código Civil brasileiro de 1916: artigos 6.º, 233 e seus incisos, 240, 247 e seus incisos, 1.538, parágrafo 2.º, e 219, IV.

apenas de forma negativa, exteriorizando-se seu desvalor na época.⁸ A própria designação concubina encerra um sentido pejorativo.

Propagava-se uma divisão em duas espécies de concubinato – *puro e impuro* –, levando-se em conta a existência ou não de impedimentos matrimoniais. O concubinato *puro* era considerado aquele em que os concubinos, se desejassem, poder-se-iam casar, por inexistir entre eles qualquer impedimento matrimonial. No concubinato *impuro*, por sua vez, havia impedimento matrimonial, dividindo-se em adúlterino ou incestuoso. No adúlterino, ambos ou um dos concubinos possuíam vínculo de casamento com outra pessoa, chamando-se bilateral quando o impedimento existia tanto ao homem quanto à mulher, e adúlterino "a matre" quando apenas à mulher havia impedimento e "a patre" se o impedimento era do homem.

A esta classificação aliava-se uma outra, a qual sustentava uma criticável hierarquia entre as formas de filiação, promovendo um tratamento discriminatório de acordo com sua origem: filhos legítimos eram apenas aqueles havidos na constância do casamento (segundo o artigo 337 e seguintes do Código Civil brasileiro), sendo ilegítimos todos os demais. No *concubinato puro*, os filhos eram tidos como ilegítimos, na categoria dos *naturais*, sendo legitimáveis com o casamento subsequente de seus pais (artigo 353 do Código Civil). No *concubinato impuro*, os filhos eram tidos como ilegítimos, na categoria dos *espúrios*, dividindo-se em *adúlterinos e incestuosos* – não existindo possibilidade de reconhecimento desta categoria de filiação na redação originária de nosso Código.

Merece atenção o fato de que, embora não tivessem os filhos contribuído, sofriam eles discriminações legais derivadas da origem de sua filiação. Por tal razão, atualmente, defende-se o princípio da inocência, ou seja, os filhos não podem

⁸Como exemplo mencionam-se as seguintes estipulações presentes no Código Civil de 1916: a mulher casada pode anular doações feitas pelo marido à concubina (artigo 248, inciso IV e parágrafo único, e artigo 1.177 do Código Civil brasileiro); a concubina do testador casado não pode ser nomeada herdeira, nem legatária (artigo 1.719, inciso III, do Código Civil brasileiro); do mesmo modo estava impedida de receber seguro de vida (artigo 1.474 do Código Civil brasileiro).

padecer de discriminações por algo a que não deram causa. Da mesma maneira, o princípio da neutralidade encontra-se no sentido do afastamento das designações discriminatórias. Como a nomenclatura ilegítimos encerra um caráter moral, atualmente não cabe sua utilização, sendo preferível outras mais neutras.

O sistema jurídico civil clássico fez mais do que simplesmente não tutelar as relações familiares formadas fora do casamento. Há, também, um tom de ilícito e de imoral delegado a tais uniões, bem como a discriminação imputada aos filhos delas advindos.

Acredita-se que o aspecto negativo presente no Código, referente ao concubinato, relaciona-se à pretensa imoralidade atribuída à conduta sexual da mulher fora das justas núpcias. Há uma coerência interna do sistema, pois a característica matrimonializada da família parece estar diretamente ligada a outro traço marcante no modelo familiar codificado, qual seja: o patriarcalismo.

Similarmente, há uma simbiose entre o patriarcalismo e o heterossexualismo, compondo a estrutura dorsal da família tradicional. Relevantes, neste prisma, são as palavras de Pierre BOURDIEU:

embora a inércia dos *habitus*, e do direito, ultrapassando as transformações da família real, tenda a perpetuar o modelo dominante da estrutura familiar e, no mesmo ato, o da sexualidade legítima, heterossexual e orientada para a reprodução; (...) o surgimento de novos tipos de família, como as famílias compostas e o acesso à visibilidade pública de novos modelos de sexualidade (sobretudo os homossexuais), contribuem para quebrar a *dóxa* e ampliar o espaço das possibilidades em matéria de sexualidade.⁹

Observa-se, assim, que, segundo a época histórica, diferentes categorias de sujeitos foram excluídas ou receberam tratamento inferior do Direito em razão de estigmas sociais, como os filhos fora do casamento, a mulher, os concubinos e os desquitados. Com os avanços já sentidos no Direito de Família, cabe um passo a mais no que se refere ao modelo centrado no hetero-patriarcalismo.

⁹BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p.105.

Contanto, para refletirem-se especialmente as famílias homossexuais, neste momento inicial, são devidos alguns esclarecimentos tocantes às nomenclaturas da temática abordada. Durante o trabalho, serão utilizadas as expressões união entre pessoas do mesmo sexo, parceria homoafetiva, união homossexual ou companheiros gays – para se referir ao núcleo formado entre pessoas, ambas do mesmo sexo, o qual se funda em laços afetivos, amorosos e sexuais, à semelhança das famílias formadas por pessoas de sexo diverso. Não se tratará, portanto, das relações entre pessoas do mesmo sexo onde a homoafetividade não esteja presente. Também não se versará sobre questões relativas aos bissexuais (aqueles que trazem sua identidade sexual de acordo com seu gênero, mas alternando parceiros do mesmo sexo e de sexo diferente), aos travestis (aqueles que, embora tenham uma identidade sexual biológica, divergem quanto à identidade de gênero que se inclina para o sexo oposto – podem, no entanto, alternar parceiros de sexos diferentes), aos transexuais (que trazem a identidade de sexo biológico alterada, não aceitando seus genitais – escolhem como parceiro sexual aquele que lhe parece do sexo oposto, já que eles não se consideram do seu sexo),¹⁰ para, observando-se critérios metodológicos, delimitar o objeto do estudo.

O âmbito das reflexões diz respeito ao relacionamento fundado no afeto, com a solidariedade e a estabilidade próprias de uma relação familiar – não compondo a análise as relações ocasionais, efêmeras e precárias. Enfoca-se, da mesma forma, uma união formada por pessoas dotadas de capacidade no âmbito civil. Outrossim, direcionam-se as atenções às relações entre homem e homem ou entre mulher e mulher, ainda que as regras da língua portuguesa possam dar a impressão de se estar a privilegiar a homossexualidade masculina. Todavia, evitamos a utilização da expressão lésbica, por acreditarmos sobrepor-se seu aspecto negativo.¹¹

¹⁰As definições dessas terminologias foram extraídas de DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário**. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade. São Paulo: Ltr editora, 2000. p.45-46.

¹¹Para uma eventual defesa deste termo, pode-se indicar sua poética origem: "os conceitos lésbica e lesbianismo remetem-nos à ilha grega Lesbos, ao norte do mar Egeu, onde viveu a poetisa Safo (em fins do século VII a. C.), autora de diversos poemas que expressam o amor entre mulheres, em grande parte destruídos por ordem do Papa Gregório VII, no século XI. Safo foi também fundadora de uma escola para mulheres, onde se ensinava poesia e música, além de incentivar sua emancipação social

Apesar de estarmos atentos para um eventual cunho depreciativo da expressão homossexual,¹² ainda assim a utilizamos indistintamente para homens ou mulheres, como forma de não ocultar o fator da sexualidade envolvido no tema em debate. Acreditamos que o tabu com relação ao objeto deste trabalho também está relacionado com a dificuldade de se tratarem as questões relativas à sexualidade, mormente quando fora dos 'padrões socialmente estabelecidos'. Destarte, apesar do aspecto negativo dos termos homossexual e homossexualidade, eles apresentam a vantagem de dar-se visibilidade à questão sexual envolvida.

Ainda no campo de esclarecimento das expressões, a orientação sexual "é compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual)."¹³ Entretanto, no desenvolver deste trabalho, usa-la-emos especificadamente para a questão da homossexualidade, tema central de nossas preocupações.

Por fim, com relação à utilização da palavra tolerância para se referir ao tema tratado, temos ressalvas. Acreditamos que muito do preconceito sofrido pelo

(...). Numa alusão à Safo, cunhou-se também a expressão "safismo", que é um sinônimo pouco utilizado para lesbianismo". ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos anos 90: um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual**. Brasília, 1999. Tese (doutorado em sociologia) - Universidade de Brasília. Agosto, 1999. p.36.

¹²Como noticia TREVISAN: "os estudiosos buscavam conhecimento de todos os aspectos da sexualidade desviante. Mas, para viabilizar suas abordagens, era necessária uma definição rigorosamente científica. Surgiu então a figura clínica do *homossexual*, termo lançado originalmente em 1869, na Alemanha, pelo médico austro-húngaro Karl Maria Kerbeny, e desde então amplamente utilizado pela ciência, inclusive no Brasil." TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*, p.263. Neste sentido ainda: "The word 'homosexual' itself raises the negative imagery and characteristic stereotyping that society has imputed to the term." [Tradução: A própria palavra homossexual comporta a imagem negativa e as características esteriotipadas que a sociedade imputou ao termo.]. MISON, Robert. *Homophobia in Manslaughter ...*, p.157.

¹³A definição de orientação sexual foi extraída de RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual ...*, p.28. Outra ressalva cabe no sentido de se esclarecer que "a expressão orientação sexual designa a atração sexual, quanto ao gênero, de uma pessoa por outra. Não se deve confundir orientação sexual com práticas como masoquismo, voyerismo etc." Justificativa à proposta de emenda à Constituição, de autoria de Marta Suplicy.

sujeito homossexual advém de uma intolerância para com sua forma de sexualidade, que difere dos "padrões sociais" tidos como normais, ou, pelo menos, mais comuns. Seria, por conseguinte, uma intolerância para com uma forma de 'minorias' e de 'alteridade'. Deste modo, a questão tratada como intolerância parece, a nosso ver, uma denominação que traduz bem o enfocado. Contudo, tratar a defesa de direitos para os homossexuais como uma forma de tolerância à homossexualidade, segundo nosso ponto de vista, soa com um tom pejorativo. Ou seja, um assunto que, por existir, devemos tolerar não traduz o enfoque deste trabalho. Por esse motivo não se utiliza tal expressão.

Em virtude disso, percorrendo-se o arco histórico, desperta-se a percepção dos resquícios, ainda presentes, das características da família clássica – os quais colaboraram para a exclusão de vários sujeitos de direito, dentre eles os homossexuais. Portanto, devem-se destacar as alterações ocorridas para se verificar estar a estrada do reconhecimento da união homoafetiva próxima do caminho de várias outras conquistas operadas no Direito de Família. É o que se passará a analisar.

1.2 A HETEROSSEXUALIDADE COMO O ÚLTIMO DOGMA NA SUPERAÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA CLÁSSICA

Nos dias atuais, significativas mudanças acompanham o convívio social e novos valores apresentam-se constantemente. O sistema jurídico, seguindo esse prisma, tem sofrido questionamentos em seus fundamentos e uma nova moldura no Direito vem sendo construída.

As alterações nutrem-se de uma série de elementos. De uma sociedade voltada quase exclusivamente para o latifúndio da produção agrícola, passa-se ao urbanismo preponderante com a produção econômica modificada pela industrialização e chega-se à velocidade do desenvolvimento tecnológico. Manipulações genéticas, contratos via Internet com pagamento por cartão de crédito, cirurgia transexual, eutanásia e procriação artificial, entre outros, são situações a questionar profundamente os elos ético, jurídico e político da sociedade contemporânea.

Para defrontar as questões do desenvolvimento da tecnologia teceram-se paralelamente reflexões de caráter existencial. Forma-se, aos poucos, a consciência da necessidade de uma união entre os seres humanos pelos laços da solidariedade – em busca de uma ética sensível à igual dignidade das pessoas.

Brotam no seio social, nesse influxo, a tutela das crianças, os movimentos feministas, a luta contra a discriminação racial, o respeito à diversidade das nossas comunidades indígenas e a batalha contra o preconceito dirigido aos homossexuais, dentre outras possibilidades.

No que se refere ao jurídico, merecem destaque o papel inovador dos operadores do direito – nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial – e a preocupação com a publicização ou socialização de vários textos legislativos – apreendendo o jurídico os inovadores valores existenciais.

Percorrendo-se os vários campos dessas transformações, pode-se perceber estar o Direito Civil contemporâneo voltando-se para os valores essenciais da pessoa humana. Tal movimento vem sendo denominado *repersonalização* ou simplesmente *personificação* do Direito Civil. Para ratificar esse pensamento, emprestam-se as palavras do professor Lamartine: "só uma concepção personalista do Direito, centrada em torno da dignidade ontológico-axiológica da pessoa humana, pode oferecer base segura à construção de um verdadeiro Estado de Direito".¹⁴

Depreende-se, nesse contexto, que o valor da dignidade da pessoa humana – consagrado no artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal de 1988 – traduz essa noção para o ordenamento legislado. Os aspectos personalísticos das pessoas devem ser o núcleo fundamental do sistema jurídico e a principal finalidade da proteção estatal. Assim, todas as demais normas do ordenamento devem cumprir essas unidades primeiras, sendo a dignidade do ser humano o elemento de convergência do sistema.

¹⁴OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 39, a. 11, p.40-67, jan./mar. 1987.

A *repersonalização* das relações familiares significa uma preocupação com o desenvolvimento da personalidade das pessoas, sendo fundamental, nesse caminhar, o núcleo afetivo do agrupamento humano.

Dessa maneira, as preocupações patrimoniais e as atenções à formalidade da constituição do vínculo que une as pessoas, como orientadoras das famílias, só encontram sentido ao atingirem o interesse precípua do valor da dignidade.

Há, portanto, uma importante alteração axiológica, uma guinada nos valores essenciais a se tutelarem prioritariamente. Deve o Direito Civil cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana – colocar o homem no centro das relações civilísticas.

Tendo-se em vista esse prisma humanístico, o Direito Civil enfoca, de forma especial, as tutela dos valores da personalidade. A correlação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade é apontada pela professora Maria Celina Bodin de MORAES, quando afirma: "no âmbito das relações existenciais, são importantes conseqüências da consolidação do novo paradigma, representado pela dimensão maior do princípio da dignidade da pessoa humana, o significativo desenvolvimento, nos últimos tempos, dos direitos da personalidade."¹⁵

Não se trata de um retorno ao individualismo, mas sim uma concepção de Direito fundada nos valores da pessoa. O individualismo mira unicamente uma dimensão estática da pessoa, limitada em sua individualidade. Exclui, por isso, um aspecto de destaque que é a inter-relação dos sujeitos na sociabilidade da convivência.

Nesse patamar, refletir sobre a inclusão jurídica da união afetiva e estável de pessoas do mesmo sexo está a seguir o influxo dessa tendência do Direito Civil, porquanto não é apenas a formalidade a responsável pela constituição do vínculo matrimonial a ser digna de tutela jurisdicional. O que importa, em verdade, é o enfoque

¹⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade, v.15, ago-dez, Rio de Janeiro, 1999, p.108.

personalístico da afetividade – da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros –, podendo estar presente em diversas formas de constituição da família.

Além disso, quando se enfoca a repersonalização do Direito Privado, preconizada por vários mestres,¹⁶ deve-se ter em mente, para atingirem-se os objetivos prelecionados, uma preocupação voltada aos sujeitos de direito, numa perspectiva de pluralidade.

Logo, dentro da reflexão em torno da civilística voltada aos valores da pessoa deve, necessariamente, haver espaço para a expressão das diferenças existentes – sobremaneira quando essas diversidades são expressão de um modo especial de ser.

Especificando essas idéias para o tema focado, a personificação do Direito para os sujeitos homossexuais só terá sentido de tutela existencial se não imposto, como único, o modelo heterossexual – tido como "normal" pelo simples motivo de ser o mais verificado. A igualdade na diferença relaciona-se com a necessidade de ser respeitada a dignidade da alteridade.

Porém, a defesa da união homoafetiva não se mostra uma idéia isolada, não se trata de uma transformação deslocada das demais alterações. Várias

¹⁶O enfoque atual nos valores da pessoa humana é uma construção civilística que se verifica em diversos países. A título exemplificativo, destaca-se a expressão de um vizinho argentino: "o grupo de direitos fundamentais atua como núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado; um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa." LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, p.145. Para além mar, encontra-se o pensamento do professor Espanhol: "el Derecho civil no sólo aparece centrado funcionalmente en torno al concepto de persona, sino también teleológicamente: su sentido y su finalidad son la protección y el servicio a la persona, entendida como ser humano." [Tradução: "o Direito civil não só aparece centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, como também teologicamente: seu sentido e sua finalidade são a proteção e o serviço para a pessoa, entendida como ser humano."]. AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. El Derecho Civil a finales del siglo XX, p.111. De Portugal vem a voz de Joaquim de Sousa RIBEIRO: "a cada um, pelo simples facto de ser pessoa, é devido igual consideração e respeito. Isso implica que a ordem jurídica (...) não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou." Constitucionalização do Direito Civil, p.752.

modificações ao modelo familiar codificado merecem destaque. A união estável passou muito tempo sendo considerada uma relação apenas fática, sem repercussão jurídica. Nesse momento, forte era a discriminação imputada principalmente à então chamada concubina. Havia muitos apelos de ordem moral e de preservação familiar. Entretanto, a sociedade se altera e força as mudanças no Direito. Eis que finalmente se rendem jurisprudência, leis previdenciárias, Constituição Federal e duas leis específicas à realidade social.¹⁷ Todavia, o caminho percorrido não foi linear. Note-se que, durante a abertura para o reconhecimento dessa forma de família, houve reprodução dos valores patriarcais, destacando-se, nesse sentido, a solução jurisprudencial da indenização pelos serviços prestados. Da mesma maneira, com a aprovação do novo Código Civil, as reduções de direitos aos companheiros no texto expresso são criticáveis, demandando alterações e uma interpretação a qual considere as demais fontes do Direito.

As questões relativas à filiação ganham novos ares. Os princípios da igualdade, da inocência, do melhor interesse da criança, entre outros, estão a apontar para novos horizontes. Destarte, defende-se, por exemplo, a possibilidade de guarda conjunta dos filhos, ao invés da noção de cônjuge culpado ou inocente (os filhos como prêmio para os pais que se comportam bem); os filhos adotivos deixam de ser vistos como continuidade de patrimônio para se tornar a adoção um lugar privilegiador da afetividade.

As noções tocantes à bioética, igualmente, estão a reclamar respostas, as quais questionam os parâmetros tradicionais de família. Nestes assuntos, necessárias se fazem, de modo especial, constantes reflexões éticas, existenciais e humanas.

¹⁷Súmulas 380, 382, 35, 447 do STF. Diversas são as disposições concernentes à previdência social: lei n.º 4.297/63, artigo 3.º, alínea "d"; Lei n.º 6.194/74, artigo 4.º, parágrafo único (posteriormente à lei 8.441/92 altera expressamente dispositivos da Lei 6.194/74); Decreto n.º 76.022/75, artigo 4.º, alínea "a"; Decreto n.º 77.077/76, artigos 13, 14 e artigo 57; Decreto n.º 83.080/79 artigos 12 a 18; Decreto n.º 89.312/84, artigo 10 e 11. Art. 226, parágrafo 3.º da Constituição Federal de 1988. E, finalmente, as duas leis específicas, lei n. 8.971/94 e lei 9.278/96.

Parece que o 'admirável mundo novo da procriação' já chegou, com o paradoxo de existir apenas para poucos: somente àqueles que podem oferecer a contraprestação monetária exigida para usufruírem das conquistas científicas.

Na expressão da decisão norte-americana: "não é suficiente dizer que 'casamento é casamento' (...), é dever do Tribunal realizar mais do que meramente assumir que o casamento é somente, e deve ser somente, o que a maioria está familiarizada."¹⁸

Se na época da elaboração das codificações, influenciadas pelo modelo napoleônico, havia alguma razão para considerarem-se como família exclusivamente as relações daqueles que contraíram matrimônio, atualmente o princípio da pluralidade familiar se impõe e outras formas de entidade familiar são reconhecidas. Salientem-se, como exemplo de novos modelos, a união estável e a família monoparental, configurada nos laços de um dos genitores com seus filhos.

Mesmo com relação à família formalmente instituída, pode-se afirmar estar havendo uma democratização do conteúdo concernente ao casamento. Hoje em dia, tem-se tornado comum a mulher optar por não adotar o nome de família do marido, e, ainda que não corriqueiramente, observa-se a igual possibilidade do marido usar o patronímico da mulher, denotando um forte sinal de mudança dos tempos e do princípio de igualdade entre homem e mulher. A contestação da noção de deveres conjugais e, conseqüentemente, do critério da culpa para os efeitos da dissolução da sociedade conjugal está, também, nesse mesmo sentido, destacando-se o princípio da intimidade.¹⁹

¹⁸[No original: "It is not enough to say that 'marriage is marriage' (...), It is the duty of the court to do more than merely assume that marriage is only, and must only be, what most are familiar with."]. Brause v. Bureau of Vital Statistics. 1998. (Íntegra da decisão no Anexo 3).

¹⁹A democratização da família estaria relacionada com a possibilidade de divórcio, a manutenção do vínculo conjugal pode não se dar em virtude de questões afetivas da relação. Na expressão do jurista italiano: "na história do Direito Civil, o matrimônio como relação assume uma importância superior ao matrimônio visto como consenso, e é a predisposição à continuidade da convivência quem seguirá o perdurar de sua eficácia jurídica. A prevalência do aspecto de fato sobre o formal, ou seja: do matrimônio-relação diante do matrimônio-consenso, é fortemente testemunhada

No que se refere ao patriarcalismo, longo ainda é o caminho na direção da igualdade entre o homem e a mulher. Ultrapassamos as muralhas da discriminação expressa e atingimos os solos da igualdade formal, estando, esse princípio, afirmado e reafirmado em nossa atual Constituição²⁰. Não obstante isso, para logarmos a real igualdade à condição feminina, ainda devemos atravessar vários obstáculos, frutos da reprodução de valores ultrapassados.²¹

Afora essas características comumente discorridas pelos juristas, uma outra se faz sentir fortemente. O modelo é heterossexual. Para traduzir essas características, Francisco VALDES usa o termo *hetero-patriarchy*, "referindo-se a fusão do androsexismo e o heterosexismo (...). Para obter e manter a supremacia da

pela disciplina concernente à dissolução do vínculo, que se dá pela livre e autônoma determinação das partes interessadas. A comunidade familiar se democratiza, vive e se desenvolve em função da plena auto-afirmação, dentro e fora dela, de cada um de seus membros." [No original: "il matrimonio-rapporto assume nella storia del diritto civile un'importanza sempre piú prevalente rispetto al matrimonio-consenso, ed è l'attitudine alla continuazione della convivenza che segherà il perdurare della sua efficacia giuridica. La prevalenza dell'aspetto fattuale su quello formale, cioè del matrimonio-rapporto sul matrimonio-consenso, è ampiamente testimoniata dalla disciplina relativa allo scioglimento del vincolo, che è rimasto alla libera ed autonoma determinazione delle parti interessate (...) La comunità familiare si democratizza, vive e si sviluppa in funzione del pieno affermarsi, dentro e fuori di essa, di ognuno dei suoi membri. L'approccio istituzionale e gerarchico è tramontato"]. PALLAZZO, Antonio. Le convivenze: diversità di modelli e ruolo dell'integrazione dei sessi. In: D'USSEAU, Francesca Bruneta e D'ANGELO, Antonio. (org.). Matrimonio, matrimonii. Milano: Giuffrè, 2000p.136, 148.

²⁰O princípio da igualdade está tratado genericamente no *caput* do artigo 5.º e especificamente no inciso I do mesmo artigo, que dispõe: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição". Além desses dispositivos, no que se reporta mais diretamente ao Direito de Família, o artigo 226, parágrafo 5.º, estatui: "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

²¹A reprodução parcial dos valores discriminatórios – quer por sua via subliminar, quer na busca dos direitos das mulheres – não é despercebida pelos autores. Segundo Pierre BOURDIEU: "sempre vi na dominação masculina (...) a violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento ou (...) do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância do sentimento". A dominação masculina, p.8. Nas palavras Maria Berenice DIAS: "a igualdade, enfaticamente decantada na Constituição brasileira, não tem sido respeitada, nem sequer no âmbito da justiça, que ainda submete as mulheres a um tratamento preconceituoso. Os direitos à percepção de alimentos, ao uso do nome, à guarda dos filhos, são pretensões ainda condicionadas muitas vezes ao reconhecimento de sua 'honestidade', pois somente são deferidos à mulher 'honrada', adjetivo que nada mais significa do que a restrição ao exercício da sexualidade." Festejar o quê?, p.1.

masculinidade e do masculino – homens (heterossexuais) são identificados com superioridade na vida pessoal, econômica e cultural."²² Questiona-se, pois, a universalidade dos valores patriarcais e heterossexuais presentes nos modelos jurídicos de família.

O debate quanto aos papéis estanques para o homem e para mulher, ainda em fase de superação, sofre uma outra força questionadora. Trata-se da reivindicação do reconhecimento – e, portanto, da visibilidade – das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Resta mais essa 'névoa de hipocrisia'²³ jurídica ocultar as convivências afetivas, estáveis e duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

O modelo tido como 'normal' dentro do nosso contexto social reproduz, apesar dos avanços já sentidos, uma definição dos papéis de cada cônjuge, os quais são baseados no 'mito' da complementaridade dos sexos masculino e feminino. Deferem-se os deveres dos protagonistas das famílias como algo 'da natureza' para, inferindo-se um dogma, não haver questionamentos que busquem sua superação. Afasta-se de uma inclusão na noção familiar aquilo que não se conhece como 'natural'. A questão da união familiar entre homossexuais contesta uma estrutura hierarquizada de família a qual compõe o imaginário social. 'Normalidade' e identidade sexuais, para Elisabeth BADINTER, "estão inscritas no contexto da dominação da mulher pelo homem. Dentro desta óptica, a homossexualidade, que implica a dominação do homem pelo homem, é considerada, senão uma doença mental, pelo menos uma perturbação da identidade de gênero."²⁴

²²[No original: "refers to the fusion of androsexism and heterosexism (...) to obtain and maintain the supremacy of 'masculinity' and of 'masculine' – identified (heterosexual) men, over personal, economic, and cultural life."]. *Queers, Sissies, Dykes ...*, p.8.

²³"Névoa de hipocrisia" é expressão utilizada por Orlando GOMES, referindo-se à dificuldade de aceitação da família de fato. *O novo Direito de Família*, p.69.

²⁴Sobre a identidade masculina, p.99. Tomando essa linha de raciocínio, a homossexualidade feminina estaria duplamente em oposição às estruturas familiares tradicionais, pois: "o patriarcalismo es percebido por las lesbianas como heteroseximo que oprime, no sólo a su grupo, sino al resto de las mujeres heterosexuales, ya que representa la consolidación de estructuras jurídicas y políticas reproductoras de um imaginario social donde el ideal viene dado por el individualismo

Diante dessas considerações, ao lado da igualdade entre homem e mulher, o reconhecimento das uniões homoafetivas parece ser a mais revolucionária modificação no Direito de Família, ao questionar os papéis sociais das pessoas envolvidas.

A defesa de uma vivência estável e amorosa entre pessoas biologicamente iguais é mais um vetor a debater a distribuição dos papéis públicos e privados, atribuídos segundo o gênero – a mulher restringida ao âmbito doméstico e o homem voltado às atividades externas.

A heterossexualidade do modelo tradicional não é, muitas vezes, sequer mencionada, uma vez que pressuposta. Entre os requisitos necessários para o casamento, nossa codificação civil nem ao menos dispõe expressamente a obrigatoriedade da distinção dos sexos.

Mesmo assim, quando observamos os deveres do casamento presentes em nossa codificação, percebemos claramente que partem de valores atribuídos a uma família heterossexual.²⁵ Contudo, tal requisito do casamento é tido de maneira tão absoluta que não aparece expressamente em nossa Codificação Civil (tanto na de 1916 como na de 2002), estando contido nas entrelinhas. Os doutrinadores reflexamente entendem advir esse silêncio da não necessidade de se exigir aquilo que é pressuposto de existência. A legislação apenas apresenta os requisitos de validade.

propritario masculino y dominante, conformador de todas las relaciones sociales". [Tradução: "O patriarcalismo é percebido pelas lésbicas como heterosseximo que oprime, não só a seu grupo, como também as demais mulheres heterossexuais, já que representa a consolidação de estruturas jurídicas e políticas reprodutoras de um imaginário social no qual o ideal vem dado pelo individualismo proprietário masculino e dominante, conformador de todas as relações sociais."]. PRIETO, Rafael Rodríguez. Breves consideraciones sobre la perspectiva (...), p.11

²⁵É o que se depreende dos artigos 183 do Código Civil de 1916 (correspondente ao artigo 1.517 do Código de 2002), estabelecendo-se a capacidade para o casamento dirigida ao homem e a mulher. A expressão homem e mulher também é utilizada no artigo 233 do Código Civil de 1916 e no artigo 1.567 do Código de 2002, para tratar da direção da sociedade conjugal. Nesse mesmo sentido, o artigo 240 do Código de 1916 equivale ao artigo 1.565 do Código de 2002, dispondo sobre os efeitos do casamento para homem e mulher. Com relação à filiação, o pátrio poder no Código de 1916, em seu artigo 380, deveria ser exercido pelo marido com colaboração da mulher. No que diz respeito à administração dos bens dos filhos menores, utiliza-se a denominação pai e mãe, nos artigos 385 do Código de 1916 e 1.689 do Código Civil de 2002.

Mesmo as Partes Gerais do Código Civil brasileiro de 1916, bem como do Código de 2002, não apresentam a categoria de inexistência dos atos jurídicos. Aparecem apenas as noções de nulidade e anulabilidade. Seguindo o mesmo caminho, no livro específico de Direito de Família não há menção a requisitos de existência do casamento.

Contanto, a doutrina apresenta essa categoria como relevante justamente na seara matrimonial. Tendo-se em vista a consideração do caráter taxativo da enumeração das causas de nulidade matrimonial – *pas de nullité sans texte en matière de mariage* –, a categoria da inexistência distinta das nulidades teria aplicação prática.²⁶ Diz-se isso porque os Códigos (de 1916 e de 2002) não enumeram, como hipótese de nulidade, o requisito de diversidade de sexo entre os nubentes ao lado das demais proposições, como a falta de celebração.

Contesta-se a real necessidade de uma corrente teórica a qual trate da existência como uma categoria diversa da nulidade, em virtude da proximidade dessas noções. Conforme tal entendimento, não haveria razão para distingui-las. A inexistência estaria a apontar que a união de pessoas do mesmo sexo, embora possa existir como mero fato, não tem relevância jurídica como casamento.

Nesse passo, alguns setores da doutrina, como a doutrina francesa moderna, tendem a considerar como hipóteses de nulidade absoluta os requisitos

²⁶A inexistência foi reconhecida em decisão nacional envolvendo hermafroditismo: "Casamento. **Pessoas do mesmo sexo**. Duas mulheres. Registro Civil em cidade diversa daquela onde houve o primeiro. Ação anulatória. **Ato inexistente**. Procedência (...) A ação só se consuma com a união sexual dos esposos. Não havendo a união sexual dos esposos não há, também, casamento (...). Conforma está provado nos autos no contrato de casamento havido entre "C" e "A", ou "B", inexistiu o casamento, porque ambos os cônjuges são do mesmo sexo, não se dando, assim, sua consumação." Belo Horizonte, 16/11/1982, 1º CC do TJMG, rel. des. Paulo Tinôco, ap. cível n. 56.899. Publicado na RT 572, p. 189-197, ano 72, jun. 1983, fascículo 1, cível E ainda nesse sentido: "Casamento. **Ato inexistente. União de pessoas do mesmo sexo**. Utilização de falso registro de nascimento. Sentença que declara a inexistência do matrimônio confirmada." São Paulo, 21 de agosto de 1986, 6º CC do TJSP, rel. des. Roque Komatsu, ap. n. 71.597-1. Publicado na RT 616, p.47-48, ano 76, janeiro de 1987, fascículo 1, cível. (Não grifados no original).

comumente apreendidos como de existência. E, mesmo dentre aqueles que acatam a teoria da existência, alguns entendem acarretar a falta de diferença de sexos a nulidade, não se enquadrando como inexistência.²⁷

No entanto, ao se entender ser a heterossexualidade componente indispensável para o casamento – quer para sua existência, quer para sua validade –, não se está necessariamente a significar a exclusão de efeitos jurídicos para a união entre homossexuais. Definir o casamento como entidade familiar exclusivamente heterossexual não afasta a possibilidade de existência de outro modelo familiar próximo ao instituto do matrimônio, mas que resguarde diferenças justificáveis à realidade das parcerias homoafetivas. Ao se compreender ser primordial a diversidade de sexo para o casamento, não se está a referir ser ela um elemento necessário para todas relações afetivas de convivência familiar reconhecidas pelo Direito. Apenas se a dirige a uma forma de entidade familiar específica, qual seja, a iniciada de acordo com as formalidades classicamente dispostas. Nas palavras de Lamartine e Muniz: "as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância em outros planos e sob outras formas – não como modalidade de casamento".²⁸

Transparece que, conforme nossa realidade social, a questão dos efeitos jurídicos para as parcerias homoafetivas 'navega por outras águas' – diversas, porém próximas, das relacionadas ao casamento. Não há apelo dos movimentos em favor dos direitos dos homossexuais no sentido do ingresso no modelo de casamento formal consagrado pelos costumes sociais como heterossexual. No entanto, luta-se por um reconhecimento jurídico de semelhantes efeitos, considerando-se a proximidade ontológica dessas uniões afetivas.²⁹

²⁷Para aprofundamento teórico da questão: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: direito matrimonial*. p. 209-215.

²⁸OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1990. p.209-215.

²⁹Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos os homossexuais pleitearam juridicamente a igual possibilidade de se casarem. Em uma decisão de 1973, Jones v. Hallahan, utilizaram-se definições dos dicionário referentes à palavra casamento para fundamentar a exclusão dessa noção para pessoas do mesmo sexo. "Webster's New International Dictionary, Second Edition, define casamento como: "um estado de se estar casado, ou ser unido a uma pessoa ou pessoas do sexo oposto como marido e mulher;

Mostra-se, nos tempos atuais, ultrapassado aquele modelo, altamente utópico, de família; qual seja: constituído por um homem e uma mulher fiéis no plano afetivo e sexual; realizado com a anuência de suas famílias originais; festejado na cerimônia religiosa e formalizado civilmente; indissolúvel; gerador de filhos para a continuidade dos propósitos familiares; com uma mulher dedicada aos assuntos relacionados à casa e ao acompanhamento educacional dos filhos; com um homem provedor das necessidades econômicas do lar.

Por conseguinte, a heterossexualidade é mais uma característica, justaposta à hierarquia, do patriarcalismo e da exclusividade do matrimônio, do modelo familiar tradicional, que atualmente está em vias de ser superado. A forte carga axiológica, que o tema gera, justifica-se em decorrência da reprodução de um modelo de complementaridade de sexos, tido como único, o qual sede passos diante de uma realidade fática inegável.

também, a relação mútua do marido e da mulher, matrimônio, abstratamente, a instituição pela qual homens e mulheres são unidos em um tipo especial de dependência social e legal, com o propósito de fundar e manter uma família". O Dicionário e Enciclopédia Century define o casamento como: "a união legal de um homem com uma mulher para a vida; o estado ou a condição de estar casado, a relação legal dos cônjuges um com o outro; a declaração formal ou contrato pelo qual um homem e uma mulher unem-se em matrimônio." Black's Law Dictionary, Fourth Edition, define o casamento como: "o estado civil, condição ou relação de um homem e uma mulher, unidos na lei para a vida, para a efusão de um para o outro e a comunhão dos deveres legalmente obrigados sobre aqueles cuja associação estiver fundada sobre a distinção do sexo." [No original "Webster's New International Dictionary, Second Edition, defines marriage as follows: "a state of being married, or being united to a person or persons of the opposite sex as husband or wife; also, the mutual relation of husband and wife; wedlock; abstractly, the institution whereby men and women are joined in a special kind of social and legal dependence, for the purpose of founding and maintaining a family." The Century Dictionary and Encyclopedia defines marriage as: "The legal union of a man with a woman for life; the state or condition of being married; the legal relation of spouses to each other- wedlock; the formal declaration or contract by which a man and a woman join in wedlock. " Black's Law Dictionary, Fourth Edition, defines marriage as: "the civil status, condition or relation of one man and one woman united in law for life, for the discharge to each other and the community of the duties legally incumbent upon those whose association is founded on the distinction of sex."]. A integral decisão encontra-se no Anexo 3.

1.3 FINS PERSONALISTAS TRANSCENDENTES À PROCRIAÇÃO COMO OBJETIVO NUCLEAR

Se o jurista tem em mente que os fatos jurídicos "seriam os acontecimentos, previstos em norma de direito – em razão dos quais nascem, modificam-se, subsistem e se extinguem as relações jurídicas –",³⁰ está aportando seu pensamento num conceito privilegiador de uma concepção normativista de Direito.

Tal visão implicou, e ainda implica, um legado de exclusão referentemente a algumas relações sociais não dispostas num conceito estrito de norma jurídica. Conforme um entendimento positivista do Direito, dentre as várias possibilidades de situações presenciadas na vida em sociedade, a relação é considerada jurídica quando objetivamente reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, a relação vivenciada será uma relação jurídica se o sistema legislado desta maneira a expressamente reconhecer.

Essas concepções, de cunho objetivista, destacam, em primeiro plano, o ordenamento jurídico formalizado em lei escrita. Não há preocupação de estar-se em sintonia com as relações "realmente vividas" no âmbito social.

Todavia, pode-se afirmar serem os silêncios jurídicos eloqüentes. Há uma desatenção que não significa indiferença, mas se traduz na opção por determinados fatos sociais, os quais recebem o ingresso ao jurídico, importando a falta do reconhecimento daquelas realidades e não acolhidas legislativamente.³¹

³⁰MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.1, p.17. São Paulo: Saraiva, 1966.

³¹Superando o pensamento do positivismo estrito, numa visão crítica acerca de fato jurídico, encontram-se as palavras de PERLINGIERI ao afirmar: "fatto giuridicamente rilevante è non soltanto quello produttivo di conseguenze giuridiche ben individuabili ma ogni fatto, in quanto espressione positiva o negativa di valori o di principi presenti nell'ordinamento. Non esiste fatto che non abbia una valutazione espressa o implicita nell "ambito dell'ordinamento (...)." [Tradução: "fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de conseqüências jurídicas bem individuadas mas todo fato enquanto expressão positiva ou negativa de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento (...)."]. PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p.229.

Sob esse prisma, para uma união social familiar ser considerada relação jurídica deve estar formalizada pelo casamento, de acordo com as disposições dos artigos 180 e seguintes de nosso Código Civil de 1916.

O casamento foi o lugar determinado para as relações sexuais; o objetivo precípua do matrimônio era a formação da filiação dita legítima. Neste interregno, transmitia-se o patrimônio, para a continuidade do *status* familiar, e criava-se a mão-de-obra fundamental para o núcleo do grupo – pois este igualmente representava o centro da produção econômica. Isto porque este modelo familiar estava atendendo aos interesses do modo de produção rural da sociedade, que dependia da mão-de-obra dos membros do grupo. A família tradicional, pois, tinha finalidade produtiva e reprodutora diversa do núcleo atual, voltado para a união afetiva.

Logo, a família tinha objetivos superiores aos interesses pessoais de seus membros, o que se denominou de Família Transpessoal, em razão de sua transposição para certos interesses patrimoniais e produtivos, independentemente das perspectivas diversas dos componentes desse vínculo familiar.

As transformações da família ocorridas parecem estar relacionadas com o modo de produção econômica da sociedade. A atual organização da sociedade pós-industrial difere daquela agrícola, fundada numa unidade de seus membros para o trabalho rural e na divisão dos trabalhos e na direção patriarcal, assumindo os filhos importante papel para a continuidade do desenvolvimento econômico do grupo.

O casamento, hoje, não é mais uma instituição. Sua função deve ser de instrumento para a realização personalística de seus membros na formação familiar, ao lado das demais possibilidades de entidades familiares. Por esses motivos utiliza-se a expressão Família Eudemonista, traduzindo-se o modelo de família voltado para a realização personalística de seus membros. Sobre o tema, João Baptista VILLELA aduz a "passagem de um organismo preordenado a fins externos para um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem".³² A família instaura-se prioritariamente como um núcleo de apoio e solidariedade.

³²VILLELA, João Baptista. In: BARRETO, Vicente [org.]. **A nova família: problema e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.71.

Percebe-se, em conseqüência, no Direito de Família um reconhecimento cada vez mais amplo dos efeitos jurídicos do afeto.

Etimologicamente, a palavra Família aparece nas fontes com três significados, a saber: primeiramente em seu sentido original de escravos domésticos; em seguida, passaram a constar no nome família o abrigo e os bens imóveis associados à atividade econômica familiar, ou seja, casa, curral e horta; finalmente, família é um elo entre pessoas sujeitas à *potestas* de um mesmo *paterfamilias*, o que inclui todos os descendentes, a mulher casada *cum manu* e as esposas dos filhos e netos.³³

O sentido atual que informa o Direito de Família transborda de sua origem. Atualmente, o enfoque centra-se na *affetio* – a família como o lugar privilegiado de abrigo, de ninho e de solidariedade com base no afeto.

Dentro desse contexto, a filiação pode ser um dos objetivos buscados pelo casal. Porém, se por um lado crescem e ganham visibilidade grupos de pessoas os quais optaram por não ter filhos³⁴, por outro lado a permanência de um dos genitores com seus filhos é uma realidade fortemente presente – em especial a mulher como protagonista de famílias monoparentais.

Ainda na esteira das alterações, com o remodelamento dos papéis masculinos e femininos, também o homem vem pleiteando sua possibilidade na condução da relação paterno-filial – concorrendo de maneira igualitária para o superior princípio do melhor interesse da criança. Os pais lutam para a superação de uma visão de família clássica, baseada na estrita divisão de papéis, segundo a qual sempre as mães atendem melhor aos interesses da criança, cabendo ao pai particularmente o papel de provedor no pagamento da pensão alimentícia.³⁵

³³EMOUT e MEILLET. Dictionnaire etymologique de la langue latine. Paris: Klincksiek, 1931. MARTIN. Le mots latins. Paris: Hachette, 1976.

³⁴Uns se denominaram 'children's free'. Não cabendo aqui a polêmica envolvida pelo assunto, apenas se destaca um novo contexto de pluralidade familiar, onde há espaço até mesmo para posicionamentos como esse.

³⁵Os pais se organizam socialmente para pleitear uma não discriminação de gênero às avessas. Nessa esteira, no site www.apase.com.br, estimula-se a guarda compartilhada.

De uma família instituída de forma hierarquizada, destinada à procriação biológica e voltada para sua produção econômica, chega-se a um modelo de cooperação mútua dentro de um espaço de exercício da afetividade.

A evolução da ciência contribui para o desvinculamento do modelo de família clássico o qual alia casamento, relações sexuais permitidas e reprodução. Os métodos contraceptivos permitem as relações sexuais sem a finalidade procriativa. Paralelamente, o desenvolvimento das procriações artificiais possibilita a reprodução sem o contato sexual.

A noção jurídica da paternidade transmuda-se. Supera-se um modelo baseado em presunções tuteladoras da chamada família legítima e passa-se para a chamada paternidade biológica: a busca da paternidade mediante exames de DNA. Presentemente, na realidade das práticas judiciais, o fator biológico prepondera para a determinação dos laços familiares: o estabelecimento da paternidade dá-se a partir de um laudo médico.

A igualdade informa o novo estatuto jurídico dos filhos, a fim de se conferirem os mesmos direitos da chamada filiação advinda do matrimônio àqueles concebidos fora do casamento.

Defende-se, outrossim, o direito personalíssimo de uma pessoa conhecer sua ascendência biológica, por meio das conquistas provenientes dos avanços científicos, independentemente do instituto da coisa julgada.

Tomando outra via, o redimensionamento da adoção, a procriação artificial e o convívio dos padrastos e madrastas com enteados direcionam ao enfoque de uma família sócio-afetiva. A "verdadeira paternidade" seria então aquela estabelecida pelos laços da convivência.

Hoje, as questões jurídicas tocantes à família encontram-se num interagir dialético entre sua noção biologizante e sua construção fática por intermédio do afeto.

A nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida.

Assim, dentre as possibilidades de melhor realização de seus projetos pessoais, uma pessoa poderá identificar-se com um certo modelo, o qual não deverá ser excludente de outras modalidades também reconhecidas.

Nesse passo, a questão de ser a procriação um dos objetivos da família clássica mostra-se superada. O próprio contexto social e jurídico acerca da reprodução é outro.

Imputar o não reconhecimento da existência de uma relação familiar entre pessoas do mesmo sexo, tendo como fundamento a não possibilidade de procriação entre os parceiros envolvidos, não é coerente para com as demais formas de família já consideradas relações jurídicas familiares. "No ocidente contemporâneo, o casamento tornou-se uma maneira de o Estado reconhecer um **compromisso emocional mútuo** entre pessoas para toda a vida. E, dentro dessa definição, não há nenhuma maneira pública, se acreditarmos em direitos iguais perante a lei, de negá-lo legalmente aos homossexuais".³⁶

Dessa forma, a não possibilidade de procriação dentro de uma família composta por homossexuais está inserida em sua realidade específica. Esse fator é uma característica das parcerias homoafetivas, bem como pode estar presente em outras entidades familiares, cabendo ao Direito deferir efeitos jurídicos para abarcar as diferenças existentes – de outro modo, o Direito não se voltará para a tutela existencial dos homossexuais. Não se podem excluir do Direito vários sujeitos em razão de um semblante tido como universal: todas as famílias devem lograr a possibilidade de ter filhos.

A luta para a inclusão da união entre pessoas do mesmo sexo, respeitando suas especificidades, no rol das entidades familiares não deve ser o questionamento último do Direito de Família. São tantas as alterações ocorridas no transcorrer histórico que se instiga a indagação sobre o futuro. Questiona-se qual será a próxima alteração nas relações familiares a procurar reconhecimento social e jurídico.

³⁶São as palavras da juíza Marga Barth Tessler. Apelação Cível n.º 960455333-0/RS, 20/08/98. (Sem grifos no original).

Num exercício de tentativa de previsão das próximas transformações, pode-se mencionar um eventual reconhecimento da convivência entre pessoas (quer do mesmo sexo, quer de sexo diverso) com dificuldades físicas ou econômicas. Elas reuniram seus esforços, segundo suas possibilidades, para por meio da mútua ajuda poderem melhor viver. Pode-se-ia dar entre pessoas de idade mais avançada, pessoas enfermas, com dificuldades de locomoção, com problemas econômicos, que poderão encontrar a solidariedade e a ajuda recíproca, próprias das relações em família, em outras pessoas – não necessariamente seus parentes. Nessa esteira encontra-se o *Pac's no Direito Francês*³⁷ e o *'Avantprojecte de Llei sobre relacions de convivència diferents del matrimoni'*, apresentado ao Governo da Catalunia, Espanha.³⁸

No que concerne ao desrespeito à igualdade em virtude da orientação sexual e ao desvalor à sua forma de família, ainda presentes na sociedade, fatores como um maior conhecimento da mutação histórica,³⁹ mais informações sobre outras sociedades, a apreensão do dinamismo das relações sociais, a comunicação desenvolvida pelas facilidades da modernidade, entre outros, favorecem a reflexão crítica a respeito das condutas 'homofóbicas'.

Os autores atentam-se ao aspecto comportamental contrário à expressão da homossexualidade. A homofobia, para Elisabeth Badinter, "é parte integrante da masculinidade heterossexual, a ponto de desempenhar papel psicológico essencial: deixar claro quem não é homossexual e mostrar bem quem é heterossexual."⁴⁰ Segundo

³⁷Encontra-se no Anexo 1.

³⁸Para a verificação, encontra-se, no anexo III da obra *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales* de Pedro A. Talavera FERNÁNDEZ.

³⁹Depreende-se do primeiro acórdão do STJ, reconhecedor dos efeitos jurídicos da união homossexual, uma sensibilidade histórica: "é certo que o legislador do início do século, que elaborou o Código Civil, não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo possam reunir esforços, nas circunstâncias descritas nos autos, na tentativa de realizarem um projeto de vida em comum". STJ, 4.^a Turma, Resp n.º 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. 10/02/98.

⁴⁰Continua a autora: "ver um efeminado desperta enorme angústia em muitos homens, pois encadeia neles uma tomada de consciência de suas próprias características femininas, como a passividade

Robert MISON, "a homofobia, como o racismo, é apreendida por compreensão tácita."⁴¹

No diapasão das contestações sociais aos padrões estabelecidos, merece destaque a chamada revolução sexual. As transformações nas questões da sexualidade determinaram uma mudança de valores relativamente à família, redimensionando-se suas funções. A Revolta dos anos 60 iniciou-se com a apologia da liberdade sexual, apontando para a construção de uma nova concepção de vida.

A união entre a liberdade sexual buscada e uma nova atitude frente à vida vislumbra-se pelas manifestações dos jovens, que também lutaram, especialmente nos movimentos estudantis, contra os regimes militares – o que evidencia o objetivo de uma transformação de fundo na sociedade, não somente nos costumes sexuais. Quebrando-se as barreiras dos tabus, nenhuma repressão era mais incorporada, configurando-se um espírito de "abaixo as regras militares, sociais e familiares". Foi uma época de questionamento dos padrões socialmente impostos, pois a aspiração primeira deve ser a felicidade pessoal. A apologia ao amor mostrou-se uma importante via para essa busca.

Nesse paradigma, as famílias são uma forma privilegiada da afetividade; o sexo passa a não ser mais vislumbrado apenas como meio de reprodução, mas também como busca do prazer; a família perde o objetivo de tão-só legitimar a procriação e as relações sexuais. Como o enfoque principal é a realização pessoal, valorizam-se outras formas de união afetiva – perdendo espaço a necessidade de sua formalização. A força do autoritarismo altera-se para a sensibilidade do afeto nas relações entre pais e filhos, com especial dedicação no acompanhamento da educação das crianças, em atenção ao melhor desenvolvimento de suas personalidades.

e a sensibilidade, que eles consideram um sinal de fraqueza. As mulheres, é claro, não temem a sua feminilidade. Esta é em parte a razão pela qual os homens são mais homófobos que as mulheres". BADINTER, Elisabeth. Sobre a identidade masculina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.117.

⁴¹[No original: "Homophobia, like racism, is learned by tacit understanding."]. Homophobia in Manslaughter (...), p.157.

Similarmente, seguindo o influxo de contestação dos padrões preordenados, dois importantes movimentos sociais ganharam visibilidade, quais sejam: os movimentos contra discriminações de gênero e de orientação sexual – ainda que o último de forma menos intensa.

Alguns militantes emprestam sua experiência pessoal como instrumento de luta. Essa postura ativa de contestação requer grande esforço de seus protagonistas – pessoas imbuídas de senso de busca por seus direitos, de espírito de trabalhar pelo coletivo e em favor 'da causa'. Tal atitude exige um não conformismo com os estigmas da realidade social. Nem todos os homossexuais conseguem superar a repressão social sofrida, desde as mais sutis até as propriamente violentas, transmissoras de valores heteropatriarcais.⁴²

Contudo, iniciam-se espaços plurais de convivência aberta entre heteros e homossexuais. A tradução popular da pluralidade pode ser vislumbrada na consagrada sigla GLS (*gays*, lésbicas e simpatizantes), "o fundamental foi a introdução da idéia de simpatizante, muito adequada ao convívio pluralista das sociedades democráticas modernas, que tende a juntar no mesmo espaço físico ou ideológico pessoas antes excluídas da normalidade social (...). Esse conceito permitiu certa flexibilização das fronteiras e, menor das hipóteses, uma expansão do gueto".⁴³ Contemporaneamente da mesma maneira se utiliza a abreviação GLBT para denotar a diversidade e ao mesmo tempo união das orientações sexuais *gay*, lésbicas, bissexuais e transexuais.

Como se colhe, a educação – no sentido de instrução e de conhecimento – tem um relevante papel social,⁴⁴ o qual se comunica com o jurídico, vislumbrando uma remo-

⁴²"A cada vez que alguém sente o apelo da diferença em seu desejo, provavelmente terá de vencer séculos de repressão, para chegar ao epicentro do seu eu." TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso** : a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p.163.

⁴³TREVISAN, Dalton. **Devassos no paraíso...**, p.376.

⁴⁴"Se meninos e meninas fossem ensinados na infância a respeitar aqueles poucos em seu meio que são homossexuais, o resultado poderia ser benéfico não apenas para esses poucos homossexuais, que do contrário seriam voluntários compulsórios na difícil tarefa da coesão social.

delação do Direito Civil, à procura da superação de um modelo excludente de sujeitos, para alcançar a igualdade – no respeito ao diverso modo de compor a afetividade.

Diante de tantas mudanças, não deve o jurista de nossos dias estagnar-se na reprodução de valores que consagram a exclusividade de uma determinada concepção de família, entre pessoas de sexo diverso, adotada pela nossa primeira codificação civil – destinada primordialmente à manutenção do *status quo*.

Cabe, nesse ínterim, uma reflexão crítica visando a superar a constatação apontada pelas autoras Silvia PIMENTEL, Beatriz di GIORGI e Flávia PIOVESAN, qual seja: "as Faculdades de Direito abrangem, de modo geral, alunos e corpo docente com padrões de espírito conservador"⁴⁵. Nesse caminhar, os juristas desenvolvem seus misteres acompanhando uma dada concepção de Direito, a que não abre espaço para a renovação.

O conservadorismo não valoriza as novas idéias que brotam na sociedade acerca da homossexualidade. Assim, as progressivas conquistas no tema – constantemente verificadas no transcorrer histórico – são relegadas em virtude das regras solidificadas, as quais são reproduzidas sem questionamentos de fundo. Deve-se desenvolver uma capacidade crítica a fim de perceber-se serem alguns valores sociais, vistos como 'naturais', frutos de preconceito, de estigma e de esteriótipos.

Defende-se, nesta perspectiva, a tutela de valores igualitários para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, por estar em sintonia com a tutela da dignidade da pessoa humana, núcleo central do atual ordenamento jurídico. Não se entrevê toda ideologia dita renovadora como capaz de merecer abrigo pelo sistema

Poderia também ser benéfico para inculcar nos rapazes um respeito pelas mulheres que leva ao namoro responsável e ao casamento bem-sucedido, e a um respeito pelo outro que leva à estabilidade numa sociedade pluralista". SULLIVAN, Andrew. Praticamente normal, p.100.

⁴⁵As autoras entendem por ideologia conservadora "aquela privilegiadora dos valores solidificados da realidade social em detrimento de uma busca transformadora destes e desta sociedade". E, por ideologia renovadora: "aquela capaz de apreender e elaborar novos sinais apontados para a realidade". PIMENTEL, Silvia; GIORGI, Beatriz Di; PIOVESAN, Flávia. A figura/personagem mulher em processos de família, p.21.

jurídico. Tão-somente deverá receber guarida aquela realidade que passar pelo filtro axiológico dos princípios e valores formadores da estrutura principal da civilística – os quais hoje se encontram em sede constitucional.

Constata-se, pois, que a ausência de finalidade procracional da parceria homoafetiva não deve ser justificativa para seu não reconhecimento pelo Direito. A filiação foi considerada um dos objetivos da família clássica. Porém, diante de uma nova realidade histórica, as uniões homossexuais, ao lado das outras entidades familiares, podem prescindir de uma função reprodutiva – tanto quanto a intenção de criarem-se filhos não requer uma família formal.

CAPÍTULO 2

AS PARCERIAS HOMOAFETIVAS: UMA REALIDADE SOCIAL

2.1 RAZÃO INCERTA, CONTUDO, FATO INCONTROVERSO

O legado do positivismo deferiu ao Direito uma independência do contexto que o cerca, propagando sua 'pureza', restringindo-o à reprodução de normas. O sistema deveria ser fechado, em virtude da pretensão de autonomia e para se firmar como 'ciência'.

Contudo, vários fatos e novos valores se fizeram sentir, reclamando a compreensão do Direito como um sistema aberto, próximo da vida, em interação com os novos questionamentos da sociedade. Nesse passo, o Direito Civil desenvolveu uma série de transformações, voltando-se para a prioritária perspectiva existencial.

Dessa forma, fundamental se faz o conhecimento, ainda que genérico, acerca de saberes correlacionados a um fato para alimentar o conhecimento sobre a condição humana – não se circunscrevendo a seu aspecto jurídico. Destarte, não se aparenta suficiente um conhecimento meramente técnico, quando se tem por primordial a perspectiva humanista.

De acordo com esse espírito de atenção aos novos passos da compreensão social, encontra-se o tema ora focado. Isto se dá por serem as relações entre pessoas do mesmo sexo uma formação social inegável. Apesar de se apresentar como um fato concreto em sociedades das mais diversas e em diferentes momentos históricos, as alterações são sentidas principalmente nos anos 90. Trata-se, pois, de um maior enfoque à temática – a qual finalmente deixa de ser ocultada.

Contemporaneamente, tem-se debatido de forma aberta sobre esse assunto, deferindo-lhe, portanto, maior visibilidade. Todavia, pode-se afirmar sua existência pelos relatos históricos de vários povos. As relações homossexuais, para João Silvério TREVISAN, são tão antigas quanto a própria sexualidade.⁴⁶

⁴⁶TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p.442.

Vários são os indícios para constatar a presença da homossexualidade em civilizações passadas. Analogamente parece ter havido relação entre pederastia e transmissão de conhecimento⁴⁷, desenvolvimento de religião e submissão do escravo. Relacionava-se a uma hierarquia entre os sujeitos e com um certo 'rito de passagem', que perdurava apenas durante um período de tempo.

Porém, a compreensão social atual acerca do que vem a ser a homossexualidade, comparando-se-a com a dos povos antigos, talvez não represente fidedignamente a questão.⁴⁸ Considerando-se o papel cultural diverso, o presente contexto a respeito da homossexualidade não nos permite enxergar a realidade do passado com os olhos de hoje.

As relações afetivas e sexuais entre um cidadão adulto e um adolescente, correntes na Grécia Antiga por exemplo, não apresentam paralelo com os atuais relacionamentos amorosos e estáveis entre dois sujeitos biologicamente do mesmo sexo – os quais se enfocam neste trabalho.

⁴⁷"A homossexualidade grega – originariamente – tinha caráter inicial: em uma sociedade dividida em classes etárias, a relação sexual com um adulto acompanhava o rito de passagem dos jovens do sexo masculino da adolescência à maturidade e, neste contexto, servia a instruir o jovem a fazer dele um homem capaz de assumir seu posto na coletividade." [No original: "l'omosessualità greca – originariamente – era iniziatica: in una società divisi per classi di età, il rapporto omosessuale com um adulto accompagnava il rito di passaggio dei giovani maschi dall'adolescenza alla maturità e, in questo contesto, serviva a istruire il giovane e a fare di lui un uomo capace di assumere il suo posto nelle collettività."]. CANTARELLA, L'omosessualità nel diritto Ateniese, p.158.

⁴⁸Por exemplo: "a homossexualidade, na Grécia, era uma prática não apenas muito difundida, mas antes e sobretudo de fundamental importância cultural (...). Uma regulamentação jurídica da homossexualidade existia em Atenas – mas não era de tipo repressivo. Era ao contrário, creio, de tipo protetor: regulando ou punindo alguns comportamentos homossexuais. Em outros termos: o direito ateniense tendia a preservar, por um lado, a dignidade do homem adulto, e, por outro, o valor culturalmente formador (outro que não afetivo) dos relacionamentos entre um homem e um rapaz." [No original: "L'omosessualità, in Grecia, era una pratica non solo molto diffusa, ma anche e soprattutto di fondamentale importanza culturale (...). Una regolamentazione giuridica dell'omosessualità esisteva in Atene: ma non era di tipo repressivo. Era piuttosto, io credo, di tipo protettivo: regolando o punendo taluni compartimenti omosessuali, in altri termini, il diritto ateniense tendeva a preservare da um canto la dignità del maschio adulto e, dall'altro, il valore culturalmente formativo (oltre che affettivo) dei rapporti fra un uomo e un ragazzo."]. CANTARELLA, L'omosessualità nel diritto Ateniese, p.154.

Semelhantemente, a concepção tocante à família e ao afeto era nitidamente diversa, pois estes são entendimentos que se edificam em sociedade, no ditame dos distintos momentos históricos.

No entanto, merece destaque o aspecto positivo auferido pelos atos homossexuais nas antigas civilizações. As relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo não eram vistas, de modo geral, como algo contrário à natureza do homem, pois se unia a valores culturalmente relevantes, como as transmissões de religião e de ensino e o rito de passagem para uma fase vista como superior.

Se, como afirma Elisabeth BADINTER, "as práticas homossexuais existem em toda a parte e desde sempre"⁴⁹; o que parece não ser uma constante é o tratamento dirigido pela sociedade ao assunto.

Mesmo não se desejando tecer uma comparação simplista entre dias atuais e momentos longínquos, uma questão destaca-se, qual seja, o valor do construído social nas questões respeitantes à homossexualidade. Delegam-se valores positivos, num momento histórico, e negativos, em outro.

Assim, parece que muito do estigma sofrido pelo homossexual nos dias contemporâneos advém da reprodução de alguns valores sociais poucos debatidos, dos quais não se sabe ao certo a origem. Porém, sabe-se nem sempre ter sido desta maneira.

Identicamente, por intermédio de relatos de viajantes estrangeiros vindos ao Brasil desde logo após o descobrimento, observa-se a referência a relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido estudadas por pesquisadores como um componente cultural de muitas tribos brasileiras.

Desse modo, destacamos o estudo, em 1930, do antropólogo francês Claude LÉVI-STRAUSS entre os nambiquaras, que habitam o estado do Mato Grosso

⁴⁹Continua a autora: "até que a sexologia lhe colocasse um rótulo, a homossexualidade era apenas uma parte difusa do sentimento da identidade. A identidade homossexual, tal como conhecemos, é, portanto, uma produção da classificação social, cujo principal objetivo era a regulação e o controle. Nomear era aprisionar." Sobre a identidade masculina, p.105.

próximo a Rondônia, afirmando o relacionamento homossexual entre homens. Nesse mesmo sentido, o antropólogo francês Jacques LIZOT frisa a existência de relações homossexuais entre os ianomâmis, que habitam o norte da Amazônia brasileira. O antropólogo Charles WANGLEY acompanhou os tapirapés ao longo de 35 anos, tendo vivido com eles em várias ocasiões a partir de 1939, e registrado a existência de homens que mantinham relações sexuais com outros. Entre os Kadiwéus, que habitam o Mato Grosso do Sul, o antropólogo Darcy RIBEIRO constatou a existência dos *kudinas*, homens que se comportam como mulher.⁵⁰

Portanto, seria uma inegável realidade fática, mesmo entre as etnias indígenas nacionais, a exigir reconhecimento pelo Direito. Por isso autores como Francisco VALDES fundamentam seu pensamento no seguinte sentido: "a doutrina legal relativa ao sexo, ao gênero, e à orientação sexual deve ser trabalhada com mais sensibilidade, não somente para reforçar os mandatos anti-discriminatórios existentes, considerando sexo e gênero, mas para **refletir a realidade social**".⁵¹

Na tentativa de desvelarem-se as razões do estigma social, apesar de sua inegável existência fática, um dos fortes fatores negativos imputados à homossexualidade foi

⁵⁰Tais estudos encontram-se abordados de forma mais aprofundada na obra de TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*, p.216 à 228. Com relação a etnias de outros países, emprestam-se as palavras de Napoleão Dagnese: "índios do sudoeste dos EUA estudados no início do século apresentaram comportamentos bastante permissivos quanto à aceitação de relações homossexuais em suas tribos, em especial a tribo *Mohave*, com relacionamentos homossexuais femininos. Estimativas apontam que 64% de um universo de 76 sociedades primitivas admitem a homossexualidade de um ponto de vista moral (...); na África a tribo *Ubagi*, estabelecida no território do Congo, determina que os homens vejam as mulheres como destinadas à procriação, enquanto rapazes, ao prazer; na Austrália, algumas tribos primitivas possuem ritos e tabus especiais de casamento entre homens e jovens rapazes; o povo *Chouktchi* do nordeste siberiano escolhe seus líderes mágicos e religiosos quase exclusivamente entre homossexuais; a tribo *Pueblo Indians* no Novo México, EUA, tem líderes religiosos que devem ser efeminados. Percebe-se que o fenômeno homossexual faz-se presente nas mais diversas sociedades humanas primitivas, sendo em muitas, além de aceito como disposição da lei natural, fator de distinção, por *status* privilegiado dentre os demais integrantes do círculo social." *Cidadania no armário*, p.12.

⁵¹[No original: "legal doctrine regarding sex, gender, and sexual orientation must be crafted more sensibly not only to enforce existing anti-discrimination mandates regarding sex and gender, but **to reflect social reality**."]. (Sem grifos no original). *Queers, Sissies, Dykes ...*, p.26.

sua consideração como 'doença'. E, conseqüentemente, passível de 'tratamento médico' em busca de sua 'cura'.

Mesmo quando a discussão se volta para o campo da medicina, verifica-se o forte componente cultural envolvido. Isso fica evidente ao se observar o modo pelo qual a Sociedade Americana de Psiquiatria decidiu excluir a homossexualidade das rol das perturbações mentais. A polêmica questão foi decidida por 'votação' – em 15 de dezembro de 1973, 13 membros, dentre 15, da direção da Sociedade Americana de Psiquiatria votaram a favor da retirada da homossexualidade da lista mencionada. Após a comemoração da vitória pelos movimentos homossexuais, inúmeros psicanalistas e psiquiatras não aceitaram a referida votação e pediram sua anulação. Então, em abril de 1974, mais de 10 mil integrantes da sociedade votaram, ratificando-se, com 58% dos votos, a decisão de excluir-se a homossexualidade da referida lista.⁵²

Nessa esteira, questiona-se se a 'verdade' da ciência médica pode ser decidida mediante o voto. Acreditamos que tal fato é emblemático das complexas questões tocantes à homossexualidade e de como elas interagem, sendo que a proliferação de valores discriminatórios surge ainda quando se está no campo específico de uma ciência, influenciando os diferentes posicionamentos.

Em território nacional, segundo relata João Silvério TREVISAN, o grupo Gay da Bahia começou a liderar, em 1981, uma campanha nacional para que o Ministério da Saúde não mais adotasse o Código 302.0 da Classificação Nacional de Doenças, dentro do qual se incluía o homossexualismo como 'desvio e transtorno sexual'. No começo de 1985, e certamente em função das pressões, o Conselho Federal de Medicina finalmente cedeu, passando o homossexualismo para o Código 206.9, sob a denominação 'outras circunstâncias psicossociais' – juntamente com desemprego, desajustamento social e tensões psicológicas. Conseqüentemente, em 1995 houve

⁵²Segundo a descrição de BANDINTER, Elisabeth. **Sobre a identidade masculina...**, p.159.

alteração no termo homossexualismo – isto porque o sufixo "ismo", que significa doença, foi abolido para a questão, aparecendo, em seu lugar, o sufixo "dade", o qual designa modo de ser. A denominação, logo, passa a ser homossexualidade.

Nesse mesmo sentido, segundo uma resolução do Conselho Federal de Psicologia de março de 1999, os psicólogos devem contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra quem apresenta comportamentos e práticas homoeróticos.⁵³

Algum desajustamento social ou alguma tensão de ordem psicológica que eventualmente possa sofrer uma pessoa homossexual são, em grande medida, fruto dos valores sociais que disseminam o estigma gerador de dor profunda, tentativa de repressão dos desejos íntimos e luta interna visando a afastar um fator de discriminação.⁵⁴ Acredita-se no decréscimo desses problemas, conforme as transformações

⁵³Ainda segundo essa resolução: "(...) Considerando que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade; considerando que a homossexualidade **não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão**; considerando que há na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da **norma estabelecida sócio-culturalmente**; considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com o seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a **superação de preconceitos e discriminações**; RESOLVE:

Art. 1.º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a **não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas** e da humanidade...

Art. 3.º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a **patologização** de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único – **Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades (...)**. (Sem grifos no original).

⁵⁴"Sabe-se que conflitos de identidade sexual são muito comuns entre homossexuais em crise exacerbada (...). Ora, nenhuma homossexualidade *nasce* em crise; antes *torna-se* conflitiva no contexto social, inclusive como resultado do pânico sofrido pelas condenações (ancestrais e atuais), que foram internalizadas. Assim, a atitude 'curativa' e punitiva perante a homossexualidade se esquece convenientemente de que os 'pavorosos crimes' porventura cometidos por homossexuais são resultados perversos menos da 'perversão sexual' em si do que da situação trágica em que o desejo desviante tem sido envolvido pela repressão social, durante séculos. Legisladores, médicos e psiquiatras que atormentam com tanta obstinação a vida dos homossexuais são, na verdade, a própria causa dos males que combatem: a homossexualidade não seria problematizada se eles não a tornassem (ou definissem como) 'um problema'." TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso...**, p.379-382.

sociais se forem impondo no sentido de superar-se a discriminação a esse número expressivo de pessoas – e passos largos já foram dados nesse sentido.

Os movimentos homossexuais são os grandes protagonistas das conquistas favoráveis à não discriminação por orientação sexual. Em nosso país, não sem dificuldades, iniciou-se a tentativa de união de pessoas em grupos de movimento social pela causa homoafetiva, como relata João Silvério TREVISAN.⁵⁵ No final de 1979, começou-se a preparar intensamente o I Encontro Brasileiro de Grupos Homossexuais Organizados, que aconteceu em São Paulo, em abril de 1980, com um enfoque denominado pelo autor de ufanismo homossexual.

Talvez o primeiro grupo de direitos homossexuais a ser registrado como sociedade civil, em 1983, tenha sido o Grupo Gay da Bahia, fundado em 1980.

Merecem também ser noticiadas as Paradas GLBT (Gay, Lésbica, Bissexual e Transsexuais) como forma de dar visibilidade aos movimentos de defesa dos direitos dos homossexuais. Elas ocorrem em data próxima ao "Dia do Orgulho Gay". Dia 28 de junho marca a institucionalização da homenagem decorrente da rebelião, ocorrida nessa data no ano 1969, denominada de motim de *Stonewal*. No *Greenwich Village*, em Nova York, os homossexuais se revoltaram contra as constantes agressões físicas da polícia, que invadia seus locais de lazer ensejando protestos e brigas entre homossexuais e a polícia.

No Brasil, o destaque fica com a cidade de São Paulo. Em 1997 foram apenas 2.000 pessoas; em 1998 foram 7.000; em junho de 1999, a 3.^a Parada GLTB reuniu entre 20.000 e 30.000 pessoas – fruto de grande articulação das lideranças dos movimentos;⁵⁶ em 2.000 foram 100.000 mil participantes;⁵⁷ "parada gay registra

⁵⁵TREVISAN. *Devassos no paraíso...*, p.343-373.

⁵⁶Sobre o assunto TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*, p.379-382.

⁵⁷Segundo Luiz MOTT, no artigo *Orgulho gay e consciência homossexual*, publicado no caderno opinião da Folha de S. Paulo, em 28 de junho de 2000.

recorde de público" anunciava, em 2001, a manchete de um jornal, pois foram 200 mil o número estimado de pessoas.⁵⁸ Grande destaque foi a de 2002, pois compareceram 400.000 mil pessoas, segundo as estimativas menos otimistas.

Relevando-se vários indícios anteriormente mencionados, pode-se depreender que a homossexualidade sempre existiu, independentemente do momento histórico. Da mesma forma, não há fronteiras que delimitem os países onde há homossexuais, porquanto a orientação sexual prescinde do lugar.⁵⁹

Alguns pretendem designar números, porcentagens para parte da população com tal orientação sexual. À parte polêmica envolvendo tais dados, eles são significantes. Apesar de se poder estar diante a uma chamada 'minoría', os números envolvidos são expressivos.

Antes de se mencionar o resultado das pesquisas analisadas, referentes ao percentual de pessoas homossexuais, cabe uma ressalva, qual seja: é difícil se averiguar a veracidade das afirmações feitas para a coleta dos dados, especialmente em assuntos relacionados com a sexualidade. Tendo-se em conta o estigma social, alguns sujeitos homossexuais podem ter preferido ocultar sua orientação sexual, mesmo para um instituto de pesquisa. Por isso, os números que se seguirão devem apenas ser tomados como um indicativo, e não de forma absoluta.

Dados como os apresentados por Pedro A. Talavera FERNÁNDEZ são inferiores a outros mais comumente citados. Consoante esse autor: "pode-se dizer

⁵⁸Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, C-1, 18.06.2001.

⁵⁹Essa constatação foi comprovada pelo estudo do sociólogo Frederick Whitam, que pesquisou nos Estados Unidos, Guatemala, Brasil e Filipinas, chegando às seguintes conclusões: "1. Homossexuais existem em todas as sociedades. 2. A porcentagem de homossexuais parece ser a mesma em todas as sociedades e mantém-se estável no tempo. 3. As normas sociais não impedem nem facilitam a emergência da orientação homossexual. 4. Subculturas homossexuais aparecem em todas as sociedades que têm uma população suficientemente grande. 5. O comportamento e os interesses dos homossexuais das diferentes sociedades tendem a ser parecidos. 6. Todas as sociedades produzem um *continuum* similar de homossexuais masculinos e femininos." Citado por Elisabeth BADINTER (**Sobre a identidade masculina...**, p.106-107).

que, quando muito, 2% dos homens e um pouco mais de 1% das mulheres têm tendências homossexuais de algum tipo (...).⁶⁰

Outra pesquisa freqüentemente citada é a de KINSEY, quem defende que tendências homossexuais e heterossexuais existem na maioria dos seres humanos, variando suas respectivas proporções desde a inclinação heterossexual exclusiva até a inclinação homossexual exclusiva.⁶¹ Os resultados das pesquisas realizadas por KINSEY são destacados na obra de Roger Raupp RIOS e no trabalho de Luiz Mello de Almeida Neto,⁶² os quais concluem pela

larga incidência de contatos homeróticos na sociedade americana, independentemente da atribuição aos indivíduos de uma ou outra identidade sexual. Os dados desse estudo indicam que ao menos 37% da população masculina já teve alguma experiência homossexual entre a adolescência e a velhice. Entre homens que permanecem solteiros até a idade de 35 anos, quase exatamente 50% tiveram experiências homossexuais entre a adolescência e essa idade. Entre os homens 13% tiveram mais contatos homossexuais do que heterossexuais por no mínimo três anos e 4% tiveram contatos exclusivamente homossexuais. Já entre as mulheres, 2% tiveram contatos exclusivamente homossexuais, enquanto 8% das mulheres solteiras, menos de 1% das casadas e 4% a 7% das que haviam sido casadas tiveram contatos predominante e preferencialmente homossexuais.

Dados polêmicos são levantados por Shere HITE, em pesquisa com 7 mil norte-americanos, quando afirma a existência de vários rapazes (43%) que tiveram relações com outros rapazes, não havendo correlação entre o fato de que um rapaz tenha ou não uma experiência sexual com outros rapazes e o fato de que ele se considere homossexual ou heterossexual mais tarde na vida. Muitos homossexuais jamais tiveram relações com outros rapazes na juventude, e muitos heterossexuais tiveram.⁶³

⁶⁰[No original: "se puede decir que, como mucho, un 2% de los hombres y poco más del 1% de las mujeres tienen tendencias homosexuales de algún tipo (...)]. Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales, p.4.

⁶¹Citação presente em BADINTER, Elisabeth. Sobre a identidade masculina, p.109.

⁶²RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.53 e ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos anos 90: um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual**. Brasília, 1999. p.60. Tese (doutorado em sociologia) Universidade de Brasília. p.60.

⁶³Citação presente em BADINTER, Elisabeth. **Sobre a identidade masculina...**, p.109.

Escassos são os dados nacionais. Segundo Luiz MOTT, os gays representam mais de 10% da população mundial, o que se traduziria em mais de 16 milhões de brasileiros.⁶⁴ Contudo, uma pesquisa do Datafolha afirma que apenas 14% dos homens e 5% das mulheres admitiram já ter tido relações homossexuais, ao mesmo tempo em que 70% afirmaram não sentir nenhuma atração por gente do mesmo sexo. Na mesma pesquisa, 54% das pessoas entrevistadas eram contra a legalização da união homossexual e 62% opunham-se à adoção de crianças por casais homossexuais.⁶⁵ Segundo estimativas do Ministério da Saúde, elaboradas para traçar políticas de prevenção contra a Aids, o Brasil tem 3,04 milhões de homens entre 15 e 59 anos que fazem sexo com outros homens. São homossexuais e bissexuais, assumidos ou não, que equivalem a 5,9% da população masculina nessa faixa⁶⁶.

Apesar de díspares, os dados são significativos, uma realidade vivificada por um número expressivo de pessoas. Nas palavras de Paul HALSALL:

casamentos do mesmo sexo ocorreram em contextos histórico e cultural suficientemente diversos de modo a contestar a afirmação de que o casamento é irreparavelmente ou naturalmente heterossexual. Em outras palavras, este papel mostra que relações maritais do mesmo sexo, longe de ser efusões recentes da política dos americanos gays, têm sido e são concebíveis às pessoas numa larga extensão de períodos e culturas.⁶⁷

Preferimos mencionar, nesse aspecto, primeiramente os dados dos pesquisadores sobre a incidência da homossexualidade, ao invés de iniciar o debate perquirindo sua origem. Acreditamos que a insistência na busca das razões da homossexualidade pode estar dentro de uma lógica discriminatória – descobrir a causa do "problema".

⁶⁴Dados mencionados no artigo Orgulho gay e consciência homossexual, publicado no caderno Opinião da Folha de S. Paulo, p..A-3, em 28 de junho de 2.000.

⁶⁵Relatório Folha da sexualidade brasileira, em caderno Mais, Folha de S. Paulo, 18 de janeiro de 1998, p. 4-11.

⁶⁶Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, p.03, São Paulo, 21 de maio de 2002.

⁶⁷[No original: "same sex marriages did occur in sufficiently diverse historical and cultural contexts as to refute the assertion that "marriage" is irretrievably or "naturally" heterosexual. In other words, this paper shows that same-sex marital relationships, far from being recent effusions of American gay politics, have been and are conceivable to people in a wide range of periods and cultures."]. Lesbian and Gay Marriage through History and Culture, p.1.

Nada obstante, as elucidações a essa questão, que se passam a apresentar, têm o intuito de informar sobre os estudos pesquisados. Acredita-se que quanto maior for conhecimento sobre a homossexualidade, menor será o preconceito. A desinformação não é boa companheira para a superação da discriminação. Não obstante, frise-se: a intenção é informar e não estigmatizar as questões concernentes à causa da orientação sexual, com certo tom perverso em dissecar os relatos de uma 'anormalidade'.⁶⁸

Menciona-se, assim e de forma sucinta, o posicionamento de FROID, aportado em resposta a uma carta enviada por uma mãe norte-americana, quando afirma:

Creio compreender, por sua carta, que seu filho é homossexual. Surpreendeu-me o fato de que a senhora mesma não menciona o termo nas informações que me dá a respeito dele. Posso perguntar-lhe por que evita mencioná-lo?

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas nela não há nada de que se deva ter vergonha; não é um vício, nem um aviltamento e não se poderia qualificá-la como uma doença; nós a consideramos como uma variação da função sexual, *provocada por certa interrupção do desenvolvimento sexual.*"⁶⁹

Em linha diversa se encontra o trabalho de DÖRNER, realizado com ratos. Centra-se, o referido autor, na questão hormonal. Afirma que se os machos são expostos temporariamente a uma falta de andrógenos durante o período crítico pré-natal da diferenciação cerebral, eles manifestam na idade adulta comportamentos nitidamente femininos. O pesquisador conclui, então, que a androgenização pré-natal insuficiente do sistema nervoso central conduz a uma diferenciação parcialmente feminina do cérebro, e, portanto, à homossexualidade masculina; e que um excesso de andrógenos na mesma etapa direciona à origem da homossexualidade feminina.

⁶⁸Como exemplo do constrangimento passível de ocorrer, citam-se as palavras de João Silvério TREVISAN: "víamos com antipatia as investidas de psiquiatras juizes e padres, com suas teorias ou dogmas sobre a questão. **Não gostávamos de ser objetos de pesquisa** (...) Não sabíamos mais o que analisar, já que não conseguíamos levar a sério nenhum debate demasiadamente teórico sobre a homossexualidade — por puro mal-estar de se sentir como personagem de zoológico". **Devassos no Paraíso...**, p.348-349.

⁶⁹Os posicionamentos mencionados neste aspecto foram tratados nas seguintes obras: BADINTER, Elisabeth. Sobre a identidade masculina, p.108-111 e 161; BRITO, Fernanda Almeida. União afetiva entre homossexuais(...),p.48; DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário** ..., p.11.

O cientista inglês George HAMILTON pesquisou o comportamento dos macacos e concluiu estar a homossexualidade presente não só entre os primatas, mas também em inúmeros animais mamíferos. O biólogo americano Bruce BAFEMIHHL concluiu pela presença da homossexualidade e pela vasta diversidade de comportamentos sexuais entre os bichos. Ainda seguindo essa linha, BECKER considera haver em quase todas as espécies de mamíferos relações sexuais entre exemplares do mesmo sexo.

Dentro da linha genética, encontra-se o trabalho de KALLAN, quem afirma que em todos os casos de gêmeos monozigotos, quando um deles é homossexual, o outro também o é. Essa concordância não se encontra nos falsos gêmeos.⁷⁰ Seguindo essa linha, Simon LEVAY pesquisou uma parte da estrutura do cérebro em especial, IN3HA, a qual estaria correlacionada com a homossexualidade masculina, estabelecendo, por conseguinte, um determinismo biológico.⁷¹ Derradeiramente, menciona-se o posicionamento de Robert BRANNON, o qual compara o homossexual a um canhoto, considerando-se continuarem ignoradas as origens e as causas de ambos os comportamentos. Como o homossexual, o canhoto faz parte de uma minoria presente em todas as sociedades humanas, e não há motivos para se considerar a homossexualidade mais contrária à natureza do que o uso prioritário da mão esquerda.

Após verificadas as pesquisas mais citadas, pode-se afirmar que, provavelmente, os fatores determinantes para uma pessoa ter sua orientação sexual dirigida para pessoas de seu mesmo sexo sejam os mesmos que levam as pessoas

⁷⁰Citação presente em BADINTER, Elisabeth. Sobre a identidade masculina, p.111.

⁷¹Para um melhor aprofundamento e uma melhor análise crítica dessa pesquisa: WARDLE, Lynn. A critical analysis (...), p.49. Sobre esta pesquisa Napoleão DAGNESE afirma: "as levas de cadáveres disponibilizados com o advento da AIDS, possibilitaram que a ciência ampliasse suas pesquisas em humanos, levando algumas pesquisas a concluir que a região do hipotálamo denominada NI3HÁ é duas vezes menores nas mulheres e homossexuais que nos homens heterossexuais (...) Alertas para os perigos potenciais de explicar o comportamento humano através da genética lembram os defeitos da *ultra-simplificação* ou do *reducionismo* de explicações, a despeito da intrincada realidade dos seres humanos. Por exemplo, tomemos os preconceitos gerados pela crença de anatomistas do início do século de que as disposições sociais de então eram justificadas pelas medições de cérebros distintas entre brancos, negros e mulheres (...)". **Cidadania no armário...**, p.43.

heterossexuais a terem suas afetividade e sexualidade dirigidas para o sexo oposto. São multifatores interagindo, os quais parecem ser parte da condição humana. Entretanto, há uma substancial diferença: os heterossexuais não necessitam argumentar sobre as razões da existência de sua orientação sexual e justificar a legitimidade de sua luta por direitos.

Analisadas, ainda que rapidamente, diversas pesquisas, com resultados tão variados, pode-se concluir não se tratar a homossexualidade exatamente de uma 'opção'. Apesar de soar estarem presentes, de um lado, elementos adquiridos e, de outro, elementos de predisposição, não é a vontade consciente quem determina a orientação sexual.⁷²

Transcreve-se, nesse sentido, o relato de Andrew SULLIVAN (não por razão científica, mas pelo que emociona): "certa vez me perguntaram, num grupo de estudos conservador, que prova eu tinha de que o homossexualismo é muito mais uma orientação do que uma escolha, e fui obrigado a responder com muita simplicidade: **a minha vida.**"⁷³

Possivelmente, as pessoas não fariam uma opção que, em grande medida e infelizmente, implica uma escolha de serem discriminadas. É muito provável, em havendo a capacidade de optar, que vários homossexuais prefeririam não o ser para evitar o estigma social. Parece ser mais fácil o transcorrer da vida pessoal se seguirem-se os padrões de conduta estabelecidos como 'normais'.

Embora os argumentos sobre a origem da homossexualidade não sejam uníssonos, eles são emblemáticos em demonstrar a plausível interação de fatores

⁷²Esses fatores são lembrados por Maria Celina Bodin de MORAES para afirmar: "A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie (...), mas uma manifestação particular do ser humano, e considerando, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (...) e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer *status* semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar". **A união entre pessoas do mesmo sexo...**, p.109.

⁷³SULLIVAN. **Praticamente normal**,: uma discussão sobre o homossexualismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p.21.

multideterminados para a formação da orientação sexual. Os posicionamentos oscilam num arco cujos dois extremos são a natureza e a cultura. A complexidade da questão está a apontar para a simbiose entre essas realidades.⁷⁴

Assemelha-se que, ao menos em parte, o preconceito relativo à homossexualidade tem origem no desconhecimento da maioria das pessoas quanto à fase atual da ciência sobre o assunto. Não se trata de "perversão sexual", de "desvio de conduta", de "aberração da natureza" ou de qualquer outro motivo justificador de um tratamento que exclua várias pessoas de direitos em virtude de sua orientação sexual.

2.2 DIFERENTES FORMAS DE AVALIAR A QUESTÃO

Na cultura brasileira, os pensadores que detêm sua atenção às questões da orientação sexual não se mostram, de modo geral, preocupados com classificações categorizadoras dos diferentes modos de focar o tema.

Conquanto isso, para enriquecer-se a análise, destacam-se alguns posicionamentos. Inicia-se com duas formas diversas de classificar as opiniões dirigidas à homossexualidade, presentes na obra de Roger Raupp RIOS:⁷⁵

os adeptos ao **construcionismo** consideram que as categorias sociais variam conforme as diferentes culturas, sustentam que as categorias masculino/feminino são categorias relativas e mutáveis, construções sociais pelas quais o sexo biológico é compreendido nas sociedades ocidentais; os **essencialistas**, por sua vez, sustentam que as categorias

⁷⁴Assim sintetiza Andrew SULLIVAN: "para uma pequena minoria de pessoas, desde a mais tenra idade, o homossexualismo é uma condição essencialmente involuntária, que não pode ser negada nem permanentemente reprimida. É função tanto da natureza como do ambiente, mas as forças ambientais se formam tão cedo e são tão complexas que equivalem a uma condição involuntária. É 'como se fosse' uma função da natureza." Praticamente normal, p.144. Segundo a justificativa à proposta de emenda constitucional de autoria de Marta Suplicy: "As pessoas se descobrem diferentes por volta da pré-puberdade, quando não se sabe ainda o que é 'homossexualidade'. Na puberdade, os hormônios da sexualidade começam a funcionar com conseqüente aumento do desejo sexual, sonhos eróticos e masturbação. A pessoa percebe sua atração por pessoas do mesmo sexo."

⁷⁵RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p.59-60.

sexuais possuem uma essência fixa, possibilitando a identificação dos indivíduos pela atribuição de um sexo ou outro. Os construcionistas defenderão direitos de homossexuais mais como *slogan* político do que afirmação de uma minoria social, pois para eles maiorias ou minorias são construções sociais relativas e sem raízes na natureza das coisas; os essencialistas, diversamente, pugnarão pelo reconhecimento de direitos de minorias, que reclamam por se inserir na sociedade como um todo, regida pelos padrões morais majoritários.

De modo outro, Andrew SULLIVAN⁷⁶ divide as atitudes políticas com relação à homossexualidade de quatro modos, quais sejam, os proibicionistas, os liberacionistas, os conservadores e os liberais. O autor sublinha os limites da classificação e sua não exclusividade, desejando, talvez, propor apenas uma maneira de analisar de forma caricata os discursos mais freqüentes tecidos sobre tema.

Neste patamar, transpõem-se resumidamente as idéias do autor.

Os **proibicionistas** seriam aqueles que consideram a homossexualidade uma doença a exigir cura. Para tal pensamento, as relações homossexuais são transgressões a merecer punição legal, por serem contrárias aos dogmas religiosos, bem como consideradas infrações das leis da natureza – a qual é estruturada na divisão complementar macho-fêmea. Ou seja, há uma política de proibição à homossexualidade.

Opostamente à primeira política respeitante à homossexualidade, estariam os **liberacionistas**. Entendem que a heterossexualidade predominante é criticavelmente opressora, devendo haver espaço para os seres humanos agirem segundo sua vontade; de acordo, portanto, com sua homossexualidade. Dentro dessa lógica, curiosa análise tece o autor quando denuncia a tática do *outing*. Trata-se da divulgação da homossexualidade de uma pessoa sem o seu consentimento e, até, contra sua vontade – uma tentativa de forçá-la a ser livre e, ao mesmo tempo, auxiliar à visibilidade desejada, rompendo, em conseqüência, os padrões heterossexuais. O aspecto positivo dessa vertente seria não restringir a homossexualidade para a dimensão privada, por ser considerada motivo de vergonha e discrição. Por outro lado, o aspecto negativo

⁷⁶Idéias que desenvolve em sua obra *Praticamente normal*.

estaria na violência moral ou psicológica resultante ao adentrar na privacidade das pessoas, apontando forçosamente sua homossexualidade.⁷⁷

Os nomeados **conservadores** seriam os preocupados em preservar bens comuns socialmente reconhecíveis. Assim, combinam uma tolerância privada aos homossexuais com a desaprovação pública da homossexualidade. Pregam a discrição e não são afetos à discussão sobre o assunto. Não desejam a punição para os atos homossexuais, mas também não concordam com os efeitos positivos os quais implicariam visibilidade pública.

Finalmente, o ideal **liberal** é criar leis que protejam essa classe minoritária das violações de suas liberdades, como: abolição das leis anti-sodomia, aplicação de estatutos anti-discriminatórios nas áreas de emprego e moradia, dissuasão de expressões anti-homossexuais públicas sob forma de leis contra crimes causados por esse ódio.

Dentro do viés proibicionista, não se pode furtar a uma reflexão do papel das religiões na tratativa do tema. Mostram-se elas fortes adversárias para as conquistas jurídicas das relações homoafetivas, destacando-se o papel da Igreja Católica em nosso país. Por esse motivo, pontuam-se alguns argumentos evocadores do aspecto religioso, de modo a não se ignorar um importante fator que interage com o tema analisado.

Trata-se apenas de traçarem-se alguns contornos nesse sentido, apesar da convicção de inadequação de se centrar nos fundamentos religiosos ao se refletir sobre o reconhecimento jurídico das relações estáveis e amorosas entre pessoas do mesmo sexo.

Compara-se a força opositora da Igreja Católica quanto ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao que ocorreu no tocante à aprovação da lei do divórcio. O posicionamento veementemente contrário dificulta os trabalhos

⁷⁷São os artistas e outras pessoas de expressão pública os alvos prediletos da tática do *outing*, e por isso deveriam emprestar sua imagem para a 'causa', mesmo que não espontaneamente.

dos legisladores presos à doutrina Cristã. À semelhança do que ocorre atualmente com respeito à orientação sexual, os valores morais também estavam envolvidos naquele momento histórico do reconhecimento formal do fim dos casamentos. E calorosos debates ocorriam. Com os novos tempos surgem outras questões sociais cujas discussões igualmente envolvem os dogmas religiosos.

A doutrina prevalente cristã tem como condenável as relações sexuais entre solteiros. Conforme esse pensamento, a finalidade da prática sexual é a reprodução dentro da família – a qual é considerada uma união matrimonial e indissolúvel fundada na sacralidade. Não se valoriza a busca do prazer. As manifestações sexuais extraconjugais, bem como os métodos contraceptivos artificiais, não são aceitos e se prega a monogamia.

Da mesma forma, a constituição de novas famílias a partir do casamento cristão teve como ponto de partida o confinamento da sexualidade à esfera do casal casado e fecundo, a pecaminização crescente do prazer sexual e a manutenção do entendimento de que a família era uma realidade muito mais moral e social do que sentimental, onde as relações entre esposos e entre pais e filhos não se fundam num ideário de privacidade e intimidade.⁷⁸

A possibilidade de criação de um laço matrimonial, tanto quanto de procriação dentro de uma união homoafetiva, vai de encontro aos dogmas cristãos.

Nesse ínterim, são invocadas fontes bíblicas: Livros do Levítico (Cap. 18, 22 e 20, 13), do Deuteronômio (Cap. 23, 18-19) e dos Reis (Livro I, Cap. 13, 23-24; 15, 12-13; Livro II, Cap. 23, 5-7) referentes ao Antigo Testamento. Passagens das Cartas de São Paulo (Romanos, Cap. 1, 26-32; 1 Coríntios, Cap. 6, 9-10; 1 Timóteo, Cap. 1, 9-10) do Novo Testamento são mencionadas. Ainda a título exemplificativo, mencionam-se outras passagens: Levítico 18:22 e Levítico 20:13. Destaca-se a famosa passagem da destruição de Sodoma e Gomorra, uma das mais citadas sobre as questões homossexuais (Gênesis 19:1 ao 14).

⁷⁸ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos anos 90:...**, p.89.

Contudo, apresentam-se alguns estudos condenando a interpretação da doutrina oficial Cristã.⁷⁹ Passa-se, agora, à menção de alguns aspectos trazidos para o debate por aqueles que contestam a interpretação da Bíblia em um contexto genérico. Primeiramente, argumenta-se dever fazer-se uma separação entre o que é tradução da 'vontade divina' e as manifestações 'culturais' constantes no texto bíblico. Uma interpretação literal, sem a noção do contexto cultural, pode levar igualmente a justificar a escravidão, a condenar Galileu (por sustentar a teoria heliocêntrica, supostamente contra a Bíblia), a submissão da mulher ao homem. Defendem, nesse sentido, a necessidade de contextualizar-se a escrita bíblica, levando-se em consideração ter sido ela desenvolvida para comunidades específicas com situações muito concretas – afirmando questões para um povo imerso em sua própria realidade histórica.

Outro aspecto que se levanta contra a interpretação literal tange às contradições passíveis de serem encontradas se tomadas duas passagens diversas sobre um determinado assunto.⁸⁰ Sob esse viés, questionam-se problemas de palavras e traduções do texto bíblico. O Antigo Testamento foi escrito em hebreu e aramaico e o Novo Testamento em grego. Jesus falava em aramaico, suas palavras circulavam anos, em forma oral e por essa língua, até serem traduzidas e escritas em grego.

No que se refere especificamente à passagem de Sodoma e Gomorra, há uma interpretação segundo a qual se afirma não ser a homossexualidade o pecado, e sim a violação da hospitalidade, uma conduta muito valorada pelos povos semitas. Da mesma forma, nas passagens do Levítico, contesta-se a leitura oficial ao afirmar-se estar a condenação do sexo entre homens dentro de um Código de Santidade. A

⁷⁹Para uma análise mais detalhada. SIKORA, Jacobo Schifter. En la mesa del Señor e SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal...**, p. 30-53.

⁸⁰Por exemplo: Deus falava com Moisés cara a cara, como alguém fala com um amigo (Exodo 33:11); vocês nunca ouviram sua voz nem o viram (Juan 5:37); vi Deus cara a cara, e sem embargo ainda estou vivo (Gen. 32:30); nenhum homem o viu ou o pode ver (I Timoteo 6:16).

intenção desses códigos era proteger a identidade do povo hebreu frente aos costumes contaminantes dos povos vizinhos.

À parte a inequívoca hostilidade do pensamento majoritário cristão para com as relações homossexuais, uma coalizão religiosa, formada em 1998, divulgou uma declaração pedindo o reconhecimento civil de matrimônios gays. Houve apoio de cerca de 300 clérigos. Entre os participantes estão membros das Igrejas Metodista Unida, das Batistas Americanas, assim como dos Universalistas Unitários, Judeus Reformistas, Quacre e Igreja Episcopal. Sobre o assunto, afirmou o padre episcopal George WELLES: "na igreja episcopal, nós fazemos uma promessa de respeitar a **dignidade de cada ser humano**. E isto parece cobrir também este território".⁸¹

Não se explorará aqui demasiadamente a questão religiosa voltada para a união homoafetiva, pois se acredita ser necessária uma certa distância respeitadora da fé. Porém, não se desconhece a problemática, visto que se a menciona dialeticamente.

Saindo do território específico religioso, retorna-se genericamente para as classificações expostas. O Deputado Fernando GABEIRA utilizou a classificação de SULLIVAN para a questão homossexual, anteriormente citada, de modo a criticar os posicionamentos:

1) dos conservadores, os quais '(...) acham (...) que é possível tolerar o homossexualismo em termos particulares, (...) desde que não seja vivido publicamente'; 2) dos ultra-radicais, que '(...) dizem que o casamento é uma bobagem mesmo e não tem nenhum sentido propor que as pessoas do mesmo sexo se casem, porque elas tinham muito mais que avançar para além dessa convenção social'; e 3) dos liberais, que '(...) muitas vezes exageram no seu caminho e, ao invés de se aterem a uma definição do Estado, tentam fazer com que os homossexuais (...) sejam respeitados em todas as instâncias das relações interindividuais, quando na verdade creio que nos devemos restringir a abrir apenas a definição do papel do Estado, daquilo que é público.⁸²

⁸¹WELLES, George. Disponível em: <http://www.uol.com.br/times>. Acesso em 04 maio. (Sem grifos no original)

⁸²Para análise dos fundamentos deste parlamentar e dos demais que participaram dos debates acerca do tema, consultar Luiz Mello de ALMEIDA NETO, **Família no Brasil dos anos 90:...**

Realmente, a questão pertinente à orientação sexual, apesar de muito debatida socialmente, é um assunto que desperta posicionamentos diversos. Mesmo dentro do universo dos defensores dos direitos homossexuais, não há uniformidade com relação ao estabelecimento das políticas dirigidas ao tema. Contudo, não deve o papel do Direito ser exclusivamente o de perseguidor das transformações sociais – esperar estar totalmente pacificado na sociedade o assunto tido como novo para, depois tão-somente, a norma lhe abrir a porta. O Direito é fruto da transformação social e também agente dela transformador.

Não é porque nosso país ainda pode ser considerado eminentemente privilegiador de valores patriarcais que devemos não aplicar o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Da mesma forma, se a sociedade ainda não aceitou totalmente as questões concernentes à orientação sexual – não obstante os vários avanços já sentidos nesse caminho –, não deverá ser essa a justificativa para não lhe dar a possibilidade de ser considerada uma relação jurídica aos moldes das demais entidades familiares.

Assim, a reivindicação dos ativistas dos movimentos sociais *gays* estão dentro de um contexto de alteração em vários setores sociais, bem como no jurídico. Em termos de comparação, imaginemos se juntamente com o conturbadíssimo período da aprovação da lei do divórcio tentássemos também aprovar uma lei sobre união de pessoas do mesmo sexo. Certamente a sociedade não estaria, naquele momento, preparada para tal transformação. Numerosas discriminações ocorreram com a mulher dita 'desquitada', gerando uma preocupação de alteração de nomenclatura para separação judicial, bem como em favor da criação do divórcio, numa tentativa de afastar-se a designação pejorativa oriunda da palavra desquite.⁸³ Hoje as divorciadas

⁸³"A mulher desquitada era sinônimo de mulher fácil. Os hotéis exigiam certidão de casamento para aceitar um casal de hóspedes...Era preferível manter um péssimo casamento, do que tentar uma separação e ouvíamos sempre das mulheres a frase, 'não dou o desquite', com o pavor de ingressar para um rol discriminado (...)" . LINS e SILVA, Paulo. União de homossexuais, p.06.

são um número expressivo, sendo até destaque, quando dos resultados das estatísticas, o número de mulheres as quais se encarregam exclusivamente da condução da 'chefia' de lares brasileiros – ⁸⁴ realidade essa inimaginável à época em que o divórcio parecia ser o fim das famílias.

Não reconhecer efeitos para as uniões entre pessoas do mesmo sexo é, segundo Zeno VELOSO, "um comportamento medieval, obscurantista, passadista e preconceituoso, além de hipócrita e farisaico, inspirado nos mesmos sentimentos que discriminaram as mães solteiras, os filhos adulterinos, os casais não-casados, não pode ser admitido nem incentivado nos tempos em que estamos vivendo (...)".⁸⁵

Por esses motivos e outros mais, há uma união de idéias e propósitos entre os movimentos sociais em favor das etnias indígenas, das mulheres, das pessoas de raça negra e dos homossexuais – uma aproximação vinculada a outras vertentes críticas de uma determinada concepção de Direito causadora de exclusões.

Parece que o tema do presente trabalho não diz respeito tão-somente aos homossexuais. Trata-se de refletir sobre alguns princípios da condição humana. A negação dos direitos aos homossexuais se traduz na exclusão do reconhecimento do outro, ou seja, da sua alteridade. Por isso, mostra-se fundamental, nessa caminhada pelos direitos dos homossexuais, a reconstrução do sistema violado a partir dos seus valores essenciais. Se, numa perspectiva, as discussões referentes a outros temas onde estão presentes a discriminação apresentam um viés comum, por

⁸⁴"Nada mais, nada menos que 26,1% de brasileiros vivem nesse tipo de família (família monoparental). Em 1991, eram 38 milhões (PNAD - Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar); hoje, são mais de dez milhões de chefes de família, em geral mulheres – mães, mas muitas vezes também avós (...). Essas famílias, aliás, apesar do silêncio geral sobre elas, são mais numerosas que as de união estável (26,1% contra 17%)." AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Retrocesso no Direito de Família, p.1. Disponível em: <http://www.imb.org.br/revista15/artigo2>. Acesso em 22 fev. 2002.

⁸⁵VELOSO, Zeno. **União estável**: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência. Belém: Cejup, 1997. p.135.

outro lado na questão da visibilidade, aparecem as diferenças.⁸⁶ Há aquela união própria de quem não se conforma com uma dada realidade e busca o senso de justiça para as transformações necessárias.

Todavia, as diferenças devem ser resguardadas, uma delas - muito presente nas questões sobre orientação sexual, não fazendo parte do universo das demais formas de discriminação – diz respeito à possibilidade de ocultação.⁸⁷ A homossexualidade é, muitas vezes, escondida. Tal ocultação demanda grande esforço e pesar dos sujeitos e se justifica na tentativa de afastar o estigma. Trata-se do fenômeno popularmente denominado 'in the closet' ("no armário"). As mulheres, negros, muçulmanos, judeus, latinos são mais diretamente identificáveis. No que se refere à questão de orientação sexual, há a possibilidade de não dar visibilidade para o fato que discrimina, mas tal escolha carrega uma série de dificuldades para o desenvolvimento da personalidade dos homossexuais.⁸⁸

Ao invés de exercer livremente sua orientação sexual, muitos homossexuais necessitam disfarçar a sua não inclusão no modelo heterossexual. A força da repressão

⁸⁶Comentando sobre os passos dados em direção à não discriminação da homossexualidade no Brasil Luiz MOTT, presidente do grupo Gay da Bahia declarou: "O avanço dos direitos dos homossexuais pode ser comparado ao processo de abolição da escravatura. Várias leis tiveram de ser aprovadas antes da libertação completa dos negros. **Revista veja**, edição 1.667, 20 de setembro de 2000.

⁸⁷Contudo, as diferenças de enfoque segundo o grupo discriminado deve ter causas legítimas, não concordamos com opiniões como a de Lynn WARDLE quando afirma: "raça e gênero são características biologicamente imutáveis, geneticamente inatas. Raça e gênero não são condições variáveis; A composição genética para sexo e raça é fixado antes mesmo do nascimento. As questões homossexuais, por outro lado, sempre envolvem escolha e livre arbítrio. [No original: "Race and gender are immutable biological characteristics, innately genetic. Race and gender are not variable conditions; the genetic makeup for sex and race are fixed even before birth. Homosexual behavior, on the other hand, **always involves choice and free will.**"]. (Sem grifos no original). A critical analysis ..., p.47.

⁸⁸A forma particular de dominação simbólica de que são vítima os homossexuais, marcados por um estigma que, à diferença da cor de pele ou da feminilidade, pode ser ocultado (ou exibido), impõe-se através de atos coletivos de categorização que dão margem a diferenças significativas, negativamente marcadas, e com isso a grupos ou categorias sociais estigmatizadas (...). A opressão como forma de 'inviabilização' traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é, conhecida e reconhecida, sobretudo pelo Direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade. Alega-se, então, explicitamente, a 'discrição' ou a dissimulação que ele é ordinariamente obrigado a se impor." BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina...**, p.144.

social a um determinado modo de ser, que não segue os padrões propagados como 'normais', gera toda uma série de dificuldades àquele que se sente 'diferente'. De tal modo, sofre nos 'pequenos-grandes-detallhes' das relações sociais cotidianas o estigma social, eminentemente indigno. Para fazer frente ao aspecto negativo imposto pelos padrões sociais, muitos homossexuais reprimem seu modo de ser. Impõem-se tamanhos limites em aspecto profundamente interior, como é a sexualidade humana – a qual é recheada de fatores inconscientes, imaginários, fantasiosos, entre outros – que torna demasiadamente alto o preço determinado aos limites de sua liberdade.

Conseqüentemente, a expressão 'sair do armário' – a qual é muito utilizada para revelar as pessoas que passam a assumir publicamente sua homossexualidade –, traz em seu bojo uma reflexão sobre a questão das dimensões pública e privada, voltadas para o tema da orientação sexual. Como mencionado, são comum entendimentos os quais acreditam ser a homossexualidade um exercício de liberdade, de intimidade, não havendo nenhuma causa legítima para sua proibição legal. Contudo, também não possuiria motivo legítimo para ter reconhecimento positivo do Estado. Argumenta-se não dever a legislação invadir questões relativas à ordem privada das pessoas, proibindo tais relacionamentos, não devendo também existir a possibilidade de reconhecimento de seus efeitos jurídicos positivos.

Se nosso contexto social, tomado de modo geral, ainda não equipara as relações afetivas formadas entre os parceiros do mesmo sexo àquelas havidas entre os casais heterossexuais, não deve aguardar o Direito a superação do preconceito existente.⁸⁹ Deve, ao revés, procurar o terreno jurídico ser campo para a sobrepujança das discriminações iminentes, e não para as proliferar.

⁸⁹O Direito não existe para garantir a ética em geral, mas sim a própria e específica ética, aquela da coexistência social. O Direito não é uma técnica de síntese social, um sistema de caráter extremamente coativo, nem, como se disse, um veículo autoritário para a imposição de valores não compartilhados; é um sistema relacional, de caráter público e objetivo, de defesa e promoção dos sujeitos nas relações." [No original: "il diritto non esiste per garantire l'etica in generale, ma per garantire la propria e specifica etica, quella della coesistenza sociale. Il diritto non è una tecnica di sintesi sociale, un sistema di carattere strettamente coattivo, né – come è stato efficacemente detto – 'um veicolo autoritario per imporre valori non condivisi'; esso è un sistema relazionale, di carattere pubblico e obiettivo, di difesa e promozione dei soggetti in relazione."]. D'AGOSTINO. Francesco. Le copie omosessuali, problemi per i giuristi. *Archivio Giuridico*, v. CCXV, fasc.1, p.79, 1995.

Se há um reconhecimento tido como 'natural' para as relações entre duas pessoas de sexos diferentes e ainda uma certa resistência para as relações homoafetivas, isso não deve legitimar um tratamento normativo excludente. O reconhecimento jurídico tem um importante valor simbólico para a subjugação do estigma social, além de tutelar as partes envolvidas. Não deve o sistema jurídico enfatizar uma relação em detrimento da outra, a ponto de não permitir efeitos àquela não tutelada.

Um possível tratamento legislativo diferenciado deve advir das discrepâncias existentes – como diversos são as questões da notoriedade e da estabilidade, por exemplo, nos relacionamentos homoafetivos –, e não fruto da discriminação social.

Conforme o complexo de relações sociais interaja de forma mais igualitária na questão da orientação sexual, menos motivos haverá para a estrita divisão das esferas privadas e públicas do desenvolvimento das ações dos homossexuais. Sem a necessidade de ocultar publicamente sua sexualidade, mas também sem a necessidade de afirmá-la, justificá-la. Nas palavras do professor Luiz Edson FACHIN: "O direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado."⁹⁰

2.3 SINAIS EXTERIORES E INTERIORES DE SEMELHANÇA ENTRE AS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS E HETEROSSEXUAIS

Partindo-se do atual enfoque repersonalizado do Direito Privado – gravitando o Direito Civil em torno da pessoa –, não há mais espaço para concepções excludentes de determinados sujeitos da tutela jurídica – principalmente em se ocorrendo esse afastamento em virtude de algo inerente à sua personalidade.

O modelo jurídico de família, esculpido nas codificações oriundas dos ideais pós Revolução Francesa, apresentou-se, com o transcorrer dos tempos, como um sistema de exclusão. Apesar da pretensão de uma lei formalmente igual para

⁹⁰FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente. (org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.115.

todos, muitas pessoas não tiveram a possibilidade de ser sujeito de direitos. Nem todos puderam ser titulares de um espaço jurídico dentro de nosso sistema – tão-só pode ser considerado sujeito de direito aquele capaz de exercer uma titularidade dentro dos parâmetros traçados pela regulamentação jurídica.⁹¹

Vencida as muralhas de um sistema feudal, o qual não abarcava a igualdade jurídica, o sistema codificado buscou asseverar que todo o homem é sujeito de direito. Visava-se a superar momentos históricos ultrapassados, nos quais os homens foram objeto de direito, em sistema escravocrata, ou setorizados em inferiores direitos, como os servos do feudalismo.

Contudo, os códigos civis seguidores dos ideais franceses do Código Napoleônico também operaram exclusões. A mulher casada encontrava-se sob o jugo do patriarcalismo, sendo tratada como incapaz. Da mesma forma, os filhos havidos fora da relação matrimonial formalmente constituída sofriam discriminação jurídica, por motivos para os quais não contribuíram, sendo considerados ilegítimos – uma denominação eminentemente pejorativa.

O sistema clássico deve estar em constante revisão histórica, pois contemplou apenas certas relações sociais como produtoras de efeitos jurídicos, conforme os interesses da época, não havendo harmonia entre a realidade social e o que dela é relevado pelas normas. Nesse compasso, dentre a complexidade das relações da vida, somente algumas são apreendidas e amoldadas nos comandos legais, nem sempre espelhando o fenômeno social no todo correspondente.

Da mesma maneira, se a dignidade do ser humano é o valor convergente do atual sistema, descabem concepções de Direito as quais abarquem um tratamento jurídico inferior a determinadas pessoas em função de seu especial modo de ser – já não há espaço para as discriminações por orientação sexual.

⁹¹"Como se sabe, jusnaturalismo e racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, então entendido essencialmente como 'Direito Privado', em função do indivíduo e a considerá-lo como o conjunto dos direitos que a este cabem. No centro deste sistema, cujas origens ideais remontam justamente ao movimento renascentista, está o 'sujeito' de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição." GIOGIANNI. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras, p.38.

O desenvolvimento da sexualidade humana refere-se a uma dimensão de profunda subjetividade e de desenvolvimento da personalidade. Incluir o sujeito homossexual no Direito de Família, com o reconhecimento de suas uniões afetivas estáveis, significa outrossim tutelar seu direito pessoal a uma orientação sexual diversa daquela propagada como 'comum' – num viés respeitador de sua dignidade.

Contanto, é comum a afirmação de ordem 'da natureza das coisas', no sentido de o casamento se referir exclusivamente a pessoas de sexos diferentes. Não estaria, no próprio conceito de casamento, a possibilidade de se realizar entre pessoas do mesmo sexo. Realmente, forte é o valor da tradição relativa ao casamento.

Todavia, questiona-se se haveria algum fato interno da relação homoafetiva, ou algum dado exterior, a apontar a impossibilidade de um tratamento paritário para as convivências entre pessoas do mesmo sexo. Arrolam-se, sob este prisma, os principais motivos para o não reconhecimento da união homoafetiva.

Primeiramente, pode-se mencionar uma justificativa relacionada com a função procriadora da família e os valores morais que a informam. Menciona-se, nesse sentido, que estaria entre os principais objetivos da família a procriação, sendo ela o lugar privilegiado para relações sexuais permitidas, dentro de um padrão de moralidade. Há, nesse viés, argumentos de ordem 'natural'. Seria da natureza do homem sua união heterossexual.⁹²

Outro fator negativo comumente atribuído a essas relações diz respeito à não possibilidade de educação de um filho dentro de um ambiente familiar homossexual. Traria prejuízos para a criança ou, pelo menos, atenderia em menor potencial a seus interesses.

⁹²Na expressão de Piero SCHLESING: "a união solene, que desde sempre é denominada matrimônio, caracteriza-se por sua **(normal) idoneidade à procriação e à perpetuação da espécie**. [No original: "l'unione solenne, che da sempre viene denominata 'matrimonio', si caratterizza proprio per la sua **(normale) idoneità alla procreazione e alla perpetuazione della specie**."]. Una risoluzione del Parlamento Europeo sugli omosessuali, p.394. (Sem grifos no original).

Nessa ordem de idéias, há quem entenda não terem as pessoas com uma orientação homossexual a capacidade de desenvolver sentimentos emocionais estáveis, como nas famílias heterossexuais.

Outro argumento que se apresenta concerne à tradição que envolve a formação da Família, principalmente o casamento formalizado. Estar-se-ia, neste contexto, comprometendo o lugar privilegiado deferido ao casamento, pela organização social, ao se possibilitarem efeitos similares entre as parcerias homoafetivas.

Quando se atém aos principais argumentos contrários à convivência estável e amorosa entre homossexuais, percebe-se a atualidade das afirmações de Michelle PERROT ao preconizar: "quem fala de pulverização da família moderna faz implicitamente referência a uma idade de ouro situada no passado (...) Toda a sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades e fala-se em 'decadência' freqüentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos".⁹³ Assemelham estar a maioria das considerações negativas em relação à família homossexual diretamente vinculadas a valores tidos como morais e ao "perigo" de degradação de uma concepção tradicional de família – apesar de todas as outras modificações já ocorridas.

Afastando-se a hipótese de inserção no casamento – devido à sua tradição inegável –, perquirem-se sinais interiores e exteriores da relação entre pessoas do mesmo sexo para verificar se têm algum paralelo para com as demais formas de família admitidas como entidade familiar, de tal modo que se possa justificar um tratamento semelhante.

Primeiramente, analisa-se o núcleo fundamental da família contemporânea, qual seja, o afeto. A convivência baseada no amor não é privilégio dos heterossexuais. Nos relacionamentos homossexuais, o amor, o afeto, o desejo, o erotismo e as relações

⁹³PERROT, Michelle. O nó e o ninho, p.75. Também sobre o assunto: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Do concubinato ao casamento de fato, p.106; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O Companheirismo, p.78. SHORTER, Edward. A formação da Família Moderna, p.296.

sexuais estão tão fortemente presentes que saltam as barreiras do estigma social. Esse complexo de fatores, da ordem do não racional e até do subconsciente, manifestam-se independentemente da orientação sexual e representam uma das melhores maneiras de se realizar como ser humano.

Conseqüentemente, a convivência diária com a solidariedade própria da família também se verifica. Este aspecto tornou-se suficientemente visível em virtude dos problemas de saúde dos portadores do vírus HIV. Em diversos casos, quando da doença de um homossexual, seu parceiro zela pelos cuidados médicos necessários, muitas vezes sem a ajuda dos demais membros da família.⁹⁴ Há, até mesmo, denúncias dos movimentos homossexuais sobre discriminações ocorridas em hospitais, pois, em vários casos, não se permite que um homossexual acompanhe seu parceiro quando da necessidade de hospitalização. As visitas e as importantes decisões sobre o tratamento de saúde se resumem aos "familiares", não se reconhecendo os mesmos direitos para o parceiro *gay*.

A visibilidade, da mesma forma, apresenta-se, pois muitos parceiros têm domicílio comum e apresentam, no contexto de seus relacionamentos sociais, o *status* de conviventes.

Os companheiros *gays* desempenham papéis no âmbito da vida pessoal e pública semelhantes aos exercidos pelas famílias heterossexuais. Todavia, sem a sua divisão. Há, portanto, uma maior flexibilidade entre os afazeres próprios de cada sujeito dentro da relação. Tal igualdade de condições no exercício dos encargos comuns da família, redefinindo os papéis que devem ser paritariamente exercidos, é uma luta do movimento feminista em busca da superação da cisão estanque dos trabalhos entre homem e mulher, a qual é, de certa maneira, ainda propagada na sociedade – apesar dos avanços já sentidos.

⁹⁴Como exemplo, destaca-se o pedido de danos morais de um parceiro homossexual, dentre outros, ao pai de seu companheiro pelo fato de ter assistido o doente sem colaboração da família, recaindo unicamente sobre o autor os desgastes emocional e social inevitavelmente associados à aids. Não foi reconhecida tal pretensão. Resp. n. 148897/MG – 4.^a Turma do STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 10.02.98.

Essas características de ordem psicológica e afetiva foram tradicionalmente chamadas de contribuições indiretas quando da verificação de uniões estáveis. Na falta de uma legislação que determine uma certa formalidade para a constituição da união entre pessoas do mesmo sexo, as provas para a verificação desse núcleo familiar serão muito semelhantes às das chamadas uniões estáveis.

No que se refere ao aspecto econômico da convivência, traduzido juridicamente na chamada contribuição direta, mencionam-se conta bancária, compra de bens e contribuição para a manutenção dos gastos da vida diária – feitos conjuntamente pelos parceiros homoafetivos –, como comumente ocorre nas demais formas de família. Frequentemente, há a formação de uma pessoa jurídica para desenvolver-se uma atividade comercial conjunta, um é beneficiário do outro em contrato de seguro de vida, ou em testamento, e dependente para os fins do plano de saúde.

No que tange ao consenso, não se afigura haver diferenças centradas na orientação sexual dos sujeitos implicados. Terão, em ambos os casos, uma verificação da vontade eficaz de estabelecer uma comunhão afetivo-familiar. A questão específica pode deter-se à formalização desta vontade, atualmente apenas permitida para as pessoas de sexos diferentes, pelo casamento, segundo a doutrina – uma vez que a lei não faz a exigência expressa da diversidade de sexos, como já comentado. Mas, em essência, não há, relativamente à própria vontade, nenhuma causa para uma exigência diversa quanto a esse elemento para os parceiros homossexuais.

Os relacionamentos homossexuais apresentam-se estáveis. Entretanto, há, de certa maneira, uma noção diversa do conceito de estabilidade nessa forma de união. As palavras de Klecius BORGES bem enfocam esta específica característica:

as questões de fidelidade e comprometimento pessoal adquirem tonalidade bem diferentes em um contexto no qual não há ainda o reconhecimento legal ou social do relacionamento; e a maternidade e/ou paternidade, são vistas como opcionais ou até mesmo indesejáveis; e onde herança e patrimônio conjunto não constituem razões determinantes na manutenção de uma relação.⁹⁵

⁹⁵BORGES, Klecius. Disponível em: <http://gvmagazine.uol.com.br/gvip/armario/03>. Acesso em 23.03.02.

Provavelmente, o reconhecimento legal das relações entre pessoas do mesmo sexo contribuiria para sua estabilidade. Em consequência da previsão legal, conferir-se-iam às parcerias homoafetivas os direitos e as obrigações previamente descritos em sua legislação específica. Em se dirimindo a exclusão jurídica desta forma de união, estimular-se-ia o suporte social de apoio de parentes e amigos à formação dos laços afetivos homossexuais – os quais transbordam para a rede de pessoas emocionalmente próximas aos parceiros.

Contrariamente aos que pensam ser o reconhecimento das parcerias entre pessoas do mesmo sexo um modo de atingirem-se negativamente as relações heterossexuais já reconhecidas, afirma Andrew SULLIVAN:⁹⁶ "a noção do relacionamento gay estável até poderia servir de apoio à ética do casamento heterossexual, ao mostrar que mesmo os dele excluídos podem desejar modelar-se segundo sua forma e estrutura."

Dar a possibilidade de formação legalizada para essas parcerias significaria um tratamento paritário ao sujeito homossexual, não mais corroborando sua discriminação em virtude de valores fundamentais de sua personalidade – no que se refere à orientação sexual. "Os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza."⁹⁷

Com relação ao desenvolvimento das relações de filiação, acredita-se que, em vários casos concretos, os parceiros do mesmo sexo atendam perfeitamente ao necessário critério do melhor interesse da criança – não havendo, pois, óbices para seu não reconhecimento. No entanto, talvez, tomada genericamente a possibilidade legislada de adoção, nesses casos e nos dias atuais, poder-se-á conduzir a uma forte contestação às reivindicações dos movimentos sociais gays. O solo para esse reconhe-

⁹⁶Ainda segundo o autor: "já se tornou um truísmo dizer que no campo do desenvolvimento emocional os homossexuais têm muito a aprender com a cultura heterossexual. Os valores do compromisso, da monogamia, do casamento, da estabilidade, são todos apresentados como modelos para a existência homossexual. E de fato, naturalmente, é o que eles são. Sem uma instituição arquitetônica como a do casamento, é difícil criar as condições para alimentar tais virtudes, mas isso não nega as importâncias que elas têm." Praticamente normal, p.98 e p. 170.

⁹⁷Na significativa expressão de SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos, p.27.

cimento ainda necessita ser arado e adubado adequadamente para produzir bons frutos. Num futuro brevíssimo, a sociedade há de estar mais aberta a essa questão, tendo-se em vista as conquistas progressivamente alcançadas. Nesse passo, cabe também o questionamento sobre a possibilidade de procriação artificial em busca da realização do desejo pessoal de paternidade e maternidade. Em nosso país, as atenções parecem voltar-se, nesse momento, prioritariamente para a adoção. No direito alienígena, porém, apresentam-se complexas questões envolvendo filiação artificial de mãe homossexuais.⁹⁸

Como anteriormente se afirmou, a visão atual acerca da família está a informar a superação da função procriadora como objetivo principal da formação familiar. Parceiros heterossexuais e homossexuais podem estabelecer uma convivência duradoura almejando vários propósitos individuais, sem necessariamente desejar estabelecer uma relação de filiação natural ou adotiva. Contanto, várias evidências estão a apontar para a igual habilidade de parceiros do mesmo sexo em conduzir a educação de crianças. As dificuldades maiores residiriam no eventual estigma enfrentado pela criança, considerando-se a exclusão social que a homossexualidade infelizmente ainda gera. Com a progressiva superação da discriminação social contra os homossexuais, os últimos óbices tocantes à filiação para os parceiros homossexuais tende-se a desaparecer.

Destarte, em vários campos do conhecimento preconiza-se a relavância do reconhecimento jurídico da união entre homossexuais. Luiz Mello de ALMEIDA NETO defende, em sua tese junto ao departamento de sociologia, que

o não reconhecimento social e jurídico das uniões homossexuais das relações amorosas estáveis entre *gays* e *lésbicas* como uma família é a principal interdição que atinge os homossexuais na realidade brasileira (...). Tal óbice está fundado numa defesa irrestrita da conjugalidade e da parentalidade enquanto possibilidades limitadas ao universo da norma heterocêntrica.⁹⁹

⁹⁸Os seguintes casos, importados dos Estados Unidos, são exemplos da complexidade das questões de procriação artificial de parceiras *gays*: *In re the custody of HSH-K*, Sandra Lynne Holtzman v. Elsbeth Knott (Supreme Court of Wisconsin, n. 93-2911, 13 de junho de 1995) e *REM v. SLV* (Superior Court of New Jersey, docket n. FD-15-748-98N, 02 de novembro de 1998).

⁹⁹ALMEIDA NETO. *Família no Brasil dos anos 90...*, p. 22.

Deve-se, logo, focar um prisma de realismo jurídico. Em outras palavras, não se pode olvidar de que os parceiros do mesmo sexo – e seus eventuais filhos – consideram-se, entre si, família.

Percebe-se que a convivência afetiva homossexuais apresenta traços muito próximos das demais entidades familiares.¹⁰⁰ Não se crê estarem os sinais relevantes da existência de uma entidade familiar ligados à sua necessária condição heterossexual, para, conseqüentemente, não se legitimar a parceria entre pessoas do mesmo sexo.¹⁰¹ O complexo de funções decorrentes do casamento é assaz semelhante entre uniões hétero e homossexuais.

¹⁰⁰Nas palavras de João Silvério TREVISAN: "provavelmente homossexuais estão mais próximos da integração à sociedade, podendo imitar seus padrões, inclusive de casamento." Devassos no Paraíso p. 470. Paul HALSALL (Lesbian and Gay Marriage through History and Culture, p. 1) aproxima os seguintes fatores essenciais presentes nas famílias heterossexuais e homossexuais: "coabitação doméstica, reconhecimento público, regras costumeiras de conduta, algum tipo de formalidade inicial, algum prolongamento em tempo." [No original: "Domestic cohabitation; Communal recognition; Customary rules of conduct; Some sort of ceremonial inception; Some extension in time."]. Nessa esteira a jurisprudência norte-americana (Baehr v. Miike) destaca: "no Havaí, e em qualquer lugar outro, as pessoas casam-se por uma variedade de motivos, incluindo, mas não se limitando a isso, os seguintes: (1) ter ou criar filhos; (2) estabilidade e compromisso; (3) aproximação emocional; (4) intimidade e monogamia; estabelecimento de uma subestrutura para um relacionamento de longo prazo; (6) significância pessoal; (7) reconhecimento pela sociedade; e (8) certas proteções econômica e legal, auxílios e obrigações. No Havaí, e em qualquer outro lugar, homens e mulheres gays compartilham dessa mesma gama de razões para desejarem casar-se." [No original: "in Hawaii, and elsewhere, people marry for a variety of reasons including, but not limited to the following: (1) having or raising children; (2) stability and commitment; (3) emotional closeness; (4) intimacy and monogamy; (5) the establishment of a framework for a long-term relationship; (6) personal significance; (7) recognition by society; and (8) certain legal and economic protections, benefits and obligations. In Hawaii, and elsewhere. gay men and lesbian women share this same mix of reasons for wanting to be able to marry."].

¹⁰¹Nas palavra de WALD, Michael: "os estudos mostram que grandes números de lésbicas e gays vivem com parceiros de longo-prazo e seus relacionamentos funcionam de maneira que são similares àqueles dos casais de sexo oposto. Os casais do mesmo sexo têm as mesmas razões para quererem casar como os casais de sexo oposto. Eles nutrem um ao outro na doença e na saúde, não somente os indivíduos envolvidos, mas a sociedade como um todo. Além disso, o reconhecimento destes relacionamentos deve contribuir para sua estabilidade. Os parceiros serão mais propensos a receberem o tipo de suporte social que agora é dado pelos pais, avós, amigos e vizinhos a casais casados." [No original: "the studies show that large numbers of lesbians and gay men live with long-term partners and their relationships fuction in ways that are similar to those of opposite-sex couples. Same-sex couples have the same reasons for wanting to marry as opposite-sex couples. They nurture one another insickness and health, not just the individuals involved but society as a wlole. Moreover, recognition of these relationships should contribute to their stability. The partners will be more likely to receive the type of social support that is now givem by parents, grandparents, friends, and neighbors to married couples."]. Same-sex couples: Marriage, Families, and Children, p.10.

Nas palavra de Andrew SULLIVAN:¹⁰²

alguns podem argumentar que casamento é, por definição, entre homem e mulher; e que é difícil contrapor-se a uma definição. Mas, se o casamento for articulado mais além desse decreto circular, então o motivo de ser exclusivo a um homem e a uma mulher desaparece. O cerne do contrato público é um vínculo emocional, financeiro e psicológico entre duas pessoas; nesse aspecto, héteros e homos são idênticos.

As uniões homoafetivas são, portanto, fatos sociais que reclamam uma resposta jurídica. Tal demanda se justifica devido a uma significativa mudança de mentalidade acerca do tema. A discriminação ainda sensível é fruto de preconceitos injustificáveis. O Direito já não pode fechar os olhos para uma relação de tamanha visibilidade, ponderando-se, até mesmo, que os aspectos exteriores e interiores das relações homoafetivas não se distanciam dos traços das famílias heterossexuais.

Acredita-se não haver nenhum obstáculo de caráter ontológico para o não reconhecimento dos caracteres próprios da chamada *affectio maritalis* aos parceiros do mesmo sexo. Não há um fundamento o qual justifique ser imputada apenas para as uniões heterossexuais a decisão de unir afetivamente duas vidas, compartilhando solidariamente os frutos advindos da convivência diária. Não transparece haver empecilho baseado em características as quais independam da orientação sexual.

¹⁰²SULLIVAN. *Praticamente normal...*, p.151.

PARTE 2
O CAMPO DAS CONQUISTAS JURÍDICAS

CAPÍTULO 1

ALGUMAS SOLUÇÕES JURÍDICAS À UNIÃO HOMOSSEXUAL

1.1 A EXCLUSÃO JURÍDICA OPERADA

O sistema clássico civilístico prioriza a formalidade nas relações jurídicas. Configura-se uma família a partir do estabelecimento de um vínculo formal, sendo a certidão do registro de casamento a prova dessa união. A preocupação com a forma é superior à existência fática das características das relações familiares.

Esse sistema formal mostra-se contraditório, pois intenciona ao mesmo tempo a completude. Todavia, lacunas apresentam-se nas legislações civis. O sistema tende, nada obstante, a aos poucos "ceder passos" aos fatos.

Dentro do modelo codificado, excepcionalmente, a posse de estado de casados¹⁰³ é a expressão da valorização de um fato e não somente do documento, pois uma lacuna (a falta da certidão) é preenchida por um fato, e não por um título. Contudo, mesmo essa exceção é justificada pelo fato de ser a prioridade maior do ordenamento jurídico do sistema clássico a de proteger a família matrimonializada, facilitando a prova da situação matrimonial conforme o Código se dispõe a proteger.

No Direito de Família contemporâneo, importantes transformações ocorreram rumo à aproximação da realidade da vida, em detrimento do estrito formalismo. Podem-se mencionar, como exemplos, os reconhecimentos legais, pela Constituição Federal, da separação de fato e da chamada união estável – como produtores de efeitos

¹⁰³O sistema de prova pré-constituída do casamento conhece importante exceção em favor dos filhos (artigo 203 do Código Civil brasileiro) cujos pais viveram e faleceram na posse do estado de casados e em favor do casamento (artigo 206 do Código Civil brasileiro) das pessoas que vivam ou tenham vivido na posse do estado de casadas. A posse do estado de casado resulta da reunião de fatos que, considerados de modo unitário, revelam no plano social a existência do estado de casado. Assim, as pessoas que vivem publicamente como marido e mulher, gozando dessa reputação e consideração nas relações sociais, são consideradas na posse do estado de casadas". OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família...**, p.150.

jurídicos. A separação no cotidiano vivificada – apesar da falta de formalização – representa causa de divórcio direto, não podendo ser um fato ignorado pelo âmbito jurídico. A união estável, uma família diariamente repactuada, tem na estabilidade e continuidade das relações fáticas o marco de seu início.

À parte esses avanços na superação do estrito formalismo, nosso sistema jurídico encontra-se em descompasso para com a vida social, desconhecendo as uniões vivificadas entre os homossexuais. A realidade fática dessas uniões "convive" às margens do atual sistema legislativo específico. Porém, tal distanciamento passa a estreitar-se com a reiteração das questões emergentes destas famílias, cabendo à jurisprudência o papel de dar alguma orientação. Mais uma vez verifica-se a força criativa dos fatos impondo-se ao Direito.

Muito embora os índices apontem ser uma constante na história a existência de relações – semelhantes às heterossexuais – entre pessoas do mesmo sexo, tal realidade não é contemplada como relação jurídica em diversos países. Entretanto, parece haver uma tendência mundial a adquirirem-se conquistas no plano do reconhecimento jurídico.

Podem-se dividir os posicionamentos de defesa no Direito das parcerias homoafetivas em diversos grupos. Em primeiro lugar – por aqueles que defendem, segundo o presente contexto jurídico, a possibilidade de reconhecer-se eficácia para os relacionamentos estáveis *gays* – utilizam-se diversos mecanismos, tais como: sociedade de fato, analogia com a união estável, interpretação e aplicação direta dos princípios constitucionais. Há também a defesa da aprovação de uma lei específica para tutelar os interesses das parcerias entre homossexuais.

Acreditamos ser desejável a aprovação de uma legislação para o assunto. Contudo, não se procura refletir tão-somente sobre a oportunidade de uma determinada lei para a união homoafetiva. Há uma série de questões latentes envolvidas reclamando análise, como, por exemplo, o entendimento contemporâneo do que seja família, sua real dimensão plural e as exclusões proporcionadas pelo Direito.

Se as preocupações se centrarem exclusivamente na defesa da aprovação de uma determinada legislação, estar-se-á cercado pelas muralhas tradicionais do pensamento positivista. Os novos moldes do Direito de Família devem estar voltados a valores e princípios personalistas, para além do dogma expresso pela lei.

Os operadores do Direito devem procurar soluções, enquanto se aguarda a aprovação da sonhada lei para as uniões entre pessoas do mesmo sexo. A exclusão não pode continuar presente, pois implica enormes injustiças. Alguns juristas vêm propagando a tutela jurídica mesmo sem a legislação específica, como o professor Luiz Edson FACHIN: "sem embargo da legítima busca pela legislação, cabe também localizar, numa interpretação atualizada e dialética, a hermenêutica construtiva que pode, desde logo, revelar uma compreensão diferenciada para o tema".¹⁰⁴

Sem a possibilidade de adentrarem no âmbito do legalmente instituído, as pessoas continuam a viver suas vidas a seu modo e à margem do Direito. Não se pode enxergar a realidade social sob o prisma do desdobramento minucioso da lei previamente aprovada. Os fatos são mais ricos que o Direito.

Destacando o descompasso entre a realidade social e o fato jurídico, repercutem-se as palavras de Andrew SULLIVAN:¹⁰⁵ "Os casamentos homossexuais sempre existiram, em uma variedade de formas, apenas foram eufemizados. Eles acontecem cada vez mais em todos os sentidos, menos no sentido legal".

¹⁰⁴FACHIN. **Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo...**, p.121. Nesse mesmo sentido, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, em entrevista para a revista Veja, assim se pronunciou: "Revista Veja: Qual sua posição a respeito do reconhecimento da união entre homossexuais? Melo: Sou a favor da legitimação da união de pessoas do mesmo sexo. Essa é uma realidade inevitável e que **deve ser objeto de adequada normatização** (...) É o princípio da justiça. Mesmo porque nada existe em nosso sistema jurídico que impeça esse tratamento no caso de uma união homossexual. Nada impede que o magistrado construa **interpretações próprias a partir da necessidade de realizar os fins sociais** a que se dirige a Lei. O problema é que, muitas vezes, essa visão é condicionada por uma abordagem conservadora que, ignorando o espírito do tempo, restringe o alcance da lei." Veja, 5-3-97, p.10, AMARELAS <http://orbita.starmedia.com/~gaylawyers/depo1.htm>. (Sem grifos no original).

¹⁰⁵SULLIVAN. **Praticamente normal...**, p.154.

Ocorrem, no entanto, questões no desenrolar da convivência que acabam por desaguar nas lides judiciais. Sem o reconhecimento dessas relações, o Direito fecha os olhos para sua existência, traduzindo-se a discriminação social na exclusão jurídica.

Como exemplo de não concessão de efeitos jurídicos para a união homoafetiva, assim se pronunciou o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: "União entre pessoas do mesmo sexo. Coabitação. **Situação que não gera nenhum direito entre as partes**, independente do período de convivência." A decisão se referia a uma convivência de 7 anos finalizada pela morte de um dos companheiros, vitimado pelas conseqüência do vírus HIV. O companheiro sobrevivente ajuizou pedido de reconhecimento de co-propriedade do imóvel onde habitavam, o qual se encontrava somente formalizado em nome do parceiro falecido.¹⁰⁶

A exclusão não se resume à não tutela de direitos às uniões homossexuais. Ao lado do não reconhecimento dessas relações afetivas, nota-se uma linguagem pejorativa no âmbito jurídico a reproduzir o estigma social. Seguindo esse viés encontra-se o posicionamento de Susanna BALLETTI, quando, referindo-se às parcerias homossexuais, afirma: "consentir *a priori* a possibilidade de se formarem **famílias ou parcerias anormais** com os mesmos direitos e garantias daquelas consentidas significaria ultrapassar profundamente o nosso sistema social, histórico e, obviamente, jurídico, criando um **mostrum** privado de qualquer justificação válida".¹⁰⁷

¹⁰⁶(Sem grifos no original). Também há o pedido de danos morais por ter sofrido sozinho o constrangimento dos cuidados necessários em decorrência da doença e por se ter a família omitido nesse sentido. Ap. n. 226.040-8, 2.ª CC TAMG, rel. Juiz Carreira Machado, 03/12/1997, Publicado na RT v. 742, ano 86, agos. 1997, p. 393-397. O parceiro homossexual não teve o reconhecimento dos efeitos jurídicos de sua união nesse acórdão. Contudo, a decisão foi parcialmente reformada pelo STJ para reconhecer a co-propriedade, como se comentará em outro momento desse trabalho.

¹⁰⁷[No original: "consentire *a priori* la possibilità che si formino 'famiglie o **coppie anomale**' aventi i medesimi diritti e garanzie di quelle consuete significherebbe stravolgere nel suo profondo il nostro sistema sociale, storico ed, oviamente, giuridico, creando um **mostrum** privo di qualsiasi valida giustificazione."]. (Sem grifos no original). Le coppie omosessuale (...), p.250. Ainda em extratos da doutrina italiana, menciona-se Piero SCHLESING, dissertando sobre a resolução do Parlamento Europeu que defende a paridade de direitos para os homossexuais. Afirma que a referida resolução "suscitou escândalo e, de certo, foi introduzida antes com tom de provocação (...), com toda a tranqüilidade de um Parlamento que dá a impressão de ser demasiadamente precipitado, muito exibicionista e pouco culto. [No original: "há suscitato scandalo e che di certo è stata volutamente inserita anche com accenti provocatori...Com buona pace di um Parlamento che dà l'impressione di essere **troppo frettoloso, molto esibizionista e poco colto**."]. (Sem grifos no original). Una

Para evitar-se, no campo do direito, o preconceito em virtude de uma característica da personalidade, como verificado, busca-se reconhecer e proteger juridicamente um número expressivo de pessoas que estabelecem suas relações estáveis com pessoas do mesmo sexo. Porém, uma dúvida surge entre as possibilidades de **como** se estabelecer o reconhecimento jurídico.

1.2 ENTRE O EFETIVO RECONHECIMENTO E A SOCIEDADE DE FATO

Buscando-se o meio mediante o qual se reconheça a união homoafetiva, uma primeira manifestação surge, ainda que timidamente, com a noção de sociedade de fato. A partir disso, a família homossexual deixa de ser vista tão-só como uma relação fática, no sentido de encontrar-se apenas no plano dos fatos e fora do âmbito do Direito.

A solução de atribuir a relações familiares o título de 'relação ou sociedade de fato' não é propriamente uma novidade. No tocante à chamada união estável, também houve essa fórmula no início das transformações.

A preocupação primeira em se valer do adjetivo "de fato" ou "não formal", para uma determinada realidade, advém de uma possível interpretação de acordo com a qual determinadas relações têm importância somente para o mundo dos fatos e não para o Direito. Assim, realidade fática e Direito estabelecem uma comunicação

risoluzione del Parlamento Europeo sugli omosessuali, p.394-395. Exemplificando com o pensamento nacional, Airton Rocha NÓBREGA afirma: "as relações homossexuais, que resultam de opção feita por cada um, não tipificam uma relação **normal**, por mais avançados que sejam os padrões morais e de conduta adotados em determinada sociedade."Convivência homossexual (...), p. 1. Preconceituosamente o tema da homossexualidade é tratado de forma conjunta com outros axiologicamente recrimináveis, por exemplo: "sabemos muito pouco sobre a condição humana para abandonar a pesquisa que poderia ser benéfica às pessoas ligadas a comportamentos perigosos e socialmente desintegradores. Além do que o comportamento homossexual, o incesto, a pedofilia, o estupro, o vício a pornografia, e os comportamentos sexuais sado-masoquistas podem ter dimensões biológicas (...)." [No original: we know too little of the human condition to abandon research that might be beneficial to persons struggling with attractions to dangerous and socially disintegrating behaviors. In addition to homosexual behavior, incest, pedophilia, rape, pornography-addiction, and sado-masochistic sexual behaviors may have biological dimensions (...)]. WARDLE, Lynn. A critical analysis ..., p.49.

dialética, a qual vem sendo estudada por juristas¹⁰⁸ – procurando-se dissolver uma separação absoluta entre o social e o jurídico.

Superada a idéia de uma faticidade sem efeitos jurídicos, surge o aspecto da nomenclatura para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, confundida com instituto societário. Apesar da impropriedade ao se aproximarem questões tão díspares como sociedade – ligada ao Direito Obrigacional e ao Direito Comercial – e família – relacionada à expressão personalíssima da afetividade –, tal analogia parcialmente se justifica pelo esforço de procurar atingirem-se efeitos jurídicos num assunto não expressamente reconhecido por dispositivos legais.

Seguindo essa linha de pensamento, para Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, enquanto não aprovada uma legislação específica para a união entre pessoas do mesmo sexo, "a união homossexual continuará a não ser passível de registro oficial, não gerando efeitos jurídicos no Direito de Família, devendo ser tratada como **sociedade de fato**, ou seja, no campo do **Direito das Obrigações**."¹⁰⁹

No entanto, apesar da generosidade de se buscar tutela na idéia de sociedade de fato ou mesmo na analogia da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰ – empregando-se o que podemos denominar 'uso alternativo do Direito' –, acredita-se não dever ser esse o melhor fundamento de solução jurídica. Isto defende-se porque uma união afetiva não pode ter como justificativa, para sua tutela

¹⁰⁸Como exemplos temos Vincenzo FRANCESCHELLI (I rapporti di fatto) e Carmem Lúcia Silveira RAMOS (De relação existencial de fato à realidade jurídica).

¹⁰⁹Companheirismo (...), p. 491. Nesse mesmo sentido, Fernanda de Almeida BRITO aduz: "é perfeitamente possível que se reconheça uma **sociedade de fato** entre homossexuais. Sendo tal questão puramente de **direito obrigacional**. Não se cuida de estabelecer a existência de uma família entre estes parceiros, pois como defendemos, não há família. Os aspectos íntimos da convivência homossexual entre estes parceiros é matéria estranha que não precisa ser abordada, sendo essencial, entretanto, a prova de que houve colaboração, com dinheiro ou trabalho de um na formação do patrimônio do outro." União afetiva entre homossexuais, p.53. Próximo a esses entendimentos encontra-se a sugestão de SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio Cesar da Costa, no sentido de se adotar o instituto da **comunidade**, presente no Direito Alemão, o qual tem uma natureza jurídica intermediária entre o condomínio e a sociedade¹⁰⁹. A Parceria Civil Registrada, p.46.

¹¹⁰Que dispõe: "comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

jurídica, a sociedade de fato, marcada pela busca de fins lucrativos e econômicos. Não se trata de sociedade de fato, mas sim de sociedade de afeto. São realidades iminentemente diversas.

O acórdão do STJ, pioneiro em reconhecer efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, efetuou benefícios para a caminhada da efetiva tutela. No que tange à fundamentação da decisão, restringiu-se ao plano da sociedade de fato – não obstante também se enfocarem questões existenciais nucleares das relações familiares. Devido à importância de tal decisão, destacam-se os seguintes trechos:

a hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa de incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo que essa união – **embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.**"¹¹¹

Entretanto, igualmente se sustentou:

a motivação que eles tiveram para formá-la, ou seja, o **afeto recíproco** que parecia haver entre eles, por mais que queiramos deixar de abordar esse tema, sempre estará necessariamente presente, porque seria difícil reconhecer essa sociedade de fato existente entre duas pessoas do mesmo sexo, que a tivessem criado apenas por motivação material. Parece-me que a sociedade ora cogitada decorreu não dessa motivação da formação de um patrimônio comum, senão de um afeto que existia entre eles e que os animava a manter um relacionamento comum. Os benefícios patrimoniais decorrentes dessa união, parece-me que foram senão aleatórios pelo menos secundários; não foi essa a grande motivação que tiveram para mantê-la.¹¹²

Destaque-se a importância do papel da jurisprudência quanto ao assunto, podendo-se afirmar estar a superação da discriminação jurídica iniciando-se pela força criativa do judiciário.¹¹³ Em razão da sensibilidade de nossos julgadores

¹¹¹STJ, 4.ª Turma, Resp n. 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. 10.02.98. (Sem grifos no original).

¹¹²Na mesma decisão, em fundamentação do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha. (Sem grifos no original).

¹¹³Como bem preconiza Mauro CAPPELLETTI: "faz pensar que, em meio a esta selva crescente de códigos, leis e regulamentos, bem pouco espaço resta para uma criação jurisprudencial do direito. Mas a verdade, conforme o que se reconhece pela observação de nosso e outros países, é

defronte da inegável realidade da vida, as decisões passam a conceder efeitos jurídicos às relações formadas por pessoas de orientação sexual tida como diversa das comumente verificadas.

Porém, obviamente, quando duas pessoas do mesmo sexo decidem unir-se em comunhão de vida – partilhando conquistas e dificuldades, realizando-se pessoalmente no prazer da convivência –, não têm elas em mente estarem criando uma sociedade. Esse projeto de vida certamente não terá para eles o mesmo valor de um outro eventualmente criado para o desenvolvimento de sua profissão.

A tentativa de se estabelecer uma semelhança, entre as relações mantidas na vida privada e íntima e as desenvolvidas na vida pública dos atos de comércio, não se justifica. É demasiado tênue o traço comum, qual seja: por um lado, a mera falta de um registro na junta comercial e demais formalidades próprias da criação de uma sociedade, e, por outro, a não existência de um começo formal para uma união afetiva. Na sociedade, se não realizado formalmente os requisitos de início da sua personalidade, tal fato deve-se a outro motivo, diverso da não possibilidade legal. Concernentemente aos parceiros de uma relação homoafetiva, não há a possibilidade da relação existir formalmente, não há uma relação jurídica 'de direito' correspondente à relação 'de fato' invocada.

Imputar a noção de sociedade de fato para tais relacionamentos soa de um artificialismo injustificável – conquanto seja eficaz para resolverem-se algumas questões. Contudo, adapta-se a união homossexual à figura jurídica da sociedade de fato, advinda do Direito Obrigacional, desconsiderando-se a relação social existente como formadora de família.

justamente oposta: é no sentido de que, na atual época, o papel criativo dos juízes, longe de ser diminutivo, cresceu paralelamente ao aumento do ativismo legislativo e administrativo. [No original: "da far pensare che, in mezzo a questa selva invadente di codici leggi leggine e regolamenti, ben poco spazio rimanga per una creazione giurisprudenziale del diritto. Ma la verità, secondo quanto è generalmente riconosciuto dagli osservatori del nostro e di altri paesi, è diametralmente opposta: essa è nel senso che nella nostra epoca, il ruolo creativo dei giudici, lungi dall'essere diminuito, è anzi cresciuto parallelamente all'accresciuto 'attivismo' legislativo ed amministrativo."] Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente, p.775.

A contestação aos fundamentos obrigacionais para o tema ora focado é verificada até no judiciário. Depreende-se de decisão: "a matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. Aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza."¹¹⁴

Acredita-se que, apesar do aspecto positivo de considerarem-se alguns efeitos jurídicos com a transposição da noção de sociedade de fato para as uniões homossexuais, trata-se ainda da largada de sua caminhada rumo à consagração jurídica. Faz-se, agora, necessária a tutela dessa relação humana pelos reais motivos existenciais, quais sejam: amor, afeto, sexo, solidariedade, mútua assistência, entre outros. "É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela."¹¹⁵

Um aspecto negativo da forma de solução jurídica por intermédio da sociedade de fato está na questão de se ocultar o caráter afetivo, aspecto central da relação – sendo esse fator considerado irrelevante. A tutela dos interesses dos parceiros, num viés de inserção tão forçada, está dentro de um contexto o qual esconde a realidade vivificada. Tal solução, ainda que parcialmente eficaz, não é condizente com a visibilidade pretendida pelos movimentos homossexuais na busca de sua melhor aceitação social, na procura da não discriminação.¹¹⁶

¹¹⁴TJRS. Agravo de Instrumento n.º 599.075.496. 8.ª CC. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. 17/06/99.

¹¹⁵Segundo as palavras do desembargador Giogis. Apelação Cível n.º 70001388982, 7.ª CC TJRS, rel. des. Giogis, Porto Alegre, 14 de março de 2001.

¹¹⁶No sentido de dar visibilidade ao núcleo real formador da união entre pessoas do mesmo sexo, destaca-se trecho da decisão previdenciária pioneira: "A dependência presumida, como nos casamentos e uniões estáveis, nos casos de relacionamentos homossexuais, estabelece-se pela ligação de amor, afeto e companheirismo, que não pode ser desconsiderada". Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, 3.º Vara Federal Previdenciária, Porto Alegre, 17 de Abril de 2002. Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes.

Questões amplamente noticiadas pelos meios de comunicação – como a de Toni Reis, militante do movimento homossexual curitibano – são emblemáticas. O parceiro de Toni, estrangeiro – David Harrad –, não pode permanecer em território brasileiro, como normalmente poderia em decorrência de relacionamento já reconhecidamente familiar. Para driblar a exclusão de sua forma afetiva de vida em comum, valem-se de manobras paliativas à uma verdadeira tutela de seus direitos.¹¹⁷

A noção de sociedade de fato pode atender a alguns casos concretos, mas por não enfrentar o verdadeiro núcleo da questão – qual seja, a união afetiva – não se mostra suficiente para o mencionado problema do parceiro estrangeiro.

Para dar visibilidade à não razoabilidade e à discriminação presente na interpretação estrita do Estatuto do Estrangeiro, anunciaram que a mãe de Toni Reis se casaria com seu parceiro, para cumprir formalmente as exigências legais – e apenas para isso. Destaca-se o absurdo de ter-se de recorrer a uma simulação para que, utilizando-se meios legais, atinjam-se os a fins desejados.

Como outro exemplo no direito estrangeiro de artificialismo que o não reconhecimento como família de tais relações gera, a decisão da Corte de Delaware, que concedeu, em 1993, a um homem de 66 anos o direito de adotar um outro homem de 51 anos, seu parceiro de 17 anos. Havia a intenção meramente econômica de assegurar a sucessão entre os parceiros.¹¹⁸

¹¹⁷As dificuldades jurídicas enfrentadas pelos parceiros Toni Reis e David Harrad foram amplamente divulgadas pelos meios e são relatadas no livro autobiográfico *A História de um Casal Gay*. Chama-se a atenção para o descompasso entre um sistema formal e não reconhecedor da realidade vivificada e o fato da mãe de Toni Reis, uma senhora de 65 anos, chegar a se oferecer para casar-se com o companheiro do filho. A solução da permanência apenas se deu por meio da ação de um grupo de parlamentares, incluindo os Deputados Fernando Gabeira e Marta Suplicy, os quais intercederam com vistas ao reconhecimento legal do trabalho voluntário de prevenção à AIDS desenvolvido por David Harrad, o que viabilizou sua permanência no Brasil. Contudo, os problemas não acabam, se resolvidos sem ser enfrentado o cerne da questão familiar envolvida.

¹¹⁸A decisão encontra-se no anexo desse trabalho In *Re the adoption of James A. Swanson*.

Ainda dentro do direito comparado e dos absurdos que o não reconhecimento da realidade proporciona, observa-se não se ter atendido a pedido de extinção de alimentos, em virtude de novo casamento do alimentado. O caso específico trata de coabitação estável homossexual. A razão de manterem-se os alimentos foi a não consagração da parceria homossexual com o matrimônio. Segundo esse raciocínio, se somente os heterossexuais podem casar-se, então somente eles podem ser concubinos. Se o novo relacionamento afetivo do recebedor de alimentos fosse heterossexual haveria extinção da obrigação alimentar; por se tratar de um relacionamento homossexual, ela se mantém.¹¹⁹

Outro assunto que se tornou público, referentemente às questões familiares de parceiros gays, diz respeito à guarda do filho da cantora Cássia Eller. Neste caso concreto, a parceira da cantora sempre representou afetivamente para a criança os papéis comumente realizados pelo pai ou pela mãe. O fundamento da sociedade de fato é insuficiente para traduzir a comunhão de afeto que a parceira da mãe biológica representa para a criança. Mesmo assim, felizmente, após a guarda provisória, a parceira da cantora logrou êxito no pedido de guarda definitiva.

Dessa maneira, como decorrência da idéia do Direito das Obrigações, transposta para a união homoafetiva, outras questões podem surgir, quais sejam, a prova do percentual de contribuição para a 'sociedade de fato' (que poderá não corresponder a 50%) e a perquirição da eventual contribuição indireta na prestação de serviços para o outro companheiro.

Em sintonia, de certa forma, com a solução jurídica mediante a noção de sociedade de fato encontra-se a necessidade de "provar-se ser sócio", ou seja, o esforço comum na aquisição dos bens materiais. São valorizados, nesse sentido, os aportes financeiros, chamados de contribuição direta, que cada parceiro trouxe para a vida comum, traduzida, nessa ordem de idéias, na sociedade por eles formada.

¹¹⁹No caso Van Dyck v. Van Dyck, 1993, a decisão encontra-se no Anexo 3.

Ainda de acordo com essa linha de fundamentação jurídica, pode-se indagar sobre o percentual da partilha. Se deveria ocorrer meação do patrimônio construído por essa sociedade de fato ou se a partilha deveria corresponder proporcionalmente ao concurso dos valores materiais com que cada parceiro contribuiu. Atentando-se à analogia com as regras dos Direitos Obrigacional e Comercial, constata-se poderem os haveres de cada 'sócio' representar valores diferentes, correspondentes às suas cotas derivadas da proporção do esforço comum. Exemplificando:

comprovada a conjugação de esforços para a 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 sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição. (...) Esta sem dúvida é a orientação que melhor afina com os princípios que regem as sociedades, segundo os quais os haveres devem ser divididos de acordo com a cota de contribuição de cada sócio.¹²⁰

Todavia, se se observar a evolução da jurisprudência relativamente à união estável, o significado de "esforço comum" para as relações homoafetivas pode valorizar o aspecto pessoal dessa forma de relação fática e considerar igualmente a chamada contribuição indireta – ou seja, reconhecer existirem nas relação afetivas, além da contribuição financeira, o apoio espiritual, a troca de afeições, os trabalhos domésticos, os cuidados para com os demais membros da família de seu companheiro (podendo englobar filhos). Aquela mútua doação própria de relações familiares que se revela na busca do bem de todos, cada qual contribuindo à sua maneira para os benefícios dessa união.

Sem haver o reconhecimento de estar-se no campo do Direito de Família – levando-se em consideração a afetividade que informa as relações entre pessoas do mesmo sexo –, a defesa dos efeitos jurídicos para essa forma de união, com fundamentos na sociedade de fato, não outorga a possibilidade de se receberem

¹²⁰TJRJ. Apelação Cível n.º 731/89. 5.ª CC. Rel.: Des. Narcizo Pinto. 22/08/89.

alimentos, podendo mais uma vez fazer-se presente a construção jurisprudencial da indenização por serviços prestados. Frise-se que também o projeto de lei 1.151/95 não contempla expressamente o direito a alimentos, do que se tratará mais adiante.

Tal possibilidade tem sua gênese nas questões relativas à união estável, onde, mesmo com o advento da Súmula 380 do STF, a mulher ainda ficava, de certa maneira, desprotegida quando da dissolução desses relacionamentos – frente à não possibilidade de pretender alimentos. Consecutivamente, para tutelar os interesses da mulher, dedicada aos assuntos do lar e dos filhos, ou para protegê-la quando no transcorrer da união inexistisse acréscimo patrimonial, os magistrados passaram a determinar uma indenização pelos serviços prestados.¹²¹

Tendo-se em vista os vários pontos em comum entre união estável e união homoafetiva, há a possibilidade de se transportar a idéia da indenização por serviços prestados para um parceiro homoafetivo, como se depreende de decisão:

a contribuição do autor, ora apelado, feita em forma de **prestação de serviços**, representou, para o artista, um auxílio econômico, porque se tais serviços fossem realizados por terceiros, normalmente seriam remunerados, especialmente os referentes a organização de exposições, fotografias de quadros para divulgação em catálogos ou prospectos, e a própria seleção de quadros para montagem dos catálogos e exibição nas exposições públicas.¹²²

Essa construção jurisprudencial tem o mérito de conferir efeitos positivos para o parceiro que não tem prova formal de seu esforço na construção dos frutos materiais de sua união. Entretanto, por outro lado, não destaca o aspecto familiar de tal contribuição. Os trabalhos desempenhados em favor do outro companheiro são uma dedicação baseada na *affectio*, em que a comunhão de vida é o fato gerador de

¹²¹A mulher deveria ser indenizada por seu esforço nas atividades desenvolvidas em prol dos membros de sua 'sociedade de fato'. Recebia, pois, pelos serviços prestados como se houvesse um contrato de trabalho doméstico tácito. Afloraram-se discursos jurídicos injustamente discriminadores à condição feminina, ainda que para se lhe conferirem direitos. Por isso, em outro trabalho nosso (As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina), destacamos a feição discriminatória direcionada à mulher dentro do contexto da indenização pelos serviços prestados.

¹²²TJRJ. Apelação Cível n.º 731/89. 5.ª CC. Rel.: Des. Narcizo Pinto. 22/08/89.

tais atividades. Os parceiros se unem por motivos de diversa ordem, onde a linha mestra é a questão amorosa, afetiva, espiritual, e, dentro desse contexto – num momento de dissolução –, fundamentar um direito, decorrente de sua união, nos serviços prestados dissona do cerne da relação envolvida. Portanto, acredita-se ser a solução da indenização pelos serviços prestados inadequada. Apesar disso, destaca-se sua importância num momento de transição, onde o aspecto familiar apenas começa a ser juridicamente reconhecido. Similarmente, a indenização pode ser relevante diante da dificuldade de prova do esforço comum para a 'sociedade de fato', deixando-se de tutelar os parceiros pela não existência de documentos certificadores dos aportes financeiros.

Acredita-se que a possibilidade de indenização pelos serviços prestados, na união entre pessoas do mesmo sexo, não terá a mesma importância a qual teve para as uniões estáveis. Isso diz-se porque, nas famílias heterossexuais, é mais marcante a divisão dos papéis entre seus membros, cabendo à mulher as atividades domésticas. Avanços já foram sentidos em favor do equilíbrio entre a redefinição dos papéis sociais femininos e masculinos – bem como na conquista feminina de atividades profissionais externas –, perdendo destaque, logo, a indenização pelos serviços prestados – mesmo para as famílias heterossexuais. Do mesmo modo, com o reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 da união estável como entidade familiar, possibilitou-se a aplicação das regras de Direito de Família, desnecessitando serem as atividades exercidas em prol da união afetiva consideradas serviços prestados.

Por mais motivos ainda, no que se refere à união homoafetiva, o contexto social tende a apresentar-se mais equilibradamente entre os parceiros. Não há as diferenças de valorização do trabalho aos moldes do que ocorre entre o homem e a mulher, bem como não há um parceiro incumbido das atividades domésticas por ser de sua 'natureza' – ao que pode estar sujeita a mulher nas famílias heterossexuais.

Observe-se que se critica a utilização da indenização por serviços prestados como uma maneira de deferir tutela a um parceiro, ocultando-se o

verdadeiro fato gerador desse direito. Contudo, as indenizações ou compensações entre os companheiros homossexuais podem ocorrer, desde que haja o dano e os demais requisitos necessários à responsabilidade civil. Os campos devem ser devidamente delimitados, de modo a não se proliferarem artificialismos jurídicos desnecessariamente. Não há por que 'se mascararem', com o instituto da reparação de danos, os direitos dos parceiros homossexuais, advindos da convivência estável, duradoura e amorosa. Porém a reparação de danos é um instituto relevante, recebendo atualmente uma crescente atenção dos juristas, ao lado de sua importância prática na sociedade contemporânea.

A necessidade de se estabelecer a partilha dos bens adquiridos na constância de uma relação afetiva entre pessoas de mesmo sexo, apesar da falta e mesmo impossibilidade atual de sua formalização, está no sentido de evitar-se um enriquecimento sem causa. Aqueles que uniram seus esforços materiais e espirituais devem partilhar, quando da dissolução de sua comunhão de vida, o patrimônio obtido durante a união – o qual, não raramente, encontra como titular apenas um dos companheiros.

Conforme afirma Maria Berenice DIAS, os direitos como meação, alimentos e usufruto, que advém da parceria entre homossexuais, "decorrem exclusivamente do vínculo afetivo, descabendo buscar figuras em outros ramos do direito – tal como aconteceu com a relação concubinatória – para que se veja uma sociedade de fato ou um vínculo empregatício de prestação de serviços. Assim, deve ser esses assuntos encaminhados para as Varas de Família."¹²³

No tocante ao Código Civil de 2002, a união homafetiva ainda está no plano do não reconhecimento, pois não houve a inclusão legislativa expressa. Tal lacuna pode ser compreendida observando-se, em certa medida, os problemas de atualização de um texto legal que começou a ser pensado na década de setenta,

¹²³DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. *Ajuris*, Porto Alegre, v.70, 1997. p.294.

para, somente agora, ter sua aprovação verificada. As discussões acerca do tema da não discriminação por orientação sexual no campo de Direito de Família ganhou mais visibilidade só recentemente, nos anos 90, o que talvez explique a sua ausência nas discussões do projeto do Código Civil.

Nesse passo, entendem alguns que a questão, em virtude da controvérsia, não deveria fazer parte de uma legislação codificada – a qual tem como característica um certo engessamento. Sob esse ponto de vista, apenas aqueles assuntos tidos como sedimentados devem fazer parte do Código Civil. Destaque-se, aqui, a superação daquela concepção que atribuía aos códigos a tarefa de determinarem quais assuntos ingressam no mundo do Direito, criando com exclusividade as relações jurídicas. A pretensão de completude, uma característica vista como fundante do modelo codificado clássico, não parece mais estar presente, se o próprio relator do projeto de Código Civil, deputado Ricardo FIÚZA, afirma:

no que tange a chamada união civil de pessoas do mesmo sexo, é coerente que o projeto não trate do assunto nesta oportunidade já que essa união não é contemplada na Constituição como entidade familiar. É preciso, todavia, que se afastem as posturas farisaicas ou simplesmente ortodoxas e que se atente para o fato de que em todo o capítulo relativo à família o novo Código dá especial ênfase às relações afetivas. Neste caso, **deveríamos reconhecer que a busca da felicidade entre duas pessoas extrapolou a rigidez do engessamento do Direito Positivo.** É notório que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo provocam conflitos religiosos. Diante de usos e costumes longamente sedimentados, muitas vezes, apenas para efeitos públicos, certamente ainda com grande influência da Escolástica, é vedado às pessoas serem felizes, se o preço dessa felicidade significar o mínimo de arranhão aos seus cânones (...).¹²⁴

Não obstante o esclarecimento do deputado, a preocupação quanto a essa lacuna sobre as parcerias homossexuais se dirige à interpretação e à importância que se relegará ao Código Civil de 2002. Para aqueles que entendem ser o Direito sinônimo de lei, bem como que uma nova codificação traça os limites da juridicidade civil, não haverá evolução para as questões de união entre pessoas do mesmo sexo.

¹²⁴Respondendo às questões levantadas por Maria Berenice DIAS, em audiência pública sobre o novo Código Civil, realizada em 13/09/2000.

No entanto, se se estiver atento 'aos novos ares' nos quais está inserida a codificação, superando-se o legado do positivismo estrito, e aos princípios norteadores do Direito de Família – os quais estão presentes no novo Código, em parte, bem como na Constituição Federal de 1988 –, adubar-se-á o campo para o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Utilizando-se as palavras do professor Luiz Edson FACHIN, "em última análise, o Código de 2002 será aquilo que fizermos dele".¹²⁵

Percebe-se, pois, que o âmbito jurídico nacional não se mostra mais estritamente excludente no que concerne às uniões estáveis e amorosas entre pessoas do mesmo sexo. Passos largos já foram dados na estrada do pleno reconhecimento, sendo a noção de sociedade de fato a ponte nesse caminhar – o qual há de prosseguir.

1.3 ANALOGIA COM A CHAMADA UNIÃO ESTÁVEL

Os moldes do Direito Civil edificado pós Revolução Francesa tiveram pretensão de universalidade e de perenidade histórica. Porém, percebeu-se, no transcorrer dos tempos, que os assuntos tidos como privados não se apresentam como uma realidade constante – de modo a imperaram sempre e da mesma maneira independentemente do tempo e do lugar.¹²⁶

No âmbito familiar não é difícil a constatação de que há diferença entre o modelo atualmente verificado e aquele presente na época de nossos avós. E, provavelmente, outras características estarão presentes nas famílias a serem constituídas

¹²⁵Em conferência sobre as modificações do novo Código Civil, proferida no Instituto Romeo Felipe Bacellar, em 24-04-2002.

¹²⁶Na expressão de Pietro PERLINGIERI: "Cada ordenamento é expressão de uma filosofia de vida, de uma concessão de relacionamentos pessoais, de estabilidade produtiva e de instituição, e ninguém poderia pensar que tal visão do mundo, abrigada no ordenamento, possa constituir uma solução definitiva a lhe atribuir um 'caráter absoluto incondicional'." [No original: "ogni ordinamento è espressione di una filosofia della vita, di una concezione dei rapporti personali, dell'assetto produttivo e delle istituzioni e nessuno potrebbe pensare che tale visione del mondo, riscontrabile nell'ordinamento, possa costituire una soluzione definitiva attribuendole una 'incondizionata assolutezza'"]. Valori normativi e loro gerarchia, p.797.

por nossos netos. Portanto, o operador de Direito de Família deve estar em sintonia com as situações sociais que lhe demandem respostas jurídicas.

Com uma concepção de sistema aberto, o contexto do Direito Civil Constitucional contemporaneamente verificado é, em grande medida, produto da interação da história com os costumes atuais. Cabe, assim, "à doutrina privatística a gravosa, mas ao mesmo tempo estimulante, tarefa de adequar os próprios instrumentos teóricos à nova feição do Direito Privado, de modo a expor aos estudiosos e aos práticos (...) as linhas de um sistema verdadeiro, isto é, adequado ao momento atual."¹²⁷

Um exemplo de reconhecimento constitucional de uma realidade fática inegável se entrevê na chamada união estável: uma união heterossexual a qual foi, durante muito tempo, excluída do sistema jurídico – posta fora do modelo contemplado – para, mais tarde, finalmente o Direito abri-lhe as portas.

Em outros momentos deste trabalho mencionou-se a aproximação possível entre as famílias heterossexuais não fundadas no casamento e as homossexuais. O transcurso histórico vem apresentando pontos muito comuns quanto ao que se passou com a união estável e ao que vem ocorrendo com a parceria homoafetiva. Logo, pode-se até tentar preverem-se os próximos passos dos efeitos jurídicos para a união entre pessoas do mesmo sexo, baseando-se no ocorrido na chamada união estável.

Destarte, levando-se em consideração os vários pontos em comum, há uma corrente a qual entende que, enquanto não se tiver o reconhecimento expresso das relações homoafetivas, devem-se analogicamente aplicar os textos legislativos relativos à união estável.

Por outro lado, para fazer frente a esses entendimentos, alguns juristas desenvolvem argumentos contrários:

¹²⁷Nas palavras de GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras...**, p.55.

a Constituição veda a possibilidade de equiparar relações homossexuais às heterossexuais, ao determinar que somente através da união estável e do casamento se gera família. Esta vedação, implícita, se baseia na capacidade (potencialidade) de o homem e a mulher formarem sobre entidade familiar constituída por eles outros vínculos através dos filhos (naturais ou adotados). Esta situação é impossível para os homossexuais, pois uma mesma pessoa não pode, juridicamente, ter dois pais ou duas mães. Logo, não é admissível a equiparação as uniões heterossexuais às uniões homossexuais"¹²⁸

Opinião com a qual não coadunamos. Soa estar, o posicionamento mencionado, baseado no modelo de família clássica – privilegiando seu fim potencialmente procriador, como tratamos no início deste trabalho –, de modo a justificar a exclusão dentro de um conceito jurídico de família.

Não parece poder-se concluir pela vedação da equiparação entre relações homossexuais e heterossexuais. A Constituição Federal de 1988 apenas menciona exemplos de entidades familiares consagradas pelo costume social, numa proposta de defesa do princípio da pluralidade familiar – como se tratará mais adiante.

Apesar da restrição expressa feita pelos textos ao propagarem dever a união ocorrer entre homem e mulher,¹²⁹ esta linha de pensamento entende que os

¹²⁸SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio Cesar da Costa. *A Parceira Civil Registrada (...)*, p.7. Semelhantemente, Ana Maria LOUZADA acredita que "não se trata de união estável, eis que este instituto jurídico se encontra minuciado na Carta Magna de 1988, em seu parágrafo 3º, no art. 226, onde se refere a união entre homem e mulher. Em realidade para que a união homossexual seja entendida como estável, não basta que tentemos mudar a lei, é preciso que a constituição seja mudada, pois ela própria discriminou. Vedando que seja considerada como união estável aquela vivenciada por pessoas do mesmo sexo (...)." Propõe a mencionada autora, para contornar essa questão, outra denominação como união civil para não ferir a Constituição. **Os reflexos dos envolvimento** ..., p.303.

¹²⁹Artigo 226, parágrafo 3.º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre homem e mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Artigo 1.º da lei 8.971/94: "**A companheira** comprovada de um **homem** solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

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

Artigo 1.º da lei 9.278/96: "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, **de um homem e uma mulher**, estabelecida com objetivo de constituição de família".(Sem grifos no original).

dispositivos, quanto a tal requisito específico, estariam revogados pelo princípio da igualdade, o qual englobaria também a idêntica oportunidade, independentemente da orientação sexual de seus membros.

Na esteira desse pensamento analógico, Maria Berenice DIAS¹³⁰ aponta a questão da norma constitucional inconstitucional – na relevante obra pioneira em defesa dos direitos entre os parceiros do mesmo sexo. Ponderando-se que o artigo 226, parágrafo 3.º, da Constituição Federal de 1988 e as leis 8.971/94 e 9.268/96 reconhecem apenas a união estável formada entre homem e mulher, imputa a autora a inconstitucionalidade dessa parte dos textos normativos, por afrontarem o princípio da igualdade, sem uma justificativa plausível. De tal sorte, seguindo essa trilha, deveria carecer de legitimidade uma norma da Carta Magna contrária a um princípio constitucional, ou que apresente incompatibilidade com um direito supralegal consagrador das garantias e dos direitos individuais. Estar-se-ia, pois, defronte de um desses casos: não poderia a norma constitucional específica à união estável ter contrariado o princípio da igualdade. Propõe a autora a aplicação da legislação que rege a união estável e o casamento, desconsiderando a possibilidade da noção de sociedade de fato para as parcerias homoafetivas porque, segundo ela, deve levar-se em consideração o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais.¹³¹

A aproximação com as normativas deferidas à união estável encontra-se presente em decisão pátria; destaque-se: "considerando o disposto no inciso III, do artigo 1.º da Lei 8.971 de 1994, apreciada e interpretada à luz do texto constitucional, em não havendo descendentes e ascendentes do falecido, companheiro do autor, deve o requerente haver a totalidade da herança."¹³²

¹³⁰DIAS. **União homossexual ...**, p.69-73.

¹³¹DIAS, Maria Berenice. **União homossexual ...**, p.147.

¹³²Ação ordinária proc. n.º 01296089682. Juíza prolatora: Judith dos Santos Mottecy. 24/02/99.

Diferentemente de se desejar um tratamento que simplesmente transporte a união entre pessoas do mesmo sexo para o universo já conquistado da união estável, acredita-se que – tomado nosso ordenamento constitucional numa visão sistemática – se pode concluir estar, no feixe dos princípios constitucionais, a parceria homoafetiva tutelada.

Contudo, reconhece-se a relevância de tal aproximação. Significa um avanço em relação à noção de sociedade de fato, pois mediante a idéia de união estável importa-se um estreitamento com o Direito de Família.

Em se estabelecendo essa analogia, conseqüentemente a competência pertencerá às Varas de Família, e assim se sobrelevará um benefício para os assuntos concernentes à união entre pessoas do mesmo sexo – porquanto o juiz de família está mais habituado e, logo, mais habilitado para o exame, em razão da especificidade dos litígios desse ramo do Direito. Quando a lide se refere aos laços afetivos, os sujeitos envolvidos trazem para o judiciário uma dimensão particularmente personalística, em muito diversa do panorama dos demais ramos do Direito. Melhor se mostra, portanto, ser o operador do direito aquele especialmente habilitado pela experiência cotidiana de atuar no ramo do Direito de Família. O magistrado dedicado às questões familiares provavelmente está mais atento para com os pormenores dos litígios que envolvem a afetividade. Ao ser considerada como sociedade de fato a união homoafetiva e ter suas questões apreciadas pelas Varas Cíveis como decorrência de seus efeitos obrigacionais, implica-se um prejuízo para os parceiros – por não terem suas questões avaliadas por julgadores sensíveis a questões familiares. Além disso, ao se enquadrar no Direito de Família, acarreta-se uma série de efeitos decorrentes desse reconhecimento. A possibilidade de usar o nome, de freqüentar um clube social do qual um dos parceiros é sócio, ser dependente para fins de imposto de renda, de pensão junto ao INSS são assuntos relacionados com as conseqüências próprias da *affetio maritalis*, da comunhão de vida estabelecida pelo afeto de seus membros.

Essas questões mais centrais, no que se refere aos motivos das parcerias homoafetivas, já estão chegando às lides judiciárias:

eu diria que o Constituinte retirou debaixo do tapete a união estável, e a trouxe para o sofá da sala. Não teve, porém, o mesmo cuidado com as relações homossexuais. Mas isto não impede o reconhecimento que **uma ligação homossexual, em termos de afetividade, tem exatamente os mesmos componentes da heterossexual (...)**. O fato de uma hipótese, rigorosamente, não existir na lei, jamais levará ao ponto de fazer desaparecer o fenômeno social, como se a omissão legislativa fosse capaz de suprimir a homossexualidade.¹³³

Verifica-se a proximidade existente entre a união estável heterossexual e a parceria entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, tal estreitamento está relacionado aos aspectos próprios da *affectio maritalis* sem a presença da formalização. Deve-se estar atento ao respeito às diferenças existentes, para o Direito voltar-se personalisticamente ao assunto, tais como a possibilidade dos parceiros heterossexuais se casarem se assim desejarem, a eventual conversão da união estável em casamento, a menor probabilidade de hierarquia entre os parceiros, a adoção e as demais questões da filiação ainda muito debatidas para as uniões homoafetivas, a estabilidade e visibilidade do relacionamento, tidas como conteúdo diversamente considerado, entre outros.

Tais especificidades podem ser fruto do atual momento histórico. É provável – ao se mirar o exemplo da Holanda, adiante tratado, que a tendência de evolução do tema mostre a franca comunhão entre as uniões hétero e homossexual – sem necessidades de ressalvas.

Ocorre que o princípio da igualdade não pode ser considerado como um nivelamento sistemático. Não se devem, em nome da igualdade, aniquilar as diferenças. Ao lado do princípio da igualdade está o também relevante princípio da pluralidade familiar a informar essas realidades. Talvez, por isso, melhor seria denominar-se o princípio da paridade, para ser destacado o tratamento diferenciado necessário ao tratamento de realidades sociais próximas, porém diversas.

¹³³TJRS. Agravo de Instrumento n.º 599.075.496. 8.ª CC. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. 17/06/99. Contrário a esse entendimento: "CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. PRETENSÃO DE MEAÇÃO DE COMPANHEIRO BASEADA NO DIREITO DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA (...). Embora faça alusão à Constituição Federal, dizendo que se trata de ação – sic, visando o reconhecimento da sociedade de fato, do Apelante com o finado (...) – calcada nos princípios dispostos pela Constituição de 05 de outubro de 1988, que lhe assegurando respeito à opção sexual, há que se repelir tal entendimento porque, **se a Carta Política não lhe nega a opção sexual, também não ampara a relação homossexual**. (Sem grifos no original). Apelação Cível n.º 7355/98 14.ª CC, TJRJ, rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, 29/09/98.

A preocupação do Direito com o objeto deste trabalho não deve resumir-se à finalidade prática de solução para os casos concretos apresentados ao judiciário. É necessária a atenção voltada igualmente para os fundamentos jurídicos em busca dessa tutela. Frisem-se, nesse aspecto, as palavras de Pedro A. Talavera FERNANDEZ: "não se trata propriamente de outorgar alguns efeitos jurídicos à relação de convivência estável entre pessoas do mesmo sexo, talvez seja mais importante **o modo de fazê-lo e o âmbito onde isto se realize**, porque disto dependerá o respeito ou a desvirtuação por parte do Direito do verdadeiro significado desta convivência afetiva."¹³⁴

A união estável, então, importa um contexto mais próximo ao conteúdo da união homoafetiva – tendo-se em vista serem ambas as realidades uniões familiares não formalizadas. Porém, deve haver sensibilidade para as especificidades atuais das uniões entre pessoas do mesmo sexo – de modo a tutelarem-se os aspectos existenciais que lhes são peculiar.

¹³⁴[Tradução: "non se trata tanto de otorgar algunos efectos jurídicos a la relación de convivencia estable entre personas del mismo sexo, quizá sea más importante **el modo de hacerlo y el ámbito donde esto se realice**, porque de ello dependerá el respeto o la desvirtuación por parte del Derecho del verdadero significado de esa convivencia afectiva."]. (Sem grifos no original). Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales, p.6.

CAPÍTULO 2

O CAMINHO TRILHADO POR VÁRIOS PAÍSES

2.1 A VIA ESCANDINAVA

A análise, ainda que breve, da legislação de outros países, que se passará a fazer, pode apresentar aportes auxiliares para o debate na construção do modelo nacional. Isto se dá especialmente no tema ora tratado – considerando-se seu recente ingresso nas discussões jurídicas, bem como a não uniformidade de solução, se verificados os países que já legislaram sobre o assunto.

Fazendo-se menção aos diversos modos de juridicamente se tratar a união homoafetiva, ocorridos em outras nações, emerge a relevância, no Direito, da concepção do **lugar**. Como podera Milton SANTOS: "o espaço aparece como um substrato que acolhe o novo, mas resiste às mudanças, guardando o vigor da herança material e cultural, a força do que é criado de dentro e resiste, força tranqüila que espera, vigilante, a ocasião e a possibilidade de se levantar"¹³⁵. Apesar da linha comum de sucessivos progressos na temática, os caminhos percorridos variam. Instiga-se, destarte, a ampliação dos horizontes do raciocínio jurídico para se enxergarem as variadas possibilidades. Abrem-se, pois, as fronteiras das respostas jurídicas possíveis.¹³⁶

A **Dinamarca** foi o primeiro país a reconhecer legalmente a união homoafetiva, em 1989.

O seu marco inicial pode ser entrevisto já em 1968, quando houve uma proposta de lei ao Parlamento dinamarquês para o reconhecimento da convivência

¹³⁵SANTOS, Milton. **Técnica espaço tempo**: globalização e meio técnico científico informacional. São Paulo: HUCITEC, 1994. p.36.

¹³⁶As informações contidas nesta seção e nas duas seguintes se embasaram principalmente nos textos das leis e na doutrina de DANNA, Daniela. *Matrimonio omosessuale* e de DI CIACCIO, Francesco. *La Famiglia omosessuale*, as quais podem ser consultadas para melhor aprofundamento sobre o assunto.

homossexual, apresentada pelo Partido dos Socialistas Populares. Como era previsível, a proposta não foi aprovada, mesmo com o apoio da Esquerda.

Todavia, cinco anos depois, em 1973, a comissão para a reforma do matrimônio discutiu a possibilidade de estendê-lo à tutela para duas pessoas do mesmo sexo. Nessa ocasião, anunciou-se a urgência dos problemas enfrentados pelos parceiros homossexuais, especialmente nas questões relacionadas com direito habitacional e sucessório – e se recomendou uma solução por outra via que não a do casamento. Não se abriu esta possibilidade, naquele momento, por justificativas atreladas aos valores tradicionais do casamento e pelo receio da repercussão que a medida poderia causar em outros países – no que se refere à validade do matrimônio dinamarquês.

Por outro lado, o movimento homossexual interessava-se por um instituto separado e nitidamente distinto do matrimônio para o reconhecimento das parcerias *gays* – isto, em grande medida, porque se desejava exprimir oposição ao modelo burguês de matrimônio e refutar a assimilação das normas de valores heterossexuais. Tinha-se em mente que o casamento incorpora uma definida divisão de papéis entre os cônjuges – com a submissão da mulher ao marido e sua atividade limitada dentro do lar –, bem como uma fidelidade exigida, na prática, apenas da mulher – exprimindo uma relação de posse sua pelo marido.

Dessa forma, os grupos de luta pelos direitos homossexuais simpatizaram-se com a idéia da criação de uma *partnerskab*, uma vez que seu significado se aproxima de conjugalidade, denotando também associação e companheirismo. Essa expressão remete ao termo inglês *partner*, o qual ingressou na Dinamarca e recebeu um uso comum.

Em janeiro de 1988, os partidos Socialistas (Socialista Popular e a Esquerda Radical) uniram-se para apresentar uma proposta de lei objetivando criar a *registreret partnerskab*. A resistência maior vislumbrou-se no Partido Cristão Popular, que iniciou uma campanha no jornal *Kristelig Dagblad* (Quotidiano Cristão). Contudo, a despeito

dos posicionamentos contrários, uma pesquisa realizada em junho de 1988 revelou serem 57% dos entrevistados favoráveis ao projeto de lei; os contrários representavam 25%; e 17 % responderam não saberem.

Em junho de 1989, a proposta de lei foi aprovada com larga maioria. Como se depreende de seu texto: "com o objetivo de parificar juridicamente modos de vida alternativos; porque o registro dá a possibilidade de viver melhor a sua própria escolha; porque aumenta a probabilidade que a convivência seja de longa duração e estabilidade também entre pessoas do mesmo sexo."¹³⁷

Estabeleceram-se direitos e deveres às pessoas que realizam o registro de sua união, semelhantemente aos previstos para os cônjuges, com duas relevantes exceções concernentes à adoção e à procriação assistida.

Segundo a legislação, um dos dois parceiros deve ser cidadão residente na Dinamarca. Visto que a finalidade da lei é a de igualar, o quanto possível, a união registrada ao matrimônio, foram estipuladas as mesmas condições de idade, capacidade e causa impeditiva. Da mesma maneira, previu-se ser o acesso ao registro impedido para pessoas casadas e àquelas que fazem parte de outra união registrada.

Os primeiros parceiros da Dinamarca e do mundo a formalizarem sua união foram Axel (72 anos) e Eigil Axgil (67 anos), depois de quarenta anos de vida em comum e muita dedicação ao movimento de liberação homossexual – eles, já em 1957, escolheram um cognome comum, elaborado pela fusão de seus primeiros nomes. Outros dez parceiros, todos compostos de homens, oficializaram suas uniões, em primeiro de outubro de 1989, no município de Copenhague.

De primeiro de outubro de 1989 a primeiro de janeiro de 1996, na Dinamarca, mais de duas mil parcerias formalizaram sua convivência. Cerca de noventa, dentre estas, vivem com filhos. De outubro a dezembro de 1989 foram registradas 324 parcerias (524 homens e 124 mulheres), enquanto que em 1990 o

¹³⁷No anexo 1 encontra-se a lei na íntegra.

total foi de 428 parcerias (626 homens e 230 mulheres). Em 1991 os números decresceram para 262 uniões (348 homens e 176 mulheres), o que se manteve similar em 1992: 262 parceiras (352 homens e 172 mulheres). Em 1993 houve maior diminuição: 224 parcerias se formalizaram (320 homens e 128 mulheres). Não se tem a cifra oficial de 1994, por problemas técnicos no controle do registro. O Instituto Nacional de Estatística indicou 279 registros para 1994, 252 para 1995 e 290 para 1996. A proporção entre os sexos se encontra por volta de um terço de mulheres e dois terços de homens.

Como se mencionou anteriormente, a *registered partnership* podia ser estipulada somente quando um dos parceiros tivesse residência e nacionalidade dinamarquesas. Entretanto, em julho de 1999, estendeu-se a possibilidade de registro também para os parceiros de nacionalidade diversa – desde que residentes na Dinamarca nos dois anos precedentes ao pedido. Neste mesmo ano, houve modificação na disciplina tocante à adoção para admiti-la, conjuntamente, no que se refere ao filho natural de um dos parceiros havido antes da união registrada.

Em 1997, os homossexuais requisitaram e obtiveram da Igreja Evangélica-Luterana o direito de poder realizar um rito religioso de consagração da união, semelhante àquele tradicional do casamento.

Um importante efeito de reafirmação das conquistas alcançadas na Dinamarca deriva do fato de terem os outros países nórdicos seguido a mesma estrada.

A **Noruega**, em 1993, adotou o modelo dinamarquês de reconhecimento da parceria homossexual. Nos primeiros 5 meses da entrada em vigor da lei, ocorreram 158 formalizações de uniões. Em 1994, as uniões registradas foram 136, e, em 1995, somente 98. O total de uniões registradas, até 1.º de janeiro de 1996, foi de 392.

A proporção entre homem e mulher segue aquela dinamarquesa de dois terços do sexo masculino para um terço de mulheres; ainda, mais da metade dos parceiros são residentes em Oslo.

O projeto de Lei sobre a *partenrskap* foi apresentado por iniciativa do Ministério da Criança e da Família no governo do partido trabalhador de 1992. Nesse mesmo ano, ocorreu uma importante decisão do Ministério da Justiça: a concessão

de residência por motivo de reunião de família para a inglesa Anna Reeder, companheira da norueguesa Wenche Larsen.

O tempo de aprovação foi breve. Na primavera de 1993, a primeira câmara, o *Storting*, aprovou, com 158 votos favoráveis e 109 contrários, o projeto de lei; também a segunda câmara, o *Odelsting*, pronunciou-se com uma maioria de 58 a 40. No dia da aprovação na segunda câmara, a Ministra da Criança e da Família, Grete Berget, definiu a lei como "um passo histórico na via da aceitação social dos homossexuais".

Em 1.º de agosto de 1993, na cidade de *Skien*, ocorreu a primeira formalização de união homoafetiva na Noruega. O dia mais marcante e propriamente simbólico foi 6 de agosto, data pré-escolhida para celebração da união de duas parcerias de homens e duas de mulheres, com milhares de pessoas presentes na ocasião. Um exemplo é o da psicóloga Anbjorg Ohnstad, de 44 anos, que pôde formalizar sua relação, a qual já durava 19 anos.

Como terceiro país a adotar a parceria registrada encontra-se a **Groenlândia**, que, em fevereiro de 1994 – por proposta da Ministra para os assuntos sociais, Henriette Rasmussen –, requisitou à Rainha da Dinamarca, segundo os acordos entre os dois Estados, a extensão da lei deste país a seu próprio território.

O parlamento **sueco**, por sua vez, adotou, em 7 de julho de 1994, o sistema dinamaquês de registro.¹³⁸ A votação foi apertada, 171 votos favoráveis e 141 contrários. Sua entrada em vigor se deu no início de 1995. Os dados estatísticos revelam 330 uniões em 1995, 250 entre homens e 80 entre mulheres; enquanto que, em 1996, o total foi de 155 parcerias: 100 de homens e 50 de mulheres.

Em 2 de janeiro de 1995, Hans Jonsson, 43 anos, e Sven-Olov, 58 anos, foram os primeiros suecos a inscreverem-se como parceiros homossexuais. Nesta legislação há previsão da formalidade com caráter de cerimônia.

Porém, desde outubro de 1988, as parcerias homossexuais já recebiam algumas vantagens – depois de cumpridos pelo menos seis meses de vida doméstica, sexual e econômica comuns. Foi um importante início de transformação,

¹³⁸Para consultar a lei, ver Anexo 1.

a ponto de se considerar a Suécia como o primeiro país a tutelar a união homossexual. Contudo, teve o significado de primeiros passos, não propriamente familiares, pois, por exemplo, não se verificou, naquele momento, a possibilidade de herança entre os parceiros.

Na Islândia criou-se a oportunidade dos *gays* registrarem a sua *stadhfest samvist* (convivência fixa). A lei apresentada pelo Ministro da Justiça foi aprovada pelo *Althingi*, o parlamento mais antigo do mundo, em 04 de junho de 1996, quase com unanimidade: houve somente uma abstenção e um voto contrário. Entrou em vigor logo após, em 27 de junho, na ocasião das comemorações do dia do orgulho *gay*.¹³⁹ Duas das primeiras parcerias formalizadas participaram de um encontro organizado, com a presença do Presidente da República Vigdis Finnbogadottir e de 400 pessoas – transmitido ao vivo pela televisão.

Obtiveram a possibilidade de se responsabilizarem pelos filhos conviventes que forem descendentes biológicos de um dos parceiros, enquanto durar a parceria. Por outro lado, mesmo às parcerias registradas, não se possibilitou a inseminação artificial. No segundo semestre de 1996, 17 parceiras registraram sua relação afetiva numa população de 270.000 pessoas.

Ao lado dos passos largos rumo ao reconhecimento da união homoafetiva, algumas dificuldades formais ocorreram. Na Suécia, questionou-se a necessidade do comparecimento pessoal para o registro. O empecilho maior adveio dos oficiais do registro, os quais se posicionaram contrariamente à celebração, prevista nos atos parlamentares, recusando um terço deles a formalizar a união *gay*. Contudo, em 95% das cidades, segundo o movimento homossexual sueco, é possível encontrar oficiais que aceitam declarar como *partner* dois homens ou duas mulheres. Contrariamente às demais localidades da Dinamarca estipularam-se, em Copenhague, horários diferentes para as formalidades hétero e homossexuais.

¹³⁹Para consultar a legislação, vide Anexo 1.

2.2 AS EXPERIÊNCIAS DA HOLANDA, DA FINLÂNDIA, DA BÉLGICA E DA HUNGRIA

Na Holanda, em 1.º de janeiro de 1998, os primeiros companheiros homossexuais foram beneficiados com o registro.

Tudo começou em 1987, quando um redator e um consultor jurídico do jornal *De Gay Krant* se aperceberam de que o Código Civil não afirmava, expressamente, dever o casamento ser entre um homem e uma mulher – não havendo explicitamente nenhum artigo o qual proibisse o matrimônio homossexual. Com base nestes fatores, Frans Stella e Gerad Kuipers procuraram, inutilmente, casar-se.

Três anos depois, duas mulheres chegaram até a Suprema Corte, por força do fundamento de violação da Convenção Européia dos Direitos dos Homens e da Declaração do Homem – que tutelam o direito humano fundamental de constituir-se uma família. Mas, segundo a decisão da Corte, as parceiras homossexuais não podem casar porque, no matrimônio, os cônjuges devem ter a possibilidade de relações sexuais com a perspectiva do nascimento de filhos. Todavia, os juízes reconheceram que, em matéria de hereditariedade, pensão e taxas, os direitos devem ser iguais e recomendaram ao legislador pôr um fim nas desvantagens existentes.

Os movimentos homossexuais passaram a exigir o reconhecimento expresso de sua união desde a decisão da Suprema Corte. O município de Deventer tomou a iniciativa, em junho de 1991, de estabelecer um registro de convivência onde as parcerias homossexuais poderiam inscrever-se. As primeiras a fazê-lo foram Janna Van der Hoef, de 48 anos, e Pauly Van der Wildt, de 47 anos.

A difusão dos registros manteve-se constante e, em dezembro de 1996, essa possibilidade se dava em 130 municípios – incluindo Amesterdã. Quando a lei sobre a união homossexual entrou em vigor, estes registros anteriores ganharam caráter oficial.

Assim, nos anos 90, aos poucos, os conviventes passaram a progressivamente adquirir direitos de pensão, assistência social, e outros; mas não de hereditariedade, por exemplo.

Nesta época tornou-se notório o caso de duas mulheres, Kerkhoven e Hinke, as quais conviviam com um filho natural da segunda e que procuraram obter os direitos de filiação conjuntamente. Não obtiveram êxito. Em 1989, a Corte Suprema denegou o pedido e o veredito foi confirmado, em 1992, pela Comissão Européia para os Direitos do Homem.

Na primavera de 1994, foi finalmente apresentada ao governo Holandês a proposta de formalização das uniões – a qual não seria somente reservada aos homossexuais. Dessa forma, em julho de 1997, o Parlamento aprovou uma lei, proposta pelo Ministro de Justiça, permitindo às convivências, homo ou heterossexuais, o registro de sua união. A lei entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1998.

Porém, uma maioria de deputados da Segundo Câmara revelou-se favoravelmente à abertura do matrimônio, com todas suas prerrogativas, às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Conseqüentemente, em 12 de setembro de 2001, dois anos depois da primeira legislação, foi aprovada a lei pela "Lower House", e, em 19 de dezembro de 2000, pela "Upper House", para, em 1.º de abril de 2001, entrar em vigor uma legislação distinta das demais por tutelar a união homoafetiva sem criar um instituto diverso para tanto.¹⁴⁰

Nesta lei se consentiu aos homossexuais o direito de usufruírem do mesmo instituto matrimonial, tradicionalmente reservado aos heterossexuais.¹⁴¹ A Holanda figura, então, como o primeiro país a estender o regime do casamento aos parceiros do mesmo sexo.

¹⁴⁰No Anexo 1 deste trabalho pode ser encontrada a versão, em Inglês, da referida lei, na íntegra.

¹⁴¹"Preamble:considering that it is desirable to open up marriage for persons of the same sex and to amend Book 1 of the Civil Code accordingly; (...) E - Article 30 shall read as follows:Article 30 -1. A marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex. 2. The law only considers marriage in its civil relations."

Segundo a lei de dezembro de 2.001, pode-se, até mesmo, converter a parceria registrada em casamento.¹⁴² Da mesma maneira, do casamento pode-se ingressar na parceria registrada.¹⁴³ Cria-se impedimento ao casamento entre descendentes e ascendentes e entre irmãos.¹⁴⁴

Concomitantemente à abertura ao casamento, possibilitou-se, depois de três anos de convivência, aos homossexuais o direito de adotarem crianças.¹⁴⁵

Cumpra esclarecer que a lei anterior, ao lado da inovadora abertura para o casamento, mantém-se em vigor. Ou seja, independentemente da orientação sexual, o registro da união continua possível. Caberá aos parceiros a opção pelo registro da parceria ou o acesso ao casamento, com a possibilidade de migrar de um instituto para outro.

Segundo Menk Krl, líder do movimento *gay* Holandês, as parcerias homossexuais serão, em pouco tempo, 15% do total dos matrimônios celebrados em Amsterdã.

¹⁴²"L - A new article 80f shall be inserted: Article 80f -1. When two persons indicate to the registrar that they would like their registered partnership to be converted into a marriage, the registrar of the domicile of one of them can make a record of conversion to that effect. If the registered partners are domiciled outside the Netherlands and want to convert their registered partnership into a marriage in the Netherlands, and at least one of them has Dutch nationality, conversion will take place with the registrar in The Hague (...)."

¹⁴³"H - A new article 77a shall be inserted: Article 77a -1. When two persons indicate to the registrar that they would like their marriage to be converted into a registered partnership, the registrar of the domicile of one of them can make a record of conversion to that effect. If the spouses are domiciled outside the Netherlands and want to convert their marriage into a registered partnership in the Netherlands, and at least one of them has Dutch nationality, conversion will take place with the registrar in The Hague (...)."

¹⁴⁴"G - (Insertion of the words brothers "and sisters" in article 41, which will now read as follows: Article 41 - 1. A marriage cannot be contracted between those who are, by nature or by law, descendant and ascendant, brothers, sisters or brother and sister. 2. Our Minister of Justice can. For weighty reasons, grant exemption from this prohibition to those who are brothers, sisters or brother and sister through adoption.)"

¹⁴⁵"*preamble*: considering that it is desirable to amend the rules on adoption and related provisions in Book 1 of the Civil Code as regards the introduction of the possibility of adoption by persons of the same sex."

Na **Finlândia**, houve proposta de lei, em maio de 1996, a qual recebeu um respeito mais amplo do que um outro projeto de lei realizado três anos antes prevendo a adoção de crianças e a possibilidade de unirem-se também parceiros não finlandeses. Em 8 de março de 2002, entrou em vigor a lei aprovada em setembro de 2001. Inaugurou-se a possibilidade de registrarem-se oficialmente as parcerias civis. Ela foi aprovada por 45 deputados de sete partidos e submetida à comissão de justiça. O primeiro ministro Paavo Lipponen subscreveu a proposta e, segundo pesquisa, 67% dos finlandeses se declararam favoráveis ao registro.

Uma particularidade no panorama da Finlândia merece destaque. Uma associação chamada Hofa (união de Famílias Gays e Lésbicas), fundada em Helsinki em 1992, possibilita aos parceiros uma forma de 'casamento', com certificado de matrimônio. A referida organização empenha-se pela monogamia e deseja, ao mesmo tempo, ser uma escola de pensamento filosófico. Também merece ser mencionado que já eram reconhecidas em algumas cidades, como por exemplo em Helsink, desde 1991, a concessão de direitos de habitação – semelhantemente à que se defere aos heterossexuais.

Desde janeiro de 2000, na **Bélgica**, pode-se contratar a 'coabitação legal'. Refere-se a um instituto o qual se aplica tanto aos héteros como aos homossexuais. Confere-se um núcleo mínimo de direitos àqueles que regularizam sua situação perante um notário.

A **Hungria** igualmente vem fazendo história com sua decisão de considerar como união de fato – norma de Direito Civil, mas não de família – as parcerias entre homossexuais. Uma emenda ao Código Civil foi aprovada, em 21 de maio de 1996, para atender a uma determinação da Corte Constitucional húngara. Esta, um ano antes, havia ordenado ao Parlamento o cancelamento de tal discriminação – por iniciativa de um processo judiciário proposto pela associação homossexual Homeros Lambda, em 1993. Em 08 de março de 1995, a Corte decretou que a convivência homossexual, como unidade econômica e afetiva, não pode ser tratada dissonantemente daquela

hétero. Os juízes determinaram ao Parlamento a escolha entre a aprovação de uma lei para a união homossexual ou a modificação do artigo do Código Civil sobre a convivência – de forma a não se restringir à união entre homem e mulher.

2.3 O RECONHECIMENTO DE ALGUNS PAÍSES DA EUROPA OCIDENTAL

Seguindo a tendência de reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo, na **Alemanha**, em 1.º de agosto de 2001, entrou em vigor a legislação que concede direitos aos parceiros homossexuais.¹⁴⁶

Tal lei enfrentou forte oposição dos Estados conservadores (Baviera, Saxônia e Turíngia), que apresentaram recurso à Suprema Corte – requerendo sua inconstitucionalidade, sob o argumento de representar, essa legislação, uma violação à proteção constitucional de garantia do matrimônio. Os juízes, em 18 de julho de 2001, confirmaram sua constitucionalidade, sob o protesto da Conferência Episcopal Alemã e dos políticos de centro-direita.

A legislação é reservada aos companheiros do mesmo sexo. Ela autoriza um dos parceiros a adotar o sobrenome do outro. Eles são considerados herdeiros. Ao parceiro estrangeiro pode ser concedida a residência alemã e se prevêm direitos assistenciais. Porém, a lei não lhes dá direito às deduções dos impostos e à adoção de crianças. Recebe o nome de parceria registrada.¹⁴⁷

Na **Inglaterra** fortes são as resistências contrárias à união homossexual. Contudo, uma importante conquista ocorreu, em 5 de setembro de 2001, com a inauguração do primeiro registro de união civil da Grã-Bretanha. Os primeiros companheiros a efetuarem a formalização foram Ian Buford, 68 anos, e Alexander Cannel, 62 anos, os quais mantinham um relacionamento estável há 38 anos.

¹⁴⁶A lei pode ser verificada no anexo deste trabalho.

¹⁴⁷Foi noticiada pela imprensa brasileira: Alemanha tem os primeiros casamentos gays. In: Folha de São Paulo, 2 de agosto de 2001, caderno mundo, p.A13.

Na **Espanha** a conquista se deu na Catalunha. A definitiva lei catalã foi precedida de um projeto de lei, o qual englobava as situações de convivência baseadas na ajuda mútua, seguindo o espírito do Pacto de Solidariedade do Direito francês.¹⁴⁸ Neste aspecto a lei aprovada foi modificada de maneira substancial.¹⁴⁹ O Parlamento da Catalunha aprovou, em 30 de junho, a legislação sobre as uniões estáveis de parcerias. Considerou-se ser a regulação das modalidades de matrimônio uma competência exclusiva do Estado espanhol; mas, para o legislador catalão, as uniões de fato são matérias diferentes do casamento – abrindo-se espaço para a competência do Direito da Catalunha. Não obstante ser o mesmo diploma legislativo, independentemente da orientação sexual, as suas disposições são divididas em dois capítulos, um para a união estável heterossexual (artigos 1.º a 18) e outro dirigido à homossexual (artigos 19 a 35). Depois dos referidos capítulos, há uma disposição adicional outorgando a competência à jurisdição ordinária, enquanto o Estado Espanhol não regular a matéria. Da mesma forma, existe uma regulação transitória no sentido de considerar o tempo de convivência já transcorrido antes da entrada em vigor da lei. Nas disposições finais, encontra-se uma previsão que reza ser exigível a inscrição em um registro só se assim dispuser, futuramente, uma legislação espanhola.

O artigo 19 define a união homossexual tutelada: "as disposições do presente capítulo se aplicam as uniões estáveis de parcerias formadas por pessoas do mesmo sexo que convivam maritalmente e manifestem sua vontade em ingressarem a esta regulação na forma prevista."¹⁵⁰

¹⁴⁸Para a verificação do "Projecte de Llei sobre Relacions de Convivència Diferents al Matrimoni", consultar o anexo da obra de FERNÁNDEZ, Pedro Talavera. Fundamentos para el reconocimiento jurídico (...).

¹⁴⁹A Llei d'Unions Estables de Parella completa encontra-se no anexo.

¹⁵⁰"**Artículo 19. La unión estable homosexual:**Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista."

Não podem constituí-la os menores de idade, aqueles que estão ligados por vínculo matrimonial, os que formem parceria estável com outra pessoas e parentes em linha reta ou até o segundo grau colateral, por consaguinidade ou adoção.¹⁵¹

Exige-se obrigatoriamente sua formalização mediante escritura pública conjunta, na qual conste a capacidade de ambos para estabelecer a referida convivência. Os efeitos ficam ligados à data da outorga, mas para que se verifiquem, diferentemente da união heterossexual, não se exige nenhum prazo prévio de convivência. Em consequência, os efeitos se podem verificar logo após o momento da escritura de constituição.¹⁵²

Determina-se a liberdade de pactuar-se nos planos pessoais e patrimoniais. Na ausência de pacto, a lei dispõe sobre um conteúdo mínimo de regras aplicáveis.¹⁵³ Complementam-se essas disposições com uma enumeração indicando o que se deve entender por "gastos comuns".¹⁵⁴

¹⁵¹"**Artículo 20. Requisitos personales.** 1. No pueden constituir la unión estable objeto de esta normativa:a) Las personas menores de edad.b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción."

¹⁵²"**Artículo 21. Acreditación.** 1. Estas uniones se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente. 2. Se hará constar que no se hallan incluidos en ninguno de los supuestos establecidos por el apartado 1 del art. 20. 3. Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia."

¹⁵³"**Artículo 22. Regulación de la convivencia**1. Los convivientes pueden regular válidamente, de forma verbal o mediante documento privado o público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, los derechos y los deberes respectivos.También pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. 2. Si no hay pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes."

¹⁵⁴"**Artículo 23. Gastos comunes de la pareja**1. Tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos o las hijas de alguno de los miembros de la pareja que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.b) Los de

Relevantes efeitos são previstos, quais sejam: preferência do convivente em caso de tutela por incapacidade do outro parceiro; dever de alimentos entre eles; benefícios ao parceiro funcionário público em virtude de invalidez do convivente; regras para a disposição da casa comum.¹⁵⁵

Impõe-se o prazo de seis meses para estabelecer-se um novo contrato em caso de ruptura.¹⁵⁶

conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja.c) Los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias. 2. No tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja."

¹⁵⁵"**Artículo 25. Tutela.** En el caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa.**Artículo 26. Alimentos** Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado. **Artículo 27. Beneficios respecto a la función pública** En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los siguientes beneficios:a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra localidad.c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva con él. Esta reducción es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.**Artículo 28. Disposición de la vivienda común** 1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial. 2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita por el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente, en el plazo de cuatro años, desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. 3. No procederá la anulación permitida por el apartado 2 cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, quien haya dispuesto de la misma responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable."

¹⁵⁶"**Artículo 29. Efectos de la ruptura.** 1. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior."

Há previsão quanto aos efeitos da extinção da parceria em vida, no sentido da possibilidade de reclamar-se compensação econômica se houver desequilíbrio por parte de alguém, para evitar-se o enriquecimento sem causa; bem como há a viabilidade de pedido de pensão alimentícia.¹⁵⁷

Em caso de morte do parceiro, prevêem-se ao superveniente os seguintes direitos: direito às roupas e mobiliários sem os computar no haver hereditário, com exceção das jóias, objetos artísticos, históricos e outros de valor especial; direito a permanecer na moradia comum durante o ano seguinte; direito a subrogar-se como arrendatário da moradia.¹⁵⁸

Em caso de sucessão intestada, estabelece-se que: em concorrência com ascendentes ou descendentes, até a quarta parte do valor da herança; se não há ascendentes ou descendentes, em concorrência com os colaterais tem direito à metade da herança; no caso de faltarem todos os anteriores, tem direito a toda a herança.¹⁵⁹ Por último, há a previsão de uma espécie de "legítima" em caso de

¹⁵⁷"**Artículo 31. Efectos de la extinción de la unión en vida de los convivientes** 1. Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con una retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar l otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. 2. Cualquiera de los dos miembros de la pareja puede reclamar al otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en el caso de que la convivencia haya reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos."

¹⁵⁸"**Artículo 33. Extinción por defunción.** En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia conste, el superviviente tiene los derechos siguientes: a) A la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario. Sin embargo, no accede a la propiedad de los bienes que consistan en joyas u objetos artísticos o históricos, y otros que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relictos, en especial los muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente premuerto o en la parte que le pertenezcan. b) A residir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte del conviviente. Este derecho se pierde si, durante el año, el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona. c) A subrogarse, si el difunto era arrendatario de la vivienda, en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos."

¹⁵⁹"**Artículo 34. Sucesión intestada.** 1. En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de la cual consta la convivencia, el supérstite tiene, en la sucesión intestada, los derechos siguientes: a) En concurrencia con descendientes o ascendientes, el conviviente supérstite que no

testamento, para outorgar-se ao parceiro, pelo menos, a quarta parte da herança.¹⁶⁰

Em Portugal, depois da exclusão da parceria homossexual da legislação matrimonial de 1999, o Parlamento, em 15 de março de 2001, surpreendeu a todos. A Lei 7/2001 revogou a Lei 135/1999.¹⁶¹

Estipulou-se que os parceiros homossexuais ou heterossexuais, em união de fato por mais de dois anos, possuem tutela jurídica semelhante a dos heterossexuais unidos pelo casamento.¹⁶² Dessa maneira, restabeleceu-se o regime prévio da união de fato, mas estendendo o regime fixado para a parceria homossexual.

As formalidades de constituição são dispensadas. No entanto, a legislação elenca alguns fatos considerados impeditivos de efeitos.¹⁶³

tenga medios económicos suficientes para su adecuado sustento puede ejercer una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia. También puede reclamar la parte proporcional de los frutos y las rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte del conviviente o de su valor en dinero. b) Si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto, en concurrencia con colaterales de éste, dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de éstos, si han premuerto, tiene derecho a la mitad de la herencia. c) A falta de las personas indicadas en el apartado b), tiene derecho a la totalidad de la herencia. 2. En el supuesto previsto por la letra a) del apartado 1, serán de aplicación los siguientes criterios: a) Para fijar la cuantía del crédito se deducirán los bienes y derechos que el premuerto ha atribuido al conviviente en su herencia, aunque éste renuncie, en unión con los propios del superviviente y con las rentas y salarios que éste percibe, que serán capitalizados, a este efecto, al interés legal del dinero. b) La cuantía del crédito se limita a los bienes o dinero necesarios para proporcionar al superviviente medios económicos suficientes para su adecuado sustento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior. c) El crédito a favor del conviviente superviviente se pierde por renuncia posterior al fallecimiento del causante; por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del superviviente antes de reclamarla; por su fallecimiento sin haberla reclamado, y por la prescripción al cabo de un año a contar desde la muerte del causante."

¹⁶⁰"**Artículo 35. Sucesión testada.** El conviviente supérstite tiene en la sucesión testada del conviviente premuerto el mismo derecho establecido por el art. 34, en el apartado 1.a), con aplicación de los criterios del apartado 2."

¹⁶¹Para uma análise mais detalhada: PAIS, Sofia Oliveira. De facto relationships and same-se relationships in Portugal.

¹⁶²"Artigo 1.º - Objecto. 1 - A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos."

¹⁶³"São impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei: a) Idade inferior a 16 anos; b) Demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) Casamento anterior não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de

O artigo 3.º estipula os efeitos produzidos pela parceria com clara referência ao aspecto familiar das uniões não formadas pelo casamento, tratando paritariamente as uniões hétero e homossexuais.¹⁶⁴

Igualmente se tutelam a casa de morada da família e residência comum, por intermédio do direito real de habitação, e a transmissão de arrendamento.¹⁶⁵

Quanto à questão da adoção, a lei confere sua possibilidade exclusivamente às uniões heterossexuais.¹⁶⁶

A lei, em seu artigo 8.º, prevê as seguintes formas de dissolução da união de fato: pelo falecimento de um dos membros; com o casamento de um dos

peças e bens; d) Parentesco na linha recta ou no 2º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta; e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro."

¹⁶⁴"Artigo 3.º - Efeitos. As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a: a) Protecção da casa de morada de família, nos termos da presente lei; b) Beneficiar de regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei; c) Beneficiar de regime jurídico das férias, feriados e faltas, aplicado por efeito de contrato individual de trabalho, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da lei; d) Aplicação do regime do imposto de rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens; e) Protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social e da lei; f) Prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, nos termos da lei; g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, nos termos da lei."

¹⁶⁵"Artigo 4.º - Casa de morada de família e residência comum. 1 - Em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada comum, o membro sobrevivente tem direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, sobre a mesma, e, no mesmo prazo, direito de preferência na sua venda. 2 - O disposto no número anterior não se aplica caso ao falecido sobrevivam descendentes com menos de 1 ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendam habitar a casa, ou no caso de disposição testamentária em contrário. 3 - Em caso de separação, pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no N.º 1 do artigo 84 do Regime do Arrendamento Urbano. 4 - O disposto no artigo 1793 do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84 do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente."

¹⁶⁶"Artigo 7.º - Adopção. Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979 do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas."

parceiros; por vontade de um dos companheiros. Neste último caso, apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretender fazer valerem direitos da mesma dependentes, a proferirem-se na ação onde os direitos reclamados forem exercidos, ou em ação que seguir o regime processual das ações de Estado.

Merece destaque o sistema do PAC'S da **França**. Permite-se um pacto de solidariedade entre pessoas, criando-se efeitos semelhantes aos da família formalizada. Não há distinção de orientação sexual. Portanto, o modelo é o mesmo para héteros ou homossexuais. A própria relação sexual entre os que querem criar solidariedade entre si é prescindida, porquanto se pode pactuar com pessoas com as quais – apesar da convivência com características próximas daquelas da família tradicional – não haja relacionamento amoroso, erótico e sexual.

O PAC'S foi aprovado em 13 de outubro de 1999, uma vez declarado constitucional, em 10 de novembro de 1999; foi promulgado, em 16 de novembro de 1999, pelo presidente Jacques Chirac.

O ex-Presidente François Mitterrand também é lembrado, nesse contexto, como protagonista do importante papel de sensibilizar a população francesa no que se refere às questões dos direitos dos homossexuais. Imediatamente após sua vitória eleitoral, em 1981, o novo ministro interno da defesa endereçou ao diretor geral da polícia nacional um comunicado afirmando que, conforme a recomendação do Presidente, nenhuma discriminação deveria continuar a pesar sobre uma determinada categoria de pessoas em função de sua orientação sexual. Apesar de não ter sido aprovada a lei reconhecedora dos direitos homossexuais em seu mandato, Mitterrand auxiliou a radicar na sociedade um inovador modo de perceberem-se essas questões.

As primeiras a se apresentarem, em Paris, para formalizar sua união foram duas jovens: Julie de 24 anos e Judith de 23.

O PAC'S não foi uma idéia isolada, houve outras tentativas de se criar um estatuto jurídico aos homossexuais. Contudo, em 1996, começou-se a falar em uma

disciplina que não se resumisse unicamente às parcerias homossexuais – e sim que tivesse como núcleo central a solidariedade entre sujeitos de qualquer sexo. Depois de um debatido trâmite parlamentar, o projeto foi aprovado com 315 votos favoráveis, 249 contrários e 4 abstenções. O texto foi submetido à Corte Constitucional Francesa, como prevê o ordenamento da França. Nessa ocasião, os juízes destacaram que a noção de vida em comum não diz respeito somente à comunidade de interesse formada – não se limitando à exigência da simples coabitação entre duas pessoas –, deve haver a solidariedade própria da noção de família.

O texto do PAC'S inicia com a seguinte definição: "o pacto civil de solidariedade é o contrato concluído por duas pessoas maiores, de sexo diverso ou igual, a fim de organizarem a própria vida em comum".¹⁶⁷

Independentemente do sexo, duas pessoas podem estipular o referido pacto. Mas não são todos que têm essa possibilidade. Não se poderá configurar entre ascendente e descendente em linha reta, entre parentes em linha reta ou colateral até o 3.º grau e entre duas pessoas das quais uma ao menos já esteja vinculada a um outro PAC'S ou a um matrimônio.¹⁶⁸

Independentemente da orientação sexual, os parceiros, que desejem estipular entre si este tipo de 'contrato', devem apresentar uma declaração conjunta, na qual afirmem o desejo de instaurar entre si o pacto e formalizá-lo no órgão competente da localidade de moradia comum. Determina, pois, a data de início e a oponibilidade perante terceiro. Eventuais modificações posteriores no pacto deverão ser anotadas segundo a formalidade.¹⁶⁹

¹⁶⁷ «Art. 515-1. - Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.»

¹⁶⁸ «Art. 515-2. - A peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité: « 1o Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus; « 2o Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage; « 3o Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité.»

¹⁶⁹ «Art. 515-3. - Deux personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune. « A peine d'irrecevabilité, elles produisent au greffier la convention passée entre elles en

Os protagonistas de um PAC'S possuem o dever de ajuda mútua espiritual e material, de acordo com determinadas modalidades concretas fixadas no contrato. Como se trata de um dever entre os parceiros do PAC'S, não se reconhece nenhuma cláusula que exclua a necessidade de ajuda mútua.¹⁷⁰

No ato da estipulação do pacto civil, os dois conviventes podem declarar se pretendem o regime legal de bens ou se preferem a separação total. Os bens adquiridos a título oneroso, depois da conclusão do pacto, presumem-se comuns – salvo declaração expressa em sentido diverso no momento da aquisição. Os parceiros podem escolher também o regime de separação dos bens móveis adquiridos na constância do pacto. Porém, em não havendo estipulação, presume-se a comunhão pela metade.¹⁷¹

double original et joignent les pièces d'état civil permettant d'établir la validité de l'acte au regard de l'article 515-2 ainsi qu'un certificat du greffe du tribunal d'instance de leur lieu de naissance ou, en cas de naissance à l'étranger, du greffe du tribunal de grande instance de Paris, attestant qu'elles ne sont pas déjà liées par un pacte civil de solidarité.« Après production de l'ensemble des pièces, le greffier inscrit cette déclaration sur un registre.« Le greffier vise et date les deux exemplaires originaux de la convention et les restitue à chaque partenaire. « Il fait porter mention de la déclaration sur un registre tenu au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire ou, en cas de naissance à l'étranger, au greffe du tribunal de grande instance de Paris. « L'inscription sur le registre du lieu de résidence confère date certaine au pacte civil de solidarité et le rend opposable aux tiers. « Toute modification du pacte fait l'objet d'une déclaration conjointe inscrite au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial, à laquelle est joint, à peine d'irrecevabilité et en double original, l'acte portant modification de la convention. Les formalités prévues au quatrième alinéa sont applicables. « A l'étranger, l'inscription de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux deuxième et quatrième alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte.

¹⁷⁰«Art. 515-4. - Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte.« Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun.

¹⁷¹«Art. 515-5. - Les partenaires d'un pacte civil de solidarité indiquent, dans la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles meublants dont ils feraient l'acquisition à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte. A défaut, ces meubles sont présumés indivis par moitié. Il en est de même lorsque la date d'acquisition de ces biens ne peut être établie.« Les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement.

O término do PAC'S se dá de três maneiras: por vontade, por matrimônio ou por morte. Se a decisão for de comum acordo em finalizar um PAC'S, devem os parceiros apresentar uma declaração neste sentido e registrá-la no órgão competente do lugar onde se mantém a residência. Esta declaração é apontada naquela original do PAC'S. Quando somente um dos parceiros deseja finalizar o PAC'S, deve ele notificar sua vontade ao outro e enviar uma cópia ao órgão competente para a realização da devida anotação. No caso de um dos parceiros se casar, a parte que se casou deve notificar a outra acerca do casamento e enviar uma cópia da notificação ao órgão competente. Em caso de falecimento, o convivente sobrevivente deve enviar cópia da certidão de óbito para o ofício onde consta o registro inicial.¹⁷²

Merece sublinhar-se que no sistema Francês são os próprios parceiros quem procedem ao fim do pacto. Apenas quando se torna impossível um acordo neste sentido será o judiciário quem decidirá as conseqüências patrimoniais, conforme disposto na parte final do artigo 515-7.

O artigo 3.º deste texto prevê que, no título XII do livro I do Código Civil, acrescente-se ao capítulo II a seguinte definição de concubinato: "uma união de fato, caracterizada por uma vida em comum, apresentando uma característica de estabilidade e continuidade, entre duas pessoas de sexo diverso ou igual, que vivem em parceria."¹⁷³

¹⁷²«Art. 515-7. - Lorsque les partenaires décident d'un commun accord de mettre fin au pacte civil de solidarité, ils remettent une déclaration conjointe écrite au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel l'un d'entre eux au moins a sa résidence. Le greffier inscrit cette déclaration sur un registre et en assure la conservation.» Lorsque l'un des partenaires décide de mettre fin au pacte civil de solidarité, il signifie à l'autre sa décision et adresse copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.» Lorsque l'un des partenaires met fin au pacte civil de solidarité en se mariant, il en informe l'autre par voie de signification et adresse copies de celle-ci et de son acte de naissance, sur lequel est portée mention du mariage, au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.(...) «Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.»

¹⁷³Le titre XII du livre Ier du code civil est complété par un chapitre II ainsi rédigé: « Chapitre II « Du concubinage» Art. 515-8. - Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.»

Direitos assistenciais e trabalhistas também se verificam (artigos 8.º e 9.º). O artigo 7.º introduz uma modificação ao artigo 161-14 do Código de Previdência Social, e o artigo 14 – mediante uma modificação na lei nº. 89-462 de 6 de julho de 1980 – equipara os membros do PAC'S aos cônjuges.

Porém, o novo texto do PAC'S não incide sobre os demais títulos do primeiro livro do Código Civil, ou seja, aqueles referentes à filiação natural ou à adotiva e à autoridade parental.

Verificado o reconhecimento da união homoafetiva em vários países, deve-se mencionar, apesar das resistências, que algumas outras conquistas menores se vão operando na dialética dos debates, contribuindo também para a visibilidade social. Tome-se como exemplo a **Itália**, um país fortemente vinculado aos dogmas da Igreja Católica. Contrariamente aos demais países, vários juristas italianos, ao publicarem artigos em revistas especializadas de Direito, posicionam-se contrariamente às parcerias homoafetivas. Da mesma maneira, os projetos de lei sobre o tema não vêm merecendo aporte (proposta de lei sobre união civil, em 1993). Mesmo assim, alguns frutos podem ser colhidos. Destaque-se, nesse sentido, que "il Comune di Pisa" procurou criar, em junho de 1996, um registro para união civil, obtendo êxito, em 1998, depois de superar o exame dos órgãos regionais de controle. Foi a primeira vez que um "Comune, Capoluogo di Provincia" deliberou nesse sentido, tendo como fundamento a plena dignidade da união civil. No Registro podem inscrever-se pessoas que coabitem há, ao menos, um ano – por motivo afetivo ou de recíproca assistência moral ou pessoal, independentemente da orientação sexual. Pelo registro da união civil há a extensão de alguns direitos próprios do âmbito familiar. Em 09 de julho de 1998, o primeiro registro foi feito por duas mulheres, parceiras homossexuais. Depois de Pisa, a mesma estrada percorreram Arezzo, Senigallia, Indago, Cremasco, Bolonha e Firenze.

Essas localidades já estão em sintonia com o espírito do Parlamento Europeu, o qual aprovou duas resoluções específicas favoráveis aos direitos dos homossexuais. A primeira, em 8 de fevereiro de 1994, com 159 votos favoráveis e 98 contrários e 18

abstenções, e a segunda, em 17 de setembro de 1998, indicando o caminho a ser seguido para a completa equiparação de tratamento a todos os cidadãos europeus. Nesta resolução, há menção objetiva para acesso ao casamento ou criação de um instituto jurídico equivalente, garantindo-se plenamente os direitos e as vantagens. Da mesma forma, opõe-se claramente à limitação de guarda e adoção, entre outros. As mencionadas diretrizes do Parlamento Europeu não se resumem a indicar direitos a serem tutelados. Elas tecem, igualmente, relevantes fundamentos para seus objetivos. A de 1994, por exemplo, prega a paridade de tratamento a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual; considera a maior visibilidade pública dos homossexuais; menciona os problemas de intimidação e violência de que são vítimas os *gays* e destaca as transformações sociais conquistadas. A de 1998 até indica, desdobrando por país, qual a discriminação a ser combatida.¹⁷⁴

2.4 A CONTRIBUIÇÃO NORTE-AMERICANA

Traçar os parâmetros de um país seguidor do Direito Inglês pode contribuir para uma análise não legalizada acerca do assunto aqui enfocado.

O desenvolvimento de um estudo crítico, o qual não se limite ao Direito Privado centrado em códigos, ganha razão por estarmos filiados à família romano-germânica. Ou seja, estas observações são pertinentes dentro deste sistema ao qual nos filiamos.

Na busca da superação do legado exclusivista do legalismo tipicista, interessante torna-se a análise de outras formas de conceber o Direito, com suas qualidades e seus aspectos negativos.

Destarte, apesar da idéia tão corrente de que a "common law" vem a ser um direito consuetudinário, em verdade este sistema centra-se na necessidade de prece-ente jurisprudencial. Se o modelo brasileiro encontra empecilho nos limites da fonte exclusiva da lei, um sistema como o adotado pelos Estados Unidos tem dificuldade em

¹⁷⁴ Ambas as resoluções encontram-se no Anexo 1.

sua evolução quando não há um precedente para novos assuntos que demandam respostas jurídicas – nas quais se deve utilizar a técnica da distinção.

Curioso é observar que apesar das características de valorizarem-se a continuidade histórica – sem processos de renovação pelo Direito Romano ou pela Codificação, como no Direito Francês –, de ter estrutura diversa de nosso Direito, de sobrepor as questões processuais e empíricas, entre outros,¹⁷⁵ as questões referentes às uniões homossexuais nos Estados Unidos passam, não obstante os posicionamentos contrários, por transformações as quais não se fundamentam tão-só na jurisprudência, havendo significativas legislações – da mesma forma que, entre nós, o debate jurídico sobre o assunto não se reduz ao aspecto legislado, merecendo destaque a jurisprudência.

Assemelha-se estarem os sistemas perdendo seu purismo, começando a abrir-se para a pluralidade de fontes do Direito.

De modo geral, os Estados norte-americanos não admitem expressamente o matrimônio entre os homossexuais, porém não são todos os que claramente estipulam a proibição na legislação. Mesmo em havendo a negação do acesso ao casamento, esta normativa se torna contestável por um critério de constitucionalidade.

Pode-se argumentar não haver "rational basis test", ou seja, uma justificativa racional dos motivos de proibição do matrimônio para as pessoas do mesmo sexo. As decisões que consideram constitucional a proibição acreditam haver "rational basis test", uma válida legitimação racional à proibição do casamento aos homossexuais, em virtude da função histórica do instituto, da tradição ligada, da solenidade e de sua 'natureza'.

Ponderando-se a importância do antecedente jurisprudencial em um país de sistema de "common law", utilizou-se, para fundamentar a possibilidade de casamento entre gays, uma decisão da Corte Suprema Federal de 1967 (*Loving v.*

¹⁷⁵Para a análise do sistema da "common law": DAVID, René nas obras *O Direito Inglês e Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, bem como GILISSEN, John, em seu livro *Introdução histórica ao Direito*.

Virginia). Tal sentença, considerando a "equal protection", entendeu inconstitucional a proibição do casamento interracial que ainda vigorava em alguns estados, tutelando o direito fundamental ao matrimônio. Da mesma forma, argumenta-se que, como a raça, a orientação sexual não deve ser fundamento para limitar um direito que é de todos.

Em 1971, em *Baker v. Nelson*¹⁷⁶ – considerada a primeira decisão em que homossexuais pleitearam o reconhecimento do direito de se casarem –, a Suprema Corte do Minnesota afirmou não ser a classificação irracional ou arbitrária e declarou inexistir relação com o precedente *Loving v. Virginia*, pois, enquanto a raça não pode ser critério legitimamente discriminatório, a determinação de que os casais devam ser de sexo diverso é plenamente justificável.

Seguindo esse prisma, a questão técnica também se faz presente. A "equal protection clause"¹⁷⁷ é a cláusula constitucional que proíbe a arbitrária disposição legislativa. Um direito fundamental só poderá ser limitado se houver "due process of law" (justiça substancial).¹⁷⁸ Logo, o Estado deve demonstrar um "compelling interest", um interesse preeminente em virtude do qual o direito fundamental deva ser sacrificado. O "strict scrutiny" é necessário para o Estado demonstrar a existência desse interesse preeminente que justifique, primeiramente, a negação do direito, e, em segundo lugar, a discriminação. Por conseqüência, o Estado deve demonstrar ter sido sua escolha legislativa efetuada para atender um

¹⁷⁶Integra da decisão em Anexo 3.

¹⁷⁷Princípio da XIV emenda da constituição dos Estados Unidos, que obriga os Estados a aplicarem igualmente a lei a qualquer um. Não pode um Estado "deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

¹⁷⁸Assim são ditas na ordem constitucional dos Estados Unidos algumas das mais famosas garantias constitucionais (emenda V e XIX). Ninguém pode ser privado de sua vida, de sua liberdade ou de seus bens sem "due process of law". Indica o justo processo não somente como garantia de legalidade, mas também de justiça. Assumi em particular um valor de garantia constitucional, pois constitui um requisito em razão do qual a lei não poderá ser irracional, arbitrária ou caprichosa; os meios pré-escolhidos devem ter relação racional com os objetivos a que ela se propõe.

"compelling interest", justificando-se não terem os cidadãos um igual tratamento quanto a um direito fundamental.

Essas demonstrações de interesse preeminente foram requeridas pela Suprema Corte do Alasca e do Havaí, com relação à proibição dos Estados ao matrimônio homossexual. Com a primeira sentença, as duas cortes, então, enviaram o caso à corte inferior para que o Estado provasse a existência desse interesse preeminente.

Descreve-se, abaixo, mais atentamente o que se passou nos Estados acima mencionados.

Em 1990, seis pessoas (três 'casais') homossexuais se dirigiram ao departamento responsável pelas licenças para casamento no Havaí. Tal possibilidade lhes foi negada sob a justificativa de que a diversidade de sexos é necessária para o casamento – segundo a interpretação feita pelo departamento das legislações. Com base na rejeição de seus pedidos, eles foram ao judiciário requerer o direito de se casarem. Em 1993, a Suprema corte do Havaí (*Baehr v. Lewin*) entendeu que recusar as licenças para casamento aos parceiros do mesmo sexo é uma discriminação violadora da Constituição do Estado do Havaí. Em decorrência, a Suprema Corte enviou o caso à corte inferior para que o Estado justificasse o "compelling interests" – como acima dito. O Estado apresentou sua justificativa de interesse basicamente no objetivo de procriação e atenção à filiação que envolvem o casamento, bem como em razões de moralidade pública.¹⁷⁹

¹⁷⁹O Estado procurou demonstrar os seguintes interesses: "a. Que o estado tem um 'compelling interest' em proteger a saúde e o bem-estar das crianças e de outras pessoas (...) b. Que o estado tem 'compelling interest' de promover a procriação dentro de uma estrutura marital. c. Que o estado tem um 'compelling interest' de assegurar e garantir reconhecimento dos casamentos do Havaí em outras jurisdições (...) e. Que o estado tem um 'compelling interest' de proteger liberdades civis, incluindo os efeitos razoavelmente previsíveis do consentimento do estado de casamentos do mesmo sexo, sobre seus cidadãos. [No original: "a. That the State has a compelling interest in protecting the health and welfare of children and other persons (...) b. That the State has a compelling interest in fostering procreation within a marital setting. c. That the State has a compelling interest in securing or assuring recognition of Hawaii marriages in other jurisdictions (...) e. That the State has a compelling state interest in protecting civil liberties, including the reasonably foreseeable effects of State approval of same-sex marriages, on its citizens."]. *Baehr v. Miike*, íntegra da decisão no Anexo 3.

Desse modo, em setembro de 1996 (*Baier v. Miike*), entendeu-se não ter o Estado demonstrado a existência de um interesse preeminente justificador da discriminação. Por isso se declarou inconstitucional a norma que proibia os matrimônios homossexuais.

Reações adversas surgiram fundadas no receio de que esse posicionamento favorável aos parceiros homossexuais pudesse produzir efeitos em outros Estados americanos. Uma vez adquirido o *status* de casados no Estado de Havaí, os parceiros poderiam retornar a seu Estado de origem e requerer o reconhecimento dos efeitos referentes ao matrimônio.¹⁸⁰

Como antítese às conquistas progressivamente operadas, houve uma contraposição legislativa ao antecedente jurisprudencial havaiano, contrária à tendência defendida pela decisão, chamada "Defence of Marriage Act", uma lei federal do governo Clinton, estabelecendo que as regras de "Full Faith and Credit"¹⁸¹ não obrigam nenhum Estado a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁸²

¹⁸⁰"Processos serão arquivados em Tribunais Federais e Estatais por casamentos do mesmo sexo naquele Estado. Eles vão discutir se o segundo Estado claramente proibiu casamentos do mesmo sexo naquele Estado. Irão discutir que mesmo se o próprio segundo Estado não permitir casamento do mesmo sexo, isto deve ou deveria reconhecer tais casamentos realizados em jurisdições onde são válidos, por causa da 'full faith and credit and comity'. [No original: "lawsuits will be filed in federal and state courts by same-sex marriage in that state. They will argue that even if second state explicitly prohibited same-sex marriage in that state. They will argue that even if second state itself does not permit same-sex marriage, it must or should recognize such marriages performed in jurisdictions where same-se is valid, as matter of full faith and credit and comity."]. WARDLE, Lynn D. **Legal clamis for same-sex marriage: ...**, p.743.

¹⁸¹Artigo IV (s I) da Constituição dos Estados Unidos. Cada Estado deve reconhecer as leis, atos e decisões dos outros Estados. Os juizes se obrigam a atribuir à sentença civil (mas não penal) imitada em outro estado o mesmo efeito de uma sentença estatal.

¹⁸²"Nenhum Estado dos Estados Unidos (...) deve ser requerido para dar efeito a qualquer ato público, documento, ou procedimento judicial de qualquer outro Estado, (...) respeitante a um relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, que seja tratado como um casamento sob as leis de outro Estado (...) ou um direito ou reivindicação que resultar de tal relacionamento. Ao determinar o significado de qualquer ação do Congresso, ou de qualquer decisão judicial, regulamento, ou interpretação de vários escritórios administrativos e agências dos Estados Unidos, a palavra 'casamento' significa somente uma união legal entre um homem e uma mulher como marido e mulher, e a palavra 'cônjuge' refere-se somente a uma pessoa do sexo oposto que seja um marido e uma

A polêmica continua, pois, segundo a mencionada legislação, aparentemente cada Estado pode recusar o matrimônio homossexual celebrado em outro Estado. Nas expressões de Chambers e Polikoff: "as ondas formadas pela decisão do Havá também viajaram das ilhas para o continente."¹⁸³ Assim, seguindo o influxo do "Defence of Marriage Act", vários Estados norte-americanos declararam não reconhecerem o casamento entre homossexuais.

Entretanto, discute-se a constitucionalidade dessa legislação, por derrogar o "Full Faith and Credit Clause"¹⁸⁴.

Nada obstante, o Estado do Havá emanou o "Reciprocal Beneficiaries Act" em fevereiro 1997.¹⁸⁵ Segundo a lei do Havá: "a legislatura acredita que certos direitos e benefícios presentemente disponíveis somente para casais matrimonia-

mulher." [No original: "no State (...) of the United States (...) shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State,"(...) respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State(...)or a right or claim arising from such relationship(...). In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband and wife."] Defence of Marriage Act (Anexo 1).

¹⁸³[No original: "the waves caused by the Hawaii decision also traveled from the islands to the mainland."]. **Family law and gay and lesbian family ...**, p.527.

¹⁸⁴"Os advogados defensores do 'casamentos entre pessoas do mesmo sexo' insistem que o Congresso e os Estados não têm autoridade para recusar o reconhecimento dos casamentos homossexuais e é provável que o assunto seja litigado e decidido nos Tribunais." [No original: same-sex marriage advocates insist that Congress and the states lack the authority to refuse to recognize same-sex marriages, and it is likely that the issue will be litigated and decided in the courts.]. WARDLE, Lynn D. **Legal clamis for same-sex marriage: ...**, p. 743.

¹⁸⁵A ação proporciona a única oportunidade remanescente para casais *gays* e *lésbicas* de alcançarem benefícios iguais se os eleitores havaianos passarem uma emenda constitucional concedendo aos legisladores o poder de definir casamento; A ato proporciona um nível de proteção igual para casais do mesmo sexo enquanto preserva o casamento heterossexual tradicional. O ato proporciona um período de transição se a emenda constitucional proposta falhar." [No original: "the act provides the only remaining opportunity for gay and lesbian couples to achieve equal benefits if hawwaii voters pass a constituional amendment giving legislators the power to define marriage; The act provides a level of equal protection for same-sex couples while preserving traditional heterosexual marriage. The act provides a transition period if the proposed constitutional amend fails.]. BURNETTE, W. Brian. *Hawwaii's reciprocal beneficiaries act ...*, p.86. Comentando sobre a decisão do Havá: MARCOSSON. Samuel A. **The lesson of the same-sex marriage trial ...**, p.721-753.

lizados devem ser tornados disponíveis para casais compostos de dois indivíduos que estão legalmente proibidos de se casarem entre si".¹⁸⁶

Em fevereiro de 1997, de forma semelhante, a Corte do Alasca, no caso *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, julgou que o direito à privacidade previsto na Constituição do Estado do Alasca protege o direito fundamental de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Essa decisão desenvolveu relevantes fundamentos, dos quais destacamos:

o direito fundamental de escolher um parceiro para a vida: não há disputa em que o direito de casar seja reconhecido como fundamental. Hoje a corte reconheceu que a escolha pessoal de um parceiro para a vida é fundamental e esta escolha pode incluir pessoas do mesmo sexo (...) Esta própria decisão que é fundamental, se a decisão resultar em uma escolha tradicional ou a escolha não tradicional (...). A mesma Constituição protege ambos. Assim, a decisão de hoje acha que a escolha de uma pessoa por um parceiro para a vida, ser um direito fundamental. A consequência desta decisão é que quaisquer limitações sobre este direito estão sujeitas ao "strict scrutiny" estabelecido pela Corte Suprema do Alasca.¹⁸⁷

Também nessa esteira, em 20 de dezembro de 1999, a Suprema Corte de Vermont (*Baker v. State of Vermont*) decidiu que as parcerias homossexuais têm direito, segundo a Constituição do Estado, às mesmas vantagens dos casamentos heterossexuais. A decisão teve por base disposição da Constituição do Estado, diferente, em parte, da "equal protection clause", e declarou ser ilegítimo excluírem-se os homossexuais do matrimônio.¹⁸⁸ Neste contexto, a Corte concedeu ao legislador a

¹⁸⁶[No original: the legislature believes that certain rights and benefits presently available only to married couples should be made available to couples comprised of two individuals who are legally prohibited from marrying one another."].

¹⁸⁷[No original: "the Fundamental Right to Choose One's Life Partner: there is no dispute that the right to marry is recognized as fundamental. Today the court has recognized that the personal choice of a life partner is fundamental and that such a choice may include persons of the same sex (...). It is the decision itself that is fundamental, whether the decision results in a traditional choice or the nontraditional choice (...). The same constitution protects both. Thus, today's decision finds a person's choice of life partner to be a fundamental right. The consequence of this decision is that any limitations on this right are subject to the strict scrutiny standard established by the Alaska Supreme Court."].

¹⁸⁸Observe-se parte da conclusão dessa decisão: "enquanto muitos notaram o significado simbólico ou espiritual da relação conjugal, é a demanda reivindicatória dos benefícios seculares e das

faculdade de escolher se permite o casamento para os parceiros homoafetivos ou se lhes concede por outra via as mesmas vantagens e proteções. Em 26 de abril de 2000, o Parlamento de Vermont lançou a lei sobre uniões civis, estabelecendo um tratamento paritário entre união homossexual registrada e casamento. Dada a relevância do "Vermont Act relating to civil union", salientam-se os seguintes pontos abordados:

- 7) o estado tem forte interesse em promover famílias duradouras e estáveis, incluindo famílias com base em parcerias do mesmo sexo;
- 8) sem as proteções legais, benefícios e responsabilidades associadas com o casamento civil, casais do mesmo sexo sofrem numerosos obstáculos e sofrimentos.
- 9) Apesar das discriminações social e econômica existentes há muito tempo, muitos moradores gays e lésbicas de Vermont têm formado relacionamentos comprometidos, afetivos e fiéis com pessoas de seu mesmo sexo. Estes casais vivem juntos, participam juntos em suas comunidades, e alguns criam crianças e cuidam de seus familiares juntos, da mesma maneira que os casais que são casados sob a lei de Vermont.
- 10) (...). Conceder benefícios e proteções a casais do mesmo sexo através de um sistema de uniões civis proverá devido respeito para instituições sociais de tradição e existentes há muito tempo (...).¹⁸⁹

proteções de um relacionamento humano individual que, em nosso ponto de vista, caracteriza este caso. O interesse do Estado em estender reconhecimento oficial e proteção legal ao comprometimento declarado de dois indivíduos à um relacionamento duradouro de afeição mútua é declarado sobre a crença de que o apoio legal de um comprometimento do casal proporciona estabilidade para os indivíduos, seus familiares e para toda a comunidade. Embora os interesses demandantes em buscar o reconhecimento do Estado e a proteção de seu comprometimento mútuo possa – na visão das estatísticas de divórcio – representar o triunfo da esperança sobre a experiência, o aspecto essencial de seu apelo é simplesmente e fundamentalmente para inclusão na família das relações humanas sancionadas pelo Estado." [No original: "while many have noted the symbolic or spiritual significance of the marital relation, it is plaintiffs' claim to the secular benefits and protections of a singularly human relationship that, in our view, characterizes this case. The State's interest in extending official recognition and legal protection to the professdi commitment of two individuals to a lasting relationship of mutual affection is predicated on the belief that legal support of a couple's commitment provides stability for the individuals, their family, and the broader community. Although plaintiffs' interest in seeking state recognition and protection of their mutual commitment may - in view of divorce statistics – represent 'the triumph of hope over experience,' the essential aspect of their claim is simply and fundamentally for inclusion in the family of State-sanctioned human relations."].

¹⁸⁹"7) The state has strong interest in promoting stable and lasting families, including families based upon a same-sex couple;

8) Without the legal protections, benefits and responsibilities associated with civil marriage, same-sex couples suffer numerous obstacles and hardships.

9) Despite longstanding social and economic discrimination, many gay and lesbian Vermonters have formed lasting, committed, caring and faithful relationships with persons of their same sex. These couples live together, participate in their communities together, and some raise children and care for family members together, just as do couples who are maffied under Vermont law.

10) (...). Grating benefits and protections to same-sex couples through a system of civil unions will provide due respect for tradition and long-standing social institutions (...)."

A proximidade com o espírito que influencia o pensamento brasileiro em não igualar a união homossexual sistematicamente com o casamento heterossexual se faz presente, outrossim, neste Estado americano. Neste passo, objetivam-se efeitos jurídicos próximos. A respeito, dispõe a legislação de Vermont:

(a) este ato deve ser interpretado amplamente de forma a garantir para casais qualificados do mesmo sexo, a opção de um estado legal com os benefícios e proteções do casamento civil, de acordo com os requerimentos da "Common Benefits Clause" da Constituição de Vermont. As partes de uma união civil devem ter todos os mesmos benefícios, proteções e responsabilidade sob a lei do estado, seja derivado do estatuto, diplomacia, 'common law' ou qualquer outra fonte de lei civil, como são outorgadas aos cônjuges em um casamento. Tratar os benefícios, proteções e responsabilidades do casamento civil diferentemente dos benefícios, proteções e responsabilidades das uniões civis é admissível somente quando claramente necessário, porque o texto com base no gênero de um estatuto, regra ou precedente judicial produziria um resultado injusto, sem garantias ou confuso, e um tratamento diferenciado promoveria ou acentuaria, e não diminuiria, os benefícios comuns e proteções que fluem do casamento sob a lei de Vermont.¹⁹⁰

Ainda no plano das conquistas operadas, podem-se mencionar várias empresas americanas as quais oferecem para os parceiros homoafetivos os mesmos benefícios concedidos às uniões heterossexuais, tais como: IBM, Walt Disney, Lotus, Time-Warner, Viacom, Xerox. Seguindo esse influxo, determinadas localidades criaram o sistema de parceiras domésticas registradas como Nova York, Chicago, Los Angeles, Seattle, Califórnia, Michigan e San Francisco.

Contudo, ao lado das progressivas conquistas, não faltaram decisões que não contemplaram os efeitos jurídicos pleiteados. Em *Storrs v. Holcomb* (1996), bem como *Dean v. District of Columbia* (1995), entendeu-se faltar um direito fundamental a referir-se ao matrimônio homossexual.

¹⁹⁰ [No original: "(a) this act shall be construed broadly in order to secure to eligible same-sex couples the option of a legal status with the benefits and protections of civil marriage, in accordance with the requirements of the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution. Parties to a civil union shall have all of the same benefits, protections and responsibilities under state law, whether derived from statute, policy, common law or any other source of civil law, as are granted to spouses in a marriage. Treating the benefits, protections and responsibilities of civil marriage differently from the benefits, protections and responsibilities of civil unions is permissible only when clearly necessary because the gender-based text of a statute, rule or judicial precedent would otherwise produce an unjust, unwarranted, or confusing result, and different treatment would promote or enhance, and would not diminish, the common benefits and protections that flow from marriage under Vermont law."].

No **Canadá**, semelhantemente aos EUA, há localidades, como Toronto e Vancouver, onde se aprovaram legislações tutelando a união homossexual. No estado de Ontário, a comissão de Direitos Humanos emitiu uma sentença com valor de lei que cancelou no Código para Direitos Humanos a definição de relação conjugal como exclusivamente entre pessoas do sexo oposto. Essa providência permitiu o pagamento de pensão aos parceiros do mesmo sexo, referentemente aos empregados da administração pública. Tal benefício abre a estrada ao reconhecimento de outros direitos para os parceiros homossexuais.

Como se percebe, as questões enfrentadas pelos Estados Unidos e pelo Canadá não se distanciam das de outros países – apesar de pertencerem ao sistema Inglês. Polêmicas, avanços e retrocessos fazem parte da dialética em torno das transformações. Frise-se que a união homoafetiva, também nesses países de 'common law', começou a ser tutelada recentemente, em especial na década de 90.

PARTE 3
EM BUSCA DE UM MODELO

CAPÍTULO 1

O APORTE EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

1.1 ASPECTOS DO MODELO CONTRATUALISTA E DA FORMA REGISTRAL

Parecem ser um fenômeno mundial a discussão e a atenção voltadas às questões relativas aos efeitos jurídicos das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, os modelos de solução jurídica variam, apresentando-se mais comumente a estipulação contratual ou a necessidade do início formalizado por registro.

A proposta baseada no contrato tem o benefício de dar maior espaço para a liberdade na fixação dos efeitos desejados entre os parceiros. As partes estipulariam, segundo seu arbítrio, os efeitos que pretendem outorgar-se mutuamente, decorrentes de sua convivência.

Mesmo tendo gênese em um modelo negocial, há possibilidade de estipulação legal de conteúdos mínimos, os quais não podem ser afastados pelos parceiros homafetivos – sem prejuízo das especificidades decorrentes do pacto entre si estabelecido.

Os eventuais problemas advindos da interpretação e das lacunas podem ser resolvidos considerando-se a natureza da *affectio maritalis* presente em tais contratos, portanto, os princípios, valores e regras atinentes ao Direito de Família.

Por outro lado, tem-se como aspecto negativo o problema da impossibilidade jurídica de se estabelecerem contratualmente obrigações pessoais. Assim, a prestação de ajuda ao outro parceiro afigura ser inerente às convivências afetivas formadoras das entidades familiares.¹⁹¹ No entanto, estipular-se em contrato qual seria, detalhadamente, a ajuda mútua exigida – bem como as possíveis sanções decorrentes de seu descumprimento – mostra-se questionável em um negócio jurídico de cunho especial como esse.

¹⁹¹Como afirmado por Maria Berenice DIAS, em conferência proferida no salão nobre da Faculdade de Direito em evento "Pelo respeito à diversidade" organizado pelos Grupo Dignidade e Associação Paranaense *Gay Pride* em 06/06/2002: em Direito de Família deve imperar a expressão consagrada "Você é responsável pelo que cativas."

A essência da função do contrato – focalizado para os aspectos financeiros e econômicos das dinâmicas de circulação de patrimônio – afasta-se do cerne da união entre homossexuais, composto por afeto, amor e solidariedade na convivência, entre outros. Da mesma forma que a noção de sociedade de fato não soa ser a mais adequada para a parceria homossexual, a distância de propósitos que há entre relações contratuais e relações afetivas há de ser levada em consideração pelo Direito, não devendo ser utilizado, no âmbito jurídico, um instituto cuja natureza não coadune com a realidade tratada. O aspecto positivo é o maior espaço para a autonomia da vontade, de certa forma, em sintonia com o espírito de maior liberdade do modelo de união homoafetiva.

Consoante Andrew SULLIVAN:¹⁹² "o casamento não é simplesmente um contrato privado; é um reconhecimento social e público de envolvimento privado. Como tal, é o mais elevado reconhecimento público da integridade pessoal. Negá-lo aos homossexuais é a maior afronta pública possível à sua igualdade."

Todavia, se tomado o casamento exclusivamente como um negócio jurídico contratual, questiona-se qual seria o empecilho para a realização desse contrato entre pessoas do mesmo sexo. Emerge, nessa reflexão, tratar-se de questão de mera ordem moral, segundo os preconceitos presentes na sociedade.

Outra questão levantada em relação à solução jurídica pela via negocial assemelha ser o principal inconveniente. Argumenta-se ser o contrato hábil para tutelar aquele que já se mostra capaz de proteger-se por si só. Pode-se imaginar que em relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, cujos parceiros não realizem a estipulação, não se cumpre o desiderato de reprimirem-se os abusos da liberdade individual em detrimento do outro parceiro. Provavelmente isso ocorreria nas faixas economicamente mais fracas da população, tendo-se em vista as dificuldades dessas pessoas de adentrarem nas formas legais das relações sociais.

Da mesma maneira – como o contrato apenas mostra-se idôneo para regular as relações entre as partes, mas não para produzir efeitos perante os

¹⁹²SULLIVAN. *Praticamente normal...*, p.151.

terceiros – não basta se limitar a disciplina do contrato. Ainda mostra-se necessária sua oficialização por intermédio de uma outra formalidade."¹⁹³

Destarte, as conseqüências, no âmbito do Direito, dependeriam dessa formalidade. A possibilidade de efeitos jurídicos seria aberta exclusivamente para os que tivessem registrado sua relação homoafetiva. Se houver ignorância da lei ou não desejo de um dos sujeitos, apesar dos requisitos fáticos presentes, não se produzem efeitos jurídicos. Nesse sentido, preocupa-se com uma eventual forma de poder exercida por um dos sujeitos da relação, que se pode configurar em exploração e diminuição de direitos – não havendo a tutela jurídica em razão da falta de uma formalidade. Constatando-se essa eventual possibilidade, seria dever do Estado regular alguns interesses familiares, uma forma de 'paternalismo', para se evitar a exploração de um eventualmente 'mais fraco' pelo 'mais forte' no âmbito familiar.¹⁹⁴

Possivelmente, num sistema formal, a inscrição no competente registro teria caráter constitutivo da vontade de convivência juridicamente reconhecida, e não meramente declaratório. Não seria, portanto, apenas um meio de prova dentre os demais próprios da convivência mútua e solidária das relações afetivas estáveis. A vida comum, com as características da *affectio maritalis*, não seria suficiente para decorrerem efeitos jurídicos dessa parceira – como se passa atualmente com a chamada união estável.

Aquelas parcerias entre homossexuais que não fossem registradas não estariam, em princípio, submetidas aos efeitos da legislação própria. Desse modo, ainda há a possibilidade de existência de parcerias entre pessoas do mesmo sexo as quais não produzam efeitos jurídicos, não porque o Direito isso não permita, mas por

¹⁹³Nesse sentido: FERRANDO, Gilda. *Convivenze e modelli di disciplina*. In: D'USSEAU, Francesca Bruneta e D'ANGELO, Antonio. (org.). **Matrimonio, matrimonii**. Milano: Giuffrè, 2000, p.318.

¹⁹⁴Como exemplo de doutrina nesse sentido crítico ao sistema registral: BAILEY-HARRIS, Rebecca. Third stonewall lecture: lesbian and gay family and the law. **Family Law**, v.29, p.560-570, aug. 1999.

não haver a formalização da manifestação de vontade apta para seu reconhecimento. Por conseguinte, preserva-se a possibilidade de se estar fora do sistema jurídico.

A opção por um reconhecimento jurídico que possibilite o registro dos parceiros do mesmo sexo, dando publicidade para a vontade de formação de uma união afetiva da qual decorram efeitos, importa relevantes conseqüências.

Todas as parcerias homoafetiva inscritas em um determinado registro estariam automaticamente submetidas à regulamentação específica, não sendo permitido, em princípio, tal formalidade sem se submeter às conseqüências legais. Nesse viés, vários países ou cidades específicas de alguns Estados abriram a possibilidade para as parcerias, heterossexuais ou homossexuais, não formalizadas pelo casamento de serem registradas em órgãos oficiais. Com tal formalidade, concede-se a perspectiva para o acesso a alguns benefícios típicos das famílias já reconhecidas, tais como: casas populares e outros direitos de moradia, planos de saúde, direitos de pensão e aposentadoria. O registro teria finalidade semelhante ao da família heterossexual formalizada pelo casamento.

Por último, cabe mencionar um outro óbice que pode ser levantado, referente à igual oportunidade para o casamento. Esta crítica considera que a criação de um instituto específico para as uniões homossexuais é inaceitável por se estar, de acordo com essa linha de pensamento, criando uma 'segunda classe' de instituição.

1.2 O PROJETO DE LEI BRASILEIRO

A busca por uma lei específica sobre o assunto enfocado neste trabalho segue o influxo da 'maré montante das leis especiais',¹⁹⁵ um movimento operado no Direito Civil no sentido de sua descodificação. Há uma fuga dos códigos de vários assuntos jurídicos.

¹⁹⁵ Expressão utilizada por Orlando GOMES no artigo A caminho dos micro-sistemas. In: MORAES e BARROS, Hamilton et. al.. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Inicialmente, a demanda de leis fora do Código tinha o caráter de excepcionalidade – para atender às exigências dos novos valores da realidade histórica –, mantendo-se a centralidade no Código Civil.

Contanto, além da alteração axiológica, as necessidades advindas das mudanças nas atividades sócio-econômicas e das novas realidades inimagináveis no período de elaboração das primeiras codificações determinaram uma proliferação de leis ainda mais abundante.

Atualmente, a produção legislativa se dá, principalmente, na legislação específica, para tentar atender-se à complexidade mutante das relações em uma sociedade.

Nesse prisma, as leis avulsas se proliferam enormemente, ganhando maior terreno dentro do Direito, em detrimento da importância dos códigos. Em nosso país, o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, devido às suas abrangência e especificidade, são considerados, por alguns, como microssistemas.¹⁹⁶ A época de grande produção desta forma de legislar é igualmente denominada 'era dos estatutos'. Nestes extensos diplomas vislumbra-se não só a matéria civilística, mas também se mesclam questões processuais, principiológicas, estabelecem-se tipos penais e regras administrativas voltadas para o núcleo central da temática enfocada;

¹⁹⁶Ao utilizar-se a nomenclatura 'microssistema', abre-se espaço para uma ressalva. Na Itália travou-se uma discussão protagonizada principalmente entre Irti, sobretudo na obra *L'età della decodificazione*, e Perlingieri, de forma especial em *Le leggi 'speciali' in materia civile (...)*. O primeiro defende uma metodologia para o Direito Civil fundada nos microssistemas, numa visão compartimentada e descodificada do Direito Civil. Utiliza, portanto, a idéia da existência dos pequenos sistemas independentes, sem preocupação de harmonia entre eles, voltando-se seu pensamento excessivamente para o universo legislado. Diferentemente, Perlingieri reconhece a importância das leis especiais – contudo, desde que cumprido o parâmetro axiológico do texto constitucional, sendo a unidade do sistema efetuada pela Constituição. Ao utilizar-se a expressão microssistemas, não se deve remeter necessariamente ao pensamento defensor da legislação setorial, mas ao reconhecimento desta nova forma de legislar, a qual necessariamente deve estar em sintonia com os valores superiores da Constituição. Entre nós, sobre o assunto, destacam-se os trabalhos do professor Gustavo TEPEDINO, principalmente a esclarecedora parte inicial da obra *Temas de Direito Civil*, p.1-22.

percebe-se, pois, uma nova forma de legislar. Outras leis tratam de assuntos emergentes na sociedade, na busca de atender-se ao problema enfocado, de forma especializada, sem se verticalizar a temática enfocada – encontrando-se o projeto de lei 1.151/95 dentro deste contexto.

Nesse prisma, as inúmeras leis especiais – ao lado da perda da posição central do Código e dos vários princípios fundamentais do Direito Civil postos na Constituição Federal – são mais um fator a contribuir para a constatação da transformação do Direito Civil clássico. Ultrapassados, logo, restam os valores da família hetero-patriarcal classicamente verificada, tendo-se em vista até mesmo as legislações descodificadas.

Contudo, não deve o jurista perder a noção sistemática do Direito. Não basta a atenção voltada para um fragmento legislativo, pois a descodificação do Direito Civil não significa a ausência de um fundamento unitário do ordenamento. Deve haver um comprometimento maior para com os valores basilares do sistema jurídico, atualmente presentes em sede constitucional – especialmente a dignidade da pessoa humana, núcleo central da tábua axiológica.

Isso sustenta-se porque nossa Constituição Federal de 1988, além de se encontrar no topo da hierarquia normativa nacional, é uma Carta que aproxima o sistema legal dos valores da sociedade atual.

O tema abordado neste trabalho situa-se igualmente dentro da perspectiva da descodificação do Direito Civil, intentando-se uma produção legislativa para o assunto específico – como já se passou com outras realidades próximas, bastando lembrar-se das duas leis específicas sobre a união estável.¹⁹⁷ Objetivando, no mesmo ritmo, a disciplinar a "união entre pessoas do mesmo sexo", a então deputada Marta SUPPLY apresentou o Projeto de Lei 1.151, em 1995.

¹⁹⁷Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Posteriormente, instalou-se uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para apreciar esse projeto, sob a presidência da Deputada Maria ELVIRA e figurando como relator o Deputado Roberto JEFFERSON. O trabalho dessa comissão resultou num Substitutivo ao Projeto de Lei referido, em 10 de dezembro de 1996.¹⁹⁸

Em junho de 1996, aproximadamente 8 meses após a apresentação do Projeto, o então Presidente da Câmara dos Deputados – Deputado Luís Eduardo Magalhães –, no uso de suas atribuições regimentais, decidiu constituir a referida Comissão Especial, formada por 17 titulares e igual número de suplentes – todos indicados pelas lideranças partidárias –, destinada a apreciar e proferir um parecer preliminar ao Projeto. Esta Comissão foi instalada em 13.06.96 e encerrou seus trabalhos em 10.12.96, realizando um total de 13 reuniões. Além das reuniões de instalação, de elaboração do roteiro de trabalho, de apresentação do Parecer do Relator e de apreciação do referido Parecer, a Comissão promoveu, entre as duas primeiras e as duas últimas reuniões mencionadas, 9 audiências públicas, onde foram ouvidos, acerca da oportunidade ou não de aprovação do Projeto, vários expositores, representando a sociedade civil brasileira.

Concluídas as audiências públicas, o Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ), relator da matéria, apresentou, no âmbito da Comissão Especial, seu Parecer, o qual concluía pela aprovação do Projeto, na forma de um Substitutivo que procurava incorporar sugestões de parlamentares integrantes da Comissão e de expositores ouvidos em audiência pública. Em 10.12.96, o referido Substitutivo foi aprovado, contando com 11 votos favoráveis e 5 contrários.¹⁹⁹

¹⁹⁸O projeto de Lei 1.151/95 e seu Substitutivo encontram-se, na íntegra, no anexo deste trabalho; os artigos aqui mencionados tomaram em consideração a redação do texto do Substitutivo, devido à sua maior atualidade.

¹⁹⁹Votaram favoravelmente ao Parecer e ao Substitutivo do Relator, na esfera da Comissão Especial, os (as) seguintes Deputados (as): Marilu Guimarães (PFL/MS), Maria Elvira (PMDB/MG), Roberto Jefferson (PTB/RJ), Lindberg Farias (PC do B/RJ), Fernando Gabeira (PV/RJ), Tuga Angerami (PSDB/SP), Jair Meneguelli (PT/SP), José Genoíno (PT/SP), Sérgio Carneiro (PDT/BA), Fernando Lyra (PSB/PE) e Fernando Gonçalves (PTB/RJ). Votaram contrariamente os

Começou-se, assim, a árdua tarefa de tentar votar no Plenário da Câmara dos Deputados o projeto de lei, em sua forma de substitutivo, ainda em dezembro de 1996. Tais tentativas não lograram êxito, ou pela força de parlamentares contrários à matéria, que temiam sua aprovação, ou por estratégia da autora original, Deputada Marta Suplicy, que recuou, em virtude do receio de ser o Projeto rejeitado. Em janeiro de 1999, tentou-se, sem sucesso, votar o Projeto, o qual foi retirado da Ordem do Dia, por duas vezes em uma única semana, em face das pressões dos parlamentares contrários à sua aprovação. Na atualidade, o Projeto continua aguardando votação no Plenário.²⁰⁰

Como se depreende dos debates referentes ao projeto de lei, as dificuldades maiores enfrentadas não esbarram em argumentos de ordem técnica ou outra questão de fundamentação plausível. O único aspecto jurídico realmente questionado dirige-se à constitucionalidade da matéria em foco, observando-se a literalidade do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Segundo este entendimento, quando o mencionado artigo exige ser entre homem e mulher a união estável, geram-se problemas sobre um entendimento estrito no sentido de acreditar-se que esta normativa proíbe a união homossexual. Por essa razão e a fim de evitar entraves formais, o Professor Fachin, em encontro a convite da Comissão especial, teceu considerações acerca da oportunidade de substituição da expressão "união civil", presente na versão original do projeto, de forma a evitar-se que o instituto, a ser criado para disciplinar uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja confundido com casamento ou união estável, e entendido, em consequência, como inconstitucional.

Infelizmente, são imputações de ordem pejorativas e discriminatórias que estão represando a consagração legislativa. Foram argumentos de proteção à família, ao bem da nação, à natureza humana e a Deus que dominaram os pensamentos

Deputados: Wagner Salustiano (PPB/SP), Jorge Wilson (PPB/RJ), Severino Cavalcanti (PPB/PE), Salvador Zimbaldi (PSDB/SP) e Philemon Rodrigues (PTB/MG).

²⁰⁰Para uma análise detalhada e profunda desses trabalhos, há o estudo minucioso de Luiz Mello de Almeida Neto. *A Família no Brasil dos anos 90*.

oposicionistas. Empréstam-se as palavras de João Silvério TREVISAN para descrever-se o contexto da atividade legislativa: "debatia-se mais uma vez o projeto de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo – vulgarmente chamado de 'casamento gay' – (...) A discussão que só acabou após as 23h30, atingiu um nível de baixezera raramente visto naquela casa. Segundo jornalistas presentes, os deputados faziam gestos obscenos, vaiavam, gritavam gracinhas e grosserias não só a Marta Suplicy mas também a outros deputados favoráveis ao projeto, como Fernando Gabeira e até mesmo o então líder do governo Luís Eduardo Magalhães. Alguns conservadores protestavam que o projeto era 'um desrespeito à Casa e uma aberração da natureza'."²⁰¹

Parece que as questões relativas à homossexualidade despertam certas emoções, como visualizado na tentativa de aprovação do projeto de lei, que alguns assim definem: "às vezes é difícil dizer se uma pessoa, em sua argumentação pública, está lutando contra problemas cívicos ou demônios particulares."²⁰²

Contrariamente, os defensores da aprovação do amparo legal para as parcerias homoafetivas valem-se de fundamentos de garantia de Direitos Humanos e cidadania.

Para além das dificuldades circunstanciais de aprovação, a proposta de legislação está, de modo geral, dentro do núcleo essencial da Constituição Federal de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana. O legislador deve seguir os

²⁰¹Devassos no Paraíso, p.158-159. Para analisarem-se as palavras literais de um opositor ao projeto de lei 1.151/95, citam-se, como exemplo, os dizeres do Deputado Salvador Zimbaldi na reunião da instalação dos trabalhos da Comissão Especial: "muitos nesta Casa não atentaram para a imoralidade proposta, autêntica ameaça aos costumes, que precisa ser o quanto antes aniquilada. O indigitado projeto é um agravo à decência, autêntica apunhalada no corpo psicossocial da Nação brasileira, já extremamente combalida pelos males que conhecemos, ameaçada agora de tornar-se doente terminal. O Projeto de Lei nº 1.151/95 é deletério. Não há como aceitá-lo, nem à luz da moral, nem do Direito, tampouco à luz da modernidade, como alguns querem fazer crer. Ser moderno é (...). Não é, em definitivo, ser promíscuo. Estou solidário com a maioria do povo brasileiro, cuja índole é, felizmente, refratária a essa idéia aberrante" Para verificação dos principais argumentos utilizados quando dos debates sobre o projeto, consultar Luiz Mello de ALMEIDA NETO. Família no Brasil dos anos 90.

²⁰²SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal** ..., p.129.

auspícios da Lei Maior, estando incumbido da tarefa de construir normativas na esteira das exigências desse princípio. "Considerando a dignidade como tarefa -, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir às pessoas de viverem com dignidade."²⁰³ Por conseguinte, não bastam políticas públicas contra um tratamento indigno eventualmente enfrentado por um homossexual. Necessária se faz a ação no sentido da criação de legislação própria para o respaldo legal na promoção da dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual.

Além do princípio da dignidade humana, o respeito à diversidade das relações homoafetivas se faz presente, pois não se almeja igualar a parceria homoafetiva ao casamento – conforme esclarece a própria justificativa do Projeto de Lei. O tratamento das questões de uniões não formais hétero e homossexuais conjuntamente, além de não respeitar as diferenças existentes, pode afastar o traço educativo no combate ao preconceito e à discriminação, o qual transparece de forma mais intensa ao lidar-se com o assunto especificadamente.

A proposta de legislação brasileira é híbrida no que se refere ao modelo adotado para a solução das questões jurídicas decorrentes da união amorosa e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. Primeiramente, porque possibilita efeitos de ordem pessoais, além dos patrimoniais – conferindo grande espaço para a autonomia da vontade. Não se pode, portanto, enquadrar nosso projeto de lei exclusivamente no campo do Direito Obrigacional, apesar da autorização expressa para a elaboração de um **contrato escrito**. Destaca-se, da mesma maneira, o aspecto registral, ao determinar se dever essa formalidade constar em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais.²⁰⁴

²⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001. p.109.

²⁰⁴"Art. 1.º "É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil **registrada**, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei."

Os ares obrigacionais – consubstanciados em expressões como 'contrato, contratante e infração contratual' – maquam o cerne afetivo da relação disciplinada – não havendo menção expressa à formação familiar homossexual. Entretanto, essa intenção está presente nas entrelinhas do texto, o qual teve a cautela necessária no início de um caminhar de conquistas legais. Observa-se a feição própria de entidade familiar ao somente se possibilitarem pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas a 'registrar seu pacto'; ao se impedir a possibilidade de alteração do estado civil 'durante a vigência do contrato'; ao se tratar dos benefícios previdenciários; ao se conceder curatela ao parceiro; entre outros.²⁰⁵

A possibilidade de acordo de vontades, por meio de contrato, confere maior liberdade para se elaborarem as questões patrimoniais. Dessa forma, os desejos dos parceiros estarão tutelados, não se limitando ao modelo clássico do casamento no respeitante à separação de bens, à comunhão parcial ou comunhão universal. Não se impõe uma determinada forma de titularidade patrimonial equivalente ao regime de bens do casamento. Assim, segue-se coerentemente uma disciplina jurídica mais próxima à realidade social das parcerias homoafetivas, com um espaço de maior liberdade para estipularem-se as regras patrimoniais de sua convivência. Não acreditamos tratar-se de conferir posição mais vantajosa, na comparação com o modelo de entidade familiar heterossexual, para as uniões entre pessoas do mesmo sexo –

Art. 2.º: "A parceria civil **registrada** constitui-se mediante registro em livro próprio, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

Parágrafo 1.º - Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

I – Declaração de serem solteiros, viúvos ou divorciados;

II – Prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;

III – Instrumento público do **contrato** de parceria civil.

Parágrafo 2.º - **Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada** em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 3.º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada." (Sem grifos no original)

²⁰⁵Inciso I e Parágrafo 3.º do artigo 2.º; art. 11 e 12; art. 14.

devido à maior autonomia presente. Concedem-se diferentes possibilidades para diversas situações – as quais merecem ser equiparadas em razão da *affetio* presente –, tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais. Não se deve, em nome da igualdade, desrespeitar o princípio da pluralidade de entidades familiares. Há, dessa maneira, um respeito à diversidade da formação das uniões homossexuais, as quais são, na realidade da vida, estabelecidas com mais liberdade.²⁰⁶ Parece que mesmo as uniões heterossexuais igualmente tendem a tomar esse caminho de maior autonomia. Talvez, num futuro próximo, as especificidades das entidades familiares homo e heterossexuais não venham a ser tão nítidas, em virtude de mutações em ambas.

Levando-se em consideração estarem as relações homoeróticas historicamente presentes na sociedade, o projeto de lei abre interessante possibilidade, qual seja, de disposição expressa no contrato de parceria a conferir efeitos retroativos quando tenha havido concorrência para a formação do patrimônio comum.²⁰⁷ Neste aspecto, não soa ter sido a intenção do legislador projetista a menção a uma titularidade de bens semelhante à comunhão universal. Provavelmente, mirou-se a possibilidade de se regularizarem as parcerias já existentes há vários anos e que, por isso, já tenham participado de formações patrimoniais conjuntas. Ao valorizar estas questões, 'caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum', aproxima-se da idéia

²⁰⁶Por isso discordamos, neste aspecto, de posições como as de SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio Cesar da Costa quando afirmam: "a existência da parceria, nos termos em que está sendo proposta, implicará em afirmar que dentro do ordenamento haveria uma **inversão de valores**, não recebendo a entidade familiar, e sim outra, a **proteção mais elevada**. Os objetivos da Constituição estariam sendo violados pelo legislador, devendo ser recomposta a estrutura do ordenamento que privilegia, sempre, a família." (Sem grifos no original). A Parceria Civil Registrada, p.33.

²⁰⁷"Art. 3.º: "O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo **livremente pactuado** e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas".

Parágrafo 1.º: Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas **retroativamente**, caso tenha havido **concorrência** para formação de **patrimônio comum**.

(...) " (Sem grifos no original)

de comunhão de aqüestos. Ainda no que diz respeito a este aspecto, destaca-se que, na interpretação da expressão 'concorrência para formação do patrimônio', não se deve estar circunscrito ao aspecto material. Ao revés, cabe considerarem-se as conquistas jurisprudenciais verificadas nas questões concernentes à união estável, as quais evidenciam que o auxílio espiritual, presente nos relacionamentos afetivos, concorre para o acréscimo patrimonial – ao lado de todo um conjunto de ganhos que solidariamente se estabelecem entre os sujeitos envolvidos.

De tal sorte, para se dar sentido ao parágrafo 1.º do artigo 3.º – o qual atribui caráter excepcional à possibilidade de comunhão universal – e levando-se em consideração o inciso IV do artigo 13,²⁰⁸ sustenta-se estar diante de um regime de comunhão parcial de bens, em não havendo convenção de outro modo de titularidade aos bens dos parceiros. A solução é muito próxima daquela adotada para a união estável pela lei 8.971/94, em seu artigo 3.º.²⁰⁹

Sem disposição expressa quanto à administração dos bens, cada um dos parceiros têm autonomia para administrar o patrimônio que estiver formalizado em seu nome – não havendo correspondentes para a outorga uxória ou consentimento marital. Essa regra geral transparece estar em sintonia com as características da união homoafetiva, na qual não se evidencia existir a necessidade de formalidades com a intenção voltada a dificultar transferências patrimoniais sem o conhecimento do outro cônjuge. Nas uniões heterossexuais há ainda uma relativa importância na proteção ao pólo tido como mais fraco – pois na sociedade a condição feminina ainda reclama a continuidade da luta pela liberação das amarras do patriarcalismo.

²⁰⁸Inciso IV do artigo 13: "se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

²⁰⁹Artigo 3.º da Lei 8.971/94: "Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens."

Contudo, acredita-se haver um espaço de autonomia da vontade suficiente para criar-se – mediante a expressa manifestação da vontade no pacto da parceria – a necessidade de administração conjunta do patrimônio e a exigência de autorização de um parceiro quando o outro pretender alienar ou constituir direito real sobre bem imóvel, ou quando um dos dois desejar ser fiador.

Da mesma maneira, a autonomia para pactuar deveres, impedimentos e obrigações mútuas está dentro de um enfoque respeitador da intimidade das relações privadas, não adentrando o Estado com normas a estabelecer esses aspectos de ordem pessoal (por exemplo: deveres de coabitação, fidelidade e mútua assistência). Trata-se de estipulações diferentes, por ser diversa a realidade vivida²¹⁰. As relações estáveis e amorosas entre pessoas do mesmo sexo merecem ser reconhecidas segundo outros parâmetros, os quais traduzem melhor o respeito à realidade de suas entidades familiares. Não teria lugar um regime para as parcerias homoafetivas atrelado à divisão de papéis masculinos e femininos, com deveres expressos na lei ou com dissolução baseada na culpa – como se colhe dos efeitos do casamento tradicional. Mesmo quando se refere às entidades familiares heterossexuais, o modelo de Direito de Família clássico vem sendo muito contestado, edificando-se, aos poucos, um outro modelo – como anteriormente analisado.

Porém, a validade dessas estipulações deve ser examinada tomando-se em consideração a tutela jurídica da personalidade e a proximidade existente com as regras consagradas do Direito de Família – não devendo haver deveres que importem restrições intoleráveis aos direitos personalíssimos. Os limites à autonomia de vontade, num contrato *sui generis* como esse, precisam levar em conta a especial relação jurídica que está sendo tratada.

²¹⁰Por esse motivo discordamos do seguinte posicionamento: "esta permissão é indevida (de se estipular deveres e impedimento). Indevida porque transfere para os parceiros o poder de interferir em matéria de ordem pública, sendo possível a eles determinarem deveres morais, jurisdicizando-os. Esta é uma prerrogativa impensável par os que formam uma entidade familiar, não procedendo o projeto munir os parceiros desta forma." SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio Cesar da Costa. **A parceria civil registrada...**, p.43.

De acordo com a realidade social disciplinada, as solenidades apresentam-se com menor intensidade, se as compararmos com as presentes no casamento. Dessa forma, não há estabelecimento de impedimentos e, assim, não ocorre a fase da habilitação prévia, bem como não há as regras estritas e próprias da celebração.

Todavia, quanto à extinção da parceria registrada, a formalidade está presente. Afora a possibilidade de se dar por morte de um dos contratantes, as demais exigem participação do poder judiciário. Por isso exige-se, no requerimento da extinção da parceria registrada, a demonstração da causa da ruptura. Neste aspecto, expressamente se menciona a demonstração de infração contratual ou alegação de desinteresse de continuidade.²¹¹ Conseqüentemente, poderá ocorrer a extinção por decretação judicial, e, mesmo se for consensual, deverá ser homologada pelo juiz. Talvez o objetivo desta fórmula de dissolução seja a verificação, pelo magistrado, do cumprimento do pacto.²¹² Se tomado o assunto exclusivamente como contrato, estar-se-ia defronte da figura da rescisão bilateral ou do distrato. Todavia, estabelece-se uma via judicial semelhante àquela necessária para a separação judicial ou o divórcio, litigioso ou consensual. A necessidade da extinção da parceria passar pelo crivo do judiciário pode ser justificada pela tutela da equidade, que deve estar presente ao final da união de vida, e pelo cumprimento das regras eleitas para disciplinar essa convivência. O momento de ruptura é, muitas vezes, um período de fragilidade emocional. Deste modo, podem ocorrer graves

²¹¹Art. 5.º: "Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único – As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada."

²¹²Art. 4.º: "A extinção da parceria registrada ocorrerá:

I - Pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial;

III - de forma consensual, homologada pelo juiz."

Art. 6.º: "A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo no disposto no contrato."

discordâncias acerca da partilha dos bens – requerendo-se a participação do Estado na extinção litigiosa da parceria. Mesmo quando há consenso sobre seu fim, bem como quanto à partilha dos bens, a homologação pelo juiz pode ser compreendida como uma tutela para a verificação das cláusulas firmadas pelos parceiros, a qual deve ser desempenhada pelos juízes das Varas de Família com uma exegese que leve em consideração o caráter afetivo da relação jurídica estabelecida.

A proposta de legislação igualmente confere direitos sucessórios para as parcerias homoafetivas. A possibilidade de os companheiros possuírem direitos hereditários, entre si, enfoca a presença da *affetio* em tais relações – atribuindo o Direito efeitos para após a morte de um deles, baseados na comunhão verificada. Na ordem da vocação hereditária firmada, encontram-se depois dos descendentes e ascendentes e antes dos colaterais. Uma questão que deve ser levantada diz respeito à configuração dos parceiros como herdeiros necessários. O texto utiliza o verbo no futuro – 'terá direito à totalidade da herança' –, levando à compreensão de que o parceiro há de herdar, sem a possibilidade de ser afastado por disposição de vontade do outro companheiro. Relativamente aos cônjuges, no modelo de casamento heterossexual, o Código Civil brasileiro de 1916 abria a possibilidade de afastamento da herança por meio das disposições combinadas dos artigos 1.603, 1.721 e 1.725. Concernentemente à união estável, uma controvérsia semelhante se estabeleceu – em torno do artigo 2.º, inciso III, da Lei 8.971/94 – por também terem sido utilizados os tempos verbais no futuro.²¹³ Para não se conferirem mais direitos aos companheiros da união estável que aos cônjuges, interessante resposta para a falta de harmonia no sistema, a que as interpretações

²¹³Art. 2.º da Lei 8.971/94: "As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I - o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do 'de cujos', se houver filhos deste ou comuns;

II - o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de metade dos bens do 'de cujos', se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança."

restritas dos artigos da lei específica e do Código Civil levariam, é apresentada por João Baptista VILLELA, invocando a cláusula de maior favorecimento do Direito Alemão: "dada a circunstância de o casamento ter na Constituição precedência sobre a união estável, todas as vantagens deferidas a esta, por lei ordinária, supõem-se extensivas àquele, se a não tiver por outro título."²¹⁴ Em sintonia com esta interpretação doutrinária encontra-se o Código Civil de 2002 ao prescrever, no artigo 1.845, ser o cônjuge herdeiro necessário.

Os efeitos sucessórios estipulados na proposta de legislação poderiam ser alcançados mediante manifestação expressa formalizada por meio de um testamento.²¹⁵ Contudo, em nosso país, não se consagrou o costume da realização de testamentos. Exigir dos parceiros homoafetivos essa formalidade, bem como sempre constarem os percentuais pertencentes a cada um quando da compra de um imóvel – para poderem-se atingir os efeitos comuns às demais entidades familiares –, vem a ser discriminação sem legítima justificativa.

A proximidade com o Direito de Família é evidente. Quando não se permite, aos parceiros que desejem registrar seu pacto, terem o estado civil de casado ou separado (art. 2.º, parágrafo 1.º), enfoca-se a não possibilidade de se manterem duas entidades familiares, juridicamente reconhecidas, concomitantemente – regra impensável se se tratasse apenas de um contrato de cunho econômico.

Ao determinar-se que o estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada (art. 2.º, parágrafo 3.º), cria-se

²¹⁴VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a lei nº. 8.971/94, p.117.

²¹⁵Nesse sentido: "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 que venham a existir, em regime de condomínio, com 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, ainda, adquirir bens em nome de ambos, o que importa condomínio, em partes iguais." AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo, p. 150.

normativa própria de relação jurídico-familiar. Uma pessoa que tinha sua parceria homoafetiva registrada não se poderá casar, pois isso alteraria seu estado civil. Parece que o registro não modifica propriamente o estado civil dos parceiros, apenas os impede de mudá-lo durante sua vigência. Todavia, Álvaro Villaça de AZEVEDO acredita que a citada normativa gera, perigosamente, um novo estado civil, o qual não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria registrada. Isso porque o registro da parceria – em livro próprio, no Cartório de Registro Civil, como mencionado no *caput* do artigo 2.º – não é exigido só para valer contra terceiros. Segue, o mencionado autor, afirmando entender a preocupação do pré-legislador de amparar, de certo modo, as parcerias homossexuais, mas acredita ser esta disposição um excesso de formalismo a que o povo brasileiro não está acostumado.²¹⁶

Sob essa ótica, determina-se a nulidade do contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa – caso em que se configurará um crime (art. 7.º do projeto). Intenta o legislador projetista proibir duas ou mais parcerias simultâneas, formalmente constituídas, seguindo a característica da monogamia própria das entidades familiares. Assim, não se poderiam ter duas parcerias registradas. Se um dos parceiros omitir outra parceria registrada anteriormente, terá cometido falsidade ideológica. "O crime, portanto, consiste nessa omissão e não na manutenção de duas ou mais parcerias."²¹⁷

A idéia do usufruto legal denota mais uma vez o aspecto familiar presente para as relações estáveis e afetivas entre os parceiros do mesmo sexo. O usufruto objetiva tutelar o parceiro sobrevivente, que poderia manter a possibilidade de usar e fruir de uma determinada parte dos bens deixados, independentemente do direito dos herdeiros do *de cuius*. Intenta-se que o parceiro sobrevivente, o qual já está sofrendo as dificuldades afetivas devido à ausência de seu companheiro, não tenha sua situação agravada com a alteração da perspectiva de desfrutar de certos bens – os quais faziam parte de seu cotidiano de vida em comum.

²¹⁶AZEVEDO. *União entre pessoas do mesmo sexo...*, p.152-153.

²¹⁷Segundo Álvaro Villaça de AZEVEDO, na obra *União entre pessoas do mesmo sexo*, p.156.

Da mesma maneira, em consonância com as regras dirigidas ao casamento, encontra-se a atribuição da curatela a um deles, se ocorrer incapacidade superveniente do outro.²¹⁸ Ainda paritariamente às regras dirigidas às entidades familiares, há a tutela do imóvel próprio onde os companheiros estabelecem seu lar como Bem de Família – transparecendo o valor humanitário, por tornar impenhorável o lugar de convivência afetiva e estável.²¹⁹

Uma sensível diferença entre as entidades familiares heterossexuais e a proposta para as relações homoeróticas consiste na não previsão de alimentos quando da extinção da parceria pela vontade de um ou de ambos os parceiros. Os alimentos decorrem do dever de assistência entre os cônjuges ou companheiros, estendendo-se para depois do fim da comunhão de vida. Esse direito, inserido nas relações jurídico-familiares, não foi focado no projeto ora estudado. Todavia, mesmo não havendo previsão expressa, poderia criar-se o direito à alimentos mediante pacto. Pode-se

²¹⁸Art. 14: "O art. 454 da Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3.º, com a redação que se segue, passando o atual § 3.º a § 4.º.

'Art. 454 (...)

§1º (...)

§2º (...)

§3.º - Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela." Quando um autor acredita não se tratar de relação familiar, a união entre pessoas do mesmo sexo terá restrição com relação aos dispositivos de Direito de Família, exemplificando: "não sendo a parceria registrada considerada casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há como misturar seu tratamento legislativo com matéria matrimonial", AZEVEDO, Álvaro Villaça, União entre pessoas do mesmo sexo, p. 159.

²¹⁹Art. 9.º: "O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos regulados pela Lei 8.009. de 29 de março de 1990." Discordamos de posicionamentos como os de SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio Cesar da Costa (A Parceria Civil Registrada, p.43), quando entendem ser inconstitucional este artigo bem como todos os demais que estendem a disciplina própria da família aos parceiros do mesmo sexo. Acreditamos que a união homoafetiva cria laços afetivos peculiares de entidades familiares; portanto não coadunamos, nesse aspecto, com o posicionamento de Álvaro Villaça de AZEVEDO: "tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada (do Bem de Família), pois na parceria civil registrada não existe o 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." União entre pessoas do mesmo sexo, p.157.

imaginar a possibilidade de os parceiros, dentro do espaço da autonomia da vontade, estipularem essa solidariedade material – caso haja necessidade de um e possibilidade de outro, aos moldes das regras contemporâneas que informam a pensão alimentícia. Quiçá o projeto de lei não tenha estipulado o dever de alimentos por levar em consideração que, quando a união é formada por pessoas do mesmo sexo, o desenvolvimento de atividade remunerada por ambos, bem como divisão das tarefas domésticas, tende a se dar de forma equilibrada. Dessa forma, quando terminada a parceria, não será tão comum configurar-se a necessidade de um dos parceiros.

Outra lacuna diz respeito à possibilidade de um parceiro adotar o patronímico do outro – frisando-se ter sido reconhecido esse direito para a companheira da união estável. Acredita-se que os relacionamentos entre iguais talvez não comportem a alteração do nome – o qual tem origem na transferência da mulher para a família do marido. Apenas num panorama de renovação da simbologia relativa à alteração do patronímico, transpondo-se a noção de submissão ao poder do *pater* família, teria sentido esse direito para os parceiros do mesmo sexo.

Para evitar a discriminação na realização de contratos que disciplinem interesses dos parceiros, o projeto de lei reconhece, de forma exemplificativa, a possibilidade de conjuntamente comporem rendas para aquisição de casa própria. Nessa esteira, os contratos de seguro e de saúde devem estender a oportunidade para parceiros de uniões homoafetivas figurarem em posição semelhante à que se atribui às entidades familiares heterossexuais.²²⁰ As possibilidades apontadas pela proposta não esgotam os direitos que devem ser prolongados para os homossexuais, paritariamente ao que ocorre com as famílias heterossexuais – não devendo o rol ser considerado taxativo. Prevalece, nesse aspecto, a superioridade das normativas constitucionais que propugnam por igualdade e não discriminação.

²²⁰Art. 16: "É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e de seguro em grupo."

A garantia legal ao ingresso no Direito Previdenciário também marca presença.²²¹ Neste aspecto, quando do falecimento de um parceiro, o outro terá uma forma de sentir mais amenamente as conseqüentes perdas materiais, com a obtenção de pensão junto ao INSS ou decorrente de outro sistema previdenciário – isso porque a comunhão de vida pressupõe, além da afetividade, esforço comum para as diversas atribuições da vida. A falta de um parceiro se traduz igualmente em diminuição dessa colaboração material a qual será, de certa forma, suprida pelo Estado. O Sistema de Previdência Social tem a finalidade de assegurar a todos os cidadãos, sem discriminações fundadas na orientação social, os benefícios estabelecidos. Tendo-se em vista a normativa constitucional (art. 201, V), o projeto de lei ora analisado determina a inscrição como **dependente**, expressão esta inadequada. Outrossim, referentemente ao Direito Tributário, um parceiro também pode figurar como **dependente** do outro.²²² A crítica volta-se especificamente para a terminologia adotada, e não para a finalidade pretendida de tutelar os parceiros do mesmo sexo. Defini-los como dependentes entre si não é de boa juridicidade – além de não retratar devidamente a realidade enfocada.²²³ O que ocorre é uma relativa

²²¹Art. 10: "Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único – A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o *caput* deste artigo."

Art. 11: "O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12: "No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo."

²²²Art. 17: "Será admitida aos parceiros, a inscrição como dependentes para efeitos da legislação tributária."

²²³Nesse aspecto podem-se levantar as contradições do reconhecimento legislativo das uniões homossexuais: "tudo se passa, de fato, como se os homossexuais, que tiveram que lutar para passar da invisibilidade para visibilidade, para deixarem de ser excluídos e invisibilizados, visassem a voltar a ser invisíveis, e de certo modo neutros e neutralizados, pela submissão à norma dominante.

hipossuficiência em razão da presunção de esforço comum nas atividades necessárias, materiais e imateriais, para o bem-estar dos parceiros.

Para atingir a paridade que o princípio da igualdade informa, importante disposição indica a possibilidade de estrangeiro com relação de parceria com brasileiro ter procedimento semelhante aos estrangeiros que tenham filho ou cônjuge brasileiros para adquirir nacionalidade pátria. Propõe-se, então, a alteração ao Estatuto do Estrangeiro – possibilitando-se ao parceiro não brasileiro adquirir naturalização, se houver residido no Brasil por prazo inferior a quatro anos.²²⁴ Ressalte-se a importância dessa disposição, por se referir propriamente ao cerne dos laços afetivos de caráter familiar – os quais, por dizerem respeito a um brasileiro e um estrangeiro, devem favorecer a permissão a este último de ter a facilidade de residir no país legalmente. Caso emblemático, já citado, nesse contexto é o constrangimento suportado pelo parceiro inglês do líder do movimento homossexual curitibano, Toni Reis, que utiliza vários artifícios para continuar em solo brasileiro.

No plano das controvérsias acerca desse projeto de lei, encontra-se a questão da necessidade de registro para constituição da união entre pessoas do mesmo sexo, não havendo tutela daqueles que apenas faticamente convivam afetivamente e de modo estável. Conforme posicionamento de Maria Berenice DIAS: "esse projeto, mesmo que venha a se transformar em lei, não pode ser identificado como regulamentador da união homossexual, pois deixa à margem as relações que

Basta pensar em todas as contradições que a noção de 'arrimo de família' implica quando aplicada a um dos membros de um casal homossexual para compreender que o realismo que leva a ver no contrato de união civil o preço a ser pago para 'retornar à ordem' e obter o direito à visibilidade invisível do bom soldado, do bom cidadão ou do bom cônjuge... dificilmente possam justificar totalmente, para inúmeros homossexuais, as concessões à ordem simbólica que um tal contrato implica, como por exemplo, a condição de **dependente** de um dos membros do casal." BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina, p. 147. (Sem grifos no original).

²²⁴ Art. 15: "O artigo 113 da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 113.

(...)

VI – ter contrato de parceria registrada com pessoa de nacionalidade brasileira."

se romperem sem referendo contratual, que permanecem carentes de previsão legislativa.²²⁵ Sobre o assunto, Álvaro Villaça de AZEVEDO sugere a necessidade do registro do contrato de parceria entre homossexuais **tão-somente para valer perante terceiros.**²²⁶

Uma das questões mais polêmicas parece ser a proibição expressa quanto aos direitos de filiação para exercício conjunto pelos parceiros. Neste aspecto, não se permite o ingresso do casal homossexual em relações jurídicas de adoção, guarda ou tutela – pois não há, aqui, a característica da conjugalidade.

Considerando-se a possibilidade de que um dos parceiros, analisado em separado como solteiro, exerça esses direitos, já se vislumbra uma abertura. Exemplificando: em 6 e 7 de abril de 2002, juízes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro reuniram-se em Angra dos Reis e discutiram estratégias para incentivar a adoção no Estado. Os juízes da Comissão Estadual Judiciária de Adoção decidiram que também os homossexuais poderão adotar crianças no Estado, desde que a adoção não seja feita por um casal. Tal posicionamento mostra-se relevante, uma vez que se trata de uma política pública, advinda do judiciário, a qual não oculta ou discrimina a questão homossexual. Ainda que não haja nenhuma proibição para um solteiro homossexual adotar, a preocupação volta-se para as análises tendentes ao conservadorismo ao se analisar o eventual prejuízo acerca do melhor interesse da criança, quando se trata de um pai adotivo homossexual.

O preconceito, mais uma vez, faz-se sentir, pois, consoante pesquisa realizada pela Dra. Kerry N PHELPS, sabe-se que a sexualidade dos pais não influencia negativamente a educação dos filhos. Seu relatório é uma compilação de vários estudos realizados em diversos países nos últimos 25 anos.²²⁷

²²⁵DIAS. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto...**, p.294.

²²⁶AZEVEDO. **União entre pessoas do mesmo sexo...**, p.153. (Sem grifos no original).

²²⁷Segundo noticiado em: <http://www.uol.com.br/mixbrasil/mundomix>.

Acredita-se que, vencida a etapa de reconhecimento dos efeitos jurídicos para a união entre pessoas do mesmo sexo, o próximo passo será o de estenderem-se os efeitos para as questões de filiação.

Supõe-se não poder o avanço ser de tal tamanho de modo a que a sociedade não acompanhe a transformação e a lei não ganhe o real ingresso na vida. Não se pode menosprezar a força da cultura, apesar dos avanços já sentidos. Talvez a produção específica da norma, contemplando iguais direitos de filiação, transborde dos parâmetros do sistema no qual está inserido, a ponto de não se adquirir a eficácia desejada. Há fatos que não estão no Direito e, aos poucos, acabam sendo cooptados. Todavia, o inverso também ocorre quando normas produzidas são consideradas ineficazes.

Aos poucos se firmará a sensibilidade social no sentido de se entender que, em vários casos, os parceiros homossexuais preenchem o princípio do melhor interesse da criança presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A mudança já se está operando, haja vista o caso da cantora Cássia Eller, quando a opinião pública, de modo geral, foi favorável ao estabelecimento da guarda do filho biológico da artista para a parceira da mãe, que o tem como filho afetivo. A injustiça de se conceder a guarda para o avô da criança era gritante.²²⁸

Cabe aqui também noticiar que o Deputado Roberto Jefferson, Relator do Projeto de Lei n.º 1.151/95 na esfera da Comissão Especial, apresentou o Projeto de Lei n.º 52/99, que "cria e disciplina o PACTO DE SOLIDARIEDADE entre as pessoas e dá outras providências". Como a própria denominação indica, tal Projeto tem inspiração na legislação francesa, sobressaindo-se, neste interregno, por criar um mesmo instituto para héteros e homossexuais, prescindindo da questão da sexualidade. No mais, em muito se assemelha ao Substitutivo aprovado na Comissão Especial. Neste trabalho, elegeu-se o Projeto de Lei n.º 1.151/95, por ter recebido maior atenção dos movimentos sociais e maior debate nas audiências mencionadas.

²²⁸Esta decisão foi comentada no Boletim do IBDFAM de nov/dez de 2002.

Assim, os aspectos positivos do projeto de lei analisado se sobrepõem, ainda que se possam tecer algumas críticas e se questionarem algumas questões pontuais. Crê-se merecer ele apoio. "O pronunciamento legislativo tem importância na medida em que preenche um espaço jurídico de definição de valores e vincula o próprio julgador. Com virtudes e defeitos, toda a manifestação legislativa pode ser um veículo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família."²²⁹ E, mesmo se verificada a sonhada conquista legislativa rumo ao reconhecimento das famílias homossexuais, permanece sendo fundamental a atitude do operador do direito, merecendo destaque, nessa questão, a sensibilidade do julgador em sua aplicação da legislação.

Ultrapassados os tempos do positivismo tipicista, com um jurista engessado pelas amarras do legalismo estrito – mesmo com a aprovação da comentada normatividade –, o tema necessitará da análise do ordenamento jurídico, como um todo, para superarem-se as imprecisões, as aparentes contradições e as lacunas eventualmente verificáveis. As críticas devem alimentar a busca da extirpação das dificuldades do texto legislado, com a contribuição das demais fontes do Direito, e não tão-somente propagar seu aspecto desconstrutivo.

As reflexões não devem restringir-se aos textos das leis específicas, pois, dessa maneira, focar-se-ia apenas uma via – importante, mas não exclusiva – do Direito. O âmbito jurídico é formado por um sistema de normas, mas também por um sistema de valores e princípios. Nosso ordenamento estrutura-se em torno de certos valores, muitos dos quais estão postos em sede de princípios constitucionais, que também deverão informar a interpretação da legislação específica – numa leitura incorporada pelos reclamos da atualidade histórica.

²²⁹FACHIN. Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo....**, p.121.

CAPÍTULO 3

A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pode-se afirmar que nosso texto constitucional revela-se como uma legislação em harmonia para com os novos valores sociais. Deste modo, a Constituição Federal de 1988 mostra-se ser um divisor de águas no que se refere às conquistas legisladas reconhecedoras dos princípios de diversos ramos do Direito, especialmente em relação ao Direito Civil.

Traduz-se, assim, necessária uma visão interdisciplinar, mormente no que tange ao Direito Civil Constitucional. Nesse novo momento histórico-jurídico, marcado por uma diversa metodologia civilística, esse novo viés não deve significar simplesmente uma justaposição entre o Direito Civil Clássico e o Direito Constitucional.²³⁰ Trata-se da construção de um outro Direito Privado, formado por intermédio da comunicação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil – no entanto deles se diferenciando. Não se trata mais da reprodução de uma normativa codificada a pretender a completude e a transposição de seu tempo; contrariamente, abre-se um espaço para a construção.

Considerando-se poder o Direito Civil ser encontrado em diversas fontes – como leis específicas, doutrina, costume e jurisprudência –, o papel da codificação

²³⁰As reflexões sobre a Constitucionalização do Direito Privado não se restringem ao âmbito nacional. Em outros países seguidores do modelo Napoleônico, encontramos idéias comuns. É o que se percebe na expressão de Carlos Martínez AGUIRRE Y ALDAZ: "(...) a Constituição e seus princípios não devem influir no Direito Civil, desde fora – a maneira em que se externa a luz do livro cuja releitura se pretende – mas deve penetrar no interior do sistema, e à partir daí vitalizar inteiramente o Direito Civil, construindo-se na força interna inspiradora da aplicação e interpretação das normas civis." [No original: "es decir, que la Constitución y sus principios no deben influir en el Derecho civil 'desde fuera'- a la manera en que es externa la luz al libro cuya 'relectura' se pretende -, sino que debe penetrar en el interior del sistema, y desde ahí vitalizar enteramente el Derecho civil, constituyéndose em la fuerza interna inspiradora de la aplicación e interpretación de las normas civiles."]. El Derecho Civil a finales del siglo XX, p.85.

perde sua centralidade, o qual passa a ser ocupada pela Constituição. Isto se dá por ela estar no ápice da hierarquia das fontes normativas e em razão de um necessário espírito de unidade, bem como de coerência, do sistema jurídico.

Os comandos civilísticos que não se encontram em sintonia com o texto maior estão tacitamente revogados, ou, se for o caso, devem adequar-se à norma superior. Dessa maneira, toda a legislação civil em vigor reclama uma "releitura", sob o prisma constitucional.²³¹

Sobre meios de superarem-se visões simplistas acerca do Direito Civil contemporâneo, interessante manifesta-se o esclarecimento de Maria Celina Bodin de MORAES quando fala em dois significados para o Direito Civil Constitucional. Um primeiro, sob um ponto de vista formal, enfoca aquelas matérias as quais historicamente foram de Direito Civil mas que, atualmente, encontram-se em sede constitucional. Contudo, relevância maior toma o outro significado, de acordo com o qual "é direito civil constitucional todo o direito civil, e não apenas aquele que recebe a expressa indumentália constitucional, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta e imediata das normas constitucionais sobre todas as relações interprivadas."²³²

²³¹ Para delinear-se os contornos sem, contudo, pretender engessar-se sua construção, traz-se a colação a seguinte definição de Direito Civil Constitucional: "sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e em suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídicas-privadas gerais, e referentes àquelas outras matérias residualmente consideradas civis, que têm por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulação de tais relações e matérias, que são suscetíveis de aplicação imediata ou podem servir de referência para a vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento." [No original: "sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la constitucion, relativos a la proteccion de la persona em si misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones juridico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases mas comunes y abstractas de la regulacion de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicacion inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretacion de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo."]. ARCE Y FLÓREZ- VALDÉS. *El Derecho civil constitucional*, p.178.

²³² MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.17, 1999. p.83.

Além do aspecto formal, o último sentido conferido à constitucionalização do Direito Privado, mencionado pela autora, sustenta a base axiológica para a tutela da união entre pessoas do mesmo sexo.

Conseqüentemente, atendendo aos valores personalísticos, o ordenamento constitucional oferece aportes suficientes para os efeitos jurídicos da união homoafetiva. Não se requer propriamente uma analogia com a chamada união estável. Na falta de lei específica, porém, há uma natural proximidade de tratamento, ponderando-se ambas serem exemplos de entidade familiar.

Torna-se possível a construção jurídica à parceria entre pessoas do mesmo sexo mediante a articulação axiológica de princípios do Direito Civil Constitucional.

Dentro dessa moldura de relevância constitucional, o destaque primeiro deve ser quanto ao valor da dignidade da pessoa humana, o centro da tábua axiológica de nossa Carta Magna. "Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana."²³³

Há de conhecer-se a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana.²³⁴

²³³Prefácio de Paulo BONAVIDES à obra de SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido: "na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação, reforçada ao depois da traumática barbárie nazi-facista, encontra-se plasmada pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana" – como destaca NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 473.

²³⁴O aspecto eminentemente humanitário da parceria homoafetiva está presente em julgados, a exemplo: "negar a uma pessoa o direito de escolher um parceiro, com ele estabelecendo uma comunidade afetiva e pretendendo vê-lo protegido de quaisquer eventualidades, simplesmente por terem ambos o mesmo sexo, equívale a negar sua própria **condição humana**."(Sem grifos no

O tema ora tratado volta-se essencialmente à defesa dos valores pessoais. Os autores nacionais, os quais desenvolveram suas reflexões sobre o assunto, caminham nesse sentido. Nas palavras do professor Luiz Edson FACHIN: "o direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado."²³⁵ Na constituição da personalidade e no seu desenvolvimento fundamental se torna o direito à identidade sexual. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de MORAES:

os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastantes demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que, merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz.²³⁶

Sob esse ponto de vista, a discriminação jurídica em não se reconhecer uma relação afetiva entre sujeitos, devido à sua orientação sexual, mostra-se inconstitucional, pois contrária à dignidade da pessoa humana.

Cabe frisar-se ter a expressão dignidade da pessoa humana maleabilidade suficiente para ser alimentada conforme as novas exigências sociais, não sendo uma expressão de preciso significado. Nada obstante – para além de uma definição que, ao abarcar algumas noções, exclui outras –, revela-se a proposta de conceito de dignidade da pessoa humana de Ingo Wolfgang SARLET, tendo-se em mente que os conceitos procuram ordenar o saber e facilitar a sua comunicação:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."²³⁷

original). Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347- 0, 3.ª Vara Federal Previdenciária, Porto Alegre, 17 de Abril de 2002. Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes.

²³⁵FACHIN. **Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo...**, p.115.

²³⁶MORAES. **A união entre pessoas do mesmo sexo ...**, p.97.

²³⁷SARLET. **A dignidade da pessoa humana ...**, p.60.

A exclusão de um rol de pessoas, em virtude de sua orientação sexual, da possibilidade de terem sua relação afetiva reconhecida impõe-se como um vertiginoso desrespeito à sua dignidade intrínseca. Constata-se, decorrentemente, como o preconceito ainda restringe direitos e como a reprodução do estigma social é incorporada ao âmbito jurídico. Tal fator determina-se em função da orientação sexual da pessoa envolvida. Estes aspectos estão a indicar o tratamento indigno direcionado a algumas pessoas, não se lhes conferindo a oportunidade de serem sujeito de direito devido a uma condição relacionada com sua identidade pessoal.²³⁸

Por motivos como esse, o princípio da dignidade da pessoa humana foi eleito fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.²³⁹ Dessa maneira, nosso sistema atribui a esse valor um caráter de centralidade, de norte principal em detrimento das demais normas, princípios ou valores. Deve-se, portanto, priorizar sempre o valor da dignidade da pessoa humana, haja vista a Constituição Federal de 1988 tê-lo consagrado expressamente como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, o contexto atual da convivência social e as exigências humanitárias estão a informar o papel de essência que deve ser conferido à dignidade, como valor norteador das questões jurídicas.

Ao se falar em dignidade da pessoa humana, uma aproximação surge. Trata-se do diálogo que se estabelece, a partir deste referencial, entre Direitos da

²³⁸De acordo com Roger Raupp RIOS "a relação que ora se estabelece entre proteção da dignidade humana e orientação sexual homossexual é direta. O respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual, é ordenado juridicamente em virtude do artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, aliás, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades." A homossexualidade no Direito, p. 91.

²³⁹Art. 1.º da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)"

Personalidade, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. São temas interligados que, para se estar em sintonia com uma concepção humanística da sociedade, não podem ser dissociados. Além do pregado enlace entre os Direitos Civil e Constitucional, deve-se também buscar a aproximação deles aos Direitos Humanos, numa construção personalística sem fronteiras. Essas idéias se encontram no pensamento propalado pelos professores Lamartine e Muniz, quando afirmam:

só pelo entendimento da ordem pública como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem.²⁴⁰

Sobre o tema em relevo, dentro do plano legislativo, igualmente merece destaque a força normativa concedida aos direitos e garantias advindos de tratados internacionais de que o Brasil participar (parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988), especialmente aos que representem comandos respeitantes a Direitos Humanos. Sob esse prima, a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe:

"Art. 1.º - Todos os seres humanos nascem **livres e iguais em dignidades** e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Art. 2.º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e liberdades proclamados na presente Declaração, **sem distinção alguma**, nomeadamente de raça, de cor, **de sexo**, de língua, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Art. 7.º - Todos são **iguais** perante a lei e, **sem distinção**, tem direito a **igual proteção da lei**. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (Sem grifos no original).

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos assevera:

Art. 5º (1). Toda pessoa tem direito a que se respeite sua **integridade física, psíquica e moral**

²⁴⁰OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.19, p.223-241, anos 1978/79/80. p.228.

Art. 7º (1) Toda pessoa tem direito à **liberdade** e à segurança pessoais.

Art. 11 (1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua **honra** e ao reconhecimento de sua **dignidade**.

Art. 11 (2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua **vida privada**, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.

Art. 11 (3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

Art. 24. Todas as pessoas são **iguais** ante a lei. Em conseqüência, têm direito, **sem discriminação, a igual proteção da lei**. (sem grifos no original).

A dignidade da pessoa humana deve encerrar um conteúdo normativo, e não tão-somente se resumir a um apelo ético. Logo, esse princípio está a informar a necessidade de providências que o implementem. O reconhecimento das relações homoafetivas pelo Direito vem a ser uma forma de concretizá-lo, além de representarem uma expressão da legalidade e da publicidade atribuídas a essa forma de união.

Nesse sentido, já se pronunciou a jurisprudência brasileira: "conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da **dignidade humana**, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos infundados legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e sofrimentos de muitos seres humanos." ²⁴¹

Portanto, não basta o aspecto negativo em busca da não violação da dignidade. Também se faz necessária sua promoção, a faceta positiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

Normas que caminhem ao encontro das integridades física e emocional dos parceiros homoafetivos devem ser promovidas, em decorrência do valor da dignidade da pessoa humana. ²⁴²

²⁴¹10.ª Vara/RS. Processos ns. 96.0002030-2 e 96.0002364-6. Juiz: Roger Raup Rios. 09/07/96.

²⁴²O prisma ativo do valor digno à pessoa é preconizado por constitucionalistas, nesse sentido: "na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana atua, portanto – no que comunga das características das normas-princípio em geral – como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes." SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 74.

Apesar do reconhecimento expresso em vários diplomas legislativos da dignidade das pessoas humanas, percebe-se que um maior ou menor conteúdo de efeitos, desse valor derivados, relacionam-se com o que podemos denominar 'sensibilidade jurídica'. A concretização dessa normatividade exige sensibilidade dos operadores do direito para, mediante sua percepção, implementar-se a justiça, em respeito à dignidade dos homens.

A partir do cerne constitucional da dignidade da pessoa humana, passam-se a analisar outros princípios do texto constitucional brasileiro, os quais fundam, nos dizeres do professor Luiz Edson FACHIN, "a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana."²⁴³

Para viver-se em dignidade, deve ser respeitado o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, segundo sua peculiar forma de ser. Não se pode excluir uma pessoa do sistema jurídico tutelador das conseqüências da afetividade, como o é o Direito de Família, em razão de sua orientação sexual, a qual é constituidora de sua personalidade, sendo elemento essencial do seu ser. "Em uma ordem constitucional democrática e pluralista, que exige padrões interpretativos globais (...), em respeito dos princípios guias do sistema (...), cada indivíduo conserva o direito fundamental de se auto-afirmar segundo as opções existenciais que mais se adaptem a sua natureza".²⁴⁴

3.2 PLURALIDADE FAMILIAR E INTIMIDADE

A tutela jurídica de direitos – partindo do valor da dignidade da pessoa humana e apoiada à concepção de um Direito Civil Constitucional – relaciona-se com a percepção de que, na atual ordem do sistema jurídico, supera-se a divisão absoluta

²⁴³Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo, p. 114.

²⁴⁴[No original: "in un ordine costituzionale democratico e pluralista, che esige canoni interpretativi globali (...), nel rispetto dei principi guida del sistema (...), ogni individuo conserva il diritto fondamentale di autoaffermarsi secondo le opzioni esistenziali più conformi alla sua natura."]. DE VITA, Ana. Note per una comparazione, p. 152.

entre Direito Público e Direito Privado. Não se verifica mais a demarcação de espaços jurídicos, bem como a separação de princípios e regras, de forma absoluta.²⁴⁵

Na época de nossa primeira codificação, os campos jurídicos do público e do privado estavam bem delimitados. O Código Civil representava a esfera privada na intenção de assegurar a autonomia do sujeito de direito, diante do poder estatal, em harmonia com o individualismo e o liberalismo de então. Aliam-se fundamentos de direitos naturais com o panorama positivista, passando o Direito Civil a ser sinônimo de Código Civil. Ao público cabia o papel de intervir o menos possível na esfera privada; apenas deveria garantir as condições necessárias para que os indivíduos agissem segundo sua livre vontade.

Diante dos novos valores que paulatinamente se foram impondo, o poder público passou a intervir na economia, pois a liberdade se traduziu na "lei no mais forte". As Constituições abriram-se para os assuntos tradicionalmente tidos como privados, anunciando-se a chamada privatização do Direito Público. Essas mudanças redefiniram os traços fundamentais do Direito Privado, no sentido de fazer emergir sua publicização.

Hodiernamente, cabe às Constituições Federais a estipulação dos direitos que traduzem a tutela das pessoas defronte dos Estados, de modo a não se alterarem as garantias dos cidadãos ao simples sabor do poder político dominante. Esta finalidade foi, no pós Revolução Francesa, um dos objetivos do Código – de modo a solidificar as recentes conquistas daquele momento histórico. A construção

²⁴⁵Em 1967 RODOTÀ já preconizava: "nos anos recentes, generalizou-se bastante a convicção da historicidade ou da relatividade dos conceitos jurídicos; em segundo lugar, constatou-se o declínio do significado constitucional dos códigos de direito privado; enfim, criou-se uma nova consciência de um fenômeno já há tempos observado pelos estudiosos, qual seja, da particular relevância dos elementos públicos e do interesse social nas matérias tradicionalmente de disciplina civilística." [No original: "negli anni recenti si è grandemente generalizzata la convinzione della storicità o della relatività dei concetti giuridici; in secondo luogo, si è constatato il tramonto del significato costituzionale dei codici di diritto privato; infine, si è presa nuova coscienza di un fenomeno già da gran tempo osservato dagli studiosi, cioè della particolare rilevanza assunta da elementi pubblicisti e da interessi sociali nelle materie tradizionalmente assegnate alla disciplina civilistica."]. Ideologie e tecniche della riforma del diritto Civile, p.85.

de um sistema sem a categorização na dicotomia Direito Público e Direito Privado passa pela a funcionalização dos institutos na busca da realização dos interesses não mais simplesmente individuais, valorizando-se as questões existenciais das pessoas. Esta inovadora perspectiva do Direito Civil Constitucional deve englobar a pessoalidade das diferenças; logo, também a alteridade da união homossexual.

As Constituições passam a abarcar diversos princípios fundamentais do Direito de Família, a exemplo de outros ramos do Direito.²⁴⁶ Essa proximidade entre um ramo tradicionalmente Público – como é o Direito Constitucional – e outro considerado de âmbito Privado – pois se dirige à formação de um núcleo familiar – revela-se mediante a contemplação do princípio da pluralidade familiar em nosso Texto maior.

O texto constitucional de 1988 tratou de dedicar atenção a algumas entidades familiares, não se restringido a um modelo unifamiliar voltado exclusivamente para o matrimônio, como o fez nossa primeira Codificação Civil.

Todavia, as discussões relativas ao tema da parceria homoafetiva parecem estar dominadas por questões morais e ideológicas. Os debates caminham pouco pela estrada da reflexão crítica sobre a possibilidade de um modelo de família alternativo ao expressamente reconhecido, negando uma verdadeira dimensão plural para os modelos jurídicos de família. Assemelham-se estar os esforços contrários aos efeitos jurídicos para as uniões entre pessoas do mesmo sexo resumidos principalmente às questões ditas morais. Ou seja, as críticas contrárias centram-se em motivos relacionados com a discriminação presente na sociedade.

Ocorre que o modelo heterossexual tradicional de casamento não é compartilhado pelos homossexuais. Na expressão de Rebeca SEVILLA, economista peruana e uma das líderes do movimento internacional das lésbicas: "o reconhecimento da união entre homossexuais é uma meta, mas não no padrão heterossexual".²⁴⁷

²⁴⁶Sobre o assunto TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Vicente [org.]. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-71.

²⁴⁷FERRAZ, Sílvio. De papel passado. **Revista Veja**, São Paulo, ano 28, n.26, p.100-101 jun. 1995.

De tal sorte, o princípio da pluralidade familiar não representa somente uma diversidade de possibilidades dentre as taxativamente apresentadas pelo sistema legal.²⁴⁸

Os modelos de família presentes na realidade social devem ser reconhecidos pelo Direito sempre, para que haja respeito aos valores essenciais dos membros do grupo familiar, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Conforme o escólio de Pietro PERLINGIERI: "A família é valor constitucionalmente garantido nos limites da sua conformidade e de qualquer modo não contrariedade aos valores que caracterizam as relações civis, em particular ao respeito da dignidade humana."²⁴⁹

Com base nos preceitos do professor italiano, pode-se afirmar dever o princípio da pluralidade no âmbito familiar receber uma interpretação ampla, respeitadora das diversas formas de união, a encontrar limite apenas na dignidade das pessoas. Não se deve, contrariamente e numa visão estreita do referido princípio, negar um digno tratamento aos diferentes modelos arraigados na sociedade por razões preconceituosas.

No que se refere ao aspecto formal, ao vislumbrarmos os textos constitucionais brasileiros anteriores à nossa Constituição Federal de 1988, percebemos a nítida diferença de enfoque quando tratado o Direito de Família – destacando-se o princípio da pluralidade de entidade familiares na atual Carta Maior.

A Constituição brasileira de 1891 preocupou-se em atribuir validade unicamente ao casamento civil (artigo 72, parágrafo 4.º). Já a Constituição Imperial de 1824 tratou exclusivamente dos interesses do casamento da família real (artigos 105, 106, 107, 108, 112 a 115 e 120).

²⁴⁸Rebecca BAILEY-HARRIS posiciona-se, acerca dos efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, no seguinte sentido: "eu defendo a criação de regime estatutário único governando as consequências financeiras das dissoluções dos relacionamentos não-matrimonializados, quer heterossexual quer gay, mas eu acredito que o esquema estatutário pode ser feito suficientemente flexível para acomodar os interesses do **pluralismo e diversidade**. [No original: " I advocate the creation of a single statutory regime governing the financial consequences of the breakdown of unmarried relationships both heterosexual and lesbian and gay, but I believe that the statutory scheme can be made sufficiently flexible to accommodate the interests of **pluralism and diversity**."]. (Sem grifos no original) BAILEY-HARRIS, Rebecca. *Lesbian and gay family ...*, p.560, 568.

²⁴⁹[No original: "la famiglia è valore costituzionalmente garantito nei limiti della sua conformità e comunque non contrarietà ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare al rispetto della dignità umana."]. PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, p.474.

O modelo unifamiliar obteve abrigo na Constituição de 1934:

Artigo 144: a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a protecção especial do Estado.

Paragrapho único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso *ex-officio*, com efeito suspensivo."

Na Constituição de 1937, o artigo 124 também não dissocia família de casamento: "a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a protecção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus recursos."

Dispõe igualmente o artigo 163 da Constituição Federal de 1946: "a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à protecção especial do Estado (...)"

Nesse mesmo sentido encontra-se o artigo 167 da Constituição Federal de 1967: "a família é constituída pelo casamento e terá direito à protecção dos Podêres Públicos (...)"

Com essa incursão histórica, percebe-se tratar-se de verdadeiro marco legal o texto da Constituição Federal de 1988 no que, tange à Família, quando afirma:

Artigo 226: "a família, base da sociedade, tem especial protecção do Estado.
(...)"

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

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

A pluralidade de formas de família está bastante reconhecida na atual Constituição, principalmente pela verificação do novo paradigma que figura encartado em seu texto. Representa, assim, um divisor de águas para os efeitos jurídicos das entidades familiares, pois outros modelos de família, que não somente aquele fundado no casamento, tiveram abrigo na Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, ao afirmar-se estar a união estável reconhecida, o verbo empregado – qual seja: reconhecer – é emblemático porque significa o acolhimento de algo já anteriormente existente. Do mesmo modo, ao tratar da família monoparental, a expressão 'também' é significativa para aludir inclusão, acréscimo; portanto, não há exclusividade na idéia tratada.

Nesse sentido, interessante posicionamento defende Paulo Luiz Netto LÔBO²⁵⁰ ao desenvolver o que denominou de normas constitucionais de inclusão. Consoante o autor, "a interpretação de uma norma não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos." Em seu relevante artigo sobre entidades familiares, o professor sustenta a função de **cláusula geral de inclusão** do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal – tendo-se em vista que o mesmo não faz referência a um determinado tipo de família, como ocorreu com os textos constitucionais anteriores –, bem como do parágrafo 4.º do artigo 226 –, devido à significância do termo "também". Conseqüentemente, não se mostra admissível a exclusão de nenhuma entidade familiar que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A família é uma formação social e com a sociedade se transforma no tempo. Numa interpretação literal, já percebemos o grande avanço conquistado com nossa atual Constituição. Porém, as inovações não se resumem às expressões impressas no texto. Numa interpretação teleológica, nossa Lei Maior está a informar a necessidade de o Direito de Família abrir-se à sua plural possibilidade, estando as duas novas entidades familiares expressamente tratadas a exemplificar novos modelos. "A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, não podendo separar-se da verdade concreta de seu tempo, operando sua eficácia somente tendo em conta dita realidade."²⁵¹

²⁵⁰Em seu artigo Entidades familiares constitucionalizadas.

²⁵¹GIORGIS, José Carlos. Natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte, ano IV, n.8, p.5, 13, maio, 2002.

Contudo, se adotada uma interpretação restrita dos comandos constitucionais, pode-se chegar ao entendimento, em nosso entender equivocado, conforme o qual a pluralidade de formas de família se restringe ao rol elencado pela Constituição. Em outras palavras, será apenas possível, sob essa ótica, a variedade de maneiras de formação da família de acordo com o expressamente estabelecido no texto constitucional.

Não transparece ser esse o devido enfoque ao princípio da pluralidade familiar, pois não é a legislação quem cria um núcleo familiar. Não se pode ter por únicas verdades os modelos de família espelhados pelo Direito.

Faz-se mister, nesse íterim, uma reflexão crítica, um repensar sobre onde a historicidade e a circunstancialidade do Direito devem estar presentes – ter em mente os valores sociais no tempo e espaço. Para se exemplificar a diversidade de modelos de família presentes, segundo a influência cultural do transcurso histórico e do lugar, vale-se do ensinamento de Paul HALSALL:

Em sociedades do passado, no que diz respeito aos exemplos heterossexuais, os relacionamentos chamados pelas palavras que nós traduziríamos como "casamento" têm, na realidade, incluído precipitadamente realidades diversas:

- relacionamentos entre um homem e muitas mulheres (*polygyny* – em muitas sociedades, por exemplo, Islã, Israel Antiga);
- relacionamentos entre um homem com uma mulher chefe e esposas subordinadas e/ou concubinas (China);
- relacionamentos entre uma mulher e muitos homens (*polyandry* no Tibet);
- relacionamentos com idades dissonantes entre um homem e uma mulher onde o homem geralmente era um adulto de aproximadamente 30 e a mulher de 15 anos de idade (e.g.: Atenas Clássica, Itália Renascentista);
- relacionamentos no qual um homem e uma mulher casam-se com a mesma idade, mas sem ter conhecido seu/sua cônjuge antes. (entre alguns judeus ortodoxos, em muitas sociedades na Índia e China);
- relacionamentos em que um homem e uma mulher casam-se porque se amam. (A regra moderna)."²⁵²

²⁵²[No original: "in past societies, and sticking with heterosexual examples, relationships called by the words we would translate as "marriage" have in fact comprised wildly divergent arrangements: - relationships between one man and many women. (*polygyny* - in many societies, for example Islam, ancient Israel);- relationships between one man with a chief wife and subordinate wives and/or concubines

Para ilustrar um reconhecimento jurídico o qual utiliza um conceito amplo de família, não se circunscrevendo ao elenco exemplificativo da Constituição, destaca-se a questão do Bem de Família. A interpretação da noção de entidade familiar prevista na Lei 8.009/90, atendendo à dignidade na manutenção de um patrimônio mínimo, ganhou conotação extensiva dos tribunais nacionais. Sublinhe-se, nesse caminho, a inclusão da união familiar composta por irmãos para fins de impenhorabilidade de seu único bem de moradia.²⁵³

A necessidade de desdobramento minucioso dos fatos jurídicos encartados na legislação é pretensão da completude própria do sistema clássico, a qual contribui para afastar o Direito das alterações sociais. A égide do sistema rígido positivista deve abrir-se às transformações das práticas sociais.

Destarte, com o transcurso do tempo, novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os modelos de família que deve o Direito contemplar, pois nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos.

Seguindo essa linha de pensamento, Álvaro Vilaça de AZEVEDO afirma que a Constituição Federal de 1988 protegeu não o instituto do casamento, mas a

(China);- relationships between one woman and many men. (*polyandry* - in Tibet); - age dissonant relationships between one man and one woman where the man was usually an adult of about 30 and the woman a fifteen year old (e.g. Classical Athens, Renaissance Italy);- relationships in which one man and one woman marry at roughly the same age, but without ever having met before. (Among some Orthodox Jews, in many Indian and Chinese societies);- relationships in which one man and one woman marry because they love each other. (The modern norm)."]

²⁵³Exemplificando: "EXECUÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Resp. 159.851 – SP, DJ 22-06-1998." Para uma melhor análise dessa questão, ver Paulo Luiz Netto Lobo. Entidades familiares constitucionalizadas, p. 102 à 104. E, sobre o prisma do patrimônio mínimo como dignidade da pessoa humana enfocando o Bem de Família, consultar Luiz Edson FACHIN. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, p. 149-164.

família. Aduz ele: "protegendo a família, base da sociedade, discriminou algumas formas de convivência que **não são taxativas**. E não o são porque não é possível uma Constituição Federal estabelecer, no seu texto, todas as formas de convivência. Isso cabe ao povo, no exercício (...) dos seus direitos."²⁵⁴

As possibilidades de modelos familiares contidos na realidade fática da vida devem traduzir-se em relações jurídicas. Não cabe mais ao Estado aquele antigo papel de impor um certo modelo, em nome de valores ultrapassados – especialmente em uma sociedade eminentemente pluralista como a brasileira.

Com a tutela principal das relações familiares voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade de entidades familiares se impõe. Respeitando-se tal clamor, as pessoas poderão conviver familiarmente conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais.²⁵⁵

Nesse contexto, a relação entre pessoas do mesmo sexo deve ser apreendida pelo jurídico como mais um modelo de entidade familiar, pois nada mais é que outro exemplo entre os 'amores possíveis', com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família.

No plano das conquistas jurídicas, torna-se relevante nominar com o termo **família** as uniões homossexuais – porque a utilização desse signo lingüístico comporta

²⁵⁴(Sem grifos no original). Pronunciamento do autor na qualidade de depoente convidado na audiência pública sobre o novo Código Civil, em 13/09/2000. Em sentido diverso: "a luz da Constituição, esta enumeração é imutável, pelo menos no que tange a possibilidade de uniões homossexuais poderem formar entidade familiar (...). A proteção a uma instituição consagrada em uma determinada sociedade se atém à irredutibilidade de seu núcleo essencial. Isto significa que não é permitido desnaturar sua destinação, restringindo ou ampliando o alcance da mesma, dentro de uma dada realidade social. Através disto, veda-se, por exemplo, a positivação, dentro do ordenamento pátrio, do casamento poligâmico." SARDAS. Marcela e MEIRELLES, Júlio Cesar da Costa. **A parceria civil registrada ...**, p.5.

²⁵⁵Outrossim, no próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988, afirma-se: "nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade**, a segurança o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (Sem grifos no original).

um contexto de valores, sentimentos e emoções que firmam referências presentes na realidade concreta, não mais devendo ser ocultados.

Não se pode mais conceber que o Direito tutele a relação familiar como se ela fosse tão-somente uma: a proveniente do modelo tradicional do matrimônio. A forma de se constituir uma família vincula-se com o 'estilo de vida' dos sujeitos dessa relação, em sua procura de como melhor desenvolver sua afetividade, sua personalidade.

Dentro dos laços familiares, os sujeitos exercem a sexualidade, oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia um ao outro nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das demais atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se toma a divisão das tarefas de socialização das crianças. Estas características estão presentes em uniões homo e heterossexuais. Há, portanto, uma relação indissociável entre o princípio da pluralidade familiar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, visto ser a união afetiva parte essencial dos valores personalísticos – como os acima mencionados.²⁵⁶

Atualmente é a legislação constitucional, desenhada por princípios, quem cumpre o papel de traçar as linhas mestras de nossa estrutura jurídica, cumprindo,

²⁵⁶ Segundo Pedro A. Talavera FERNÁNDEZ: "a atual regulação legislativa do matrimônio civil, ainda apoiada sobre uma consideração romano-canônica, em conexão com um mundo de valores procedentes da tradição judaico-cristã, resulta obsoleta frente a uma sociedade aberta e democrática que, em consonância com respeito a outro tipo de valores, deveria liberalizar definitivamente as formas – plurais – de organizar uma convivência íntima. É conveniente, pois, respeitando o matrimônio (e com ele todos os agregados culturais e dogmáticos que o rodeiam), reconhece-se efeitos jurídicos a outros modos alternativos de conjugalidade. [No original: "la actual regulación legislativa del matrimonio civil, todavía apoyada sobre una consideración romano-canónica, en conexión con un mundo de valores procedentes de la tradición judeo-cristiana, resulta obsoleta frente a una sociedade abierta y democrática que, en aras del respeto a otro tipo de valores, debería liberalizar definitivamente las formas - plurales - de organizar una convivencia íntima. Sería conveniente, pues, respetando el matrimonio (y con él todos los agregados culturales y dogmáticos que lo rodean), reconocer efectos jurídicos a otros modos alternativos de conyugalidad."]. Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales, p.15.

pois, um papel equivalente à antiga centralidade exercida pelos Códigos Civis prosélitos do modelo napoleônico. Nesta moldura contemporânea, o princípio da pluralidade familiar alicerça-se como um dos pilares na construção da tutela da união amorosa e estável entre pessoas do mesmo sexo.

Todavia, o fundamento jurídico baseado em um prisma principiológico necessita de uma reflexão prévia, qual seja, defendem-se os princípios constitucionais do Direito de Família como normas vinculantes, e não de conteúdo meramente programático.

Da mesma forma, considera-se um pensamento criticavelmente reducionista a opinião conforme a qual a função da norma constitucional tão-só a de limitadora da legislação inferior.

Visa-se a afastar as concepções marginalizadoras da importância normativa do texto constitucional. A potencialidade da Constituição deve igualmente ultrapassar essas funções, especialmente no que concerne ao feixe de direitos das pessoas. Mesmo na falta de legislação ordinária, os dispositivos constitucionais devem merecer efetiva aplicabilidade.

Isso sustenta-se porque em nosso país há um sistema de Constituição rígida, o qual abrange uma hierarquia piramidal do sistema legislativo, cuja preeminência é conferida à norma constitucional. Além disso, uma vez inaugurado o novo paradigma de valores personalísticos instituídos no texto da Lei Maior, forma-se o núcleo central axiológico da atual ordem jurídica.

Enquanto se aguardam as providências legislativas dirigidas à produção de efeitos jurídicos para as uniões de pessoas do mesmo sexo, deve-se aplicar diretamente o valor da dignidade da pessoa humana – tanto quanto os demais princípios personalísticos, como o da intimidade. Não se os pode tomar somente como uma diretriz a ser seguida, quando aspectos emergentes da sociedade estão clamando por respostas. O semblante positivo dos princípios e valores constitucionais deve englobar sua aplicação direta, para traduzir-se seu real reconhecimento.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria vem reconhecendo a aplicação dos princípios constitucionais às questões de união entre pessoas do mesmo sexo. Destaca-se uma decisão em Ação Civil Pública, reconhecedora de direitos previdenciários. Os fundamentos constitucionais utilizados foram o preâmbulo da Carta Constitucional, os artigos 1.º, inciso III, 3.º, inciso IV, 5.º e 202, IV e V.²⁵⁷

A decisão acima mencionada coaduna com o pensamento do professor Francisco MUNIZ, quando propaga um "Direito Judicial dos princípios constitucionais" para se referir à possibilidade de, por vezes, a jurisprudência estar na gênese de um fato jurídico, pois será o juiz, no caso concreto, quem aportará os princípios constitucionais às demandas sociais, indicando o caminho a ser trilhado pela norma jurídica infra-constitucional.²⁵⁸ Nos dias de hoje, o poder judiciário nacional não se furta a iniciar a construção jurídica da temática ora analisada.

Dentro desse contexto, deve o operador do Direito dar aplicabilidade à indispensável possibilidade de existência de um espaço e um tempo reservados, em relação ao conhecimento dos demais, para a pessoa humana desenvolver sua personalidade de forma privada. Pois ao se traçarem as linhas mestras estruturadoras da tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo, outro princípio constitucional que merece atenção refere-se à defesa da esfera privada das pessoas.

Para Carlos Alberto BITTAR: "de grande relevo no contexto psíquico da pessoa é o direito à intimidade, que se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais."²⁵⁹

²⁵⁷Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, 3.ª Vara Federal Previdenciária, Porto Alegre, 17 de Abril de 2002. Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes.

²⁵⁸MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de direito civil**. p.116.

²⁵⁹Os Direitos da Personalidade, p. 106. O mesmo autor ainda menciona outros direitos da personalidade que acompanham nossa linha de pensamento para a defesa da união entre pessoas do mesmo sexo. Primeiramente se menciona o chamado direito à integridade psíquica, "que se manifesta pelo respeito, a todos imposto, de não afetar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas, seja por indiretas (...). À coletividade e a cada pessoa prescreve-se, então, a obrigação de não interferir no aspecto interno da personalidade de outrem, como conjunto individualizador do ser (...)." (p. 115-116). O referido autor ainda desenvolve o direito ao respeito, "a que toda a pessoa faz

Dessa maneira, necessária se faz a possibilidade de tutela jurídica de um espaço reservado ao desenvolvimento da personalidade e à proteção contra as tentativas de ultrapassarem-se as reservas de natureza íntima das pessoas.

Este princípio está localizado no texto constitucional no artigo 5.º, inciso X,²⁶⁰ e compõe mais um fundamento legal para os efeitos jurídicos direcionados à união homoafetiva. Neste interregno, o professor Luiz Edson FACHIN salienta, no texto constitucional, a liberdade, a igualdade e a inviolabilidade da intimidade e a vida privada como "a base jurídica para a construção *do direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa humana."²⁶¹

Os termos privacidade e intimidade, tomados neste trabalho como sinônimos, podem desdobrar-se em duas conseqüências jurídicas diversas, uma de cunho negativo e outra de caráter positivo. No aspecto negativo, as pessoas teriam um "âmbito privado" o qual não poderia ser submetido a interferências externas — não sendo plausível essa forma de invasão nas questões íntimas das pessoas.²⁶² No que toca ao aspecto positivo, teriam as pessoas liberdade para estabelecer

jus, na conservação do bom relacionamento necessário para a coexistência na sociedade. Integrante da tábua básica de valores, procura preservar de invasão por outrem a dignidade e o decoro da pessoa." (p.135).

²⁶⁰Inciso X do artigo 5.º: "**são invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." (sem grifos no original).

²⁶¹FACHIN. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo...**, p.115.

²⁶²Na relevante expressão do julgado norte-americano: "a argumentação do requerente que sua privacidade é violada por uma recusa do estado do Alaska em reconhecer e permitir seu casamento pode não estar de conformidade com as conotações comuns da privacidade, desde que, afinal, eles busquem reconhecimento público de um casamento do mesmo sexo. Privacidade é comumente entendida como reclusão, discrição, ou tolerar o relacionamento pessoal de uma pessoa. Estas conotações de privacidade podem parecer tornar a reivindicação de defesa contra a privacidade violada do requerente, fazendo assim pública uma relação, não sendo, portanto, o que comumente se pensa acerca do direito de se estar sozinho." [No original: "the plaintiffs' contention that their privacy is violated by a refusal of the State of Alaska to recognize and allow their marriage may not instinctively conform to common connotations of privacy, since, after all, they seek public recognition of a same-sex marriage. Privacy is commonly understood to mean seclusion, secrecy, or being left to one's personal affairs. These connotations of privacy may seem to make plaintiffs' claim of violation of privacy self-defeating, as the making public a relationship is not what one thinks of as the right to be let alone."]. Brause v. Cureou of Vital Statistics, 1998.

relações, as quais são expressão de sua dimensão privada, no ditame de sua pessoal perspectiva.

O cunho negativo do respeito à intimidade das relações homossexuais alinha-se à penalização de sua prática. Por isso, passa-se a observar sua evolução no transcorrer histórico. As Ordenações Manuelinas, que vigoravam em Portugal na época do descobrimento, destinavam à sodomia pena de fogo e confisco de bens – e infâmia sobre os descendentes do condenado. Da mesma forma, as ordenações Filipinas (Livro V, capítulo XXIII) dispunham:

toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado, e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nosso Reino, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inábeis e infames, ainda como os daqueles que cometeram crime de lesa Majestade."

No Código Penal de 1830 eliminou-se a figura jurídica da sodomia, bem como seus equivalentes. Com o Código Imperial surgiram os crimes por ofensa à moral e aos bons costumes, quando praticados em público. Indiretamente estaria incluída a homossexualidade. No Código Penal de 1890, a homossexualidade poderia, ainda que não de forma explícita, ser enquadrada nos "crimes contra a segurança da honra e a honestidade das famílias" ou como "ultraje público ao pudor", sendo considerado contravenção o travestismo. Com a reforma de 1932, no capítulo de 'ultraje ao pudor' poderiam ser, indiretamente, incluídos os assuntos da homossexualidade, o que, de modo geral, manteve-se no Código Penal de 1940.

No atual sistema penal brasileiro, não há nenhum tipo penal o qual estabeleça sanção às relações homossexuais, sendo muito vaga a possibilidade de imputação nos demais crimes acima mencionados – vagueza esta que se observa, no transcurso histórico, desde 1830.

Às questões da homossexualidade, porém, buscam-se ambas as dimensões no campo jurídico. Não basta, logo, unicamente a não estipulação criminal para as práticas de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. É importante essa política de cunho negativo, respeitadora do âmbito essencialmente privado das relações sexuais, mas não suficiente.

Em decorrência, operadas as conquistas formais privilegiadoras do princípio da intimidade no que diz respeito à não repressão – significando para o Direito a não tipificação da homossexualidade como crime –, os esforços voltam-se para o aspecto positivo. Luta-se para um efetivo reconhecimento público da livre possibilidade de estabelecerem-se as dimensões afetivas, eróticas, sexuais e correlatas consoante uma orientação sexual tida como minoritária, mas que não pode ter sua forma específica de intimidade excluída por não acompanhar os 'padrões sociais majoritários'.

Vários princípios constitucionais agasalham a tutela da parceria homoafetiva, sendo uma realidade a demandar igualmente uma solução jurídica positiva. Isto defende-se porque se acredita não haver nenhum empecilho de cunho axiológico para reconhecerem-se efeitos jurídicos a essa dimensão privada de formação de núcleos afetivos semelhantes aos modelos de famílias contemporaneamente reconhecidos. Diferentemente se postam as opiniões de Lynn WARDLE, quando afirma: "se o casamento homossexual deve ser legalizado para acomodar as subjetivas e íntimas preferências sexuais dos *gays*, não há base principiológica para a recusa do reconhecimento dos casamentos incestuosos, de crianças, bígamos, e entre mulheres e cisnes ou homens e ovelhas."²⁶³

Destarte, não se defende a tutela da parceria homoafetiva somente por ser uma realidade social. Trata-se de uma união a qual está em sintonia com os valores consagrados na Constituição – diferentemente das demais relações acima citadas pelo autor norte-americano.

Seguindo esse prisma, a tutela da intimidade foi um dos fundamentos utilizados por uma juíza que prolatou decisão conferindo direitos previdenciários a parceiros do mesmo sexo, nestes termos:

²⁶³[No original: "if same-sex marriage must be legalized to accommodate the subjective sexual-intimacy preferences of gay and lesbians, there is no principled basis to refuse to recognize incestuous marriages, child marriages, bigamous marriages, and marriages between women and swans or men and sheep."]. A critical analysis (...), p. 37.

o estabelecimento de rótulos – no caso, a orientação sexual – que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoas que deveriam, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangidas, equívale a dispensar tratamento indigno a um ser humano. De fato, **a intimidade e a vida privada** dos cidadãos não podem ser objeto de controle ou avaliação pelo Estado, tampouco constituírem fator determinante para o reconhecimento ou não de direitos.²⁶⁴

A indignidade enfrentada pelos homossexuais, nos dias de hoje, resulta da reprodução de alguns valores expostos como morais, traduzindo discriminações que têm como causa uma característica fundante da pessoa. Para superar-se a exclusão jurídica, a reflexão em torno de um conceito amplo para o princípio de tutela à privacidade denota o caráter existencial a ser protegido mediante o reconhecimento da união homoafetiva no âmbito jurídico.

3.3 IGUALDADE E LIBERDADE

Contrapondo-se à intenção de um sistema completo, o qual abrangesse todas as relações sociais merecedoras de eficácia jurídica, propaga-se um Direito Positivo principiológico.

Tomando-se em consideração vários descompassos sentidos no positivismo tipificado, percebe-se que, nos dias correntes, nossa legislação não consegue acompanhar as demandas de uma sociedade em constante e veloz mutação. Nesse prisma, potencializa-se o papel dos princípios constitucionais como instrumento de resposta.

Ocorre que as normativas constitucionais são recheadas de conceitos indeterminados. Por ser sintética, possuidora de grande significação e, paralelamente, pouca carga de precisão, a Constituição gera um estranhamento ao jurista habituado com uma maior objetividade da lei.

No entanto, a linguagem constitucional, considerando-se as características acima mencionadas, apresenta a vantagem de permitir a atualização histórica de seu conteúdo – de forma a modelar-se ao sabor das novas necessidades sociais.

²⁶⁴Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, 3.ª Vara Federal Previdenciária, Porto Alegre, 17 de Abril de 2002. Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes. (Sem grifos no original)

Apesar da não especificidade da normativa constitucional e de seu elevado grau ontológico, deve ela ser cumprida – não somente por estar no topo da hierarquia das leis. Empréstam-se as palavras de Pietro PERLINGIERI para trazer uma outra importante razão de defesa de sua aplicabilidade: "os valores constitucionais, como princípios e conseqüentemente como normas, são as forças constitutivas e os argumentos debatidos. As estruturas e a finalidade a realizar são a democracia e o que democraticamente se discute numa comunidade de iguais."²⁶⁵

Tendo-se em vista a importância emancipatória de um texto constitucional, abertamente discutido como foi o nosso, não deve o jurista preteri-lo por estar circunscrito ao positivismo estrito.²⁶⁶

Não se pode esperar, sempre, o desdobramento normativo – priorizando a certeza e a segurança jurídicas –, pois o Direito é mais do que a simples reprodução das leis específicas elaboradas preponderantemente por nosso poder legislativo.

A consideração do texto constitucional como ambíguo, genérico, impreciso e não possuidor dos atributos necessários para sua aplicação toma como termo de comparação uma determinada concepção do Direito, qual seja, a do legalismo tipicista.

Assim, na busca de um Direito que supere sua mera reprodução dogmática, deve-se descortinar a compreensão de que o universo jurídico não é um dado, ou seja, não se trata de um objeto pronto e acabado. Não deve o operador do Direito tão-somente utilizar os institutos jurídicos previamente dispostos. O dilema da velocidade das transformações está a instigar os posicionamentos de revisão do modelo jurídico

²⁶⁵[No original: "i valori costituzionali, come princípi e quindi come norme, sono le forze costitutive e gli argomenti dibattuti. Le strutture portanti e le finalità da realizzare, sono la democrazia e ciò che democraticamente si discute in una comunità di eguali."]. Valori normativi e loro gerarchia, p.804

²⁶⁶Deve-se desenvolver aquilo que o prof. Clèmerson Merlin CLÈVE denominou "**racionalidade jurídica emancipatória**, decorrente de renovado tipo de olhar incidente sobre a fenomenologia constitucional (...) Uma dogmática constitucional emancipatória e principiológica, que toma o Estado não como realidade em si justificada, mas, antes, como construção voltada à integral satisfação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais demandantes de atuação positiva." Em apresentação à obra de SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

presente, bem como a criação de soluções de construção. Abre-se, pois, espaço para enfocarem-se as palavras de Stefano RODOTÀ, quando afirma: "a evocação inicial de uma cultura jurídica renovada, único verdadeiro instrumento de reforma, talvez tenha obtido uma razão mais precisa no caminho percorrido: não é uma evocação do conhecimento técnico ou da fantasia casuística, mas de uma outra cultura e de uma outra imaginação."²⁶⁷

Não se olvida das dificuldades nessa caminhada. A mera aplicação de dogmas minuciosamente pré-estabelecidos parece facilitar a atividade do operador do direito. Ao utilizar um pensamento sistemático – com a técnica legislativa da hierarquia das normas –, a merecer uma avaliação complexa dos valores superiores a serem tutelados, o jurista terá um relevante trabalho.

Por isso, as atenções voltam-se para o papel do intérprete. Este, que já possuía nobre função num modelo centrado no Código, adquire ainda maior relevo com a forte carga axiológica do atual ordenamento.

Nesse compasso, um jurista atento à necessária valorização dos princípios constitucionais prioriza a conexão entre dignidade e igualdade. Tendo em mira a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana – os valores existenciais das pessoas como núcleo central do Direito –, "esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados" traz como consequência "que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante duas pessoas."²⁶⁸

²⁶⁷[No original: "l'iniziale invocazione d'una cultura giuridica rinnovata, vero e unico strumento della riforma, há forse acquistato più precise ragioni nel cammino percorso: non è invocazione della sapienza tecnica o della fantasia casistica, ma d'un'altra cultura e d'un'altra immaginazione."]. Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, p.99.

²⁶⁸NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p.475 e 478. Ainda segundo o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana "cuja função diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas,

Os ideais de uma mesma lei universal para todos vincula-se à chamada igualdade formal, não devendo haver, portanto, discriminações expressas nas leis – uma vez que se alcança a igualdade formal por intermédio da aplicação da mesma lei para todos.

A igualdade na lei, no respeitante à orientação sexual, estaria a significar um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Por conseguinte, tanto heterossexuais quanto homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico – não sofrendo discriminações em virtude de sua sexualidade. Segundo esse raciocínio, cessa-se a impossibilidade de uma identidade de casal para os parceiros homossexuais.

Um eventual tratamento diferenciado seria justificável apenas se fundado em motivos plausíveis a exigirem tutela especial – na procura da chamada igualdade material. Ficam juridicamente obstadas as não paridades oriundas de motivos fortuitos ou injustificados, ou incompatíveis com os demais valores superiores encartados na Constituição.

Em consequência, a não possibilidade de efeitos jurídicos para os casais homossexuais não encontra razão que justifique tal discriminação, pois igualmente não advém de tentativa de implementar-se a igualdade material. Contrariamente, não possibilitar a um número expressivo de pessoas a perspectiva de exercerem a titularidade de uma relação jurídica fundada na afetividade e serem, portanto, sujeito de direito – tendo como justificativa para o não ingresso ao jurídico sua orientação sexual – mostra-se um tratamento fortemente desigualitário.

imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, **em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa.**" (Sem grifos no original). No mesmo sentido, extrai-se do Direito Comparado que se deve "recuperar aqueles princípios e valores que inspiram a visão personalística da Constituição. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, aliado ao princípio de igualdade, tem assim ofertado a base lógico-interpretativa de modo a fazer concluir pela equiparação das uniões homossexuais àquelas heterossexuais." [No original: "(...) recuperare quei principi e valori che ispirano la visione personalistica della Costituzione. Il diritto al libero sviluppo della personalità, unitamente al principio di eguaglianza, hanno così offerto la base logico-interpretativa per far concludere nel senso dell'equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali."]. ZAMBRANO, Virginia. **Tutela del convivente ...**, p. 427.

O necessário tratamento igualitário, em detrimento da discriminação às uniões homoafetivas, vem sendo focado no judiciário, consoante o des. GIORGIS, relator desta decisão que funda o marco de seu reconhecimento jurídico das uniões homossexuais como família: "a questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo, e o argumento básico, em favor do tratamento igualitário, é no sentido de que as uniões homoeróticas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar um compromisso público um para o outro, em desfrutar uma vida de família, qual pode ou não incluir crianças, **o que exige isonomia legal.**"²⁶⁹

Entretanto, dentro do paradigma da igualdade, deve-se se levar em conta a preservação das diferenças. Não se intenciona um nivelamento sistemático das relações homoafetivas aos modelos já existentes. Guardando as especificidades, almeja-se um sistema paritário o qual não promova discriminações sob o critério da orientação sexual. "A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente as orientação homo ou heterossexual - a qualidade de sujeito de direito; **isto significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual.**"²⁷⁰

Acredita-se na necessidade de buscar-se a igualdade às questões de orientação sexual, igualdade esta a qual não se pode traduzir em nivelamento com as regras tradicionalmente postas do Direito de Família. Primordial se faz o respeito às diferenças existentes.

Contudo, é cabível, nesse sentido, um alerta: respeitar as especificidades presentes não pode significar setorização de Direitos. Deve-se lutar pelas igualdades formal e material para as parcerias entre homossexuais. Porém, soa interessante, para a caminhada na direção de conquistas para os movimentos gays, evitem-se os posicionamentos de determinação de direitos próprios para a discriminação por

²⁶⁹Apelação Cível n.º 70001388982, 7.ª CC TJRS, rel. des. Giorgis, Porto Alegre, 14 de março de 2001. (Sem grifos no original)

²⁷⁰Consoante Roger Raupp RIOS. **A homossexualidade no direito...**, p.70. (Sem grifos no original).

orientação sexual de forma setorizada. Criarem-se 'guetos' para lutar-se pelas reivindicações pode ser uma causa nobre, mas ajuda a reproduzir e a reforçar a estrutura estabelecida, se é com base nela que se origina a categoria específica a ser tutelada. Interessante, nesse ponto, revela-se a indagação de Pierre BOURDIEU: "como se revoltar contra uma categorização socialmente imposta organizando-se como uma categoria construída segundo esta categorização e fazendo assim existirem as classificações e as restrições às quais se pretende resistir – em vez de, por exemplo, lutar por uma nova ordem sexual em que a distinção entre os diferentes estatutos sexuais fosse indiferente?"²⁷¹ Lutar exaltando a diferença, como se fosse um *apartheid* fundado numa maneira específica da identidade homossexual, não contribui para uma convivência social harmônica.

Talvez, em se conquistando a igualdade respeitadora das diferenças – tomada sem fundamentalismo –, o próximo passo das conquistas por uma não discriminação em virtude da orientação sexual se dê por intermédio de um 'direito à indiferença'. Dessa forma, a manifestação da sexualidade humana diria respeito apenas às pessoas envolvidas e não se traduziria em diferenças de direitos, não merecendo nenhum destaque no campo jurídico.

Nesse sentido, por exemplo, acatou-se como violação ao princípio da igualdade o não reconhecimento de direitos previdenciários para os parceiros do mesmo sexo,

pois **há tratamento diferenciado em situações equiparáveis**, que são a união entre pessoas de sexo diverso e a união de pessoas do mesmo sexo, ambas desprovidas do vínculo jurídico do casamento civil, mas esteadas fundamentalmente em relação de afeto, companheirismo e mútua dependência. Enquanto aos integrantes da primeira garante-se amplo acesso ao Regime Geral de Previdência Social, considerando a legislação infraconstitucional que constitui dependentes de primeiro grau, aos integrantes da segunda veda-se a mesma benesse.²⁷²

²⁷¹ BOURDIEU. *A dominação masculina...*, p.145.

²⁷² (Sem grifos no original). Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, 3.ª Vara Federal Previdenciária, Porto Alegre, 17 de Abril de 2002. Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes.

Destarte, a ausência de previsão expressa, em nossa Carta Magna, do princípio da igualdade para orientação sexual não deve ser considerada como sua não contemplação.²⁷³ Nossa Constituição Federal está inserida dentro de um contexto histórico. Se na época de sua redação houve a exclusão da não discriminação por orientação sexual, a atual realidade fática está a exigir essa hermenêutica emancipatória.

O artigo 3.º, na parte final de seu inciso IV, da Constituição Federal de 1988²⁷⁴ expressamente permite que outras categorias discriminadas sejam incluídas. Seria como ter deixado 'a porta dos fundos aberta': o combate ao preconceito em virtude da orientação sexual não perspassa a entrada principal do reconhecimento expresso, mas se permite semelhante ingresso através da abertura genericamente disposta na parte final no mencionado artigo. Não se está diante de um rol taxativo de critérios para tutelar a igualdade; a enumeração tem a função de reforçar e exemplificar o caminho a ser percorrido.²⁷⁵

²⁷³Como nos relata Napoleão DAGNESE: "na redação do art. 3º, inciso IV negou-se a proibir expressamente a discriminação por orientação sexual. Em 28 de janeiro de 1988 o deputado José Genoíno, PT/SP apresentou um destaque visando o reconhecimento expresso, atendendo o pedido do Movimento Brasileiro de Defesa dos Homossexuais. O destaque perdeu a votação em plenário por 317 votos contra, 130 a favor, e 14 abstenções. Já no processo de revisão constitucional de 1994, os deputados Fábio FELDMANN, PSDB/SP, Roberto FREIRE PRS/PE e Sidney de MIGUEL PV/RJ encaminharam emendas semelhantes que foram sumariamente rejeitadas pelo relator da revisão, deputado Nelson JOBIN PMDB/RS, sob o argumento de que os homossexuais já estavam protegidos pelo inciso IV *in fine*: '(...) e quaisquer outras formas de discriminação'. Inconformado, o deputado Fábio FELDMANN apresentou um destaque no mesmo sentido, que, votado em 2 de fevereiro de 1994, perdeu com 53 votos a favor, 250 contra e 6 abstenções." Cidadania no armário, p.48.

²⁷⁴Artigo 3.º da Constituição Federal de 1988: "Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e **quaisquer outras formas de discriminação**," (Sem grifos no original).

²⁷⁵Segundo pesquisa levantada por Roger Raupp RIOS (A homossexualidade no Direito, p. 82), apenas foram encontradas com previsão explícita de proibição de discriminação por orientação sexual as constituições nacionais da África (seção 8, n.2: "É proibida toda discriminação, direta ou indireta, e, sem prejuízo do caráter geral desta disposição, em virtude de um ou mais dos seguintes

Ainda quanto à normativa mencionada, devemos frisar que o referido inciso inicia com o verbo **promover**, o qual tem um significado relacionado com ação, procura de um fim. Percebe-se, pelo verbo utilizado, a intenção do legislador constituinte de atribuir uma função ativa à superação das discriminações.

Contanto, justifica-se o esforço do movimento homossexual para a contemplação expressa da luta contra a discriminação por orientação sexual. Os demais movimentos sociais fizeram o mesmo – citam-se: de mulheres, negros e índios. Isto afere-se por não lhes poder o campo subjetivo da interpretação ser favorável, devido aos valores apregoados pelo operador do Direito. Não é sem razão que o princípio da igualdade entre homem e mulher é afirmado e reafirmado em nossa Constituição. Nos dizeres de Rodrigo da Cunha PEREIRA: "sabemos todos que a lógica jurídica é construída inclusive com elementos da subjetividade que, por sua vez, são determinados pelos valores morais de cada um. Por isso encontramos sempre, no Direito, posições contra e a favor de determinado assunto. Mas esses posicionamentos são pré-determinados pela posição ética do sujeito na vida."²⁷⁶

Outro entendimento possível enquadra a proibição de discriminação em virtude da orientação sexual no princípio da igualdade em função do sexo, dada a proximidade dos temas quanto à sexualidade das pessoas envolvidas.²⁷⁷

motivos, em particular: pertinência racial, étnica ou social, sexo, cor **preferência sexual**, idade, deficiência física, religião, crença, cultura ou língua") e do Equador (artigo 23, 3: "A igualdade perante a lei. Todas as pessoas serão consideradas iguais e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades, sem discriminação em razão de nascimento, idade, sexo, etnia, cor, origem social, idioma, religião, filiação política, posição econômica, **orientação sexual**, estado de saúde, incapacidade ou diferença de qualquer outra índole."). Sem grifos no original.

²⁷⁶ Uniões de pessoas do mesmo sexo (...), p. 16.

²⁷⁷ "De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos,

Cabe recordar que em nosso ordenamento jurídico, diferentemente de outros, não há a tentativa de igualarem-se as relações homossexuais ao casamento. Não se trata de querer adentrar nesse modelo tradicionalmente existente. Nos Estados Unidos, as discussões estão percorrendo essa estrada, visando a um igual acesso ao matrimônio formal, como tratado anteriormente.

Negar para os parceiros de uniões homoafetivas os efeitos jurídicos de seus relacionamentos constitui um tratamento discriminatório disseminador do estigma social, privando essas pessoas das conseqüências de um reconhecimento legal, de modo a desestimular sua formação e desproteger as crianças que podem estar sendo educadas nessas formações familiares.²⁷⁸

De acordo com Maria Celina Bodin de MORAES,

não se pode encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, a discriminação fundada sob qualquer pretexto, se relativa à esfera da sexualidade (atributo inerente à pessoa humana), seja que essa sexualidade venha a ser considerada como identidade, isto é, sexo atribuído no registro de nascimento, seja que se considere como orientação ou inclinação, isto é, propensão sexual dirigida a pessoas pertencentes ao sexo oposto ou ao mesmo sexo.²⁷⁹

neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como **a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo.**" (Sem grifos no original). RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no Direito, p. 72-73. Também nesse sentido: "Efetivamente, **considero a discriminação em virtude de orientação sexual como uma das espécies de discriminação em razão do sexo**, expressamente proibida. Ainda que assim não fosse, resta a cláusula geral, que afasta quaisquer outras forma de discriminação." (Sem grifos no original). Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, 3.ª Vara Federal Previdenciária, Porto Alegre, 17 de Abril de 2002. Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes.

²⁷⁸"Na seara da família, o princípio da não discriminação deve traduzir-se na igual oportunidade de acesso à formalização da relação do casal, com o matrimônio ou com um instituto a ele comparável." [No original: "nel campo della famiglia, il principio di non discriminazione dovrebbe tradursi nella **pari opportunità** di accesso alla formalizzazione del rapporto di coppia, com il matrimonio o com un'istituzione com questo comparabile."]. (Sem grifos no original). Na expressão de FERRANDO, Gilda. Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto, p.171.

²⁷⁹PEREIRA. **Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Porto Alegre: Síntese, v. 31, 1999 (coleção Acadêmica de Direito, v. 12). p.97.

Para a pessoa humana desenvolver sua personalidade de forma digna, não deve estar sujeita a um tratamento diferenciado, quando as razões dessa discriminação forem injustificáveis. O não respeito ao o princípio isonômico, por motivos atrelados ao afeto e à sexualidade do sujeito envolvido, revela-se atentatório à sua dignidade.

O feixe de princípios constitucionais alicerça a argumentação jurídica acerca dos efeitos para as uniões homossexuais. A norma constitucional, portanto, configura um relevante Direito Positivo embasador dessa tutela.

Entretanto, a defesa da atual Constituição Federal não deve abranger meramente a defesa de um corpo de leis. Não se trata tão-somente de um apelo legislativo. Ao revés, significa implementar os valores mais caros de uma sociedade – os quais se encontram no espaço do texto constitucional.

A defesa de uma nova concepção do Direito Civil não se resume a consagrar sua constitucionalização, trocando-se o centro civilístico de diplomas legais – do Código Civil para a Constituição. Não implica, da mesma forma, somente uma "mudança de residência" da norma de Direito.

O Direito Civil Constitucional importa alteração na concepção de sistema jurídico, que não mais se restringe à tipicidade codicista, pois deve estar aberto para suas pluralidades de fontes.

As demandas sociais, em constantes mutações, devem receber soluções as quais levem em consideração todo o ordenamento jurídico, e não apenas o artigo de lei específico para o tema. A unidade do sistema deve ser estabelecida pela Constituição Federal, especialmente no que se reporta aos princípios – seu núcleo fundamental.

Não se trata, pois, unicamente de uma mudança de eixo do Código Civil para a Constituição Federal; não se sustenta somente uma alteração de diplomas legislativos para um patamar normativo hierarquicamente superior. Enlaça-se, a

nosso ver, uma remodelação do Direito Civil para centrar-se, partindo do valor da dignidade da pessoa humana, em seus princípios fundamentais – informados pela realidade social.

Com um sistema jurídico voltado para os atuais princípios constitucionais, como sustenta Lamartine,²⁸⁰ o Direito ganha uma nova e emancipatória função. Não é mais seu papel ser mero vigia da liberdade, antes assume a função dinâmica de construção da liberdade.

Por conseguinte, destaca-se – além dos anteriormente mencionados princípios da pluralidade familiar, da intimidade e da igualdade – a livre expressão da pessoa.

Quando o bem jurídico protegido é a liberdade, conforme Carlos Alberto BITTAR, pode-se definir "ter toda a pessoa a prerrogativa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações (...). Consiste este direito em poder a pessoa direcionar suas energias, no mundo fático, em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual." ²⁸¹

A pessoa humana pode desenvolver suas atividades, na vida social, dentro dos parâmetros exigidos pelo ordenamento legal e pode afastar os eventuais impedimentos colocados sem motivo legítimo a justificar o óbice à sua livre ação.

Deve-se respeitar, assim, a possibilidade das pessoas livremente desenvolverem sua sexualidade, em harmonia com as características próprias de seu modo de ser. As pessoas devem ter a liberdade de expressar sua sexualidade, sua afetividade, sua formação familiar, de acordo com as diversas orientações, no espaço privilegiado da intimidade.

²⁸⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A liberdade e o ensino jurídico...**, p. 43.

²⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.101-102.

Como afirma Rodrigo da Cunha PEREIRA: "interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a **liberdade dos sujeitos** acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumentos de expropriação da cidadania".²⁸²

Imperar exclusões jurídicas, fundamentadas em tabus repressores à manifestação da sexualidade, é procurar limitar a liberdade no desenvolvimento de questões de esfera íntima para, em seu lugar, fazer apologia a modelos de família tradicionais.

Cada um deve ter a liberdade de partilhar sua intimidade segundo seus desejos de foro íntimo, independentemente da orientação sexual. Impor um determinado modelo, impossível para uma parcela significativa da sociedade, é negar a liberdade de desenvolvimento à personalidade dessas pessoas. Os parceiros das uniões homossexuais não se enquadram nos critérios heterossexistas exigidos para a formalização de sua união afetiva, por motivos alheios à sua vontade. São as razões fundantes de sua personalidade – as características especiais de seu ser – quem determinam a não contemplação de sua união familiar – o que se manifesta contrário à liberdade do estabelecimento de sua expressão afetiva.

Se a orientação sexual é baseada em fatores biológicos ou psicológicos, nas palavras de Maria Berenice DIAS, "inquestionável é a característica pessoal (...) A valorização da dignidade da pessoa humana (...) não pode cancelar qualquer discriminação baseada em características individuais. Repelindo-se qualquer restrição à **liberdade sexual**, não se pode admitir tratamento desigualitário em função da orientação sexual."²⁸³

²⁸²CUNHA PEREIRA. **Unões de pessoas do mesmo sexo ...**, p.17.

²⁸³DIAS. **União homossexual - aspectos sociais e jurídicos...**, p.167. (Sem grifos no original)

Esse princípio também tem sido fundamento de decisões nacionais: "no caso concreto, diante da constatação de que as negativas sofridas pelos autores violam (no mínimo indiretamente) sua esfera de **liberdade** pessoal constitucionalmente resguardada, mister a intervenção judicial, ora provocada, rechaçando tal intromissão."²⁸⁴

Na construção de um Direito Civil Constitucional, centrado nos valores dos seres humanos, merece a liberdade um papel especial, em detrimento do modelo exclusivamente heteropatriarcal como informador de uma pretensa moralidade.

²⁸⁴(Sem grifos no original). Justiça Federal. 10.^a Vara/RS. Processos n.º 96.0002030-2 e 96.0002364-6. Juiz: Roger Raup Rios. 09/07/96. Destaque-se, nesse sentido, trecho dos fundamentos de decisão norte-americana: "A corte do Havaí poderia chegar a tal conclusão por causa da pergunta que escolheu fazer. É auto-evidente que o casamento do mesmo sexo não é aceito ou enraizado nas tradições, e consciência coletiva das pessoas (...). A questão relevante não é se o casamento do mesmo sexo está tão enraizado em nossas tradições para ser um direito fundamental, mas se **a liberdade de escolha por um parceiro para a própria vida** está tão enraizado em nossas tradições. Aqui a corte acha que a escolha de um parceiro para a vida é **pessoal, íntimo, e sujeito a proteção do direito de privacidade.**" [No original: "the Hawaii court could reach such a conclusion because of the question it chose to ask. It is self-evident that same-sex marriage is not accepted' or 'rooted in the traditions and collective conscience' of the people (...). The relevant question is not whether same-sex marriage is so rooted in our traditions that it is a fundamental right, but whether the **freedom to choose one's own life partner** is so rooted in our traditions. Here the court finds that the choice of a life partner is personal, intimate, and subject to the protection of the right to privacy."]. Brause v. Bureau of Vital Statistics, 1998. (Sem grifos no original).

CONCLUSÃO

Visou-se a estudar os efeitos jurídicos das uniões homossexuais, tendo-se em vista a transformação do Direito de Família, que, de um modelo codicista, abriu-se para as possibilidades plurais de formação afetiva – relevando-se os valores existenciais. Nesta esteira, a separação judicial, o divórcio, a igualdade entre homem e mulher, a igualdade entre os filhos e a união estável marcam um novo modelo jurídico familiar – o qual, nada obstante, encontra-se em constante mutação. Dentro deste contexto de mudanças, outras vozes ecoam a reivindicar também para si o reconhecimento jurídico: a união afetiva de pessoas do mesmo sexo. Se a abertura já se fez sentir sobre as características da matrimonialização e hierarquização da família clássica, ainda há um caminho a ser percorrido para a superação do modelo familiar heteropatriarcal.

Parece que parte da carga axiológica deferida ao tema relaciona-se com um ideal de complementaridade de sexos, tido como único, com as divisões de papéis masculinos e femininos bem delineadas. Da mesma forma, quando enfocada a temática deste trabalho, há, de certo modo, apelo à função reprodutora da família, denotando-se a constante repetição dos objetivos do modelo familiar clássico.

Diante desse quadro, verifica-se mais uma vez a exclusão que se opera no Direito. Em épocas históricas passadas, várias categorias de sujeitos de direito estiveram à margem do sistema jurídico, ou receberam um tratamento inferior, em virtude de uma pretensa moral – como os filhos nascidos fora do casamento, a mulher, os concubinos e os desquitados. Contemporaneamente – com um Direito de Família voltado para a realização personalística da afetividade e do desenvolvimento da personalidade, bem como para um melhor atendimento à dignidade da pessoa humana –, deve-se superar o preconceito e propagar-se a paridade de direitos para as parcerias homossexuais.

O Direito Civil, em determinada época, manteve-se distante das realidades de seu tempo – trancafiado em seu formalismo tipicista –, formando várias situações ditas

'de fato'. Hoje, almejam-se, a partir dos princípios constitucionais, soluções para as questões latentes – aproximando-se Direito e relações sociais.

A parceria homoafetiva revela-se, nesse contexto, uma realidade social que se apresenta independentemente do lugar ou da época histórica, com características semelhantes às das demais entidades familiares. Altera-se, apenas, a maneira de avaliar a questão. Na atualidade, mediante a conexão de saberes correlatos, os estudos estão a fundamentar o afastamento do estigma. O conhecimento acerca da homossexualidade posta-se, por conseguinte, como relevante aliado na luta contra o preconceito proliferado e não questionado socialmente. A censura que o tema ainda enfrenta advém, pelo menos em parte, da ignorância acerca do atual estágio do conhecimento humano sobre a percentagem de sujeitos homossexuais, bem como da origem da homossexualidade.

Seguindo essa trilha, pretendeu-se, no presente trabalho, a apresentação de reflexões sobre como o chamado Direito Civil Constitucional pode responder às questões das uniões de pessoas do mesmo sexo, e, deste modo, escutar aquela voz que clama por seus direitos e que já não pode ser ignorada – num panorama de respeito à diversidade, diante da dimensão personificada do Direito Privado.

Nosso ordenamento constitucional contempla, genericamente, os princípios da igualdade – especificamente igualdade entre os sexos –, da liberdade, da intimidade, da pluralidade familiar, do desenvolvimento da personalidade, e, de modo central, da dignidade da pessoa humana – devendo-se-os considerar sustentáculos legais suficientes para a concessão de efeitos jurídicos às parcerias entre pessoas do mesmo sexo. Enfatiza-se: atendendo-se aos valores nucleares de nosso ordenamento, fundamentos há suficientemente para a concessão de efeitos jurídicos à união homoafetiva – sob a ótica de um contemporâneo Direito Civil Constitucional.

Partindo-se da tutela jurídica de um espaço reservado para o desenvolvimento da personalidade, chega-se a um conceito amplo do direito à privacidade nas relações familiares, direcionadas à realização de seus membros, descobrindo-se, no

princípio da pluralidade familiar, a oportunidade de as pessoas conviverem familiarmente segundo o modelo que melhor retrate seus anseios pessoais. Impor unicamente um determinado modelo, impossível para uma parcela significativa da sociedade, vem a ser o mesmo que negar a liberdade de desenvolvimento existencial a essas pessoas. Igualmente, para que alguém possa exercer sua personalidade de forma digna, não deve estar sujeito a um tratamento diferenciado, especialmente quando as razões dessa discriminação derivam de preconceito a um modo especial de ser.

Nosso sistema jurídico é formado por normas, mas também por valores e princípios. O núcleo central do ordenamento nacional constitui-se de certos valores que estão hoje arraigados em sede de princípios constitucionais – os quais devem ter aplicabilidade imediata, informando a necessidade de efeitos jurídicos para a união homossexual. Ainda quando da aprovação da tão sonhada lei específica para as parcerias homossexuais, estes princípios continuarão a ter sua relevância em matéria de hermenêutica – devendo-se fazer cumprir a superior hierarquia da Constituição Federal.

Acreditamos ser desejável uma legislação específica quanto ao assunto, seguindo-se a tendência de descodificação do Direito Civil. Porém, não se trata de aguardar um desdobramento minucioso do tema para somente então se o considerar jurídico. As latentes questões das parcerias entre homossexuais devem receber soluções análogas às das demais entidades familiares, por serem semelhantes as realidades afetivas. No entanto, precisa-se estar atento às diversidades existentes, como, por exemplo, à possibilidade de uma conotação diversa para a questão da estabilidade e da notoriedade das famílias homossexuais na realidade brasileira do momento. Muito embora isso, cremos que estas singularidades do modelo de família homossexual aos poucos perderão a relevância, pois tanto as famílias heterossexuais como as compostas por pessoas do mesmo sexo incorporarão diferenças em sua retratação jurídica, de modo a induzir-se uma simbiose entre os modelos – como progressivamente ocorreu na Holanda. Na observação do projeto de lei brasileiro sobrepõem-se suas qualidades, especialmente quando destacado a necessária leitura segundo a perspectiva constitucional.

No respeitante à jurisprudência brasileira, constata-se que ela oscila desde decisões negatórias de efeitos jurídicos, com fundamentação apanhada no campo do moralmente reprovável, até aquelas nas quais os efeitos positivos são conferidos, tendo-se por base precisamente a união afetivo-familiar em questão. As decisões passam pelo argumento da falta de amparo no texto constitucionalmente expresso, pela sustentação de tratar-se de sociedade de fato (portanto, de Direito Obrigacional, fundamento que, em si, engloba também a opinião de partilha condizente com a contribuição) e pela justificativa da prestação de serviços (numa perspectiva de contribuição indireta).

Entretanto, aos poucos a união de pessoas do mesmo sexo começa a ser reconhecida, no judiciário, como união afetiva – logo, de Direito de Família. O embasamento dessas decisões, em sua maioria, procede-se com analogias às leis específicas e aos dispositivos da Constituição Federal concernentes à chamada união estável, bem como considerando os princípios constitucionais.

Mirando-se o Direito estrangeiro, um denominador comum reluz: as progressivas conquistas de direitos para parcerias de homossexuais. Contudo, as estradas seguidas são diversas, podendo, a partir da análise da legislação alienígena – até mesmo de países vinculados ao sistema da "Common Law" –, desenvolverem-se conhecimentos auxiliares para o debate na construção do modelo nacional.

Observando-se, no Brasil, o caminho percorrido pelas modificações tocantes ao tema, não se pode deixar de constatar sua aproximação àquilo que se passou com a união heterossexual não fundada no matrimônio. Analogamente, essas uniões heterossexuais – que não se encontravam em assonância com as disposições do Código Civil sobre a família – também foram consideradas moralmente reprováveis, nomeando-se-as concubinato. Depois vieram os argumentos de sociedade de fato e prestação de serviços, para finalmente ter seu reconhecimento sido expresso na Constituição Federal e em duas leis específicas.

Todavia, o Direito Civil contemporâneo, inclinado aos valores essenciais da pessoa humana, deve abarcar as diversidades presentes. O enfoque personalístico da afetividade não se reduz ao modelo heterossexual.

Enquanto se aguarda uma resposta legislativa para a união entre homossexuais, todos os avanços sentidos no tema são importantes, no sentido de se caminharem os primeiros passos rumo a uma real e efetiva tutela jurídica. Para traduzir-se, no Direito, essa realidade da melhor forma possível, deverá necessariamente ser promovida sua paridade para com as famílias heterossexuais (logo, iguais) – no entanto, com o devido respeito às diversidades existenciais constantes nos relacionamentos homossexuais (apenas neste sentido diferentes).

REFERÊNCIAS

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. **El derecho civil a finales del siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1991.

ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos anos 90: um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual**. Brasília, 1999. Tese (doutorado em sociologia) - Universidade de Brasília. Agosto, 1999.

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Pronunciamento na qualidade de depoente convidado na audiência pública sobre o novo Código Civil**, Brasília, set. 2000.

_____. **União de pessoas do mesmo sexo. Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Retrocesso no direito de família**. Disponível em: <http://www.imb.org.br/revista15/artigo2>. Acesso em: 22 fev. 2002.

BADINTER, Elisabeth. **Sobre a Identidade masculina**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BAILEY-HARRIS, Rebecca. **Third stonewall lecture: lesbian and gay family and the law**. *Family Law*, v.29, p.560-570, aug. 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOLETIM do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Belo Horizonte, n.17, ano 2, nov./dez, 2002.

BONAVIDES Paulo. **Prefácio de à obra de Sarlet, Ingo**. A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001.

BORGES, Klecius. Disponível em: <http://gmgazine.uol.com.br/gvip/armario/03>. Acesso em: 23 mar. 2002.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora LTR, 2000.

BURNETTE, W. Brian. **Hawaii's reciprocal beneficiaries act: na effective step in resolving the controversy surrounding same-sex marriage**. *University of Louisville Brandeis Law Journal*, v.37, n.1, p.81-95, 1998-1999.

CANTARELLA, Eva. **L'omosessualità nel diritto ateniense**. *Symposion*, 24-26, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro: Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XXXVI, n.3, set., 1982, p.774-788.

CHAMBERS, David; POLIKOFF, Nancy. Family law and gay and lesbian: family insues in the twentieth century. **Family law quarterly**, v.33, n.3, p.523-542, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Apresentação à obra de SARLET, Ingo**. A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário**. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade. São Paulo: Ltr editora, 2000.

D'AGOSTINO, Francesco. Le coppie omosessuali, problemi per i giuristi. **Archivio Giuridico**, vol. CCXV, fasc.1, p.83-90, 1995.

DANNA, Daniela. **Matrimonio omosessuale**. Roma: Erre Emme, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DE VITA, Ana. Note per una comparazione. In: D'USSEAU, Francesca Bruneta e D'ANGELO, Antonio. (org.). **Matrimonio, matrimonii**. Milano: Giuffrè, 2000, p.139-176.

DI CIACCIO, Francesco. La famiglia omosessuale. Tesi di láurea, Facoltá di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa, Relatore: Domenico Corradini Broussar, 2001-2002.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Porto Alegre: Ajuris, 1997. p.290 e ss. v.70.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. **Anais do II Congresso brasileiro do Direito de Família (IBDFAM)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Festejar o quê?** Disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em 12 maio 2002.

EMOUT e MEILLET. **Dictionnaire etymologique de la lengua latine**. Paris: Klincksiek, 1931.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: --- BARRETO, Vicente. (org.) **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. Conferência sobre o Novo Código Civil proferida no Instituto Romeo Felipe Bacellar em 24.04.2002, Curitiba - Pr.

FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte, ano IV, n.8, p.11. maio 2002.

- FERNÁNDEZ, Pedro Talavera. Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulación en España. Instituto de Derechos Humanos "Bartolome de las Casas". Madrid: Dykinson, 1999.
- FERRANDO, Gilda. Convivenze e modelli di disciplina. In: D'USSEAU, Francesca Bruneta e D'ANGELO, Antonio. (org.). **Matrimonio, matrimonii**. Milano: Giuffrè, 2000, p.298-320.
- FERRAZ, Sílvio. De papel passado. **Revista Veja**, São Paulo, Editora Abril, 28 de junho de 1995, ano 28, n.26, p.100-101.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2001.
- FIÚZA, Ricardo. **Audiência pública sobre o novo código civil**. 13.09.2000, Brasília-DF.
- FOLHA de S. Paulo, p.3, São Paulo, 21 de maio de 2002. Caderno Cotidiano.
- FOLHA de S. Paulo, 2 de agosto de 2001. Caderno Mundo. p. A13.
- FOLHA de S. Paulo. Relatório Folha da sexualidade brasileira. Caderno Mais, 18 jan. 1998. p. 4-11.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. 3v. 7.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FRANCESCHELLI, Vincenzo. **I rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1984.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo - uma espécie de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e seus atuais confins. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.747, jan. p.35 e ss. 1948.
- GIORGIS, José Carlos. Natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista Jurídica Del Rey**. Belo Horizonte, maio 2002, ano IV, n. 8, p.5, p.13, 2002.
- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: MORAES E BARROS, Hamilton, et. al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.160-170.
- GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- HALSALL, Paul. **Lesbian and gay marriage through history and culture**. Disponível em: www.bway.net/~halsall/lgbh-marriage.html. Acesso em: 14 jun. 2002.
- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1976.
- LINS E SILVA, Paulo. União de homossexuais **Jornal Estado do Paraná**, Curitiba, p.06, 17 de março de 2002. Caderno Direito e Justiça.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.12, p.40, jan./mar 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUZADA, Ana Maria. O reflexo dos envolvimento afetivos nas questões patrimoniais. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, v.70, p.295-304, jun. 1997.

MARCOSSON, Samuel. The lesson of the same-sex marriage trial: the importance of pushing opponetes of lesbian and gay rights to their 'second line of defense'. *University of Louisville journal of family law*, v.35, n.4, p.721-753,1996-1997.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Veja, 5-3-97, p.10, AMARELAS. Disponível em: <http://orbita.starmedia.com/~gaylawuers/depo1.htm>. Acesso em: 24 abr. 2002 (Sem grifos no original).

MISON, Robert B. Homophobia in Manslaughter: the homosexual advance as insufficient provocation. **California Law Review**, v.80, p.133-178, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.1, p.172. São Paulo: Saraiva, 1966.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n.17, p. 76-89, 1999.

_____. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.15, p.95-113, ago-dez, 1999.

_____. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v.1, jan/mar 2000.

MOTT, Luiz **Revista Veja**, São Paulo, ed. 1.667, 2000.

MOTT, Luiz. Orgulho *gay* e consciência social. **Folha de S. Paulo**, p.A-3, 28 de junho de 2000.. Caderno Opinião.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Texto de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, v.777, ano 89, p. 473-484, jul. de 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.39, a.11, p.40-67, jan./mar. 1987.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.19, p.223-241, 1978-1980.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família: Direito Matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1990.

PAIS, Sofia Oliveira. De facto relationships and same-se relationships in Portugal. In: BAINHAM, Andrew (org.). **The international survey of family law**. Bristol: Ordan Publishing Limited, 2.002.

PALLAZZO, Antonio. Le convivenze: diversità di modelli e ruolo dell'integrazione dei sessi. In: D'USSEAU, Francesca Bruneta e D'ANGELO, Antonio. (org.). **Matrimonio, matrimonii**. Milano: Giuffrè, 2000. p.135-137.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Porto Alegre: Síntese, v.31, 1999. (Coleção Acadêmica de Direito, v.12).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral, p.5. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte, ano IV, n.8, p.5, maio 2002.

PERLINGIERI, Pietro. Le ragioni di un Convegno. Le leggi 'speciali' in materia civile: tecniche legislative e individuazione della normativa. In: _____. **Scuole, tendenze e metodi**. Napoli: Esi, 1989. p.251 e ss.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. Valori normativi e loro gerarchia: una precisazione dovuta a Natalino Irti. **Rassegna di Diritto Civile**, 4/99, p.787-823.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Reflexões para o futuro. **Veja 25 anos**, São Paulo: Abril, 1993.

PIMENTEL, Sílvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher nos processos de família**. Porto Alegre: S. Fabris, 1993.

PRIETO, Rafael Rodríguez. **Breves consideraciones sobre la perspectiva lesbiana en la construcción de la subjetividad feminista**. Originais fornecidos pelo autor.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **De relação existencial de fato e realidade jurídica: uma perspectiva de família sem casamento**. Curitiba, 1997. Tese (Doutorado em Direito e Relações Sociais) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

REIS, Toni e HARRAD, David. **Direito de amar: a história de um casal gay**. Curitiba, REPRO-SET, 1996.

Resolução do Conselho Federal de Psicologia, de março de 1999. Disponível em: <http://www.psicologia.online.org.br>. Acesso em 12 ago. 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa: **Constitucionalização do Direito Civil**. In: **Boletim da Faculdade de Direito, Universidade do Coimbra**, v.LXXIV, 1998. p.729-755.

RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____. **Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade**. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 6, p.27-56, dez. 1998.

_____. **Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais: direitos humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998. p.129-135.

RODOTÀ. **Ideologie e tecniche della riforma del diritto Civile**. **Rivista Del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, ano LXV, 1967, p.83-99.

SANTOS, Milton. **Técnica espaço tempo: globalização e meio técnico científico informacional**. São Paulo: Hucitec, 1994.

SARDAS, Marcela; MEIRELLES, Julio César da Costa. **A parceria civil registrada: regulamentação das relações homossexuais**. Disponível em: <http://www.uerj.br/~direito/rqi/a040201.html>. Acesso em: 13 set. 2002.

SARLET, Ingo. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001.

SCHLESINGER, Piero. **Una risoluzione del parlamento europeo sugli omosessuali**. II **Corriere Giuridico**, n.01, annoXI, p.393-395, gen. 1994.

SHORTER, Edward. **A formação da família moderna**. Lisboa: Terra Mar, 1975.

SIKORA, Jacobo Schifter. **En la mesa Del Señor: la verdad de las condenas bíblicas contra los homosexuales**. Costa Rica: Idelas, 1988.

SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SUPLICY, Marta. **Justificativa à proposta de emenda constitucional**. Disponível em: <http://gaih.org.br>. Acesso em 24 out. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações de família**. In: BARRETO, Vicente [org.]. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.47-71.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEOTONIO, Vicente; PRIETO, Fernando (org.). **Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar**. Córdoba: ETEA, 1995.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VALDES, Francisco. Queers, sissies, dykes, and tomboys: deconstructing the conflation of sex, gender, and sexual orientation. Euro-American law and society. **California Law Review**, v.83, p 3-33, 1995.

VARELLA, Luiz Salem; VARELLA, Irene Innwinki Salem. **Companheiros homossexuais perante à previdência social: pensão por morte e auxílio-reclusão, contrato de parceria civil**. São Paulo: CD, 2000.

VELOSO, Zeno. **União estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência**. Belém: Cejup, 1997.

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a lei n.º 8.971/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n.7, p.113-199, 1.ª quinz./ abril 1995.

_____. Família Hoje. In: BARRETO, Vicente [org.]. **A nova família: problema e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.71-86.

WALD, Michael: **Same-sex couples: marriage, families, and children**. Disponível em: <http://www.law.stanford.edu/faculty/wald>. Acesso em: 17 jan. 2001.

WARDLE, Lynn D . Legal Claims for same-sex marriage: efforts to legitimate a retreat from marriage by redefining marriage. **South Texas Reviewm**, v.39, p.735-768, 1998.

WARDLE, Lynn D .A critical analysis. Originais fornecidos pelo autor.

WARDLE, Lynn D. The potential impact of homosexual parenting on children. **University of Illinois Law Review**, n.03, 1997.

WARDLE, Lynn D. Legal Claims for same-sex marriage: efforts to legitimate a retreat from marriage by redefining marriage. **South Texas Review**, v.39, p.735-768, 1998.

WELLES, George. Disponível em: <http://www.uol.com.br/times>. Acesso em: 04 maio 2001.

ZAMBRANO, Virginia. Tutela del convivente. In: D'USSEAU, Francesca Bruneta e D'ANGELO, Antonio. (org.). **Matrimonio, matrimonii**. Milano: Giuffrè, 2000, p.393-438.

ANEXO 1 - LEGISLAÇÕES

CÂMARA DOS DEPUTADOS PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995 DA DEPUTADA MARTA SUPLICY (PT-SP)

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade.

Art. 2º. A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registros Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 1º. Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

- I. - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;
- II. - prova de capacidade civil plena;
- III. - instrumento público de contrato de união civil.

Parágrafo 2º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º. O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Art. 4º. A extinção da união civil ocorrerá:

- I. - pela morte de um dos contratantes;
- II. - mediante decretação judicial;

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

- I. - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;
- II. - alegando o desinteresse na sua continuidade;

Parágrafo 1º. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

Parágrafo 2º. O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o parágrafo 1º. deste arquivo, só será admitido após decorridos 2(dois) anos de sua constituição.

Art. 6º. A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º. O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º. É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta Lei com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do artigo 2º.

Pena - detenção de 6(seis) meses a 2(dois) anos.

Art. 9º. Alteram-se os artigos da Lei Nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais(...)IX - os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados:(...)g) a sentença que declarar e extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:(...)III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:I - o registro:(...)35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem 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.

II - a averbação:(...)14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11. Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 passam a vigorar com a seguinte redação.

"Art 16.(...)Parágrafo 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada a união estável de acordo com o Parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art 17.(...)Parágrafo 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12. Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 passam a vigorar com a seguinte redação.

"Art 217.(...)c) A companheira ou companheiro designado que comprove união estável com entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.(...)

Art 241.(...)Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei".

Art. 13. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham união civil com pessoas do mesmo sexo.

Art. 14. São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas de mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela lei nº 8.971, de 28 de Dezembro de 1994.

Art. 15. Em havendo perda de capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16. O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação :

"Art. 113. (...)I - ter filho, cônjuge, companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995
Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1o. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2o. A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

§ 1o. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

- a.. - declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;
- b.. - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;
- c.. - instrumento público do contrato de parceria civil.

§ 2o. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais

§ 3o. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3o. O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1o. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2o. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4o. A extinção da parceria registrada ocorrerá:

- a.. - pela morte de um dos contratantes;
- b.. - mediante decretação judicial;
- c.. - de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5o. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

- a.. - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

b.. - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6o. A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7o. É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2o do artigo 2o desta Lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8o. Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX - os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1o. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar e extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros:

(...)

III - E - de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - 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.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 9. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

1.. - o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste;

2.. - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

3.. - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

4.. - se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3º, com a redação que se segue, passando o atual § 3º a § 4º:

"Art 454. (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

Art. 15. O art. 113 da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art 113. (...) VI - ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira."

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Pacto de Solidariedade(projeto arquivado a pedido do autor)

PROJETO DE LEI Nº 52, DE 1999

AUTOR: DEPUTADO ROBERTO JEFFERSON

Cria e disciplina o Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências.

(ÀS COMISSÕES DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA; DE FIANÇA E TRIBUTAÇÃO (ART.54); E DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO ART. 24, II)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É assegurado a duas pessoas o estabelecimento do pacto de solidariedade, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta lei.

Art. 2º O pacto de solidariedade constitui-se mediante registro de livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil e de Pessoas Naturais.

§ 1º O interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, exibindo:

I prova de serem solteiros, viúvos, separados ou divorciados;

II prova de capacidade civil;

III instrumento público do pacto de solidariedade.

§ 2º O estado civil dos pactuantes não poderá ser alterado na vigência do pacto de solidariedade, sendo nula de pleno direito qualquer alteração.

Art. 3º O pacto de solidariedade será levado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versado sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º Somente por disposição expressa no pacto de solidariedade, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio em comum.

§ 2º São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos pactuantes.

Art. 4º A extinção do pacto de solidariedade ocorrerá:

I pela morte de um dos pactuantes;

II pela nulidade absoluta do pacto de solidariedade;

III por decisão consensual dos pactuantes

IV mediante decretação judicial.

Art. 5º A morte de um dos pactuantes gera ao que sobreviver os direitos sucessórios e previdenciários reservados nos termos do instrumento público do pacto de solidariedade:

Parágrafo único A sucessão patrimonial e o usufruto previstos na presente lei dar-se-ão através de processo de inventário e partilha, obedecendo à legislação processual vigente

Art. 6º Observa-se a nulidade absoluta de pleno direito do pacto de solidariedade quando inexistem as condições pessoais que habilitem qualquer dos pactuantes ao seu estabelecimento.

§ 1º - por ser de interesse público, a nulidade de pleno direito pode ser argüida por qualquer pessoa a qualquer tempo, através de ação declaratória.

§ 2º - a sentença declaratória da nulidade do pacto de solidariedade extingue retroativamente qualquer efeito produzido pelo pacto de solidariedade

§ 3º - ocorrendo a infração mencionada no caput do presente, seu autor comete crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 229 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940.

Art. 7º Podem as partes do comum acordo requerer a homologação judicial da extinção do pacto de solidariedade.

§ 1º - A petição de extinção do pacto de solidariedade deverá conter inventário de bens comuns aos pactuantes, bem como a sua partilha.

§ 2º - Apresentada a petição ao juiz, este verificará se esta preenche os requisitos legais e, em audiência própria, mandará reduzir a termo as declarações dos pactuantes, homologado, a extinção do pacto depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3º - Caso não haja consenso sobre a partilha dos bens, decidirá o juiz sobre a divisão dos mesmos.

Art. 8º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção do pacto de solidariedade:

I demonstrando a infração pactual em que se fundamente o pedido;

II alegando o desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - A petição requerendo a extinção do pacto de solidariedade será recebida pelo juiz que arbitrará prazo de 5 (cinco) dias para contestação do outro pactuante e, posterior manifestação do Ministério Público em igual prazo. Reduzidas a termo as declarações das partes em audiência própria, decidirá o juiz sobre a extinção ou não do pacto de solidariedade.

Parágrafo único No caso de extinção litigiosa ao pacto de solidariedade, obedecer-se-ão as regras de partilha previstas no artigo precedente.

Art. 9º - Homologada a extinção do pacto, averba-se á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição em que se acham registrados.

Art. 10 Alteram-se os arts. 29, 33, 167 e inclua-se o Capítulo XV no Título II com seus respectivos artigos, renumerando-se os demais constantes da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 29 Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

.....

IX os pactos de solidariedade entre pessoas.

§ 1º Serão averbados:

.....

g) a sentença que declarar a extinção do pacto de

solidariedade ente as pessoas.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um:

.....

Parágrafo único No Cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciário, em cada comarca, haverá outro livro para inscrição dos demais atos relativos ao estado civil, bem como os pactos de solidariedade entre pessoas,designando sob a letra “E”, com 150 (cento e cinquenta) folhas, podendo o juiz competente, nas

comarcas de grande movimento, autorizar o seu desdobramento, pela natureza dos atos que nele devam ser registrados, em livro especiais.

Capítulo XV

DO PACTO DE SOLIDARIEDADE ENTRE PESSOAS.

ART. 114. Do pacto de solidariedade será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os pactuantes, as testemunhas e o oficial, sendo exarados:

1º) os nomes, prenomes, nacionalidade, estado civil, data e lugar de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos pactuantes.

2º) os nomes, prenomes, nacionalidade, data de nascimento e ou de morte, domicílio e residência atual dos pais dos pactuantes;

3º) relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

4º) os nomes, prenomes, nacionalidade, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas, que serão, pelo menos duas, a exceção dos casos em que a lei dispor de modo diverso;

5º) os nomes e as idades dos filhos havidos e legitimados;

6º) a margem do termo, a impressão digital do pactuante que não souber assinar o nome;

Art. 115. Havendo iminente risco de vida de algum dos pactuantes, e não sendo possível a presença da autoridade competente para presidir o ato, o pacto de solidariedade poderá se realizar na presença de seis testemunhas, que comparecerão, dentro de 5 (cinco) dias, perante a autoridade juridicamente mais próxima, a fim de que seja realizadas a termo suas declarações.

§ 1º Não comparecendo as testemunhas, espontaneamente, poderá qualquer interessado requerer sua intimação.

§ 2º Autuadas as declarações e encaminhadas à autoridade judiciária competente, se outra for a que tomou por termo, será ouvido o órgão do Ministério Público e se realizarão as diligências necessárias para verificar a inexistência de impedimento para efetivação do pacto de solidariedade.

§ 3º Ouvidos dentro de 5 (cinco) dias os interessados que requerem e o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá em igual prazo.

§ 4º Da decisão caberá apelação com ambos os efeitos.

§ 5º Transitada em julgado a sentença, o juiz mandará registra-la no livro "E".

.....

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I o registro:

.....

35 dos pactos de solidariedade entre pessoas 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 pacto.

II a averbação:

.....

14 das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção do pacto de solidariedade entre pessoas, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos à registro."

Art. 11 O bem imóvel próprio e comum dos pactuantes do pacto de solidariedade é impenhorável, nos termos e condições reguladas pela Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 12 Registrado o pacto de solidariedade de que trata esta Lei, o pactuante será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do pacto de solidariedade implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art 13 O pactuante será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 14 No âmbito da Administração Pública , os Estados, os Município e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham um pacto de solidariedade.

Art. 15 São garantidos aos pactuantes do pacto de solidariedade, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I o pactuante sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo pacto de solidariedade, ao usufruto da quota parte dos bens do *de cujus*, se houver.

II - o pactuante sobrevivente terá direito, enquanto não firmar novo pacto de solidariedade, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam os ascendentes;

III na falta de descendentes ou ascendentes, o pactuante sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do pactuante, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 16 Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos pactuantes do pacto de solidariedade, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 17 O art. 113 da Lei da 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113

.....

VI ter firmado o pacto de solidariedade”

Art. 18 É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 19 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 20 - Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO I

Instrumento Público de Pacto de Solidariedade

Pelo presente instrumento público, os pactuantes abaixo denominados,

1º Pactuante

(nome completo),(nacionalidade), (estado civil),natural de (cidade, estado, país de nascimento),em (data de nascimento)___/___/___, (profissão),residente e domiciliado (a) em (cidade de domicílio),na (endereço),filho (a) de (nome do pai),(nacionalidade do pai), nascido e/ou falecido em ___/___/___, residente e domiciliado em (cidade de domicílio),na (endereço),e de (nome da mãe),(nacionalidade da

Clausula Quarta: Retroatividade do Pacto (facultativa)

As regras, efeitos e direitos previstos no presente Pacto de Solidariedade retroagem à data de ____/____/____, uma vez que no referido período concorreram os pactuantes para a formação de patrimônio comum;

E por estarem justos(as) e acordados(as), firmam o presente Pacto de Solidariedade perante o Oficial do Registro de Pessoas Naturais e as testemunhas supra citadas e abaixo assinadas na comarca de _____ aos ____ dias do mês de _____ de _____, passando a partir da presente data a produzir os efeitos estabelecidos:

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto foi elaborado a partir das discussões promovidas sobre o Projeto de Lei Nº 1.151, de 1995, da autoria da Deputada Marta Suplicy, quando o autor deste teve a oportunidade de ser indicado seu relator.

A despeito da discussão na ocasião ter se concentrado nos aspectos relativos a homossexualidade das pessoas, transbordaram inúmeras questões sociais que dependem urgentemente do amparo legal das relações entre as pessoas. Relações estas onde a sexualidade, em muitos casos, jamais teve importância.

Um paciente ancião e sua jovem enfermeira precisariam passar pelo constrangimento de um "falso casamento" para que ele possa oferecer a ela uma proteção ao seu futuro em nome de uma relação que nasceu através da dedicação, da palavra afetuosa, da amizade, onde a sexualidade jamais teve lugar, mas seria certamente o primeiro questionamento a ser levado.

Esta e muitas outras situações relatadas durante os inúmeros debates que se promoveram em torno da proposta de Marta Suplicy constituíram a certeza de que um instrumento legal deveria ser oferecido à sociedade na forma de buscar uma proteção para aqueles que se encontram nesta situação.

A proposta busca retirar totalmente da discussão a questão da sexualidade abolindo a expressão "pessoas do mesmo sexo" que dava a proposta anterior o enfoque da proteção das relações homossexuais e que constituiu-se no maior obstáculo para a sua aprovação, sem entretanto impedir que estas pessoas busquem a proteção no texto atual.

Sala das sessões, de 09 de fevereiro de 1999.

Deputado ROBERTO JEFFERSON

PROJETO DE LEI

No 5.252, DE 2001

(Do Sr. Roberto Jefferson)

Cria e disciplina o Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências
(À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO -ART. 24, 11)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É assegurado a duas pessoas o estabelecimento do pacto de solidariedade, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta lei. 1

Art. 2º O pacto de solidariedade constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

§ 1º Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, exibindo:

I - prova de serem solteiros, viúvos, separados ou divorciados;

II - prova de capacidade civil;

III - instrumento público do pacto de solidariedade.

§ 2º O estado civil dos pactuantes não poderá ser alterado na vigência do pacto de solidariedade, sendo nula de pleno direito qualquer alteração.

Art. 3º O pacto de solidariedade será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º Somente por disposição expressa no pacto de solidariedade, as regras - nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2º São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos pactuantes.

Art. 4º A extinção do pacto de solidariedade ocorrerá:

I - pela morte de um dos pactuantes;

II - pela nulidade absoluta do pacto de solidariedade;

III - por decisão consensual dos pactuantes

IV - mediante decretação judicial.

Art. 5º A morte de um dos pactuantes gera ao que sobreviver os direitos sucessórios e previdenciários reservados nos termos do instrumento público do pacto de solidariedade.

Parágrafo único. A sucessão patrimonial e o usufruto previstos na presente lei dar-se-ão através de processo de inventário e partilha, obedecendo à legislação processual vigente.

Art. 6º Observa-se a nulidade absoluta de pleno direito do pacto de solidariedade quando inexistem as condições pessoais que habilitem qualquer dos pactuantes ao seu estabelecimento.

§ 1º Por ser de interesse público, a nulidade absoluta de pleno direito pode ser argüida por qualquer pessoa a qualquer tempo, através de ação declaratória.

§ 2º A sentença declaratória da nulidade do pacto de solidariedade extingue retroativamente qualquer efeito produzido pelo pacto de solidariedade.

§ 3º Ocorrendo a infração mencionada no caput do presente artigo, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 229 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 7º Podem as partes de comum acordo requerer a homologação judicial da extinção do pacto de solidariedade.

§ 1º A petição de extinção do pacto de solidariedade deverá conter inventário de bens comuns aos pactuantes, bem como a sua partilha;

§ 2º Apresentada a petição ao juiz, este verificará se esta preenche os requisitos legais e, em audiência própria, mandará reduzir a termo as declarações dos pactuantes, homologando a extinção do pacto depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3º Caso não haja consenso sobre a partilha dos bens, decidirá o juiz sobre a divisão dos mesmos.

Art. 8º Qualquer das partes poderá requerer a extinção do pacto de solidariedade:

I - demonstrando a infração pactual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando o desinteresse na sua continuidade.

§ 1º A petição requerendo a extinção do pacto será recebida pelo juiz que abrirá prazo de 5 (cinco) dias para contestação do outro pactuante e, posterior manifestação do Ministério Público em igual prazo. Reduzidas a termo as declarações das partes em audiência própria, decidirá o juiz sobre a extinção ou não do Pacto de Solidariedade.

§ 2º No caso de extinção litigiosa ao Pacto de Solidariedade, obeder-se-ão as regras de partilha previstas no artigo precedente.

Art. 9º Homologada a extinção do Pacto, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição em que se acham registrados.

Art. 10. Alterem-se os arts. 29, 33, 167 e inclua-se o Capítulo XV no Título 11 com seus respectivos artigos, remunerando-se os demais constantes da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

IX- os pactos de solidariedade entre as pessoas

§ 1º Serão averbados.. .

g) a sentença que declarar a extinção do pacto de solidariedade entre as pessoas. "

"Art 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um.

Parágrafo único. No Cartório do 1 - Ofício ou da subdivisão judiciária, em cada comarca, haverá outro livro para inscrição dos demais atos relativos ao estado civil, bem como Os Pactos de solidariedade entre as pessoas, designado sob a letra "E", com 150 (cento e cinquenta) folhas, Podendo o juiz competente, nas comarcas de grande movimento, autorizar o seu desdobramento, pela natureza dos atos que nele devam ser registrados, em livros especiais.

capítulo xv

Do Pacto de Solidariedade Entre as Pessoas.

Art. 114. Do pacto de solidariedade será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os pactuantes, as testemunhas e o oficial, sendo exarados:

1º)os nomes, prenomes, nacionalidade, estado civil, data e lugar do nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos pactuantes,

2º) os nomes, prenomes, nacionalidade, data de nascimento e ou de morte, domicilio e residência atual dos pais dos pactuantes,

3º) relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

4º) os nomes, prenomes, nacionalidade, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas, que serão, pelo menos, duas, a exceção dos casos em que a lei dispôr de modo diverso;

5º) os nomes e as idades dos filhos havidos e legitimados;

6º) a margem do termo, a impressão digital do pactuante que não souber assinar o nome;

Art. 115. Havendo iminente risco de vida de algum dos pactuantes, e não sendo possível a presença da autoridade competente para presidir o ato, o pacto de solidariedade poderá se realizar na presença de seis testemunhas, que comparecerão, dentro de 5 (cinco) dias, perante a autoridade judiciária mais próxima, a fim de que sejam reduzidas a termo suas declarações.

§ 1º Não comparecendo as testemunhas, espontaneamente, poderá qualquer interessado requerer sua intimação.

§ 2º Autuadas as declarações e encaminhadas à autoridade judiciária competente, se outra for a que as tomou por termo, será ouvido o órgão do Ministério Público e se realizarão as diligências necessárias para verificar a inexistência de impedimento para efetivação do pacto de solidariedade.

§ 3º Ouvidos dentro de 5 (cinco) dias os interessados que o requerem e o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá em igual prazo.

§ 4º Da decisão caberá apelação com ambos os efeitos.

§ 5º Transitada em julgado a sentença, o juiz mandará registrá-la no livro "E".

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.-

I - o registro: . .

35 - dos pactos de solidariedade entre as pessoas 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 pacto.

II - a averbação:

14 - das sentenças de separação judicial de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção do pacto de solidariedade entre as pessoas, quando as

respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro. "

Art. 11. O bem imóvel próprio e comum dos pactuantes do pacto de solidariedade é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei no 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 12. Registrado o pacto de solidariedade de que trata esta Lei, o pactuante será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do pacto de solidariedade implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 13. O pactuante será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, 1, da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 14. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham um pacto de solidariedade.

Art. 15. São garantidos aos pactuantes do pacto da solidariedade, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:.

I - o pactuante sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo pacto de solidariedade, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver.

II - o pactuante sobrevivente terá direito, enquanto não firmar novo pacto de solidariedade, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e ascendentes, o pactuante sobrevivente terá direito à totalidade da herança,

IV - se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do pactuante, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 16. Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos pactuantes do pacto da solidariedade, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 17. O art. 113 da Lei da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113

VI - ter firmado o pacto de solidariedade. "

Art. 18. E reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 19. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

REGISTRERET PARTNERSKAB

Danmark indførte som det første land i verden pr. 01.10.1989 regler om registreret partnerskab for personer af samme køn. Registrering er nu også blevet mulig i Norge, Sverige, Island og Holland.

Pr. 01.01.2000 var der i alt 1.829 registrerede par, hvoraf de fleste par (ca. 75%) bestod af to mænd. Loven om registreret partnerskab er meget kort, da den som hovedregel fastslår, at der gælder samme regler for registrerede partnere som for ægtefæller. Registrerede partnere får således formuefællesskab efter samme regler som ægtefæller, de får automatisk arveret efter hinanden og får ret til at sidde i uskiftet bo, de beskattes som ægtefæller på godt og ondt, og bo- og gaveafgift beregnes efter reglerne for ægtefæller o.s.v.

Der gælder som sædvanlig visse undtagelser fra hovedreglen og jeg vil nu nævne 8 af disse undtagelser:

1. Mindst en af parterne skal være dansk, svensk, norsk eller islandsk statsborger og have bopæl her i landet, eller også skal begge parter have haft bopæl her i landet i de sidste to år før registreringen. Det gælder ikke for ægtefæller.
2. Der er ikke valgfrihed mellem borgerlig og kirkelig vielse. Registrering skal altid ske for de borgerlige myndigheder.
3. Vielsesattesten kaldes en partnerskabsattest.
4. Registrerede partnere kan ikke adoptere sammen og de kan heller ikke få tillagt fælles forældremyndighed. Fra d. 01.07.1999 kan de dog gennemføre stedbarnsadoptioner, medmindre der er tale om et barn fra et andet land.
5. Bestemmelser i lovgivningen, hvor den ene part i et ægteskab er bestemt ved køn, gælder ikke for registrerede partnere. Som et eksempel kan nævnes de særlige regler om hustruers bevarelse af ret til enkepension efter skilsmisse.
6. Registrerede partnere anerkendes ikke som ægtefæller i udlandet.
7. Registrerede partnere kan ikke få mægling ved præst i forbindelse med separation eller skilsmisse.
8. Registrerede partnere kan altid blive skilt i Danmark, selv om ingen af dem har bopæl her.
9. Det er ikke kun homoseksuelle, der kan indgå registreret ægteskab. To heteroseksuelle kan også gøre det, f. eks. for at spare gave- eller boafgift.

**WE MARGRETHE THE SECOND, by the Grace of God Queen of Denmark, do
make known that:**

The Danish Folketing has passed the following Act which has received the Royal Assent:

1.- Two persons of the same sex may have their partnership registered.

Registration

(1) Part I, sections 12 and 13(1) and clause 1 of section 13(2) of the Danish Marriage (Formation and Dissolution) Act shall apply similarly to the registration of partnerships, cf. subsection 2 of this section.

(2) A partnership may only be registered provided both or one of the parties has his permanent residence in Denmark and is of Danish nationality.

(3) The rules governing the procedure of registration of a partnership, including the examination of the conditions for registration, shall be laid down by the Minister of Justice.

Legal Effects

(1) Subject to the exceptions of section 4, the registration of a partnership shall have the same legal effects as the contracting of marriage.

(2) The provisions of Danish law pertaining to marriage and spouses shall apply similarly to registered partnership and registered partners.

(1) The provisions of the Danish Adoption Act regarding spouses shall not apply to registered partners.

(2) Clause 3 of section 13 and section 15(3) of the Danish Legal Incapacity and Guardianship Act regarding spouses shall not apply to registered partners.

(3) Provisions of Danish law containing special rules pertaining to one of the parties to a marriage determined by the sex of that person shall not apply to registered partners.

(4) Provisions of international treaties shall not apply to registered partnership unless the other contracting parties agree to such application.

Dissolution

(1) Parts 3, 4 and 5 of the Danish Marriage (Formation and Dissolution) Act and Part 42 of the Danish Administration of Justice Act shall apply similarly to the dissolution of a registered partnership, cf. subsections 2 and 3 of this section.

(2) Section 46 of the Danish Marriage (Formation and Dissolution) Act shall not apply to the dissolution of a registered partnership.

(3) Irrespective of section 448 c of the Danish Administration of Justice Act a registered partnership may always be dissolved in this country.

Commencement etc.

6.- This Act shall come into force on October 1, 1989,

7.- This Act shall not apply to the Faroe Islands nor to Greenland but may be made applicable by Royal order to these parts of the country with such modifications as are required by the special Faroese and Greenlandic conditions. Given at Christiansborg Castle, this seventh day of June, 1989 Under Our Royal Hand and Seal MARGRETHE RD/339 -H- ML Act No. 373 of June 1, 1989

ACT TO AMEND THE DANISH MARRIAGE (FORMATION AND DISSOLUTION) ACT, THE INHERITANCE ACT, THE PENAL CODE AND THE INHERITANCE TAX ACT.

(Amendments resulting from the introduction of registered partnership).

WE MARGRETHE THE SECOND, by the Grace of God Queen of Denmark, do make known that:

The Danish Folketing has passed the following Act which has received the Royal Assent:

1.- The Marriage (Formation and Dissolution) Act, cf. Consolidated Act No. 630 of September 15, 1986, as amended by Act No. 223 of April 22, 1987, shall be amended as follows:

1. Section 9 shall be worded as follows:

"9.- A person who has previously contracted marriage or who has been a party to a registered partnership may not contract marriage as long as the previous marriage or partnership exists."

2. Section 10 shall be worded as follows:

"10 .- A person who has been married or been a party to a registered partnership may not contract marriage until division of the joint property by the court has been initiated or such property has been divided by the parties involved. This shall not apply if there was complete separation of property between the parties or an exemption from division of property is specially authorized.

The Minister of Justice may in special cases grant an exemption from the provision of the first clause of this section.

2.- The inheritance Act, cf. consolidated Act No. 584 of September 1, 1986 shall be amended as follows:

Section 17(2) shall be worded as follows:

"(2) On remarriage or registration of partnership he shall be obliged to divide the joint property. "

3.- The Penal Code, cf. Consolidated Act No. 607 of September 6, 1986, as amended by Act No. 385 of June 10, 1987 shall be amended as follows:

1. Section 208(1) shall be worded as follows:

"Any person who purports to contract a registered partnership, and who is already married or a party to a registered partnership shall be liable to imprisonment for any term not exceeding 3 years or, if the other person was at the time ignorant of the existing marriage or registered partnership, to imprisonment or any term not exceeding 6 years."

2. Section 208(3) shall be worded as follows:

"(3) Any person who without being married or being a party to a registered partnership contracts marriage or becomes a party to a registered partnership with a person who is already married or a party to a registered partnership shall be liable to simple detention or imprisonment for any term not exceeding one year."

3. Section 208(4) shall be worded as follows:

"(4) Where the purported marriage or registered partnership is not voidable, the penalty in respect of the person who is already married or a party to a registered partnership may always be reduced to simple detention, and the person who is not married or a party to a registered partnership may be acquitted. "

4.- The inheritance Tax Act, cf. Consolidated Act No. 62 of February 6, 1987, as amended by section 5 of Act No. 360 of July 1, 1988, shall be amended as follows:

1. In section 2(1)(A), (b) shall be repealed. (c)-(g) becomes (b)-(f)
2. In clause 2 of section 2(1)(A), "or b" shall be deleted.
3. In section 44(1) "(g)" shall be substituted for "(f)".

(1) This act shall come into force on October 1, 1989.

(2) Section 4 of this Act shall take effect in relation to the inheritance tax which becomes liable after the day of entry into force of this Act.

Given at Christianborg Castle, this seventh day of June, 1989 Under Our Royal Hand and Seal.

NORWAY:

Bill on Registered Partnerships

Section 1

Two persons of the same sex may register their partnership, with the legal consequences which follow from this Act.

Section 2

Chapter 1 of the Marriage Act, concerning the conditions for contracting a marriage, shall have corresponding application to the registration of partnerships. No person may contract a partnership if a previously registered partnership or marriage exists.

Chapter 2 of the Marriage Act, on verification of compliance with conditions for marriage, and chapter 3 of the Marriage Act, on contraction of a marriage and solemnization of a marriage, do not apply to the registration of a partnership. A partnership may only be registered if one or both of the parties is domiciled in the realm and at least one of them has Norwegian nationality. Verification of compliance with the conditions and the procedure for the registration of partnerships shall take place according to rules laid down by the Ministry.

Section 3

Registration of partnerships has the same legal consequences as entering into marriage, with the exceptions mentioned in section 4.

The provisions in Norwegian legislation dealing with marriage and spouses shall be applied correspondingly to registered partnerships and registered partners.

Section 4

The provisions of the Adoption Act concerning spouses shall not apply to registered partnerships.

Section 5

Irrespective of the provision in section 419a of the Civil Procedure Act, actions concerning the dissolution of registered partnerships that have been entered in this country may always be brought before a Norwegian court.

Section 6

The Act shall enter into force on a date to be decided by the King.

Section 7

From the date on which the Act enters into force, the following amendments to other Acts shall come into force:

1. The Penal Code, No. 10, of 22 May 1902 is amended as follows: Section 220 shall read:

Any person who enters into a marriage that is invalid pursuant to 3 or 4 of the Marriage Act, or who enters into a partnership that is invalid pursuant to 2, first paragraph, of the Partnership Act, cf. 3 of the Marriage Act, or 2, first paragraph, second sentence of the Partnership Act, shall be liable to imprisonment for a term not exceeding 4 years. If the spouse or partner was not aware that the marriage or partnership had been entered into contrary to the above-mentioned provisions, he or she shall be liable to imprisonment for a term not exceeding 6 years. Complicity shall be penalized in the same way.

Any person who causes or is accessory to causing a marriage or registered partnership that is invalid because of the forms used, to be entered into with any person who is not aware of its invalidity shall be liable to imprisonment for a term not exceeding 4 years.

Section 338 shall read:

Any person who enters into a marriage or partnership pursuant to the Act relating to registered partnership in such a way as to set aside the provisions in force concerning the requirements for a valid marriage or the requirements concerning the registration of a valid partnership, dispensation or other statutory conditions, or is accessory thereto, shall be liable to fines.

2. The Marriage Act, No. 47, of 4 July 1991 is amended as follows: Section 4 shall read:

No person may contract a marriage if a previous marriage or registered partnership exists.

Section 7, first paragraph, *litra e* shall read: *e*. Each of the parties to the marriage shall solemnly declare in writing whether he or she has previously contracted a marriage or a registered partnership. If so, proof shall be presented that the earlier marriage or registered partnership has been terminated by death or divorce, or has been dissolved pursuant to section 24. Proof that the former spouse or registered partner is dead is, as a rule, presented in the form of a certificate issued by a domestic or foreign public authority. If such a certificate cannot be obtained, the parties may submit their information and evidence to the appropriate probate judge, cf. section 8, second cf. first paragraph, of the Probate Act. If administration of the estate does not come under the jurisdiction of a Norwegian probate court, the issue may be brought before the probate judge at the place where the fulfilment of the conditions for marriage is verified. The probate court will by order decide whether the evidence shall be accepted. An interlocutory appeal against the order may be made by the party against whom the decision is made. If the evidence is accepted, the probate court shall notify the County Governor, who may make an interlocutory appeal against the order. Proof that the marriage or registered partnership has ended in divorce or been dissolved

pursuant to section 24 may be given by presenting the licence or judgement duly certified to be final. The question whether a marriage may be contracted in Norway on the basis of a foreign divorce shall be decided by the Ministry pursuant to the provisions of section 4 of Act No. 38 of 2 June 1978.

Section 7, first paragraph, litra j, first paragraph shall read:

j. Each of the parties to the marriage shall provide a sponsor who shall solemnly declare that he or she knows the said party, and shall state whether the said party has previously contracted a marriage or registered partnership and whether the parties to the marriage are related to each other as mentioned in section 3.

Section 8, first, second and third paragraphs shall read: Any person who has previously been married or has been a partner in a registered partnership must produce proof that the estate of the parties to the previous marriage or registered partnership has been submitted to the probate court for administration, or produce a declaration from the former spouse or former partner or heirs stating that the estate is being divided out of court.

This does not apply if a declaration is presented from the previous spouse or partner stating that there were no assets in the marriage or registered partnership to be divided, or from the heirs of the deceased spouse or partner stating that they consent to the survivor remaining in possession of the undivided estate.

If the previous marriage or registered partnership was dissolved in a way other than by death, and if more than two years have elapsed since it was dissolved, it is sufficient that the person who wishes to contract a new marriage states that the estate was divided, or that there was nothing to divide between the spouses or partners.

"The Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples", The Ministry of Children and Family Affairs, Oslo, Norway, April 1993.

SWEDEN:THE REGISTERED PARTNERSHIP ACT

Issued on 23 June 1994

In accordance with the decision of the Parliament the following is enacted:

Chapter 1

Registration of partnership

Section 1

Two persons of the same sex may request the registration of their partnership.

Section 2

Registration may only take place if at least one of the partners is a Swedish citizen, domiciled in Sweden.

Section 3

Registration may not take place in the case of a person who is under the age of 18 years or of persons who are related to one another in the direct ascending or descending line or who are sisters or brothers of the whole blood. Neither may registration take place in the case of sisters or brothers of the half blood without the permission of the Government or such authority as is stipulated by the Government. Registration may not take place in the case of a person who is married or already registered as a partner. The right to register a partnership shall be determined according to Swedish law.

Section 4

Before registration takes place, inquiry shall be made as to whether there is any impediment to registration.

Section 5

The provisions of Chapter 3 and Chapter 15 of the Marriage Code applicable to the procedure for inquiries into impediments to marriage shall apply correspondingly to this inquiry.

Section 6

Registration shall take place in the presence of witnesses.

Section 7

At the registration both partners shall be present at the same time. Each of them separately shall, in response to a question put to them by the person conducting the registration, make it known that they consent to the registration. The person conducting the registration shall thereafter declare that they are registered partners. A registration is invalid if it has not taken place as indicated in the first paragraph or if the person conducting the registration was not authorized to perform the registration. A registration which is invalid under the second paragraph may be approved by the Government if there are extraordinary reasons for such approval. The matter may only be considered on the application of one of the partners or, if either of them has died, of the heirs of the deceased.

Section 8

Registration may be conducted by a legally qualified judge of a district court or a person appointed by a county administrative board.

Section 9

In other respects the provisions of Chapter 4, Sections 5, 7 and 8, of the Marriage Code and regulations issued by the Government apply to registration.

Decisions concerning registration may be appealed against in accordance with the provisions of Chapter 15 Sections 3 and 4 of the Marriage Code. Chapter 1, Sections 4-9, of the Act concerning certain International Legal Relationships relating to Marriage and Guardianship (1904:26 p. 1) apply to international circumstances relating to registration.

Chapter 2

Dissolution of registered partnership

Section 1

A registered partnership is dissolved by the death of one of the partners or by a court decision.

Section 2

The provisions of Chapter 5 of the Marriage Code apply correspondingly to issues concerning the dissolution of a registered partnership.

Section 3

Cases concerning the dissolution of registered partnerships and cases involving proceedings to determine whether or not a registered partnership subsists are partnership cases. Provisions stipulated by statute or other legislation relating to matrimonial cases also apply to issues concerning partnership cases.

Section 4

Partnership cases may always be considered by a Swedish court if registration has taken place under this Act.

Chapter 3

Legal effects of registered partnership

Section 1

Registered partnership has the same legal effects as marriage, except as provided by Sections 2-4. Provisions of a statute or other legislation related to marriage and spouses shall be applied in a corresponding manner to registered partnerships and registered partners unless otherwise provided by the rules concerning exceptions contained in Sections 2-4.

Section 2

Registered partners may neither jointly nor individually adopt children under Chapter 4 of the Code on Parents, Children and Guardians. Nor may registered partners be appointed to jointly exercise custody of a minor in the capacity of specially appointed guardians under Chapter 13, Section 8 of the Code on Parents, Children and Guardians. The Insemination Act (1984:1140) and the Fertilization outside the Body Act (1988:711) do not apply to registered partners.

Section 3

Provisions applicable to spouses, the application of which involves special treatment of one spouse solely by reason of that spouse's sex, do not apply to registered partners.

Section 4

The provisions of the Ordinance concerning Certain International Legal Relationships relating to Marriage, Adoption and Guardianship (1931:429) do not apply to registered partnerships. This Act enters into force on 1 January 1995. On behalf of the Government CARL BILDTGUN HELLSVIK, Ministry of Justice

ICELAND

1995-961065 years since founding the Parliament 120th legislative assembly 564th Bill On the recognized partnership

1

Two persons of the same sex can contract a recognized partnership.

2

What is provided in the Part II of the Marriage Act on the legal prerequisites of marriage shall apply to this Act, as well. However, see subsection 2. A recognized partnership can only be contracted if at least one of the parties is a citizen of Iceland and is domiciled in Iceland.

3

Before a partnership is officially recognized, both parties are to certify that the prerequisites of such a partnership are fulfilled. Part III of the Marriage Act regulates the certification. The Minister of Justice shall issue more precise instructions on the certification.

4

The contracting of such partnerships are to be carried out by heads of a police district or their representatives with a juridical education. Paragraphs 21 - 26 of the Marriage Acts regulate how certificates are to be issued.

5

Persons living in a recognized partnership are to enjoy the same rights as those in a marriage with the exception of what is said in subsection 6. What is said on marriage and legally married spouses in the legislation in force applies to the parties of a partnership, too.

6

The subsections on adoption in the Marriage Act shall not apply to the parties of a partnership. Regulations on who are entitled to artificial conception shall not apply to the recognized partnership. What the law says on the sex of a legally wedded spouse shall not apply to the recognized partnership. What is provided in the international agreements, signed by the Republic of Iceland, shall not apply to the recognized partnership unless all parties to the agreement approve of it.

7

A recognized partnership is deemed having ended at the death of one of the partners, in the case of cancellation or divorce.

8

The regulations on cancellation, divorce and division of property in the Marriage Act shall apply to the recognized partnership, however, with regard to subsections 2 and 3. Otherwise, what is regulated upon the end of a marriage and its legal entailments shall apply to the partnership, too. Despite what is said in subsection 1 of Section 114, it is always possible to proceed with a charge in an Icelandic court on the basis of Section 113, if the partnership has been recognized in Iceland. Despite what is said in Subsection 1 of Section 123 of the Marriage Act, an Icelandic court is always entitled to solve issues pertaining to partnerships recognized in this country.

9

These Acts are enacted on 1 July 1996.

Translation from Finnish to English is made by Mr. Mika Vepsäläinen. This translation is made from the Finnish text, translated from Icelandic by Steinunn Guðmundsdóttir.

The original wording of the Act is using expression "confirmed living together", where "recognized partnership" is used in this translation.

LEGGE FEDERALE SULL'UNIONE REGISTRATA DI COPPIE OMOSESSUALI

del ...

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,
visti gli articoli 38 capoverso 2, 112 capoverso 1, 113 capoverso 1, 119 capoverso
2,
121 capoverso 1, 122 capoverso 1, 123 capoverso 1, 128 capoverso 1 e 129
capoverso 1 della Costituzione federale,
visto il messaggio del Consiglio federale del ...,
decreta:

Capitolo 1: Disposizioni generali

Art. 1 Oggetto

La presente legge disciplina la costituzione, gli effetti e lo scioglimento dell'unione registrata di coppie omosessuali.

Art. 2 Principio

Due persone dello stesso sesso possono far registrare ufficialmente la loro unione. Esse si impegnano a convivere e ad assumere responsabilità l'una nei confronti dell'altra.

Art. 3 Stato civile

Il loro stato civile è: "legato da unione registrata".

Capitolo 2: Costituzione dell'unione registrata

Sezione 1: Condizioni e impedimenti

Art. 4 Condizioni

1 Entrambi i partner hanno compiuto il diciottesimo anno d'età e sono capaci di discernimento. Gli interdetti necessitano del consenso del rappresentante legale.

2 Almeno uno dei partner ha la cittadinanza svizzera o è domiciliato in Svizzera.

3 Ambedue i partner comprovano di non essere legati da una precedente unione registrata o sposati.

Art. 5 Impedimenti

1- Parenti in linea retta, fratelli e sorelle germani, consanguinei o uterini, patrigno e matrigno e i rispettivi figliastri non possono costituire un'unione registrata.

2- L'unione non può essere registrata se è manifesto che uno dei partner non intende convivere, bensì eludere le prescrizioni in materia di dimora e domicilio degli stranieri.

Sezione 2: Procedura

Art. 6 Domanda

1- La domanda di registrazione va inoltrata all'ufficio dello stato civile del domicilio di uno dei partner.

2- Se nessun partner è domiciliato in Svizzera, è competente l'ufficio dello stato civile del luogo di origine.

3- I partner producono la necessaria documentazione.

Art. 7 Esame

1- L'ufficio dello stato civile competente esamina se sono riunite le condizioni e non esistono impedimenti.

2- Nei casi di cui all'articolo 5 capoverso 2, l'ufficiale dello stato civile sente i richiedenti e può chiedere informazioni ad altre autorità o terzi.

Art. 8 Forma

1- La registrazione dell'unione è pubblica.

2- I partner dichiarano dinanzi all'ufficiale dello stato civile di voler costituire un'unione registrata.

3- L'ufficiale dello stato civile documenta le dichiarazioni di volontà.

Art. 9 Disposizioni d'esecuzione

Il Consiglio federale emana le necessarie disposizioni d'esecuzione inerenti alla registrazione dell'unione.

Sezione 3: Nullità

Art. 10 Vizi della volontà

1 Uno dei partner può promuovere dinanzi al giudice un'azione di nullità dell'unione registrata a causa di vizi della volontà. Se l'attore decede durante la procedura, i suoi eredi possono dare seguito all'azione.

2 L'azione di nullità è inoltrata entro sei mesi dalla conoscenza del vizio della volontà, ma entro cinque anni dalla registrazione.

Art. 11 Mancato adempimento di condizioni

1 Ciascuna persona interessata può promuovere dinanzi al giudice un'azione di nullità dell'unione registrata se l'unione è stata registrata in violazione di una delle disposizioni di cui agli articoli 4 o 5.

2 Durante l'unione registrata, l'azione è promossa d'ufficio dalla competente autorità del luogo di domicilio dei partner.

Art. 12 Effetti dell'annullamento

1 L'unione registrata è annullata con il passaggio in giudicato della sentenza.

2 Le pretese successorie decadono con effetto retroattivo. Sono per il resto applicabili per analogia le disposizioni sugli effetti dello scioglimento giudiziale.

Capitolo 3: Effetti dell'unione registrata

Sezione 1: Diritti e obblighi generali

Art. 13 Assistenza e rispetto

I partner si devono assistenza e rispetto reciproci.

Art. 14 Mantenimento

1 I partner provvedono in comune, ciascuno nella misura delle sue forze, al debito mantenimento dell'unione.

2 Se non raggiungono un accordo su tale questione, il tribunale stabilisce, ad istanza di un partner, i contributi pecuniari al mantenimento dell'unione.

Tali contributi possono essere pretesi per il futuro e per l'anno precedente l'istanza.

3 Se un partner non adempie il suo obbligo di mantenimento, il giudice può ordinare ai suoi debitori che facciano i loro pagamenti, in tutto o in parte, all'altro.

Art. 15 Abitazione comune

1 Un partner non può, senza l'esplicito consenso dell'altro, disdire un contratto di locazione, alienare l'abitazione comune o limitare con altri negozi giuridici i diritti inerenti all'abitazione comune.

2 Il partner che non può procurarsi tale consenso o cui il consenso è negato senza valido motivo può adire il giudice.

Art. 16 Rappresentanza dell'unione

1 Durante la convivenza, ciascun partner rappresenta l'unione per i bisogni correnti della stessa.

2 Per gli altri bisogni, un partner rappresenta l'unione soltanto se:

- a) è stato autorizzato dall'altro partner o dal giudice; o
- b) l'affare non consente una dilazione e l'altro partner è impossibilitato a dare il proprio consenso per malattia, assenza o analoghi motivi.

3 Con i propri atti, ciascun partner obbliga se stesso e, in quanto non ecceda il potere di rappresentanza in modo riconoscibile per i terzi, solidalmente anche l'altro.

4 Se un partner eccede il suo potere di rappresentare l'unione o se ne dimostra incapace, il giudice, ad istanza dell'altro, può privarlo in tutto o in parte della rappresentanza.

La privazione è opponibile ai terzi di buona fede soltanto quando sia stata pubblicata per ordine del giudice.

Art. 17 Obbligo d'informazione

1 Ciascun partner può esigere dall'altro che lo informi sui suoi redditi, la sua sostanza e i suoi debiti.

2 Su istanza, il giudice può obbligare un partner o terzi a dare le informazioni occorrenti o a produrre i documenti necessari.

3 Resta salvo il segreto professionale degli avvocati, dei notai, dei medici, degli ecclesiastici e dei loro ausiliari.

Art. 18 Sospensione della convivenza

1 Un partner è autorizzato a sospendere la convivenza soltanto se questa pone in grave pericolo la sua personalità o la sua sicurezza.

2 Su istanza, il tribunale:

- a) stabilisce i contributi pecuniari di un partner nei confronti dell'altro;
- b) prende le misure riguardanti l'abitazione e le suppellettili domestiche

3 Un partner può parimenti proporre l'istanza quando l'altro rifiuta la convivenza senza valido motivo.

4 Su istanza, il giudice adatta le misure alle nuove circostanze o le revoca se non sono più giustificate.

Sezione 2: Rapporti patrimoniali

Art. 19 Beni dei partner

1 Ciascun partner dispone dei propri beni.

2 Ciascun partner risponde dei propri debiti con i suoi beni.

3 Se un bene è in comproprietà, il partner che provi d'avere un interesse preponderante può, al momento dello scioglimento giudiziale dell'unione registrata e oltre alle altre misure legali, chiedere che tale bene gli sia attribuito per intero contro compenso all'altro partner.

Art. 20 Prova

1 Chiunque affermi che un bene sia di proprietà dell'uno o dell'altro partner deve fornirne la prova.

2 Mancando tale prova, si presume che il bene sia di comproprietà dei partner.

Art. 21 Inventario

1 Ciascun partner può in ogni tempo chiedere all'altro di concorrere alla compilazione per atto pubblico di un inventario dei loro beni.

2 Tale inventario si presume esatto se compilato entro un anno dal conferimento dei beni.

Art. 22 Mandato di amministrazione

Se un partner affida all'altro l'amministrazione dei propri beni, si applicano le disposizioni sul mandato, salvo accordo contrario.

Art. 23 Accordi contrattuali

1 I partner possono concludere negozi giuridici fra loro.

2 Mediante atto pubblico possono stipulare una convenzione patrimoniale per il caso in cui sciolgano l'unione registrata.

3 Tali convenzioni non possono intaccare la porzione legittima dei discendenti dei partner.

Art. 24 Restrizioni del potere di disporre

1 Se necessario per assicurare le basi economiche o per adempire un obbligo patrimoniale derivante dall'unione registrata, il giudice, su istanza di un partner, può subordinare al consenso di questo la disposizione di determinati beni da parte dell'altro e prendere le appropriate misure conservative.

2 Se tale misura concerne un fondo, il giudice ne ordina la menzione nel registro fondiario.

Art. 25 Debiti tra partner

1 Se un partner ha debiti nei confronti dell'altro e il loro pagamento gli arreca serie difficoltà, egli può chiedere dilazioni purché si possa ragionevolmente esigerlo dall'altro partner.

2 Se le circostanze lo giustificano, dovrà fornire garanzie.

Sezione 3: Effetti particolari

Art. 26 Diritto successorio

In materia di diritto successorio, l'unione registrata esplica gli stessi effetti del matrimonio.

Art. 27 Diritto delle assicurazioni sociali e previdenza professionale

1 In materia di diritto delle assicurazioni sociali e di previdenza professionale, l'unione registrata esplica gli stessi effetti del matrimonio.

2 Se un partner decede, in materia di assicurazioni sociali e di previdenza professionale il partner superstite ha lo stesso statuto giuridico di un vedovo.

Art. 28 Adozione e medicina riproduttiva

Le persone legate da un'unione registrata non sono autorizzate ad adottare un figlio né a ricorrere alla medicina riproduttiva.

Art. 29 Figli di un partner

Se uno dei partner ha figli, l'altro l'assiste in modo appropriato nell'adempimento del suo obbligo di mantenimento e nell'esercizio dell'autorità parentale, rappresentandolo inoltre ove le circostanze lo richiedano.

Art. 30 Matrimonio

Una persona legata da un'unione registrata non può contrarre matrimonio.

Capitolo 4: Scioglimento giudiziale dell'unione registrata

Sezione 1: Condizioni

Art. 31 Richiesta comune

1 Se i partner domandano lo scioglimento dell'unione registrata mediante richiesta comune, il giudice li sente ed esamina se la richiesta sia frutto di una libera scelta e di matura riflessione e la convenzione sullo scioglimento sia omologabile.

2 Se tali condizioni sono adempiute, il giudice pronuncia lo scioglimento dell'unione registrata.

3 Mediante richiesta comune, i partner possono domandare al giudice che statuisca in merito agli effetti dello scioglimento sui quali sussiste disaccordo.

Art. 32 Azione unilaterale

Ciascun partner può domandare lo scioglimento dell'unione registrata se i due partner, al momento della promozione dell'azione, vivono separati da almeno un anno.

Art. 33 Sospensione della convivenza durante la procedura

Per la durata della procedura di scioglimento, ciascun partner ha diritto di sospendere la convivenza. In tal caso l'articolo 18 è applicabile per analogia.

Sezione 2: Effetti

Art. 34 Diritto successorio

1 Con lo scioglimento dell'unione registrata i partner cessano di essere eredi legittimi l'uno dell'altro.

2 Non possono essere avanzate pretese derivanti da disposizioni a causa di morte allestite prima della litispendenza della procedura di scioglimento.

Art. 35 Previdenza professionale

Le prestazioni d'uscita della previdenza professionale acquisite nel corso dell'unione registrata sono suddivise secondo le norme del diritto del divorzio relative alla previdenza professionale.

Art. 36 Contributo di mantenimento

1 Dopo lo scioglimento dell'unione registrata, ciascun partner è in linea di principio responsabile del proprio mantenimento.

2 Se uno dei partner ha limitato o rinunciato a esercitare la propria attività lucrativa a causa dell'unione registrata, può chiedere all'altro un adeguato contributo sino a quando non eserciti un'attività lucrativa che gli consenta di provvedere da sé al proprio mantenimento.

3 Un partner ha diritto ad adeguati contributi di mantenimento anche quando, a causa della registrazione dell'unione, ha perso il diritto ai contributi del coniuge divorziato.

4 Per il rimanente, sono applicabili per analogia le disposizioni del Codice civile sull'obbligo di mantenimento dopo il divorzio.

Art. 37 Spese derivanti dallo scioglimento della comunione domestica

Le spese necessarie ingenerate dallo scioglimento della comunione domestica sono suddivise equamente tra i partner.

Art. 38 Attribuzione dell'abitazione comune

1 Quando lo giustifichino gravi motivi, il giudice può attribuire a uno soltanto dei partner i diritti e gli obblighi risultanti da un contratto di locazione relativo all'abitazione comune, purché si possa ragionevolmente esigerlo dall'altro partner.

2 Il partner ex locatario risponde solidalmente della pigione fino al momento in cui il rapporto di locazione cessa o può essere sciolto per contratto o per legge, ma in ogni caso durante due anni al massimo.

Art. 39 Convenzione sugli effetti dello scioglimento

1 La convenzione sugli effetti dello scioglimento è giuridicamente valida soltanto se omologata dal giudice. Essa figura nel dispositivo della sentenza.

2 Prima di omologare la convenzione, il giudice si assicura che i partner l'abbiano conclusa di loro libera volontà e dopo matura riflessione e che la medesima sia chiara, completa e non manifestamente inadeguata.

Art. 40 Diritto delle assicurazioni sociali

In materia di assicurazioni sociali, lo scioglimento dell'unione registrata esplica gli stessi effetti del divorzio.

Art. 41 Modifica del diritto vigente

La modifica del diritto vigente è disciplinata nell'allegato.

Capitolo 5: Disposizioni finali

Art. 42 Referendum ed entrata in vigore

La presente legge sottostà al referendum facoltativo.

Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

**BUNDESGESETZBLATT JAHRGANG 2001 TEIL I NR. 9, AUSGEGEBEN ZU
BONN AM 22. FEBRUAR 2001 SEITE 266**

Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher
Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften

Vom 16. Februar 2001

Hinweis: Das Gesetz ist inzwischen durch mehrere Gesetze geändert worden. Die Änderungen sind nur in die deutsche Fassung eingearbeitet worden.

Artikel 1

Loi relative au partenariat de vie enregistré Section première Établissement du partenariat de vie Paragraphe premier Formes et conditions de fond

(1) Deux personnes de même sexe établissent un partenariat de vie, lorsqu'elles déclarent mutuellement, personnellement et en présence l'une de l'autre qu'elles souhaitent mener ensemble un partenariat de vie (partenaires de vie). Les déclarations ne peuvent être faites sous condition ou à terme. Les déclarations sortent leurs effets, lorsqu'elles sont effectuées devant l'autorité compétente. Une autre condition pour pouvoir établir un partenariat de vie est l'existence d'une déclaration des partenaires de vie sur leur régime patrimonial (paragraphe 6, alinéa 1).

(2) Un partenariat de vie ne peut être valablement établi

1. avec une personne qui est mineure ou mariée ou qui mène déjà un partenariat de vie avec un tiers; entre ascendants et descendants;

2. entre frères ou sœurs germains, utérins ou consanguins;

3. lorsqu'au moment de l'établissement du partenariat de vie les partenaires de vie sont d'accord de ne pas vouloir contracter des devoirs selon le paragraphe 2.

Section 2 Effets du partenariat de vie

Paragraphe 2 Communauté de vie entre partenaires

Les partenaires de vie se doivent mutuellement assistance et soutien ainsi qu'une gestion commune de leurs vies. Ils portent des responsabilités l'un pour l'autre.

Paragraphe 3 Nom partenarial

(1) Les partenaires de vie peuvent déterminer un nom commun (nom partenarial). Ils peuvent opter à cette fin pour le nom natal d'un des partenaires de vie. Les partenaires de vie sont tenus de procéder à cette détermination lors de l'établissement du partenariat de vie. Les déclarations sortent leurs effets lorsqu'elles ont lieu devant l'autorité compétente. La validité d'une déclaration ultérieure est soumise à la forme authentique.

(2) Un partenaire de vie dont le nom natal ne devient pas nom partenarial peut déclarer faire précéder ou suivre le nom partenarial de son nom natal ou du nom porté au moment de la déclaration. Cette faculté n'existe pas si le nom partenarial est un nom composé. Si le nom d'un partenaire de vie est composé, il ne peut ajouter qu'une des composantes. La déclaration sort ses effets lorsqu'elle a lieu devant l'autorité compétente. La déclaration peut être révoquée; dans ce cas, une nouvelle déclaration aux termes de la première phrase n'est pas possible. Le retrait sort ses effets, lorsqu'il a lieu devant l'autorité compétente. La déclaration et son retrait sont soumis à la forme authentique.

(3) Un partenaire de vie garde le nom partenarial même après la dissolution du partenariat de vie. Il peut déclarer reprendre son nom natal ou le nom qu'il a porté

jusqu'à la détermination du nom partenarial ou il peut faire précéder ou suivre le nom partenarial de son nom natal.

L'alinéa 2 s'applique par analogie.

(4) Le nom natal est le nom qui doit être renseigné dans un certificat de naissance d'un partenaire de vie au moment des déclarations visées aux alinéas 1 à 3.

Paragraphe 4 Étendue du devoir de prudence

Les partenaires de vie ne répondent, en ce qui concerne le respect des devoirs qui découlent de leur relation de partenariat, que du degré de prudence qu'ils ont l'habitude d'appliquer à leurs propres affaires.

Paragraphe 5 Contribution alimentaire

Les partenaires de vie se doivent mutuellement un secours alimentaire adéquat. Les paragraphes 1360a et 1360b du Code civil s'y appliquent par analogie.

Paragraphe 6 Déclaration sur le régime patrimonial

(1) Avant d'établir le partenariat de vie, les partenaires de vie doivent faire une déclaration sur leur régime patrimonial. Les partenaires de vie doivent soit déclarer avoir adopté le régime de la communauté de péréquation soit avoir conclu un contrat de partenariat de vie (paragraphe 7).

(2) Dans le cas du régime patrimonial de la communauté de péréquation, les biens que chacun des partenaires de vie possède au début du partenariat de vie ainsi que les biens qu'il acquiert pendant ce partenariat ne deviennent pas patrimoine commun. Chaque partenaire de vie gère seul son patrimoine. À la fin du régime patrimonial, le surplus réalisé par les partenaires de vie est réparti. Les paragraphes 1371 à 1390 du Code civil s'appliquent par analogie.

(3) En cas de nullité de l'accord visé à l'alinéa 1, deuxième phrase, ou du contrat de partenariat de vie, les partenaires de vie vivent sous le régime de la séparation patrimoniale.

Paragraphe 7 Contrat de partenariat de vie

(1) Les partenaires de vie peuvent régler leurs relations patrimoniales par voie de contrat (contrat de partenariat de vie). Le contrat doit être conclu par les partenaires de vie en présence l'un de l'autre devant un notaire qui en dresse acte. Les paragraphes 1409 et 1411 du Code civil s'appliquent par analogie.

(2) L'alinéa 2, deuxième phrase, ne s'applique pas au choix du régime patrimonial de la communauté de péréquation dans la forme du paragraphe 6, alinéa 1, avant l'établissement du partenariat de vie.

Paragraphe 8 Autres effets patrimoniaux

(1) En faveur des créanciers d'un des partenaires de vie, il est présumé que les choses mobilières qui se trouvent dans la possession d'un des partenaires de vie ou des deux partenaires de vie appartiennent au débiteur. Par ailleurs, le paragraphe 1362, alinéa 1, première et deuxième phrases, et alinéa 2, du Code civil s'appliquent par analogie.

(2) Le paragraphe 1357 et les paragraphes 1365 à 1370 du Code civil s'appliquent par analogie.

Paragraphe 9 Droits du partenaire de vie en matière d'exercice de l'autorité parentale

(1) Lorsque le parent qui est seul titulaire de l'autorité parentale mène un partenariat de vie, son partenaire de vie est, d'un commun accord avec le parent titulaire de l'autorité parentale, associé à la prise de décision dans les questions de la

vie de tous les jours de l'enfant. Le paragraphe 1629, alinéa 2, première phrase, du Code civil s'applique par analogie.

(2) En cas de péril en la demeure, le partenaire de vie est en droit d'accomplir tous les actes juridiques qui sont nécessaire pour le bien de l'enfant; le parent titulaire de l'autorité parentale doit être informé sur-le-champ.

(3) Le tribunal aux affaires familiales peut limiter ou supprimer les droits visés à l'alinéa 1, si le bien de l'enfant l'exige.

(4) Les droits visés à l'alinéa 1 n'existent pas, lorsque les partenaires de vie vivent séparés de façon non seulement temporaire.

Paragraphe 10 Droits successoraux

(1) Le partenaire de vie survivant du défunt est son héritier légal, pour un quart en concours avec des parents du premier ordre, et pour la moitié en concours avec des parents du deuxième ordre ou avec des grands-parents. En plus, il a droit en préciput aux objets appartenant au ménage du partenariat de vie pour autant que ces objets ne constituent pas l'accessoire d'un immeuble, ainsi qu'aux cadeaux offerts à l'occasion de l'établissement du partenariat de vie. Si le partenaire de vie est héritier légal en concours avec des parents du premier ordre, il n'a droit au préciput que dans la mesure où il en a besoin pour la gestion adéquate d'un ménage. Les règles régissant les legs s'appliquent au préciput.

(2) À défaut de parents du premier ou du deuxième ordre et de grands-parents, le partenaire de vie survivant est héritier universel.

(3) Les droits successoraux du partenaire de vie survivant n'existent pas lorsque, au moment de la mort,

1. les conditions de la résiliation du partenariat de vie sur pied du paragraphe 15, alinéa 2, n° 1 ou n° 2 étaient réunies et que le défunt avait demandé la résiliation ou qu'il y avait consenti, ou

2. le défunt avait formé une demande sur pied du paragraphe 15, alinéa 2, n° 3 et que cette demande était fondée.

Dans ces cas, le paragraphe 16 s'applique par analogie.

(4) Les partenaires de vie peuvent faire un testament commun. Les paragraphes 2266 à 2273 du Code civil s'y appliquent par analogie.

(5) Le paragraphe 2077, alinéas 1 et 3, du Code civil s'applique par analogie aux actes de dernière volonté par lesquels le défunt a accordé un avantage à son partenaire de vie survivant.

(6) Lorsque le défunt a exclu le partenaire de vie survivant de la succession par acte de dernière volonté, ce dernier peut réclamer aux successeurs, à titre de réserve, la moitié de la valeur de la part légale. Les dispositions du Code civil sur la réserve s'appliquent de telle manière que le partenaire de vie soit traité comme un conjoint.

(7) Les dispositions du Code civil sur la renonciation à la succession s'appliquent par analogie.

Paragraphe 11 Autres effets du partenariat de vie

(1) Sauf disposition contraire, le partenaire de vie est considéré comme un membre de la famille de l'autre partenaire de vie.

(2) Les parents d'un partenaire de vie sont considérés comme des alliés de l'autre partenaire de vie. La ligne et le degré d'alliance suivent la ligne et le degré de la

parenté qui sont à sa base. L'alliance subsiste même après la dissolution du partenariat de vie qui l'a fait naître.

Section 3 Séparation de fait des partenaires de vie

Paragraphe 12 Obligation alimentaire en cas de séparation de fait

(1) Lorsque les partenaires de vie vivent séparés, un partenaire de vie peut réclamer à l'autre le secours alimentaire qui est adéquat en fonction de la situation de vie ainsi qu'en fonction des revenus et des patrimoines pendant le partenariat de vie. Il peut être demandé au partenaire de vie qui n'a pas d'activité lucrative, de gagner lui-même sa vie par une telle activité, à moins que d'après sa situation personnelle, compte tenu de la durée du partenariat de vie et des situations économiques des partenaires de vie, une telle demande ne serait pas raisonnable.

(2) La créance alimentaire doit être refusée, diminuée ou limitée dans le temps dans la mesure où la charge sur le débiteur ne serait pas équitable. Les paragraphes 1361, alinéa 4, et 1610a du Code civil s'appliquent par analogie.

Paragraphe 13 Répartition des objets du ménage en cas de séparation de fait

(1) Lorsque les partenaires de vie vivent séparés, chacun d'eux est en droit de réclamer à l'autre les objets du ménage qui lui appartiennent. Il est cependant obligé de les laisser à l'utilisation de l'autre partenaire de vie dans la mesure où celui-ci en a besoin pour gérer un ménage séparé et qu'il est selon les circonstances de la cause conforme à l'équité que ces objets lui soient laissés ainsi.

(2) Les objets du ménage qui appartiennent aux partenaires en commun sont répartis entre eux en équité. Le tribunal peut fixer une rémunération adéquate pour l'utilisation des objets du ménage.

(3) La propriété n'est pas affectée sauf convention contraire entre les partenaires de vie.

Paragraphe 14 Attribution de l'habitation en cas de séparation de fait

(1) Lorsque les partenaires de vie vivent séparés ou lorsqu'un d'eux souhaite vivre séparé, un partenaire de vie peut demander que l'autre lui laisse à utilisation exclusive l'habitation commune ou une partie de cette habitation dans la mesure où cela est nécessaire pour éviter un inconvénient d'une particulière dureté. Lorsque le partenaire de vie est seul ou avec un tiers propriétaire, superficiaire ou usufruitier de l'immeuble qui renferme l'habitation commune, ce fait doit être spécialement pris en compte; il en va de même de la propriété par habitation, du droit d'habitation permanent et du droit d'habitation réel.

(2) Lorsqu'un partenaire de vie est obligé de laisser à utilisation exclusive de l'autre l'habitation commune ou une partie de celle-ci, il peut réclamer à l'autre une rémunération pour cette utilisation dans la mesure où cela est conforme à l'équité.

Section 4 Résiliation du partenariat de vie

Paragraphe 15 Résiliation

(1) Le partenariat de vie est résilié à la demande d'un ou des deux partenaires de vie par voie de décision de justice.

(2) Le tribunal résilie le partenariat de vie lorsque

1. les deux partenaires de vie ont déclaré ne pas vouloir continuer le partenariat de vie et que douze mois se sont écoulés depuis cette déclaration;

2. un des partenaires de vie a déclaré ne pas vouloir continuer le partenariat de vie et que 36 mois se sont écoulés depuis la déclaration;

3. la continuation du partenariat de vie serait intolérable pour le requérant pour des motifs qui se sont réalisés dans le chef de l'autre partenaire de vie.

(3) Les partenaires de vie peuvent révoquer leurs déclarations visées à l'alinéa 2, n° 1 ou n° 2, tant que le partenariat de vie n'a pas encore été résilié. Lorsque, dans le cas de l'alinéa 2, n° 1, un des partenaires de vie révoque sa déclaration, le tribunal résilie le partenariat de vie si 36 mois se sont écoulés depuis la déclaration commune.

(4) Les déclarations visées à l'alinéa 2, n° 1 et n° 2, et à l'alinéa 3 doivent être faites personnellement et sont soumises à la forme authentique. Elles ne peuvent être faites sous condition ou à terme.

Paragraphe 16 Obligation alimentaire après résiliation

(1) Lorsque, après la résiliation du partenariat de vie, un des partenaires de vie est dans l'impossibilité de pourvoir à ses besoins, il peut réclamer à l'autre le secours alimentaire qui est adéquat en fonction de la situation de vie pendant le partenariat de vie aussi longtemps que et dans la seule mesure où on ne saurait attendre de lui d'exercer une activité lucrative, notamment en raison de son âge ou en raison de maladies ou d'autres infirmités.

(2) La créance alimentaire prend fin, lorsque le créancier contracte un mariage ou établit un nouveau partenariat de vie. Par ailleurs, le paragraphe 1578, alinéa 1, première phrase, première partie de la deuxième phrase et quatrième phrase, alinéas 2 et 3, les paragraphes 1578a à 1581 et 1583 à 1586 et le paragraphe 1586b du Code civil s'appliquent par analogie.

(3) En cas d'application du paragraphe 1581 du Code civil, l'ancien partenaire de vie a priorité sur un nouveau partenaire de vie et sur les autres parents au sens du paragraphe 1609, alinéa 2, du Code civil pour la détermination de son secours alimentaire; tous les autres créanciers alimentaires légaux ont priorité sur l'ancien partenaire de vie.

Paragraphe 17 Décision par le tribunal aux affaires familiales

Lorsque, à l'occasion de la résiliation du partenariat de vie, les partenaires de vie ne peuvent s'entendre sur l'attribution future de l'habitation commune ou sur celle des meubles meublants ou des autres objets du ménage, le tribunal aux affaires familiales règle en équité sur demande la situation juridique de l'habitation et des objets du ménage. Le tribunal tient compte de toutes les circonstances de la cause. La décision réglant la situation juridique de l'habitation ou des objets du ménage a un caractère constitutif.

Paragraphe 18 Décision relative à l'habitation commune

(1) À l'égard de l'habitation commune, le tribunal peut décider que

1. une relation locative contractée par les deux partenaires de vie est continuée par un partenaire de vie seul, ou

2. un partenaire de vie prend la place de l'autre dans une relation locative contractée par celui-ci.

(2) Si un des partenaires de vie est propriétaire ou copropriétaire de l'habitation commune, le tribunal peut constituer au bénéfice de l'autre une relation locative relative à cette habitation si la perte de l'habitation serait pour lui un inconvénient d'une dureté contraire à l'équité.

(3) Les paragraphes 3 à 7 du règlement relatif au sort de l'habitation des conjoints et des objets du ménage et le paragraphe 60 de la loi relative à la propriété par appartements s'appliquent par analogie.

Paragraphe 19 Décision relative aux objets du ménage

Les dispositions des paragraphes 8 à 10 du règlement relatif au sort de l'habitation des conjoints et des objets du ménage s'appliquent par analogie au règlement de la situation juridique des objets du ménage. Le tribunal n'attribue à un partenaire de vie les objets dont l'autre partenaire de vie est seul propriétaire ou dont celui-ci est propriétaire avec un tiers que si le premier partenaire de vie a besoin de l'utilisation continuée de ces objets et qu'il n'est pas intolérable pour le second de les lui laisser.

Artikel 2 Artikel 3 Artikel 4 Artikel 5

**RISOLUZIONE SULLA PARITÀ DI DIRITTI PER GLI OMOSESSUALI NELL'UE
APPROVATA DAL PARLAMENTO EUROPEO NELLA SEDUTA
DEL 17 SETTEMBRE 1998.
N° B4-0824 E 0852/98**

Il Parlamento Europeo

- vista la sua risoluzione dell'8 febbraio 1994 sulla parità dei diritti per gli omosessuali e le lesbiche nella Comunità, in cui chiedeva agli Stati membri, al paragrafo 6, di stabilire gli stessi limiti di età per i rapporti omosessuali e quelli eterosessuali,

- vista la sua risoluzione del 17 settembre 1996 sul rispetto dei diritti dell'uomo nell'UE nel 1994, in cui chiedeva, al paragrafo 84, l'eliminazione di ogni discriminazione e di ogni disparità di trattamento a danno degli omosessuali, in particolare per quanto riguarda la disparità delle disposizioni in materia di limiti di età,

- vista la sua risoluzione dell'8 aprile 1997 sul rispetto dei diritti dell'uomo nell'UE nel 1995, in cui reiterava al paragrafo 136, la richiesta di abrogazione delle disposizioni in materia di limiti di età e sollecitava esplicitamente l'Austria, al paragrafo 140, ad abrogare la legge che stabilisce l'età minima,

- vista la sua risoluzione del 17 febbraio 1998 sul rispetto dei diritti dell'uomo nell'UE nel 1996, in cui chiedeva nuovamente al Governo austriaco, al paragrafo 69, di abrogare la discriminatoria disposizione in materia di età minima legale per i rapporti sessuali prevista nel codice penale austriaco,

- vista la sua precedente risoluzione sulle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e i diritti dell'uomo degli omosessuali in Romania,

- ricordando i criteri definiti a Copenaghen per l'adesione degli Stati candidati, in particolare la condizione del rispetto dei diritti umani,

A. vista la raccomandazione 924/1981 sulle discriminazioni a danno degli omosessuali adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che invitava il Comitato dei ministri a chiedere a tutti gli Stati membri di stabilire gli stessi limiti di età per gli atti omosessuali ed eterosessuali (paragrafo 7, ii),

B. vista la decisione della Commissione europea per i diritti dell'uomo, del 1° luglio 1997, con riferimento al ricorso n. 25186/94, Euan Sutherland contro Regno Unito, in cui si afferma che "non esiste alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole per il mantenimento di un limite di età più elevato per i rapporti omosessuali maschili rispetto a quelli eterosessuali e che il ricorso rivela un trattamento discriminatorio per quanto concerne il diritto del ricorrente al rispetto della vita privata a norma dell'articolo 8 della Convenzione" (paragrafo 66), concludendo che una disposizione discriminatoria, in materia di limiti di età, rappresenta "una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in combinazione con l'articolo 14 della Convenzione" (paragrafo 67),

C. considerando che, per motivi di credibilità di fronte ai paesi candidati, ai quali si richiede il rispetto dei diritti dell'uomo, gli Stati membri dell'UE come l'Austria devono abrogare le proprie disposizioni discriminatorie nei confronti delle lesbiche e degli omosessuali, in particolare quelle in materia di limiti di età,

D. constatando che i seguenti Stati candidati, con i quali l'Unione europea ha avviato negoziati di adesione, mantengono nei loro codici penali disposizioni gravemente discriminatorie nei confronti degli omosessuali: Bulgaria, Cipro, Estonia, Ungheria, Lituania e Romania,

E. deplorando la lacune della riforma legislativa adottata dal Parlamento di Cipro il 21 maggio 1998, che ha sostituito il divieto totale dei rapporti omosessuali tra uomini con una serie di altre disposizioni discriminatorie, in particolare un limite d'età più alto,

F. deplorando che la Camera dei deputati di Romania abbia rifiutato, il 30 giugno 1998 di adottare una riforma proposta dal Governo volta ad abrogare tutte le disposizioni antiomosessuali previste dall'articolo 200 del codice penale,

G. dolendosi del rifiuto del Parlamento austriaco di procedere in data 17 luglio 1998 all'abrogazione dell'articolo 209, che prevede un limite d'età più alto per gli omosessuali, ignorando così volutamente la sentenza della causa Sutherland nonché le richieste pressanti indirizzate all'Austria dal Parlamento Europeo nelle sue suddette risoluzioni dell'8 aprile 1997 e del 17 febbraio 1998,

H. compiacendosi vivamente delle riforme adottate in questo settore da Finlandia e Lettonia nonché dei risultati favorevoli della votazione tenutasi il 22 giugno 1998 alla Camera dei Comuni del Regno Unito in ordine all'abolizione delle differenze dei limiti d'età, benché, purtroppo, la votazione successiva tenutasi nella Camera dei Lord abbia annullato tale decisione,

I. considerando che l'articolo 13 del trattato CE, come modificato dal trattato d'Amsterdam, permetterà al Consiglio, una volta che tale trattato sia stato ratificato, di prendere le misure necessarie per lottare contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale,

J. ribadendo che non darà il proprio consenso all'adesione di un paese che, nella sua legislazione e nelle sue politiche, violi i diritti umani degli omosessuali,

K. considerando che, secondo le statistiche ufficiali, ogni anno si registrano ancora circa 50 esposti alla polizia, 30 procedimenti penali e inchieste e 20 condanne fondate sull'articolo 209 del codice penale austriaco, che prevede una pena minima di 6 mesi e una massima di 5 anni d'imprigionamento,

1. invita il Governo e il Parlamento austriaci ad abrogare immediatamente l'articolo 209 del codice penale e a procedere immediatamente ad amnistiare e a rilasciare tutte le persone detenute in virtù di tale disposizione;

2. invita tutti i paesi candidati ad abrogare ogni disposizione legislativa che violi i diritti umani delle lesbiche e degli omosessuali, in particolare quelle che operano una discriminazione in materia di limiti di età;

3. invita la Commissione a tener conto del rispetto e dell'osservanza dei diritti umani degli omosessuali e delle lesbiche al momento dei negoziati relativi all'adesione dei paesi candidati;

4. invita la Commissione a esaminare in particolare, nel quadro dell'esame dei PECO che dovrà aver luogo prima della fine dell'anno, la situazione dei diritti umani degli omosessuali e delle lesbiche in tali paesi;

5. incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio, alla Commissione, ai parlamenti e ai governi di Austria, Cipro e Romania e al Segretario generale del Consiglio d'Europa.

PROCESSO VERBALE DEL 16/03/2000 -

RELAZIONE ANNUALE SUI DIRITTI UMANI NELL'UEA5-0050/00

RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO SUL RISPETTO DEI DIRITTI UMANI NELL'UNIONE EUROPEA (1998-1999) (11350/1999 - C5-0265/99 - 1999/2201(INI))

Il Parlamento europeo,

- vista la relazione annuale dell'Unione europea sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea (1998-1999) (11350/1999 - C5-0265/99),
- vista la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nonché le successive convenzioni adottate in tale settore,
- visti i diritti umani fondamentali garantiti dalle costituzioni degli Stati membri e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, nonché i suoi protocolli e le convenzioni e carte adottate in tale materia,
- visto il trattato di Amsterdam e, segnatamente, gli articoli 6, 7, 11, 29 e 49 del trattato UE e gli articoli 13, 136 e 177 del trattato CE,
- vista la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo negli anni 1998-1999, e in particolare le sue principali sentenze sull'esercizio dei diritti civili e politici,
- vista la giurisprudenza della Corte di giustizia europea nello stesso periodo,
- vista la sua risoluzione del 12 aprile 1989 recante adozione della Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché le successive risoluzioni approvate in tale materia(1),
- vista la sua risoluzione del 16 settembre 1999 sull'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali(2),
- visti i risultati dell'audizione pubblica del Commissario Vitorino il 3 settembre 1999,
- vista la sua risoluzione del 27 ottobre 1999 sul Consiglio europeo di Tampere(3) del 15-16 ottobre 1999,
- visti i risultati del Forum sui diritti umani del 30 novembre e 1° dicembre 1999,
- vista la prima relazione annuale (1998) sull'attività dell'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia,
- vista la relazione annuale per il 1998 del Mediatore europeo, in particolare la decisione a seguito dell'inchiesta d'iniziativa 626/97/BB concernente la lotta contro la discriminazione basata sull'età nell'assunzione di personale per le istituzioni comunitarie, conformemente alle disposizioni relative alla tutela dei diritti umani(4),

- viste le petizioni ricevute nel 1998 e 1999,
- visti i lavori del Consiglio d'Europa in tale settore e i contributi delle organizzazioni non governative interessate,
- viste le risoluzioni sulla lotta contro il razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo nei paesi candidati(5), sui diritti dell'uomo nel mondo e la politica dei diritti dell'uomo dell'Unione europea(6) per il 1999, sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia nell'Unione europea(7) e sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea(8),
- visto l'articolo 163 del suo regolamento,

visti la relazione della commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni e il parere della commissione per le petizioni (A5-0050/00),

... 1-55 omissis

Stili di vita e forme di relazione

56. chiede agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali;

57. osserva con soddisfazione che in numerosissimi Stati membri vige un crescente riconoscimento giuridico della convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; sollecita gli Stati membri che non vi abbiano già provveduto ad adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne; chiede agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; rileva pertanto la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE;

58. rileva tuttavia che i cittadini europei continuano a soffrire, in particolare nella loro vita personale e professionale, di discriminazioni e pregiudizi dovuti al loro orientamento sessuale; chiede pertanto agli Stati membri nonché alle istituzioni europee interessate di porre urgentemente rimedio a tali situazioni;

59. deplora che nei codici penali di taluni Stati membri siano tuttora vigenti disposizioni discriminatorie sull'età del consenso del minore per rapporti omosessuali nonché altre discriminazioni, in particolare nell'esercito, sebbene molti organismi competenti per i diritti umani e questo stesso Parlamento abbiano condannato tali disposizioni, e ribadisce la propria richiesta di abrogarle;

60. prende con soddisfazione atto dell'iniziativa del Regno Unito volta a modificare la relativa legislazione, ma constata con estrema preoccupazione che l'Austria continua ad applicare l'articolo 209 del proprio codice penale che perseguita gli omosessuali; esorta ancora una volta l'Austria ad abrogare tale disposizione discriminatoria, ad amnistiare immediatamente e a scarcerare tutti i detenuti a seguito di tale provvedimento;

LEI Nº 7/2001 DE 11 DE MAIO - PORTUGAL
ADOPTA MEDIDAS DE PROTEÇÃO DAS UNIÕES DE FACTO

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161º da Constituição, para valer como lei geral da República, o seguinte:

Artigo 1º - Objecto

1 - A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos.

2 - Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum.

Artigo 2º - Excepções

São impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei:

- a) Idade inferior a 16 anos;
- b) Demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica;
- c) Casamento anterior não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens;
- d) Parentesco na linha recta ou no 2º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta;
- e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.

Artigo 3º - Efeitos

As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Protecção da casa de morada de família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar de regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei;
- c) Beneficiar de regime jurídico das férias, feriados e faltas, aplicado por efeito de contrato individual de trabalho, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da lei;
- d) Aplicação do regime do imposto de rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens;

e) Protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social e da lei;

f) Prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, nos termos da lei;

g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, nos termos da lei.

Artigo 4º - Casa de morada de família e residência comum

1 - Em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada comum, o membro sobrevivente tem direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, sobre a mesma, e, no mesmo prazo, direito de preferência na sua venda.

2 - O disposto no número anterior não se aplica caso ao falecido sobrevivam descendentes com menos de 1 ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendam habitar a casa, ou no caso de disposição testamentária em contrário.

3 - Em caso de separação, pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no Nº 1 do artigo 84º do Regime do Arrendamento Urbano.

4 - O disposto no artigo 1793º do Código Civil e no Nº 2 do artigo 84º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente.

Artigo 5º - Transmissão do arrendamento por morte

O artigo 85º do Decreto-Lei Nº 321-B/1990, de 15 de Outubro, que aprova o Regime do Arrendamento Urbano, passa a ter a seguinte redacção:

"Artigo 85º [...]

1 -

a)

b)

c) Pessoa que com ele viva em união de facto há mais de dois anos, quando o arrendatário não seja casado ou esteja separado judicialmente de pessoas e bens;

d) [Anterior alínea c)]

e) [Anterior alínea d)]

2 - Caso ao arrendatário não sobrevivam pessoas na situação prevista na alínea b) do Nº 1, ou estas não pretendam a transmissão, é equiparada ao cônjuge a pessoa que com ele vivesse em união de facto.

3 -

4 -"

Artigo 6º - Regime de acesso às prestações por morte

1 - Beneficia dos direitos estipulados nas alíneas e), f) e g) do artigo 3º, no caso de uniões de facto previstas na presente lei, quem reunir as condições constantes no artigo 2020º do Código Civil, decorrendo a acção perante os tribunais cíveis.

2 - Em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, ou nos casos referidos no número anterior, o direito às prestações efectiva-se mediante acção proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição.

Artigo 7º - Adopção

Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas.

Artigo 8º - Dissolução da união de facto

1 - Para efeitos da presente lei, a união de facto dissolve-se:

- a) Com o falecimento de um dos membros;
- b) Por vontade de um dos seus membros;
- c) Com o casamento de um dos membros.

2 - A dissolução prevista na alínea b) do número anterior apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, a proferir na acção onde os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado.

Artigo 9º - Regulamentação

O Governo publicará no prazo de 90 dias os diplomas regulamentares das normas da presente lei que de tal careçam.

Artigo 10º - Revogação

É revogada a Lei Nº 135/1999, de 28 de Agosto.

Artigo 11º - Entrada em vigor

Os preceitos da presente lei com repercussão orçamental produzem efeitos com a lei do Orçamento do Estado posterior à sua entrada em vigor.

Aprovada em 15 de Março de 2001.

(Publicada no Diário da República Nº 109 de 11/5/2001)

LEI HOLANDESA SOBRE CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

We Beatrix ();

(*preamble:*)

considering that it is desirable to open up marriage for persons of the same sex and to amend Book 1 of the Civil Code accordingly;

Article I

A, B and C

(amendments to articles 16a, 20 and 20a, concerning administrative duties of the registrar)

D

(amendment of article 28, concerning the change of sex in the birth certificates of transsexuals: Being not-married shall no longer be a condition for such change.)

E

Article 30 shall read as follows:

Article 30

1. A marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex.
2. The law only considers marriage in its civil relations.

(Until now, article 30 only consists of the text of the second paragraph.)

F

Article 33 shall read as follows:

Article 33

A person can at the same time only be linked through marriage with one person. (Until now, the text of article 33 only outlaws heterosexual polygamy.)

G

(Insertion of the words brothers "and sisters" in article 41, which will now read as follows:

Article 41

1. A marriage cannot be contracted between those who are, by nature or by law, descendant and ascendant, brothers, sisters or brother and sister.
2. Our Minister of Justice can. For weighty reasons, grant exemption from this prohibition to those who are brothers, sisters or brother and sister through adoption.)

H

A new article 77a shall be inserted:

Article 77a

1. When two persons indicate to the registrar that they would like their marriage to be converted into a registered partnership, the registrar of the domicile of one of them can make a record of conversion to that effect. If the spouses are domiciled outside the Netherlands and want to convert their marriage into a registered partnership in the Netherlands, and at least one of them has Dutch nationality, conversion will take place with the registrar in The Hague.
2. Articles 65 and 66 apply correspondingly.
3. A conversion terminates the marriage and starts the registered partnership on the moment the record of conversion is registered in the register of registered partnerships. The conversion does not affect the paternity over children born before the conversion.

I

(consequential amendment to article 78, concerning proof of marriage)

J

(amendments to article 80a. concerning registered partnership. The minimum age for marriage and registered partnership is 18, but for marriage it is reduced to 16, if the woman is pregnant or has given birth; this exception shall now also apply to registered partnership. Furthermore, annulment of an underage marriage is not possible after the female spouse has become pregnant; the same shall now apply to an underage registered partnership.)

K

(consequential amendment to article 80c.)

L

A new article 80f shall be inserted:

Article 80f

1. When two persons indicate to the registrar that they would like their registered partnership to be converted into a marriage, the registrar of the domicile of one of them can make a record of conversion to that effect. If the registered partners are domiciled outside the Netherlands and want to convert their registered partnership into a marriage in the Netherlands, and at least one of them has Dutch nationality, conversion will take place with the registrar in The Hague.
2. The articles 65 and 66 apply correspondingly.
3. A conversion terminates the registered partnership and starts the marriage on the moment the record of conversion is registered in the register of marriages. The conversion does not affect the paternity over children born before the conversion.

M

(consequential amendment to article 149)

N

Article 395 shall read as follows:

Article 395

Without prejudice to article 395a, a stepparent is obliged to provide the costs of living for the minor children of his spouse or registered partner, but only during his marriage or registered partnership and only if they belong to his nuclear family.

(Until now this article only applies to marriage, not to registered partnership.)

O

Article 395a, second paragraph, shall read as follows:

2. A stepparent is obliged to provide (the costs of living and of studying) for the adult children of his spouse or registered partner, but only during his marriage or registered partnership and only if they belong to his nuclear family and are under the age of 21.

(Until now this article only applies to marriage, not to registered partnership.)

Article II

(technical amendments concerning registered partnership.)

Article III

Within five years after the entering into force of this Act, Our Minister of Justice shall send Parliament a report on the effects of this Act in practice, with special reference to the relation to registered partnership.

Article IV

This Act shall enter into force on a date to be determined by royal decree.

Article V

This Act shall be cited as: Act on the Opening up of Marriage.

(...) Given in The Hague, 21 December 2000: *Beatrix*.

The State-Secretary for Justice: M.J. Cohen

Published on 11 January 2001 (The Minister for Justice: *A.H. Mortals*.)

* It is expected this Act will enter into force on 1 April 2001

LEI HOLANDESA SOBRE A ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO

We Beatrix ();

(preamble:)

considering that it is desirable to amend the rules on adoption and related provisions in Book 1 of the Civil Code as regards the introduction of the possibility of adoption by persons of the same sex;

Article 1

Book 1 of the Civil Code shall be amended as follows:

A, B and C

(consequential amendments to articles 5, 204 and 207)

D

Article 227 shall be amended as follows:

a. The first paragraph shall read as follows:

1. Adoption is effected by a decision of the district court at the joint request of two persons or at the request of one person alone. Two persons cannot make a joint adoption request if according to article 41 they are not allowed to marry each other.

(i.e. the words 'of different sex' after 'two persons' are deleted)

b. A second sentence shall be added to the second paragraph

('2. The joint request by two persons can only be done, if they have been living together during at least three continuous years immediately before the submission of the request.')

reading as follows:

The request by an adopter who is the spouse, registered partner or other life partner of the parent, can only be done, if he has been living together with that parent during at least three continuous years immediately before the submission of the request.

c. The third paragraph shall read as follows:

3. The request can only be granted if:

- the adoption is in the evident interest of the child,
- at the time of the adoption request it is established, and for the future it is reasonably foreseeable, that the child has nothing to expect anymore from its parent or parents in his/her/their capacity of parent(s), and
- the conditions specified in article 228 are fulfilled as well.

E

Article 228, first paragraph, shall be amended as follows:

a. Sub-paragraph (f) shall read as follows:

a. (the condition) that for at least three continuous years the adopter has been caring for the child and bringing it up, or, in the case of joint adoption by two persons, that for at least one year they have been caring for the child and bringing it up; if the spouse, registered partner or other life partner of the parent of the child is adopting, the condition is that the adopter and that parent have been caring for the child and bringing it up for at least one year, unless the child is born of the relationship of the mother with a life partner of the same sex;

b. (consequential amendments to sub-paragraph g)

F, G and H

(consequential amendments to articles 229, 253b and 327)

Article II

1. (transitional provision)

2. (amendment to article 5, paragraph 3, which will now read:

3. If through adoption a child becomes a descendant of two married adopters of different sexes, the child shall have the family name of the father, unless the adopters jointly declare that it shall have the family name of the mother. If the adopters are unmarried or married and of the same sex, the child shall keep its original family name" unless the adopters jointly declare that it shall have the family name of one of its adopters...)

3. (...)

Article III

This Act shall enter into force on a date to be determined by royal decree.

(...) Given in The Hague, 21 December 2000: *Beatrix*

The State-Secretary for Justice: M.J. Cohen

Published on 11 January 2001 (The Minister for Justice: *A.H. Korthals*)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

1998/45032 *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas.*

(BOE 198/1998 de 19-08-1998, pág. 28345)

(DOGC 2687/1998 de 23-07-1998)

PREAMBULO

El art. 32 de la Constitución española proclama el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. También establece que la ley debe regular las formas del matrimonio, la capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges y las causas de separación y de disolución y sus efectos.

Pero, al margen del matrimonio, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de unión en convivencia de carácter estable, las unas formadas por parejas heterosexuales que, pudiendo contraer matrimonio, se abstienen de hacerlo, y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución.

En estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de la aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas referidas, incluidas, por lo tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia.

Por lo tanto, se considera que ha llegado la hora de emprender esta labor legislativa y de que nuestro ordenamiento jurídico se alinee, en este sentido, con las incipientes corrientes prelegislativas y legislativas que afloran en el seno del Estado y en los Estados de nuestro entorno geográfico y cultural.

La pareja de hecho heterosexual ya ha merecido la atención de nuestra legislación en algunos aspectos parciales referentes a la filiación, a la adopción y a la tutela.

Efectivamente, sobre la base del profundo estudio jurídico que se ha llevado a cabo, utilizando datos estadísticos fiables y de carácter sociológico y las diversas soluciones que ofrece el derecho comparado, que se han analizado debidamente, y teniendo muy en cuenta los debates sobre estas cuestiones que han tenido y que tienen lugar en el Congreso de los Diputados y en el Parlamento de Cataluña, se llega al convencimiento de que es procedente establecer una regulación más completa y matizada sobre la convivencia de las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

En coherencia con todo lo que se ha dicho, la presente Ley agrupa y regula, separadamente del matrimonio, todas las demás formas de convivencia mencionadas, con una normativa también diferente de la que rige la unión matrimonial, específica para cada una de las situaciones indicadas. Esta técnica legislativa encaja perfectamente con los principios constitucionales, según la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional.

De acuerdo con esta doctrina constitucional, el matrimonio es una realidad social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer de contraerlo es un derecho constitucional. El vínculo matrimonial genera "ope legis" en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y de deberes que no se produce de una manera jurídicamente necesaria entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio.

Estas consideraciones son aplicables, sin impedimento, a las parejas de homosexuales que conviven maritalmente, porque, de modo similar a la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni hay un derecho constitucional en relación con su establecimiento, bien al contrario del matrimonio entre hombre y mujer, que, como se ha señalado, constituye un derecho constitucional.

Por esta razón, las uniones matrimoniales son objeto de regulación en el Código de familia y las demás relaciones de convivencia diferentes del matrimonio, que constituye el elemento básico de la distinción constitucional, lo son en la presente Ley, en capítulos separados, respetando la especificidad de cada modalidad.

La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no. Y aún, dentro de las parejas heterosexuales que conviven "more uxorio", es posible distinguir a aquellas que rehusan toda clase de formalismos y que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de una mayor exigencia a la hora de hacer valer derechos.

En coherencia con las premisas expuestas, la presente Ley se articula en dos capítulos: el primero, dedicado a las uniones estables heterosexuales, y el segundo, a las uniones estables homosexuales.

Como es obligado, el trato legislativo de estas dos uniones en convivencia se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas en la materia, razón por la cual ha sido preciso excluir las cuestiones propias del derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social.

La Ley desarrolla básicamente las competencias de derecho civil que corresponden a la Generalidad, con abstracción de la reserva de competencia exclusiva del Estado en cuanto a las formas del matrimonio, porque la regulación de las parejas de hecho heterosexuales o de las homosexuales implica el reconocimiento de unas situaciones no necesariamente equiparables al

matrimonio, según lo que ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional, como se ha asegurado. La Ley contiene también preceptos que se dictan como desarrollo de las competencias relativas a la función pública de la Administración de la Generalidad.

CAPITULO PRIMERO

UNION ESTABLE HETEROSEXUAL

Artículo 1.*La unión estable heterosexual*

1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

2. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

Artículo 2.*Acreditación*

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el art. 10.

Artículo 3.*Regulación de la convivencia*

1. Los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, en forma verbal, por escrito privado o en documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia así como los respectivos derechos y deberes. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

2. Si no hay pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su

colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

Artículo 4. *Gastos comunes de la pareja*

1. Tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos y las hijas comunes o no que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.
- b) Los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja.
- c) Los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

2. No tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, las que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

Artículo 5. *Responsabilidad*

Ante terceras personas, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes que establece el art. 4, si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación.

Artículo 6. *Adopción*

Los miembros de la pareja heterosexual estable pueden adoptar en forma conjunta.

Artículo 7. *Tutela*

En caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa.

Artículo 8. Alimentos

Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado.

Artículo 9. Beneficios respecto a la función pública

En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los beneficios siguientes:

a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.

b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra localidad.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva. Esta reducción es incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.

Artículo 10. Acreditación y legitimación especiales

Para hacer valer los derechos del art. 9, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública otorgada dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.

Artículo 11. Disposición de la vivienda común

1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial.

2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita por el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

3. No procederá la anulación permitida por el apartado 2 cuando el adquirente actúe de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el que ha dispuesto del mismo responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable.

Artículo 12. *Extinción de la unión*

1. Las uniones estables se extinguen por las causas siguientes:

a) Por común acuerdo.

b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

c) Por defunción de uno de los miembros.

d) Por separación de hecho de más de un año.

e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, se hubiera otorgado.

3. La extinción implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

Artículo 13. *Compensación económica*

Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

Artículo 14. *Pensión periódica*

Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.

b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.

Artículo 15. *Guarda y régimen de visita de los hijos y las hijas*

Al cesar la convivencia, los miembros de la pareja, en caso de que tengan hijos o hijas comunes, pueden pactar cual de los dos tiene la guarda y custodia, así como el régimen de visitas del miembro de la pareja que no tenga la guarda. A falta de acuerdo, el juez o jueza, decide en beneficio de los hijos o las hijas, oyéndoles previamente si tienen suficiente conocimiento o doce años o más.

Artículo 16. *Ejercicio de los derechos*

1. Los derechos regulados por los arts. 13 y 14 son compatibles, pero deben reclamarse conjuntamente a efectos de su adecuada ponderación.
2. La reclamación de los derechos a que hace referencia el apartado 1 debe formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia.
3. El pago de la compensación prescrita por el art. 13 se hará efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde que se haya reconocido. La compensación se satisfará en metálico, salvo que haya acuerdo entre las partes o si el juez o jueza, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del conviviente obligado.
4. La obligación prescrita por el art. 14, en el supuesto de la letra a), se extingue, en todo caso, en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y desde el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente; y, en el supuesto de la letra b, cuando la atención a los hijos o a las hijas cesa por cualquier causa o éstos llegan a la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad.
5. La pensión alimentaria periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca.

Artículo 17. *Efectos de la ruptura unilateral*

1. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior.
2. Son nulos los actos que contravengan la prohibición establecida por el apartado 1.

Artículo 18. Extinción por defunción

1. En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia consta, el superviviente tiene la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario. Sin embargo, no accede a la propiedad de los bienes que consistan en joyas u objetos artísticos, u otros que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente premuerto o en la parte que le pertenezca.

2. Durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda común, con la facultad de tomar posesión de la misma y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio. Este derecho es independiente de los otros que puedan corresponder al superviviente en virtud de la defunción del premuerto. Se exceptúa el caso de que el premuerto haya atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración temporal superior a un año. Este derecho se pierde si durante el año el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona o descuida gravemente sus deberes hacia los hijos o las hijas comunes con el premuerto.

3. Si el difunto era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos.

CAPITULO II

UNION ESTABLE HOMOSEXUAL

Artículo 19. La unión estable homosexual

Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista.

Artículo 20. Requisitos personales

1. No pueden constituir la unión estable objeto de esta normativa:

a) Las personas menores de edad.

b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.

- c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.
 - d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
 - e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.
2. Por lo menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

Artículo 21. *Acreditación*

1. Estas uniones se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente.
2. Se hará constar que no se hallan incluidos en ninguno de los supuestos establecidos por el apartado 1 del art. 20.
3. Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia.

Artículo 22. *Regulación de la convivencia*

1. Los convivientes pueden regular válidamente, de forma verbal o mediante documento privado o público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, los derechos y los deberes respectivos.

También pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

2. Si no hay pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

Artículo 23. *Gastos comunes de la pareja*

1. Tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos o las hijas de alguno de los miembros de la pareja que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.
 - b) Los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja.
 - c) Los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.
2. No tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

Artículo 24. Responsabilidad

Ante terceras personas, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas en razón del mantenimiento de los gastos comunes que establece el art. 23, si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación.

Artículo 25. Tutela

En el caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa.

Artículo 26. Alimentos

Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado.

Artículo 27. Beneficios respecto a la función pública

En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los siguientes beneficios:

- a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.
- b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad

y hasta cuatro si es en otra localidad.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva con él. Esta reducción es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.

Artículo 28. Disposición de la vivienda común

1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial.

2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita por el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente, en el plazo de cuatro años, desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

3. No procederá la anulación permitida por el apartado 2 cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, quien haya dispuesto de la misma responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable.

Artículo 29. Efectos de la ruptura

1. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior.

2. Son nulos los actos que contravengan la prohibición establecida por el apartado 1.

Artículo 30. Extinción de la unión

1. Las uniones estables objeto de este capítulo se extinguen por las causas siguientes:

a) Por común acuerdo.

b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

c) Por defunción de uno de los miembros de la pareja.

d) Por separación de hecho de más de un año.

e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública en que se constituyó.

3. La extinción implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

Artículo 31. Efectos de la extinción de la unión en vida de los convivientes

1. Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con una retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar l otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

2. Cualquiera de los dos miembros de la pareja puede reclamar al otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en el caso de que la convivencia haya reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.

Artículo 32. Ejercicio de los derechos

1. Los derechos regulados por el art. 31 son compatibles, pero se deben reclamar conjuntamente a fin de que se puedan ponderar más adecuadamente.

2. La reclamación ha de formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia.

3. El pago de la compensación económica se hará efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde el reconocimiento. La compensación se satisfará en metálico, salvo acuerdo entre las partes o si el juez o jueza, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del conviviente obligado.

4. La obligación del pago de la pensión periódica se extingue en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y en el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente.

5. La pensión alimentaria periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca.

Artículo 33. Extinción por defunción

En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia conste, el superviviente tiene los derechos siguientes:

a) A la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario. Sin embargo, no accede a la propiedad de los bienes que consistan en joyas u objetos artísticos o históricos, y otros que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente premuerto o en la parte que le pertenezcan.

b) A residir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte del conviviente. Este derecho se pierde si, durante el año, el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona.

c) A subrogarse, si el difunto era arrendatario de la vivienda, en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos.

Artículo 34. Sucesión intestada

1. En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de la cual consta la convivencia, el supérstite tiene, en la sucesión intestada, los derechos siguientes:

a) En concurrencia con descendientes o ascendientes, el conviviente supérstite que no tenga medios económicos suficientes para su adecuado sustento puede ejercer una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia. También puede reclamar la parte proporcional de los frutos y las rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte del conviviente o de su valor en dinero.

b) Si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto, en concurrencia con colaterales de éste, dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de éstos, si han premuerto, tiene derecho a la mitad de la herencia.

c) A falta de las personas indicadas en el apartado b), tiene derecho a la totalidad de la herencia.

2. En el supuesto previsto por la letra a) del apartado 1, serán de aplicación los siguientes criterios:

a) Para fijar la cuantía del crédito se deducirán los bienes y derechos que el premuerto ha atribuido al conviviente en su herencia, aunque éste renuncie, en unión con los propios del superviviente y con las rentas y salarios que éste percibe, que serán capitalizados, a este efecto, al interés legal del dinero.

b) La cuantía del crédito se limita a los bienes o dinero necesarios para proporcionar al superviviente medios económicos suficientes para su adecuado sustento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior.

c) El crédito a favor del conviviente superviviente se pierde por renuncia posterior al fallecimiento del causante; por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del superviviente antes de reclamarla; por su fallecimiento sin haberla reclamado, y por la prescripción al cabo de un año a contar desde la muerte del causante.

Artículo 35. Sucesión testada

El conviviente supérstite tiene en la sucesión testada del conviviente premuerto el mismo derecho establecido por el art. 34, en el apartado 1.a), con aplicación de los criterios del apartado 2.

DISPOSICION ADICIONAL

Disposición Adicional

En tanto el Estado no legisle sobre las materias reguladas por la presente Ley y sobre la competencia judicial correspondiente, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos.

DISPOSICION TRANSITORIA

Disposición Transitoria

El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente Ley, entre los miembros de las parejas heterosexuales, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo de los dos años a que se refiere los arts. 1 y 2 únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición Final Primera

La Generalidad, en el marco de sus competencias normativas, regulará por Ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de las formas de unión a que hace referencia la presente Ley referido a los impuestos siguientes:

- a) El Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.
- b) El Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en lo referente a las adquisiciones por título sucesorio.

Disposición Final Segunda

Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban.

Disposición Final Tercera

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña".

**LOI NO 99-944 DU 15 NOVEMBRE 1999 RELATIVE AU PACTE CIVIL DE
SOLIDARITE**
NOR: JUSX9803236L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel no 99-419 DC en date du 9 novembre 1999 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1er

Le livre Ier du code civil est complété par un titre XII ainsi rédigé :

« TITRE XII

« DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

ET DU CONCUBINAGE

« Chapitre Ier

« Du pacte civil de solidarité

« Art. 515-1. - Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

« Art. 515-2. - A peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :

« 1o Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;

« 2o Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ;

« 3o Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité.

« Art. 515-3. - Deux personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune.

« A peine d'irrecevabilité, elles produisent au greffier la convention passée entre elles en double original et joignent les pièces d'état civil permettant d'établir la validité de

l'acte au regard de l'article 515-2 ainsi qu'un certificat du greffe du tribunal d'instance de leur lieu de naissance ou, en cas de naissance à l'étranger, du greffe du tribunal de grande instance de Paris, attestant qu'elles ne sont pas déjà liées par un pacte civil de solidarité.

« Après production de l'ensemble des pièces, le greffier inscrit cette déclaration sur un registre.

« Le greffier vise et date les deux exemplaires originaux de la convention et les restitue à chaque partenaire.

« Il fait porter mention de la déclaration sur un registre tenu au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire ou, en cas de naissance à l'étranger, au greffe du tribunal de grande instance de Paris.

« L'inscription sur le registre du lieu de résidence confère date certaine au pacte civil de solidarité et le rend opposable aux tiers.

« Toute modification du pacte fait l'objet d'une déclaration conjointe inscrite au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial, à laquelle est joint, à peine d'irrecevabilité et en double original, l'acte portant modification de la convention. Les formalités prévues au quatrième alinéa sont applicables.

« A l'étranger, l'inscription de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux deuxième et quatrième alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte.

« Art. 515-4. - Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte.

« Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun.

« Art. 515-5. - Les partenaires d'un pacte civil de solidarité indiquent, dans la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles meublants dont ils feraient l'acquisition à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte. A défaut, ces meubles sont présumés indivis par moitié. Il en est de même lorsque la date d'acquisition de ces biens ne peut être établie.

« Les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement.

« Art. 515-6. - Les dispositions de l'article 832 sont applicables entre partenaires d'un pacte civil de solidarité en cas de dissolution de celui-ci, à l'exception de celles relatives à tout ou partie d'une exploitation agricole, ainsi qu'à une quote-part indivise ou aux parts sociales de cette exploitation.

« Art. 515-7. - Lorsque les partenaires décident d'un commun accord de mettre fin au pacte civil de solidarité, ils remettent une déclaration conjointe écrite au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel l'un d'entre eux au moins a sa résidence. Le greffier inscrit cette déclaration sur un registre et en assure la conservation.

« Lorsque l'un des partenaires décide de mettre fin au pacte civil de solidarité, il signifie à l'autre sa décision et adresse copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.

« Lorsque l'un des partenaires met fin au pacte civil de solidarité en se mariant, il en informe l'autre par voie de signification et adresse copies de celle-ci et de son acte de naissance, sur lequel est portée mention du mariage, au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.

« Lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès de l'un au moins des partenaires, le survivant ou tout intéressé adresse copie de l'acte de décès au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.

« Le greffier, qui reçoit la déclaration ou les actes prévus aux alinéas précédents, porte ou fait porter mention de la fin du pacte en marge de l'acte initial. Il fait également procéder à l'inscription de cette mention en marge du registre prévu au cinquième alinéa de l'article 515-3.

« A l'étranger, la réception, l'inscription et la conservation de la déclaration ou des actes prévus aux quatre premiers alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français, qui procèdent ou font procéder également aux mentions prévues à l'alinéa précédent.

« Le pacte civil de solidarité prend fin, selon le cas :

« 1o Dès la mention en marge de l'acte initial de la déclaration conjointe prévue au premier alinéa ;

« 2o Trois mois après la signification délivrée en application du deuxième alinéa, sous réserve qu'une copie en ait été portée à la connaissance du greffier du tribunal désigné à cet alinéa ;

« 3o A la date du mariage ou du décès de l'un des partenaires.

« Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi. »

Article 2

Après l'article 506 du code civil, il est inséré un article 506-1 ainsi rédigé :

« Art. 506-1. - Les majeurs placés sous tutelle ne peuvent conclure un pacte civil de

solidarité.

« Lorsque au cours d'un pacte civil de solidarité l'un des partenaires est placé sous tutelle, le tuteur autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge des tutelles peut mettre fin au pacte selon les modalités prévues au premier ou au deuxième alinéa de l'article 515-7.

« Lorsque l'initiative de rompre le pacte est prise par l'autre partenaire, la signification mentionnée aux deuxième et troisième alinéas du même article est adressée au tuteur. »

Article 3

Le titre XII du livre Ier du code civil est complété par un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II

« Du concubinage

« Art. 515-8. - Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

Article 4

I. - Le 1 de l'article 6 du code général des impôts est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du code civil font l'objet, pour les revenus visés au premier alinéa, d'une imposition commune à compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement du pacte. L'imposition est établie à leurs deux noms, séparés par le mot : "ou". »

II. - Après le 6 de l'article 6 du code général des impôts, il est inséré un 7 ainsi rédigé :

« 7. Chacun des partenaires liés par un pacte civil de solidarité est personnellement imposable pour les revenus dont il a disposé l'année au cours de laquelle le pacte a pris fin dans les conditions prévues à l'article 515-7 du code civil.

« Lorsque les deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité et soumis à imposition commune contractent mariage, les dispositions du 5 ne s'appliquent pas.

« En cas de décès de l'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité et soumis à imposition commune, le survivant est personnellement imposable pour la période postérieure au décès. »

III. - Les règles d'imposition et d'assiette, autres que celles mentionnées au dernier alinéa du 1 et au 7 de l'article 6 du code général des impôts, les règles de liquidation et de paiement de l'impôt sur le revenu et des impôts directs locaux ainsi que celles concernant la souscription des déclarations et le contrôle des mêmes impôts prévues par le code général des impôts et le livre des procédures fiscales pour les contribuables mentionnés au deuxième alinéa du 1 de l'article 6 du code général des impôts s'appliquent aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité qui font l'objet d'une imposition commune.

Article 5

I. - Il est inséré, dans le code général des impôts, un article 777 bis ainsi rédigé :

« Art. 777 bis. - La part nette taxable revenant au partenaire lié au donateur ou au testateur par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du code civil est soumise à un taux de 40 % pour la fraction n'excédant pas 100 000 F et à un taux de 50 % pour le surplus.

« Ces taux ne s'appliquent aux donations que si, à la date du fait générateur des droits, les partenaires sont liés depuis au moins deux ans par un pacte civil de solidarité. »

II. - A l'article 780 du code général des impôts, les mots : « article 777 » sont remplacés par les mots : « articles 777, 777 bis ».

III. - L'article 779 du code général des impôts est complété par un III ainsi rédigé :

« III. - Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il est effectué un abattement de 300 000 F sur la part du partenaire lié au donateur ou au testateur par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du code civil. Pour les mutations à titre gratuit entre vifs consenties par actes passés à compter du 1er janvier 2000 et pour les successions ouvertes à compter de cette date, le montant de l'abattement est de 375 000 F.

« Cet abattement ne s'applique aux donations que si, à la date du fait générateur des droits, les partenaires sont liés depuis au moins deux ans par un pacte civil de solidarité. »

Article 6

I. - Après le quatrième alinéa de l'article 885-A du code général des impôts, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515-1 du code civil font l'objet d'une imposition commune. »

II. - Au II de l'article 885 W du code général des impôts, après les mots : « Les époux », sont insérés les mots : « et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515-1 du code civil ».

III. - A l'article 1723 ter-00 B du code général des impôts, après les mots : « Les époux », sont insérés les mots : « et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515-1 du code civil ».

Article 7

Le premier alinéa de l'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Il en est de même de la personne liée à un assuré social par un pacte civil de solidarité lorsqu'elle ne peut bénéficier de la qualité d'assuré social à un autre titre. »

Article 8

Les dispositions des articles L. 223-7, L. 226-1, quatrième alinéa, et L. 784-1 du code du travail sont applicables aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

Article 9

Le dernier alinéa de l'article L. 361-4 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé :

« Si aucune priorité n'est invoquée dans un délai déterminé, le capital est attribué au conjoint survivant non séparé de droit ou de fait, au partenaire auquel le défunt était lié par un pacte civil de solidarité ou à défaut aux descendants et, dans le cas où le de cujus ne laisse ni conjoint survivant, ni partenaire d'un pacte civil de solidarité, ni descendants, aux ascendants. »

Article 10

Le deuxième alinéa de l'article L. 523-2 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé :

« Lorsque le père ou la mère titulaire du droit à l'allocation de soutien familial se marie, conclut un pacte civil de solidarité ou vit en concubinage, cette prestation cesse d'être due. »

Article 11

Le deuxième alinéa (1o) de l'article L. 356-3 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé :

« 1o Se remarie, conclut un pacte civil de solidarité ou vit en concubinage ; ».

Article 12

La conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens du 7o de l'article 12 bis de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour l'obtention d'un titre de séjour.

Article 13

I. - Dans la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 60 de la loi no 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, après les mots : « raisons professionnelles, », sont insérés les mots : « aux fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité ».

II. - Dans l'article 62 de la loi no 84-16 du 11 janvier 1984 précitée, après les mots : « raisons professionnelles », sont insérés les mots : « , les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité ».

III. - Dans les premier et deuxième alinéas de l'article 54 de la loi no 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, après les mots : « raisons professionnelles », sont insérés les mots : « , les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité ».

IV. - Dans l'article 38 de la loi no 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, après les mots : « raisons professionnelles », sont insérés les mots : « , les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité ».

Article 14

I. - Après le troisième alinéa de l'article 14 de la loi no 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi no 86-1290 du 23 décembre 1986, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« - au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ; ».

II. - Après le septième alinéa du même article 14, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« - au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ; ».

III. - Dans la deuxième phrase du premier alinéa du I de l'article 15 de la même loi, après les mots : « bailleur, son conjoint, », sont insérés les mots : « le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, ».

IV. - Dans la deuxième phrase du premier alinéa du I du même article 15, après les mots : « ceux de son conjoint », le mot : « ou » est remplacé par les mots : « , de son partenaire ou de son ».

Article 15

Les conditions d'application de la présente loi sont fixées par décrets en Conseil d'Etat.

Le décret relatif aux conditions dans lesquelles sont traitées et conservées les informations relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité est pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 15 novembre 1999.

DEFENCE OF MARRIAGE ACT

An Act

To define and protect the institution of marriage.

SECTION 1. SHORT TITLE.

* This Act may be cited as the `Defense of Marriage Act`.

SEC. 2. POWERS RESERVED TO THE STATES.

* (a) IN GENERAL- Chapter 115 of title 28, United States Code, is amended by adding after section 1738B the following:

`Sec. 1738C. Certain acts, records, and proceedings and the effect thereof

* `No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship.`

* (b) CLERICAL AMENDMENT- The table of sections at the beginning of chapter 115 of title 28, United States Code, is amended by inserting after the item relating to section 1738B the following new item:

* `1738C. Certain acts, records, and proceedings and the effect thereof.`

SEC. 3. DEFINITION OF MARRIAGE.

* (a) IN GENERAL- Chapter 1 of title 1, United States Code, is amended by adding at the end the following:

`Sec. 7. Definition of `marriage` and `spouse`

* `In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word `marriage` means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word `spouse` refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.`

* (b) CLERICAL AMENDMENT- The table of sections at the beginning of chapter 1 of title 1, United States Code, is amended by inserting after the item relating to section 6 the following new item:

* `7. Definition of `marriage` and `spouse`.`

RECIPROCAL BENEFICIARIES ACT

[§572C-1] Purpose. The purpose of this chapter is to extend certain rights and benefits which are presently available only to married couples to couples composed of two individuals who are legally prohibited from marrying under state law.

[§572C-2] Findings. The legislature finds that the people of Hawaii choose to preserve the tradition of marriage as a unique social institution based upon the committed union of one man and one woman. The legislature further finds that because of its unique status, marriage provides access to a multiplicity of rights and benefits throughout our laws that are contingent upon that status. As such, marriage should be subject to restrictions such as prohibiting respective parties to a valid marriage contract from standing in relation to each other, i.e., brother and sister of the half as well as to the whole blood, uncle and niece, aunt and nephew.

However, the legislature concurrently acknowledges that there are many individuals who have significant personal, emotional, and economic relationships with another individual yet are prohibited by such legal restrictions from marrying. For example, two individuals who are related to one another, such as a widowed mother and her unmarried son, or two individuals who are of the same gender. Therefore, the legislature believes that certain rights and benefits presently available only to married couples should be made available to couples comprised of two individuals who are legally prohibited from marrying one another.

[§572C-3] Definitions. For the purposes of this chapter:

"Declaration of reciprocal beneficiary relationship" means a statement in a form issued by the director that declares the intent of two people to enter into a relationship. By signing it, two people swear under penalty of perjury that they meet the requirements for a valid reciprocal beneficiary relationship.

"Director" means the director of health.

"Reciprocal beneficiaries" means two adults who are parties to a valid reciprocal beneficiary relationship and meet the requisites for a valid reciprocal beneficiary relationship as defined in section 572C-4.

[§572C-4] Requisites of a valid reciprocal beneficiary relationship. In order to enter into a valid reciprocal beneficiary relationship, it shall be necessary that:

- (1) Each of the parties be at least eighteen years old;
- (2) Neither of the parties be married nor a party to another reciprocal beneficiary relationship;
- (3) The parties be legally prohibited from marrying one another under chapter 572;
- (4) Consent of either party to the reciprocal beneficiary relationship has not been obtained by force, duress, or fraud; and
- (5) Each of the parties sign a declaration of reciprocal beneficiary relationship as provided in section 572C-5.

[§572C-5] Registration as reciprocal beneficiaries; filing fees; records. (a) Two persons, who meet the criteria set out in section 572C-4, may enter into a reciprocal beneficiary relationship and register their relationship as reciprocal beneficiaries by filing a signed notarized declaration of reciprocal beneficiary relationship with the director. For the filing of the declaration, the director shall collect a fee of \$8, which shall be remitted to the director of finance for deposit into the general fund.

(b) Upon the payment of the fee, the director shall register the declaration and provide a certificate of reciprocal beneficiary relationship to each party named on the declaration. The director shall maintain a record of each declaration of reciprocal beneficiary relationship filed with or issued by the director.

[§572C-6] Rights and obligations. Upon the issuance of a certificate of reciprocal beneficiary relationship, the parties named in the certificate shall be entitled to those rights and obligations provided by the law to reciprocal beneficiaries. Unless otherwise expressly provided by law, reciprocal beneficiaries shall not have the same rights and obligations under the law that are conferred through marriage under chapter 572.

(L 1997, c 383, §§72 through 74 provide:

"SECTION 72. Any proposed health insurance coverage provided pursuant to this Act shall be exempt from the provisions of part IV of chapter 23, Hawaii Revised Statutes.

SECTION 73. The auditor shall conduct a "closed claim" study to assess the fiscal impacts of providing reciprocal benefits under workers' compensation, public health fund, public employees' retirement, and prepaid health insurance provisions. The auditor shall include in the report, data collected from the appropriate state agencies, indicating the number of claims made under each benefit category and the total fiscal impacts upon the State of each benefit category. The auditor shall submit a report to the legislature at least twenty days prior to the convening of the 1999 regular session.

SECTION 74. Notwithstanding any other law to the contrary, the rights and benefits extended by this Act shall be narrowly interpreted and nothing in this Act shall be construed nor implied to create or extend rights or benefits not specifically provided herein.")

[§572C-7] Termination of reciprocal beneficiary relationship; filing fees and records; termination upon marriage. (a) Either party to a reciprocal beneficiary relationship may terminate the relationship by filing a signed notarized declaration of termination of reciprocal beneficiary relationship by either of the reciprocal beneficiaries with the director. For the filing of the declaration, the director shall collect a fee of \$8, which shall be remitted to the director of finance for deposit into the general fund.

(b) Upon the payment of the fee, the director shall file the declaration and issue a certificate of termination of reciprocal beneficiary relationship to each party of the former relationship. The director shall maintain a record of each declaration and certificate of termination of reciprocal beneficiary relationship filed with or issued by the director.

(c) Any marriage license subsequently issued by the department to any individual registered as a reciprocal beneficiary shall automatically terminate the individual's existing reciprocal beneficiary relationship.

(d) If either party to a reciprocal beneficiary relationship enters into a legal marriage, the parties shall no longer have a reciprocal beneficiary relationship and shall no longer be entitled to the rights and benefits of reciprocal beneficiaries.

NO. 91. An act relating to civil unions.

(H.847)

It is hereby enacted by the General Assembly of the State of Vermont:

Sec. 1. LEGISLATIVE FINDINGS

The General Assembly finds that:

- (1) Civil marriage under Vermont's marriage statutes consists of a union between a man and a woman. This interpretation of the state's marriage laws was upheld by the Supreme Court in *Baker v. State*.
- (2) Vermont's history as an independent republic and as a state is one of equal treatment and respect for all Vermonters. This tradition is embodied in the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution, Chapter I, Article 7th.
- (3) The state's interest in civil marriage is to encourage close and caring families, and to protect all family members from the economic and social consequences of abandonment and divorce, focusing on those who have been especially at risk.
- (4) Legal recognition of civil marriage by the state is the primary and, in a number of instances, the exclusive source of numerous benefits, responsibilities and protections under the laws of the state for married persons and their children.
- (5) Based on the state's tradition of equality under the law and strong families, for at least 25 years, Vermont Probate Courts have qualified gay and lesbian individuals as adoptive parents.
- (6) Vermont was one of the first states to adopt comprehensive legislation prohibiting discrimination on the basis of sexual orientation (Act No. 135 of 1992).
- (7) The state has a strong interest in promoting stable and lasting families, including families based upon a same-sex couple.
- (8) Without the legal protections, benefits and responsibilities associated with civil marriage, same-sex couples suffer numerous obstacles and hardships.
- (9) Despite longstanding social and economic discrimination, many gay and lesbian Vermonters have formed lasting, committed, caring and faithful relationships with persons of their same sex. These couples live together, participate in their communities together, and some raise children and care for family members together, just as do couples who are married under Vermont law.
- (10) While a system of civil unions does not bestow the status of civil marriage, it does satisfy the requirements of the Common Benefits Clause. Changes in the way significant legal relationships are established under the constitution should be approached carefully, combining respect for the community and cultural institutions most affected with a commitment to the constitutional rights involved. Granting benefits and protections to same-sex couples through a system of civil unions will provide due respect for tradition and long-standing social institutions, and will permit adjustment as unanticipated consequences or unmet needs arise.

(11) The constitutional principle of equality embodied in the Common Benefits Clause is compatible with the freedom of religious belief and worship guaranteed in Chapter I, Article 3rd of the state constitution. Extending the benefits and protections of marriage to same-sex couples through a system of civil unions preserves the fundamental constitutional right of each of the multitude of religious faiths in Vermont to choose freely and without state interference to whom to grant the religious status, sacrament or blessing of marriage under the rules, practices or traditions of such faith.

Sec. 2. Purpose

(a) The purpose of this act is to respond to the constitutional violation found by the Vermont Supreme Court in *Baker v. State*, and to provide eligible same-sex couples the opportunity to "obtain the same benefits and protections afforded by Vermont law to married opposite-sex couples" as required by Chapter I, Article 7th of the Vermont Constitution.

(b) This act also provides eligible blood-relatives and relatives related by adoption the opportunity to establish a reciprocal beneficiaries relationship so they may receive certain benefits and protections and be subject to certain responsibilities that are granted to spouses.

Sec. 3. 15 V.S.A. chapter 23 is added to read:

CHAPTER 23. CIVIL UNIONS

§ 1201. DEFINITIONS

As used in this chapter:

(1) "Certificate of civil union" means a document that certifies that the persons named on the certificate have established a civil union in this state in compliance with this chapter and 18 V.S.A. chapter 106.

(2) "Civil union" means that two eligible persons have established a relationship pursuant to this chapter, and may receive the benefits and protections and be subject to the responsibilities of spouses.

(3) "Commissioner" means the commissioner of health.

(4) "Marriage" means the legally recognized union of one man and one woman.

(5) "Party to a civil union" means a person who has established a civil union pursuant to this chapter and 18 V.S.A. chapter 106.

§ 1202. REQUISITES OF A VALID CIVIL UNION

For a civil union to be established in Vermont, it shall be necessary that the parties to a civil union satisfy all of the following criteria:

(1) Not be a party to another civil union or a marriage.

(2) Be of the same sex and therefore excluded from the marriage laws of this state.

(3) Meet the criteria and obligations set forth in 18 V.S.A. chapter 106.

§ 1203. PERSON SHALL NOT ENTER A CIVIL UNION WITH A

RELATIVE

(a) A woman shall not enter a civil union with her mother, grandmother, daughter, granddaughter, sister, brother's daughter, sister's daughter, father's sister or mother's sister.

(b) A man shall not enter a civil union with his father, grandfather, son, grandson, brother, brother's son, sister's son, father's brother or mother's brother.

(c) A civil union between persons prohibited from entering a civil union in subsection (a) or (b) of this section is void.

§ 1204. BENEFITS, PROTECTIONS AND RESPONSIBILITIES OF

parties to a civil union

(a) Parties to a civil union shall have all the same benefits, protections and responsibilities under law, whether they derive from statute, administrative or court rule, policy, common law or any other source of civil law, as are granted to spouses in a marriage.

(b) A party to a civil union shall be included in any definition or use of the terms "spouse," "family," "immediate family," "dependent," "next of kin," and other terms that denote the spousal relationship, as those terms are used throughout the law.

(c) Parties to a civil union shall be responsible for the support of one another to the same degree and in the same manner as prescribed under law for married persons.

(d) The law of domestic relations, including annulment, separation and divorce, child custody and support, and property division and maintenance shall apply to parties to a civil union.

(e) The following is a nonexclusive list of legal benefits, protections and responsibilities of spouses, which shall apply in like manner to parties to a civil union:

(1) laws relating to title, tenure, descent and distribution, intestate succession, waiver of will, survivorship, or other incidents of the acquisition, ownership, or transfer, inter vivos or at death, of real or personal property, including eligibility to hold real and personal property as tenants by the entirety (parties to a civil union meet the common law unity of person qualification for purposes of a tenancy by the entirety);

(2) causes of action related to or dependent upon spousal status, including an action for wrongful death, emotional distress, loss of consortium, dramshop, or other torts or actions under contracts reciting, related to, or dependent upon spousal status;

(3) probate law and procedure, including nonprobate transfer;

(4) adoption law and procedure;

(5) group insurance for state employees under 3 V.S.A. § 631, and continuing care contracts under 8 V.S.A. § 8005;

(6) spouse abuse programs under 3 V.S.A. § 18;

(7) prohibitions against discrimination based upon marital status;

- (8) victim's compensation rights under 13 V.S.A. § 5351;
 - (9) workers' compensation benefits;
 - (10) laws relating to emergency and nonemergency medical care and treatment, hospital visitation and notification, including the Patient's Bill of Rights under 18 V.S.A. chapter 42 and the Nursing Home Residents' Bill of Rights under 33 V.S.A. chapter 73;
 - (11) terminal care documents under 18 V.S.A. chapter 111, and durable power of attorney for health care execution and revocation under 14 V.S.A. chapter 121;
 - (12) family leave benefits under 21 V.S.A. chapter 5, subchapter 4A;
 - (13) public assistance benefits under state law;
 - (14) laws relating to taxes imposed by the state or a municipality other than estate taxes;
 - (15) laws relating to immunity from compelled testimony and the marital communication privilege;
 - (16) the homestead rights of a surviving spouse under 27 V.S.A. § 105 and homestead property tax allowance under 32 V.S.A. § 6062;
 - (17) laws relating to loans to veterans under 8 V.S.A. § 1849;
 - (18) the definition of family farmer under 10 V.S.A. § 272;
 - (19) laws relating to the making, revoking and objecting to anatomical gifts by others under 18 V.S.A. § 5240;
 - (20) state pay for military service under 20 V.S.A. § 1544;
 - (21) application for absentee ballot under 17 V.S.A. § 2532;
 - (22) family landowner rights to fish and hunt under 10 V.S.A. § 4253;
 - (23) legal requirements for assignment of wages under 8 V.S.A. § 2235; and
 - (24) affirmance of relationship under 15 V.S.A. § 7.
- (f) The rights of parties to a civil union, with respect to a child of whom either becomes the natural parent during the term of the civil union, shall be the same as those of a married couple, with respect to a child of whom either spouse becomes the natural parent during the marriage.

§ 1205. Modification of Civil union Terms

Parties to a civil union may modify the terms, conditions, or effects of their civil union in the same manner and to the same extent as married persons who execute an antenuptial agreement or other agreement recognized and enforceable under the law, setting forth particular understandings with respect to their union.

§ 1206. DISSOLUTION OF CIVIL UNIONS

The family court shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of civil unions. The dissolution of civil unions shall follow the same procedures and be subject to the same

substantive rights and obligations that are involved in the dissolution of marriage in accordance with chapter 11 of this title, including any residency requirements.

§ 1207. COMMISSIONER OF HEALTH; DUTIES

(a) The commissioner shall provide civil union license and certificate forms to all town and county clerks.

(b) The commissioner shall keep a record of all civil unions.

Sec. 4. 4 V.S.A. § 454 is amended to read:

§ 454. JURISDICTION

Notwithstanding any other provision of law to the contrary, the family court shall have exclusive jurisdiction to hear and dispose of the following proceedings filed or pending on or after October 1, 1990. The family court shall also have exclusive jurisdiction to hear and dispose of any requests to modify or enforce any orders issued by the district or superior court relating to the following proceedings:

* * *

(17) All proceedings relating to the dissolution of a civil union.

Sec. 5. 18 V.S.A. chapter 106 is added to read:

CHAPTER 106. CIVIL UNION; RECORDS AND LICENSES

§ 5160. ISSUANCE OF CIVIL UNION LICENSE; CERTIFICATION;

RETURN OF CIVIL UNION CERTIFICATE

(a) Upon application in a form prescribed by the department, a town clerk shall issue a civil union license in the form prescribed by the department, and shall enter thereon the names of the parties to the proposed civil union, fill out the form as far as practicable and retain a copy in the clerk's office. At least one party to the proposed civil union shall sign the application attesting to the accuracy of the facts stated. The license shall be issued by the clerk of the town where either party resides or, if neither is a resident of the state, by any town clerk in the state.

(b) A civil union license shall be delivered by one of the parties to a proposed civil union, within 60 days from the date of issue, to a person authorized to certify civil unions by section 5164 of this title. If the proposed civil union is not certified within 60 days from the date of issue, the license shall become void. After a person has certified the civil union, he or she shall fill out that part of the form on the license provided for such use, sign and certify the civil union. Thereafter, the document shall be known as a civil union certificate.

(c) Within ten days of the certification, the person performing the certification shall return the civil union certificate to the office of the town clerk from which the license was issued. The town clerk shall retain and file the original according to sections 5007 and 5008 of this title.

(d) A town clerk who knowingly issues a civil union license upon application of a person residing in another town in the state, or a county clerk who knowingly issues a civil union license upon application of a person other than as provided in section 5005 of this title, or a clerk who issues

such a license without first requiring the applicant to fill out, sign and make oath to the declaration contained therein as provided in section 5160 of this title, shall be fined not more than \$50.00 nor less than \$20.00.

(e) A person making application to a clerk for a civil union license who makes a material misrepresentation in the declaration of intention shall be deemed guilty of perjury.

(f) A town clerk shall provide a person who applies for a civil union license with information prepared by the secretary of state that advises such person of the benefits, protections and responsibilities of a civil union and that Vermont residency may be required for dissolution of a civil union in Vermont.

§ 5161. ISSUANCE OF LICENSE

(a) A town clerk shall issue a civil union license to all applicants who have complied with the provisions of section 5160 of this title, and who are otherwise qualified under the laws of the state to apply for a civil union license.

(b) An assistant town clerk may perform the duties of a town clerk under this chapter.

§ 5162. PROOF OF LEGAL QUALIFICATIONS OF PARTIES TO A CIVIL

UNION; PENALTY

(a) Before issuing a civil union license to an applicant, the town clerk shall be confident, through presentation of affidavits or other proof, that each party to the intended civil union meets the criteria set forth to enter into a civil union.

(b) Affidavits shall be in a form prescribed by the board, and shall be attached to and filed with the civil union certificate in the office of the clerk of the town wherein the license was issued.

(c) A clerk who fails to comply with the provisions of this section, or who issues a civil union license with knowledge that either or both of the parties to a civil union have failed to comply with the requirements of the laws of this state, or a person who, having authority and having such knowledge, certifies such a civil union, shall be fined not more than \$100.00.

§ 5163. RESTRICTIONS AS TO MINORS AND INCOMPETENT

PERSONS

(a) A clerk shall not issue a civil union license when either party to the intended civil union is:

(1) under 18 years of age;

(2) non compos mentis;

(3) under guardianship, without the written consent of such guardian.

(b) A clerk who knowingly violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$20.00. A person who aids in procuring a civil union license by falsely pretending to be the guardian having authority to give consent to the civil union shall be fined not more than \$500.00.

§ 5164. PERSONS AUTHORIZED TO CERTIFY CIVIL UNIONS

Civil unions may be certified by a supreme court justice, a superior court judge, a district judge, a judge of probate, an assistant judge, a justice of the peace or by a member of the clergy residing in this state and ordained or licensed, or otherwise regularly authorized by the published laws or discipline of the general conference, convention or other authority of his or her faith or denomination or by such a clergy person residing in an adjoining state or country, whose parish, church, temple, mosque or other religious organization lies wholly or in part in this state, or by a member of the clergy residing in some other state of the United States or in the Dominion of Canada, provided he or she has first secured from the probate court of the district within which the civil union is to be certified, a special authorization, authorizing him or her to certify the civil union if such probate judge determines that the circumstances make the special authorization desirable. Civil unions among the Friends or Quakers, the Christadelphian Ecclesia and the Baha'i Faith may be certified in the manner used in such societies.

§ 5165. CIVIL UNION LICENSE REQUIRED FOR CERTIFICATION;

FAILURE TO RETURN

(a) Persons authorized by section 5164 of this title to certify civil unions shall require a civil union license of the parties before certifying the civil union. The license shall afford full immunity to the person who certifies the civil union.

(b) A person who certifies a civil union shall be fined not less than \$10.00, if such person:

(1) certifies a civil union without first obtaining the license; or

(2) fails to properly fill out the license and, within ten days from the date of the certification, return the license and certificate of civil union to the clerk's office from which it was issued.

§ 5166. CERTIFICATION BY UNAUTHORIZED PERSON; PENALTY;

VALIDITY OF CIVIL UNIONS

(a) An unauthorized person who knowingly undertakes to join others in a civil union shall be imprisoned not more than six months or fined not more than \$300.00 nor less than \$100.00, or both.

(b) A civil union certified before a person falsely professing to be a justice or a member of the clergy shall be valid, provided that the civil union is in other respects lawful, and that either of the parties to a civil union believed that he or she was lawfully joined in a civil union.

§ 5167. EVIDENCE OF CIVIL UNION

A copy of the record of the civil union received from the town or county clerk, the commissioner of health or the director of public records shall be presumptive evidence of the civil union in all courts.

§ 5168. CORRECTION OF CIVIL UNION CERTIFICATE

(a) Within six months after a civil union is certified, the town clerk may correct or complete a civil union certificate, upon application by a party to a civil union or by the person who certified the civil union. The town clerk shall certify that such correction or completion was made pursuant to this section and note the date. The town clerk may refuse an application for correction or completion; in which case, the applicant may petition the probate court for such correction or completion.

(b) After six months from the date a civil union is certified, a civil union certificate may only be

corrected or amended pursuant to decree of the probate court in the district where the original certificate is filed.

(c) The probate court shall set a time for a hearing and, if the court deems necessary, give notice of the time and place by posting such information in the probate court office. After a hearing, the court shall make findings with respect to the correction of the civil union certificate as are supported by the evidence. The court shall issue a decree setting forth the facts as found, and transmit a certified copy of the decree to the supervisor of vital records registration. The supervisor of vital records registration shall transmit the same to the appropriate town clerk to amend the original or issue a new certificate. The words "Court Amended" shall be typed, written or stamped at the top of the new or amended certificate with the date of the decree and the name of the issuing court.

§ 5169. DELAYED CERTIFICATES OF CIVIL UNION

(a) Persons who were parties to a certified civil union ceremony in this state for whom no certificate of civil union was filed, as required by law, may petition the probate court of the district in which the civil union license was obtained to determine the facts, and to order the issuance of a delayed certificate of civil union.

(b) The probate court shall set a time for hearing on the petition and, if the court deems necessary, give notice of the time and place by posting such information in the probate court office. After hearing proper and relevant evidence as may be presented, the court shall make findings with respect to the civil union as are supported by the evidence.

(c) The court shall issue a decree setting forth the facts as found, and transmit a certified copy of said facts to the supervisor of vital records registration.

(d) Where a delayed certificate is to be issued, the supervisor of vital records registration shall prepare a delayed certificate of civil union, and transmit it, with the decree, to the clerk of the town where the civil union license was issued. This delayed certificate shall have the word "Delayed" printed at the top, and shall certify that the certificate was ordered by a court pursuant to this chapter, with the date of the decree. The town clerk shall file the delayed certificate and, in accordance with the provisions of section 5010 of this title, furnish a copy to the department of health.

(e) Town clerks receiving new certificates in accordance with this section shall file and index them in the most recent book of civil unions, and also index them with civil unions occurring at the same time.

Sec. 6. 18 V.S.A. § 5001 is amended to read:

§ 5001. VITAL RECORDS; FORMS OF CERTIFICATES

Certificates of birth, marriage, civil union, divorce, death and fetal death shall be in form prescribed by the commissioner of health and distributed by the health department.

Sec. 7. 18 V.S.A. § 5002 is amended to read:

§ 5002. RETURNS; TABLES

The health commissioner shall prepare from the returns of births, marriages, civil unions, deaths, fetal deaths and divorces required by law to be transmitted to him the commissioner such tables and

append thereto such recommendations as he or she deems proper, and during the month of July in each even year, shall cause the same to be published as directed by the board. He The commissioner shall file and preserve all such returns. The commissioner shall periodically transmit the original returns or photostatic or photographic copies to the director of public records who shall keep the returns, or photostatic or photographic copies of the returns, on file for use by the public. The commissioner and the director of public records shall each, independently of the other, have power to issue certified copies of such records.

Sec. 8. 18 V.S.A. § 5004 is amended to read:

§ 5004. COUNTY FAMILY COURT CLERKS; DIVORCE RETURNS

The county family court clerk shall send to the commissioner, before the tenth day of each month, a report of the number of divorces which became absolute during the preceding month, showing as to each the names of the parties, date of marriage or civil union, number of children, grounds for divorce and such other statistical information available from the county family court clerk's file as may be required by the commissioner.

Sec. 9. 18 V.S.A. § 5005 is amended to read:

§ 5005. UNORGANIZED TOWNS AND GORES

(a) The county clerk of a county wherein is situated an unorganized town or gore shall perform the same duties and be subject to the same penalties as town clerks in respect to licenses, certificates, records and returns of parties, both of whom reside in an unorganized town or gore in such county or where the groom one party to a marriage or a civil union so resides and the bride other party resides in an unorganized town or gore in another county or without the state or where the bride resides in an unorganized town or gore in such county and the groom resides without the state. The cost of binding such certificates shall be paid by the state.

* * *

Sec. 10. 18 V.S.A. § 5006 is amended to read:

§ 5006. VITAL RECORDS PUBLISHED IN TOWN REPORTS

Town clerks annually may compile and the auditors may publish in the annual town report a transcript of the record of births, marriages, civil unions and deaths recorded during the preceding calendar year.

Sec. 11. 18 V.S.A. § 5007 is amended to read:

§ 5007. PRESERVATION OF DATA

A town clerk shall receive, number and file for record certificates of births, marriages, civil unions and deaths, and shall preserve such certificates together with the burial-transit and removal permits returned to him the clerk, in a fireproof vault or safe, as provided by section 1178 of Title 24.

Sec. 12. 18 V.S.A. § 5008 is amended to read:

§ 5008. TOWN CLERK; RECORDING AND INDEXING PROCEDURES

A town clerk shall file for record and index in volumes all certificates and permits received in a

manner prescribed by the public records director. Each volume or series shall contain an alphabetical index. Marriage certificates shall be filed for record in one volume or series, civil unions in another, birth certificates in another, and death certificates and burial-transit and removal permits in another. However, in a town having less than five hundred 500 inhabitants, the town clerk may cause marriage, civil union, birth and death certificates, and burial-transit and removal permits to be filed for record in one volume, provided that none of such volumes shall contain more than two hundred and fifty 250 certificates and permits. All volumes shall be maintained in the town clerk's office as permanent records.

Sec. 13. 18 V.S.A. § 5009 is amended to read:

§ 5009. NONRESIDENTS; CERTIFIED COPIES

On the first day of each month, he the town clerk shall make a certified copy of each original or corrected certificate of birth, marriage, civil union and death filed in his the clerk's office during the preceding month, whenever the parents of a child born were, or a bride or a groom party to a marriage or a civil union or a deceased person was, a resident in any other Vermont town at the time of such birth, marriage, civil union or death, and shall transmit such certified copy to the clerk of such other Vermont town, who shall file the same.

Sec. 14. 18 V.S.A. § 5010 is amended to read:

§ 5010. REPORT OF STATISTICS

The clerk in each town of over 5,000 population or in a town where a general hospital as defined in section 1902(a)(1) of this title, is located, shall each week transmit to the supervisor of vital records registration copies, duly certified, of each birth, death and, marriage and civil union certificate filed in the town in the preceding week. In all other towns, the clerk shall transmit such copies of birth, death and, marriage and civil union certificates received during the preceding month on or before the tenth day of each succeeding month.

Sec. 15. 18 V.S.A. § 5011 is amended to read:

§ 5011. PENALTY

A town clerk who fails to transmit such copies of birth, marriage, civil union and death certificates as provided in section 5010 of this title shall be fined not more than \$100.00.

Sec. 16. 18 V.S.A. § 5012 is amended to read:

§ 5012. TOWN CLERK TO PROVIDE GENERAL INDEX; MARRIAGES AND CIVIL UNIONS

Except as provided by section 1153 of Title 24, town and county clerks shall prepare and keep a general index to the marriage and civil union records, in alphabetical order and in the following form forms, respectively:

Book 1	Page 1	Groom to Bride A. to B.	Date	Book 1	Page 1	Bride to Groom B. to A.	Date
-----------	-----------	-------------------------------	------	-----------	-----------	-------------------------------	------

Book	Page	Party to	Date	Book	Page	Party to	Date
1	1	Party A. to B.		1	1	Party B. to A.	

Sec. 17. 8 V.S.A. § 4724(7)(E) is added to read:

(E) Making or permitting unfair discrimination between married couples and parties to a civil union as defined under 15 V.S.A. § 1201, with regard to the offering of insurance benefits to a couple, a spouse, a party to a civil union, or their family. The commissioner shall adopt rules necessary to carry out the purposes of this subdivision. The rules shall ensure that insurance contracts and policies offered to married couples, spouses, and families are also made available to parties to a civil union and their families. The commissioner may adopt by order standards and a process to bring the forms currently on file and approved by the department into compliance with Vermont law. The standards and process may differ from the provisions contained in chapter 101, subchapter 6 and sections 4062, 4201, 4515a, 4587, 4685, 4687, 4688, 4985, 5104 and 8005 of this title where, in the commissioner's opinion, the provisions regarding filing and approval of forms are not desirable or necessary to effectuate the purposes of this section.

Sec. 18. 8 V.S.A. § 4063a is added to read:

§ 4063a. Coverage fOr Civil unions

(a) As used in this section:

- (1) "Dependent coverage" means family coverage or coverage for one or more persons.
- (2) "Party to a civil union" is defined for purposes of this section as under 15 V.S.A. § 1201.
- (3) "Insurer" shall mean a health insurer as defined in 18 V.S.A. § 9402(7).

(b) Notwithstanding any law to the contrary, insurers shall provide dependent coverage to parties to a civil union that is equivalent to that provided to married insureds. An individual or group health insurance policy which provides coverage for a spouse or family member of the insured shall also provide the equivalent coverage for a party to a civil union.

Sec. 19. 32 V.S.A. § 1712 is amended to read:

§ 1712. TOWN CLERKS

Town clerks shall receive the following fees in the matter of vital registration:

- (1) For issuing and recording a marriage or civil union license, \$20.00 to be paid by the applicant, \$5.00 of which sum shall be retained by the town clerk as a fee and \$15.00 of which sum shall be paid by the town clerk to the state treasurer in a return filed quarterly upon forms furnished by the state treasurer and specifying all fees received by him or her during the quarter. Such quarterly period shall be as of the first day of January, April, July and October.
- (2) \$1.00 for other copies made under the provisions of section 5009 of Title 18 to be paid by the town;

(3) \$2.00 for each birth certificate completed or corrected under the provisions of sections 449 and 816 of Title 15 and sections 5073, 5075-5078 of Title 18, for the correction of each marriage certificate under the provisions of section 816 of Title 15, and section 5150 of Title 18, for the correction or completion of each civil union certificate under the provisions of section 5168 of Title 18, and for each death certificate corrected under the provisions of section 5202a of Title 18, to be paid by the town;

(4) \$1.00 for each certificate of facts relating to births, deaths, civil unions and marriages, transmitted to the commissioner of health in accordance with the provisions of section 5010 of Title 18. Such sum, together with the cost of binding the certificate shall be paid by the town;

(5) \$7.00 for each certified copy of birth, death, civil union or marriage certificate.

Sec. 20. 32 V.S.A. § 3001 is amended to read:

§ 3001. PERSON CONSTRUED DEFINITIONS

(a) The word "person" "Person" as used in Parts 2, 4 and 5 of this subtitle shall include a partnership, association, corporation or limited liability company.

(b) "Party to a civil union" is defined for purposes of Title 32 as under subdivision 1201(4) of Title 15.

(c) "Laws of the United States", "federal tax laws" and other references to United States tax law (other than federal estate and gift tax law) shall mean United States tax law applied as if federal law recognized a civil union in the same manner as Vermont law.

Sec. 21. 32 V.S.A. § 5812 is added to read:

§ 5812. Income taxation of parties to a civil union

This chapter shall apply to parties to a civil union and surviving parties to a civil union as if federal income tax law recognized a civil union in the same manner as Vermont law.

Sec. 22. 32 V.S.A. § 7401(a) is amended to read:

(a) This chapter is intended to conform the Vermont inheritance estate tax laws with the estate and gift tax provisions of the United States Internal Revenue Code, except as otherwise expressly provided, in order to simplify the taxpayer's filing of returns, reduce the taxpayer's accounting burdens, and facilitate the collection and administration of these taxes. Because federal estate and gift tax law does not recognize a civil union in the same manner as Vermont law, and because a reduction in the Vermont estate tax liability for parties to a civil union based upon the federal marital deduction would not reduce the total estate tax liability, estates of parties to a civil union shall be subject to tax based on their actual federal estate tax liability and the federal credit for state death taxes, as provided under this chapter.

Sec. 23. 32 V.S.A. § 3802(11) is amended to read:

(11)(A) Real and personal property to the extent of \$10,000.00 of appraisal value, except any part used for business or rental, occupied as the established residence of and owned in fee simple by a veteran of any war or a veteran who has received an American Expeditionary Medal, his or her spouse, widow, widower or child, or jointly by any combination of them, if one or more of them are

receiving disability compensation for at least fifty 50 percent disability, death compensation, dependence and indemnity compensation, or pension for disability paid through any military department or the veterans administration if, before May 1 of each year, there is filed with the listers:

(A)(i) a written application therefor; and

(B)(ii) a written statement from the military department or the veterans administration showing that the compensation or pension is being paid. Only one exemption may be allowed on a property.

(B) The terms used in this subdivision shall have the same definitions as in Title 38, U.S. Code § 101, except that:

(i) the definitions shall apply as if federal law recognized a civil union in the same manner as Vermont law;

(ii) such definitions shall not be construed to deny eligibility for exemption in the case where such exemption is based on retirement for disability and retirement pay is received from a federal agency other than the veterans administration, ; and

(iii) the age and marital status limits in section 101(4)(A) shall not apply.

An unremarried widow or widower of a previously qualified veteran shall be entitled to the exemption provided in this subdivision whether or not he or she is receiving government compensation or pension. By majority vote of those present and voting at an annual or special meeting warned for the purpose, a town may increase the veterans' exemption under this subsection to up to \$20,000.00 of appraisal value. Any increase in exemption shall take effect for the taxable year in which it was voted, and shall remain in effect for future taxable years until amended or repealed by a similar vote.

Sec. 24. 15 V.S.A. § 4 is amended to read:

§ 4. MARRIAGE CONTRACTED WHILE ONE IN FORCE

Marriages contracted while either party has another wife or husband a living spouse or a living party to a civil union shall be void.

Sec. 25. 15 V.S.A. § 8 is added to read:

§ 8. MARRIAGE DEFINITION

Marriage is the legally recognized union of one man and one woman.

Sec. 26. 18 V.S.A. § 5131 is amended to read:

§ 5131. ISSUANCE OF MARRIAGE LICENSE; SOLEMNIZATION;

RETURN OF MARRIAGE CERTIFICATE

(a) Upon application in a form prescribed by the department, a town clerk shall issue to a person a marriage license in the form prescribed by the department and shall enter thereon the names of the parties to the proposed marriage, fill out the form as far as practicable and retain in his the clerk's

office a copy thereof. At least one party to the proposed marriage shall sign the certifying application to the accuracy of the facts so stated. The license shall be issued by the clerk of the town where either the bride or groom resides or, if neither is a resident of the state, by any town clerk in the county where the marriage is to be solemnized state.

* * *

Sec. 27. 18 V.S.A. § 5137 is amended to read:

§ 5137. ISSUANCE OF LICENSE

(a) A town clerk shall issue a marriage license to all applicants who have complied with the provisions of section 5131 of this title and who are otherwise qualified under the laws of the state to apply for a license to marry and to contract for such marriage.

(b) An assistant town clerk may perform the duties of a town clerk under this chapter.

Sec. 28. 18 V.S.A. § 5144 is amended to read:

§ 5144. PERSONS AUTHORIZED TO SOLEMNIZE MARRIAGE

Marriages may be solemnized by a supreme court justice, a superior court judge, a district judge, a judge of probate, an assistant judge or a justice of the peace or by a minister of the gospel member of the clergy residing in this state and ordained or licensed, or otherwise regularly authorized thereunto by the published laws or discipline of the general conference or, convention or other authority of his or her faith or denomination or by such a minister clergy person residing in an adjoining state or country, whose parish, church, temple, mosque or other religious organization lies wholly or in part in this state, or by a minister of the gospel member of the clergy residing in some other state of the United States or in the Dominion of Canada who is ordained or licensed, or otherwise regularly authorized thereunto by the published laws or discipline of the general conference or convention of his denomination, provided he or she has first secured from the probate court of the district within which said the marriage is to be solemnized a special authorization to said nonresident minister, authorizing him or her to certify said the marriage if it appear to said such probate judge determines that the circumstances seem to make such the special authorization desirable. Marriage among the Friends or Quakers, the Christadelphian Ecclesia and the Baha'i Faith may be solemnized in the manner heretofore used in such societies.

Sec. 29. 15 V.S.A. chapter 25 is added to read:

CHAPTER 25. RECIPROCAL BENEFICIARIES

§ 1301. PURPOSE

(a) The purpose of this chapter is to provide two persons who are blood-relatives or related by adoption the opportunity to establish a consensual reciprocal beneficiaries relationship so they may receive the benefits and protections and be subject to the responsibilities that are granted to spouses in the following specific areas:

- (1) Hospital visitation and medical decision-making under 18 V.S.A. § 1853;
- (2) Decision-making relating to anatomical gifts under 18 V.S.A. § 5240;
- (3) Decision-making relating to disposition of remains under 18 V.S.A. § 5220;

- (4) Durable power of attorney for health care under 14 V.S.A. § 3456 and terminal care documents under 18 V.S.A. § 5254;
- (5) Patient's bill of rights under 18 V.S.A. chapter 42;
- (6) Nursing home patient's bill of rights under 33 V.S.A. chapter 73;
- (7) Abuse prevention under 15 V.S.A. chapter 21.

(b) This chapter shall not be construed to create any spousal benefits, protections or responsibilities for reciprocal beneficiaries not specifically enumerated herein.

§ 1302. DEFINITIONS

As used in this chapter:

- (1) "Commissioner" means the commissioner of health.
- (2) "Reciprocal beneficiary" means a person who has established a reciprocal beneficiaries relationship pursuant to this chapter.
- (3) A "reciprocal beneficiaries relationship" means that two eligible persons have established such a relationship under this chapter, and may receive the benefits and protections and be subject to the responsibilities that are granted to spouses in specifically enumerated areas of law.

§ 1303. REQUISITES OF A VALID RECIPROCAL BENEFICIARIES

RELATIONSHIP

For a reciprocal beneficiaries relationship to be established in Vermont, it shall be necessary that the parties satisfy all of the following criteria:

- (1) Be at least 18 years of age and competent to enter into a contract.
- (2) Not be a party to another reciprocal beneficiaries relationship, a civil union or a marriage.
- (3) Be related by blood or by adoption and prohibited from establishing a civil union or marriage with the other party to the proposed reciprocal beneficiaries relationship.
- (4) Consent to the reciprocal beneficiaries relationship without force, fraud or duress.

§ 1304. ESTABLISHING A RECIPROCAL BENEFICIARIES

RELATIONSHIP

Two persons who meet the criteria set forth in section 1303 of this title may establish a reciprocal beneficiaries relationship by presenting a signed, notarized declaration of a reciprocal beneficiaries relationship to the commissioner and paying a filing fee of \$10.00. The commissioner shall file the declaration and give the parties a certificate of reciprocal beneficiaries relationship showing that the declaration was filed in the names of the parties.

§ 1305. DISSOLUTION OF A RECIPROCAL BENEFICIARIES

RELATIONSHIP

(7)(8) A guardian of the person of the decedent at the time of death.

(8)(9) Any other individual authorized or under obligation to dispose of the body.

* * *

Sec. 32. 18 V.S.A. § 5220 is added to read:

§ 5220. DECISION-MAKING REGARDING REMAINS; RECIPROCAL
BENEFICIARY

A decedent's reciprocal beneficiary, as defined in section 1302 of Title 15, shall have the same rights as a spouse with respect to matters related to this chapter.

Sec. 33. 14 V.S.A. § 3456 is amended to read:

§ 3456. EXECUTION AND WITNESSES

The durable power of attorney for health care shall be signed by the principal in the presence of at least two or more subscribing witnesses, neither of whom shall, at the time of execution, be the agent, the principal's health or residential care provider or the provider's employee, the principal's spouse, heir, or reciprocal beneficiary, a person entitled to any part of the estate of the principal upon the death of the principal under a will or deed in existence or by operation of law or any other person who has, at the time of execution, any claims against the estate of the principal. The witnesses shall affirm that the principal appeared to be of sound mind and free from duress at the time the durable power of attorney for health care was signed and that the principal affirmed that he or she was aware of the nature of the documents and signed it freely and voluntarily. If the principal is physically unable to sign, the durable power of attorney for health care may be signed by the principal's name written by some other person in the principal's presence and at the principal's express direction.

Sec. 34. 18 V.S.A. § 5254 is amended to read:

§ 5254. EXECUTION AND WITNESSES

The document set forth in section 5253 of this title shall be executed by the person making the same in the presence of two or more subscribing witnesses, none of whom shall be the person's spouse, heir, reciprocal beneficiary, attending physician or person acting under the direction or control of the attending physician or any other person who has at the time of the witnessing thereof any claims against the estate of the person.

Sec. 35. 18 V.S.A. § 1852 is amended to read:

§ 1852. PATIENTS' BILL OF RIGHTS; ADOPTION

(a) The general assembly hereby adopts the "Bill of Rights for Hospital Patients" as follows:

* * *

(3) The patient has the right to obtain, from the physician coordinating his or her care, complete and current information concerning diagnosis, treatment, and any known prognosis in terms the patient can reasonably be expected to understand. If the patient consents or if the patient is

incompetent or unable to understand, immediate family members, a reciprocal beneficiary or a guardian may also obtain this information. When it is not medically advisable to give such information to the patient, the information shall be made available to immediate family members, a reciprocal beneficiary or a guardian. The patient has the right to know by name the attending physician primarily responsible for coordinating his or her care.

* * *

(14) Whenever possible, guardians or parents have the right to stay with their children 24 hours per day. Whenever possible, guardians, reciprocal beneficiaries or immediate family members have the right to stay with terminally ill patients 24 hours a day.

* * *

Sec. 36. 33 V.S.A. § 7301 is amended to read:

§ 7301. NURSING HOME RESIDENTS' BILL OF RIGHTS

The general assembly hereby adopts the Nursing Home Residents' Bill of Rights as follows:

The governing body of the facility shall establish written policies regarding the rights and responsibilities of residents and, through the administrator, is responsible for development of, and adherence to, procedures implementing such policies. These policies and procedures shall be made available to residents, to any guardians, next of kin, reciprocal beneficiaries, sponsoring agency, or representative payees selected pursuant to section 205(j) of the Social Security Act, and Subpart Q of 20 CFR Part 404, and to the public. The staff of the facility shall ensure that, at least, each person admitted to the facility:

* * *

(14) if married or in a reciprocal beneficiaries relationship, is assured privacy for visits by his or her spouse or reciprocal beneficiary; if both are residents of the facility, they are permitted to share a room;

* * *

(20) residents and their families, including a reciprocal beneficiary, shall have the right to organize, maintain, and participate in either resident or family councils or both. The facility shall provide space and, if requested, assistance for meetings. Council meetings shall be afforded privacy, with staff or visitors attending only at the council's invitation. The facility shall respond in writing to written requests from council meetings. Resident councils and family councils shall be encouraged to make recommendations regarding facility policies;

(21) residents and their families, including a reciprocal beneficiary, shall have the right to review current and past state and federal survey and inspection reports of the facility, and upon request, to receive from the facility a copy of any report. Copies of reports shall be available for review at any time at one station in the facility. The facility may charge a reasonable amount for more than one copy per resident.

Sec. 37. 33 V.S.A. § 7306 is amended to read:

§ 7306. RESIDENT'S REPRESENTATIVE

(a) The rights and obligations established under this chapter shall devolve to a resident's reciprocal beneficiary, guardian, next of kin, sponsoring agency or representative payee (except when the facility itself is a representative payee) if the resident:

(1) has been adjudicated incompetent;

(2) has been found by his or her physician to be medically incapable of understanding or exercising the rights granted under this chapter; or

(3) exhibits a communication barrier.

* * *

Sec. 38. 15 V.S.A. § 1101(6) is added to read:

(6) "Family" shall include a reciprocal beneficiary.

Sec. 39. Construction

(a) This act shall be construed broadly in order to secure to eligible same-sex couples the option of a legal status with the benefits and protections of civil marriage, in accordance with the requirements of the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution. Parties to a civil union shall have all of the same benefits, protections and responsibilities under state law, whether derived from statute, administrative or court rule, policy, common law or any other source of civil law, as are granted to spouses in a marriage. Treating the benefits, protections and responsibilities of civil marriage differently from the benefits, protections and responsibilities of civil unions is permissible only when clearly necessary because the gender-based text of a statute, rule or judicial precedent would otherwise produce an unjust, unwarranted, or confusing result, and different treatment would promote or enhance, and would not diminish, the common benefits and protections that flow from marriage under Vermont law.

(b) This act is intended to extend to parties to a civil union the benefits, protections and responsibilities that flow from marriage under Vermont law. Many of the laws of this state are intertwined with federal law, and the general assembly recognizes that it does not have the jurisdiction to control federal laws or the benefits, protections and responsibilities related to them.

(c) This act shall not be construed in a manner which violates the free exercise of religion of any person, religious or denominational institution or organization, or any organization operated for charitable or educational purposes which is operated, supervised, or controlled by or in connection with a religious organization, as guaranteed by the First Amendment to the Constitution of the United States or by Chapter I, Article 3rd, of the Constitution of the State of Vermont.

Sec. 40. VERMONT CIVIL UNION Review Commission

(a) The Vermont Civil Union Review Commission is established for a term of two years, commencing on the effective date of this act. The commission shall be comprised of 11 members, consisting of two members of the House designated by the Speaker of the House, who shall be of different political party affiliations; two members of the Senate designated by the Senate Committee on Committees, who shall be of different political party affiliations; four members appointed by the Governor representing the public, one of whom shall be an attorney familiar with Vermont family law; one member appointed by the Chief Justice of the Vermont Supreme Court; the chair of the Human Rights Commission or his or her designee; and the Attorney General or his

or her designee.

(b) The commission members shall be appointed for a full term of two years; members who were members of the House of Representatives or the Senate at the time of their appointment shall continue as members of the commission, notwithstanding a change in their status as elected officials. A member who resigns, dies or takes up residency in another state or country shall be replaced in the same manner as the member was first selected.

(c) Upon passage of this act, the commission shall prepare and implement a plan to inform members of the public, state agencies, and private and public sector businesses and organizations about the act.

(d) The commission shall:

(1) collect information about the implementation, operation, and effect of this act, from members of the public, state agencies, and private and public sector businesses and organizations;

(2) collect information about the recognition and treatment of Vermont civil unions by other states and jurisdictions, including procedures for dissolution;

(3) evaluate the impact and effectiveness of this act, with particular attention to Secs. 1, 2 and 39;

(4) explore and propose methods and techniques, including existing and emerging forms of alternative dispute resolution, to complement the judicial system for the appropriate resolution of questions or disputes that may arise concerning the interpretation, implementation and enforcement of this act; and

(5) examine reciprocal beneficiaries relationships and evaluate whether non-related persons over 62 years of age should be permitted to establish a reciprocal beneficiaries relationship and whether the legal benefits, protections and responsibilities of a reciprocal beneficiaries relationship should be expanded.

(e) The commission shall report its findings, conclusions and recommendations to the general assembly, periodically as deemed necessary by the commission; however, the commission shall report to the general assembly and governor, at least annually, by January 15 of the years 2001 and 2002.

(f) The commission shall elect a chair and vice-chair, shall conduct its meetings pursuant to Robert's Rules of Order, and shall be subject to the public meeting laws pursuant to subchapter 2 of chapter 5 of Title 1.

(g) The commission may request and shall receive the assistance of any agency of the state of Vermont, and may solicit written comments from members of the public, civic organizations, businesses and others. The commission may hold public hearings throughout the state.

(h) The members of the commission shall have the assistance of the staff of legislative council and the joint fiscal office.

Sec. 41. SEVERABILITY

The provisions of this act are severable. If any provision of this act is invalid, or if any application thereof to any person or circumstance is invalid, the invalidity shall not affect other provisions or

applications which can be given effect without the invalid provision or application.

Sec. 42. EFFECTIVE DATES

- (a) This section and Secs. 1, 2 and 40 shall be effective upon passage.
- (b) Secs. 17 and 18 (insurance) of this act shall become effective on January 1, 2001.
- (c) Secs. 20 (tax definitions) and 21 (income taxation of parties to parties to a civil union) of this act shall apply to taxable years beginning on and after January 1, 2001.
- (d) Sec. 23 of this act (veterans' property tax exemption) shall apply to grand lists for 2001 and after.
- (e) All other sections of this act shall become effective on July 1, 2000.

Approved: April 26, 2000

ANEXO 2 - JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

JURISPRUDÊNCIA

1. Tribunal de Justiça de São Paulo

Processo nº 139316 -1

4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo

Relator: Des. Ney Almada

Data do julgamento: 11/10/90

Ementa.- COMPETÊNCIA - SOCIEDADE DE FATO - CONCUBINATO - LIGAÇÃO HOMOSSEXUAL - Alteridade de sexos que é pressuposto do concubinato, tratando-se de um sucedâneo do matrimônio constitutivo da família e não dele decorrente - Hipótese que trata de uma sociedade patrimonial de fato, destituída de vínculo com instituto - Competência da Segunda Seção civil do TJ.

2. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Apelação cível n.º 7355/98

14ª câmara cível

Apelante: N.R.

Apelado: P.R.C.

Relator: Des. Ademir Paulo Pimentel

Data do julgamento: 29/09/98

Ementa: CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. PRETENSÃO DE MEAÇÃO DE COMPANHEIRO BASEADA NO DIREITO DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO COM EXTRAÇÃO DE PEÇAS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO A FIM DE QUE SE ESCLAREÇAM AS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE FALECERA O COMPANHEIRO.

I -No título 'Da Ordem Social', tratando a Carta Magna, no seu Capítulo VII, sobre a família, consigna que 'a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, sendo reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, 'devendo a lei facilitar sua conversão em casamento', pelo que conclui que essa proteção alcança a união entre pessoas de sexo oposto o não, elementos do mesmo sexo, tanto assim que determina esforços estatais no sentido de facilitar a conversão dessa união em casamento;

II -A questão atinente a bens que porventura se tenham adquirido ao longo da união homossexual deve ser decidida no campo do direito das obrigações;

III - Extração de peças, nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal, a fim de que se analise, à mingua de informações nos autos, sobre o resultado da ação penal originária dos fatos que envolveram o falecimento do companheiro do Apelante;

IV-Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 7355/98, em que é Apelante N.R e Apelado Espólio de P.R.C.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em

negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, extraindo-se peças para o Ministério Público.

VOTO

Relatório na fl.63.

Anote-se, inicialmente, que conforme bem salientou a ilustrada representação da Procuradoria de Justiça, houve, após a sentença, pedido de alteração do pólo passivo para ESPÓLIO de P.R.C. o que se torna, por si só, em motivo para extinção do processo, porquanto no inciso 'C' da petição inicial, pede-se, apenas, a citação e intimação de terceiros interessados, jamais se dirigindo ao Espólio de P.R.C., o que importa em transgressão ao disposto no art. 282, VII, do CPC.

Por outro lado, essa retificação de pólo passivo, após a sentença e somente depois que o juiz determinou que se manifestasse o Apelado, aliás, *data máxima venia*, erroneamente, porquanto o art. 296, do CPC, após o advento da Lei nº 8.952/94, assim não o estabelece, torna-se impossível. Esse artigo diz que o juiz, recebendo a apelação, poderia, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar, ou não, a sua decisão. Jamais determinar que se ouvisse o Apelado que, aliás, não existe no processo.

E porque inexigível essa oitava entendo, *rogata venia*, que o feito, estando maduro para julgamento, não deva retomar ao primeiro grau para alterar a distribuição.

Acrescente-se que o Apelante trouxe aos autos, também depois da apelação, declarações que pretende sejam apreciadas como provas, o que se torna incabível naquela fase e deveriam ter sido desentranhadas. Permanecendo nos autos, todavia, em nada influirão no julgamento, pela sua flagrante imprestabilidade.

Quanto ao mérito do apelo, embora o Apelante faça alusão à Constituição Federal, dizendo que se trata de ação - sic, visando o reconhecimento da sociedade de fato, do Apelante com o finado, aqui Apelado, P.R.C. - calcada nos princípios dispostos pela Constituição de 05 de outubro de 1988, que lhe asseguram o respeito à opção sexual, há que se repelir esse entendimento porque, se a Carta Política não lhe nega a opção sexual, também não ampara a relação homossexual.

No título "Da Ordem Social", tratando a Carta Magna, no seu capítulo VII, sobre a família, consigna que:

"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

Resulta, daí, uma clara interpretação de que o Estado protegerá a união entre pessoas de sexo oposto e não, elementos do mesmo sexo. Tanto assim que determina esforços estatais no sentido de facilitar a conversão dessa união em casamento.

A questão, portanto, que emerge dos autos, não pode ser decidida sob o aspecto da união homossexual, pura e simplesmente, como se a união homossexual outorgasse o direito à partilha de bem adquirido pelo esforço comum, mas, como se manifestou a ilustrada Procuradoria, através da pena magistral do insigne Procurador Carlos Domingues da Venda, na legislação relativa ao campo do direito das obrigações.

Sintetiza o brilhante Procurador, de inesquecível trajetória na Curadoria das Varas da Fazenda, que - fl. 60,

'Com tal quadro na vestibular, de evidente impossibilidade de acolhimento, foi dada oportunidade ao autor de emendar a inicial (fls. 15), tendo ela, na intervenção de fls. 17, mantido o posicionamento de que tem direito aos benefícios dos efeitos sucessórios advindos da morte de P.R., postulando, agora, a condição de meeiro, muito embora nas suas razões de apelo tenha retomado ao pleito de querer ser o sucessor universal do de cujus, motivo pelo qual não vislumbro possibilidade de se acatar a inconformação do insurreto'.

Correto, por conseguinte, o julgado.

Restam, finalmente, algumas considerações que entendo não poderem ficar ao largo deste julgamento.

Vincula-se à forma não muita bem esclarecida sobre a morte do companheiro do Apelante.

Na inicial noticia-se o falecimento de P.R., da seguinte forma:

'Nos últimos dias de vida do finado, na residência de ambos, por responsabilidade do Suplicante, fazia-se uma pequena reforma no imóvel, principalmente no quarto principal, quando pretendia-se adaptá-lo melhor às restrições de locomoção dele.

Lamentavelmente, o operário encarregado da obra, por razões que se desconhece, animallescamente, e sem qualquer razão plausível ceifou-lhe a vida, traumatizando-lhe o crânio, com fratura e lesão encefálica, por meio de ação conto-contudente, estancando de forma dramática, uma relação sincera, e de reciprocidade negociar de quase 27 anos'.

Existe, no mínimo, homicídio culposo.

Contudo, ao que me parece, porque se afirma no trecho acima ignorar-se a razão de o operário assim proceder, não houve inquérito policial para apurar com detalhes a forma como veio a falecer P.R.

Na certidão de óbito de fl. 07, consta que foi lavrado o óbito de P.R.C., falecido aos 20 dias de dezembro do ano de 1996, uma sexta-feira, em hora ignorada.

Estranha-se, porque se o fato ocorreu durante o dia, com o operário trabalhando, não se tenha detalhe de, pelo menos, hora provável do falecimento, constando da certidão que a causa da morte se deu por traumatismo craniano com fratura do crânio e lesão encefálica ação conto-contudente.

Afigura-se-me prudente a extração de peças, nos termos do art. 40, do Código de Processo Penal, a fim de que o Ministério Público, analisando os fatos narrados, dentro do seu respeitável entendimento, perquiria em torno dos aspectos criminais de que se revestiram os fatos, porquanto não existe nos autos qualquer informação em torno da ação penal.

Meu voto, portanto, é no sentido de que se negue provimento ao recurso, extraindo-se as peças de fls. 02/07, remetendo-as ao Ministério Público a fim de que aprecie, *data máxima venia*, em torno das circunstâncias em que se deu e falecimento de P.R.C.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1998.

Des. Mauro Nogueira - Desembargador Presidente c/ voto

Des. Ademir Paulo Pimentel - JDS Desembargador -Relator

3. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Agravo de Instrumento nº 599 075 496

Oitava Câmara Cível.

Relator: Des. Breno Moreira Mussi

Agravante: E.C.E.

Agravada: E.S.C.

Data do julgamento: 17/06/99

***Ementa:* RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.**

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, acorda em dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Antônio Carlos Stangler Pereira, Presidente, e José S. Trindade.

Porto Alegre, 17 de junho de 1999. Des. Breno Moreira Mussi, Relator.

RELATÓRIO

DES. BRENO MOREIRA MUSSI (RELATOR)

Decisão. Trata-se de declaração de incompetência do magistrado da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre, encaminhado os autos para redistribuição a uma das Varas Cíveis.

O motivo está no fato de que a relação em causa (litígio patrimonial decorrente da separação de sociedade de fato entre duas mulheres) não é uma relação familiar, resultante de união entre homem e mulher, excluída, assim, da regência dos incisos III e IV do art. 73 do COJE, e art. 9ª da Lei nº 9.278, de 10.05.96.

Agravo. Tempestivo e preparado.

Fundamentos: a) não é possível, nos dias de hoje, desconhece, as uniões homossexuais; b) no caso, existiu um relacionamento de 'concubinato', pois as partes dividiam 'cama, mesa, provemos, amor, solidariedade, companheirismo e mais outros sentimentos inerentes aos casais heterossexuais'.

Requer seja liminarmente deferido efeito suspensivo ao cumprimento da decisão atacada e, ao final, julgado procedente o agravo.

Adiantamento. Ao receber o recurso, manteve o feito na Vara de Família, nos seguintes termos (fl 65):

'Processar o agravo, com efeito, suspensivo, na medida em que a matéria de fundo envolve gama de interesses inseridos no Juízo de Família. O componente discrepante - identidade de sexos - comporta visualização similar, quanto ao mais. Sendo assim, em principio, razoável processar o feito no juízo especializado.

Informações. Noticiam que a agravante entregou cópia do recurso no cartório, cumprindo o disposto no art. 526 do CPC (fl. 68).

Ministério Público. Opina pelo improvimento (fls, 70/72). E o relatório.

VOTO

DES. BRENO MOREIRA MUSSI (RELATOR)-

1. A definição da competência, no caso concreto, parte de três pontos. O primeiro diz respeito à especialização das Varas,

O sistema do judiciário gaúcho optou por uma das vertentes possíveis, em matéria de prestação jurisdicional, na medida em que especializou determinados Juizes para receber certos tipos de demanda.

Há quem contrarie a tese, porque o fato de especializar diminuiria o horizonte dos juizes, deixando-os bitolados, fazendo com que percam a noção sistemática.

Em principio, todos os Juizes da Capital teriam, teoricamente, competência territorial para conhecer, de todas as demandas ocorrentes em Porto Alegre. Há vários Estados da Federação em que é assim.

Porém, ao optar por especializar determinados Juizes para certos temas, o Rio Grande do Sul previu a preparação profissional específica, fazendo com que o juiz cada vez mais se aprofundasse e tivesse melhores condições para enfrentar a matéria.

Isso não ocorre só no mundo do Direito, mas também na Medicina, Odontológica e em outros ramos. No Direito, sabemos que determinados advogados trabalham somente matéria tributária, em matéria penal tem outros especializados, e assim por diante. O que não apaga, também, a circunstância de termos advogados generalistas, que atuam com excelente proficiência, em diversas áreas.

É de longa data que o Judiciário gaúcho chegou a ponto da especialização. Ao mesmo tempo, há Estados que deixaram as Varas de Família inseridas nas varas cíveis comuns.

Em nosso Estado, acreditasse que os Juizes, certamente por trabalharem diuturnamente os temas, adquiririam a experiência, sensibilidade, e profundidade naquelas matérias próprias ao assunto, que lhes são submetidas ao conhecimento, o que levaria à maior justiça das decisões mais justas.

A especialização também foi levada à segunda instância, com as Câmaras de Família. Por estarmos tratando toda a semana somente questões de família, estaríamos mais habilitados para entrar no detalhamento, na sutileza e na sensibilidade destas relações.

A especialização existe em função desse detalhamento.

2. O segundo ponto, também muito importante, é a questão da discriminação.

A nossa Constituição está na esteira das legislações modernas, democráticas, em que sempre aparece uma proibição absoluta de discriminar em razão do sexo.

Seu art. 3º, inciso IV assim dispõe, verbis:

'Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

(...) IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.'

Mas nós sabemos que não é assim. A discriminação existe em vários setores da nossa sociedade, e não apenas em relação à questão da homossexualidade.

Falo na discriminação contra a mulher, por exemplo. Salvo nas carreiras públicas, a tendência é a de a mulher receber menos pelo mesmo trabalho que o homem faz.

Os casos do negro, do pobre, do deficiente físico, todos eles abertamente discriminados.

Quando entramos em temas de homossexualidade, tudo se põe mais flagrante. Apesar de a Constituição naquelas matérias próprias ao assunto, que lhes são submetidas ao dizer que não se pode discriminar, nós o fazemos, com freqüência. Desconheço, por exemplo, que no quadro da Magistratura gaúcha haja algum homossexual declarado. E tenho certeza que, apresentando-se alguém, em tais condições, querendo ser Juiz, terá a sua inscrição repelida, mesmo sendo pessoa com as melhores qualificações.

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade.-O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta clã vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal.

Esta circunstância é por demais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com conseqüências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos.

A longa e sofrida jurisprudência em favor da companheira, hoje transformada em legislação, terminaram sendo inserida, dentro da Constituição, como se vê do art. 226, § 3º. Dito dispositivo fala em homem e mulher, trazendo para o ventre da Carta Magna o casamento de fato.

Eu diria que o Constituinte retirou debaixo do tapete a união estável, e a trouxe para o sofá da sala.

Não teve, porém, o mesmo cuidado com as relações homossexuais. Mas isto não impede o reconhecimento que uma ligação homossexual, em termos de afetividade, tem exatamente os mesmos componentes da heterossexual.

Como diz a parte agravante, numa síntese muito bem feita, as pessoas envolvidas nesta relação 'dividiam cama, mesa, proventos, amor, solidariedade, companheirismo os mais outros sentimentos inerentes aos casais heterossexuais'.

A única diferença, no caso concreto, é que, legalmente, não podem casar, uma com a outra.

Mas toda união estável tem que resultar ou possibilitar um casamento? Não consigo ver no ditame da Constituição' - *'devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'*-, também, este componente.

Veio a união estável como a relação em que as pessoas não estão preocupadas com o casamento. Pode ocorrer, inclusive, que justamente não querem é os matrimônios, sem que a relação deixe de ser uma união estável.

O único elemento discrepante, dentro deste conceito, está na homossexualidade. Este é o caso concreto.

Não me impressiona o argumento de que se trata de simples questão patrimonial. Isto porque as demandas nas quais se discute patrimônio, numa união heterossexual - casamento com ou sem papel - vão para a Vara de Família.

Os autos trazem rigorosamente a mesma questão. Então, isola-se perfeitamente, no presente caso, a definição do sexo das pessoas envolvidas, que passa a ser o fator determinante.

A matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. Aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o efetivo

numa relação civil ou comercial comum. Como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza.

Em que pese opiniões diversas, não me parece razoável, nos tempos atuais, desconhecer a realidade que demonstra, a todo o momento, a existência de relações do tipo das que aqui se discute e que, com certeza, hão de merecer especial e adequada solução.

3. Agora o terceiro ponto.

Consigno ir mais longe do que a letra fria da lei, ao vislumbrar uma situação analógica, no caso concreto.

Ao que me consta, a matéria ainda não foi regulamentada, pelo Congresso Nacional. Não há artigo de lei que proíba uma relação afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo. Aliás, nem poderia, ante as garantias constitucionais.

Porém, o fato de uma hipótese, rigorosamente, não existir na lei, jamais levará a ponto de fazer desaparecer o fenômeno social, como se a omissão legislativa fosse capaz de suprimir a homossexualidade.

Quando não está na lei, o operador deve socorre-se da analogia, para preencher a lacuna. Assim o dizem os arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil.

Na verdade, é impróprio falar em lacuna. O ordenamento jurídico, vista como um todo, encarrega determinados órgãos - no caso os juizes - para atribuírem soluções aos casos concretos, mesmo naquelas situações em que não existem regras legais específicas.

Como asseveram Aftalión, Garcia y Vilanova¹, *verbis*:

‘Contra la opinión de algunos autores, que han sostenido que en el ordenamiento jurídico existen lagunas - o sea, casos o situaciones no previstas - que sería necesario llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento jurídico es plano: todos los casos que puedan presentarse se encuentran previstos en él (...) No hay lagunas, porque hay jueces’.

Na situação dos autos, a analogia me leva, por todos os detalhes, a entender que, salvo o elemento discrepante, que é a identidade do sexo, a matéria tem os mesmos componentes das digladiadas entre os casais heterossexuais.

Não me assusto, também, com o medo da possibilidade de ação de alimentos, ou demandas paralelas. Há tantos temas em aberto, deferindo-se, por exemplo, inscrição como beneficiário em plano de saúde, para as pessoas do mesmo sexo. Se for ajuizada alguma ação de alimentos, cumpre examiná-la, ver se estão presentes o elemento valorativo indispensável ao conhecimento da questão, ao invés de indeferir, pura e simplesmente, discriminando a homossexualidade-.

O mesmo se pode dizer quanto ao direito de concorrer à herança, e outras situações que a vida, no seu trabalho multifacetado e incomparável para criar acontecimentos, for capaz de apresentar.

Quando surgem estas demandas, é bom lembrar as injustiças que foram cometidas contra os partícipes das uniões estáveis, antes de receberem os avais

¹Introducción al Derecho, nº 1º, Pág. 233, Buenos Aires, 1975.

legislativos. Normalmente as mulheres eram afetadas, pois ficavam em casa, enquanto os varões saíam para a batalha do ganha-pão, e traziam o dinheiro. Os bens ficavam em seus nomes. A muito custo, se evoluiu pela *remuneração dos serviços prestados*, sociedades de fato (nas quais a mulher deveria comprovar os aportes financeiros - tarefa impossível -, para ter direito a partilhar os bens), e outros modos de se fazer justiça, até chegar no sistema atual, que valoriza o trabalho doméstico.

Muitos testamentos e doações foram anulados, com base em falsos moralismos, quando tais atos apenas tentavam garantir as companheiras de toda uma vida, na mais plena observância dos padrões éticos.

Também é importante dizer que as demandas relativas a uniões estáveis (homem e mulher), até pouco tempo, não corriam no juízo especializado das Varas de Família.

A questão das minorias exige, nos sistemas constitucionais modernos, ações positivas de proteção. Na parte do Judiciário, que não faz leis, e as aplica, as ações positivas podem ter curso através de uma interpretação integradora, e sem dar guarida a qualquer forma de discriminação, velada ou aberta.

4. Conclusão.

Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria.

É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou entre mulheres, formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico.

Com certeza, no caso em discussão, não estamos frente a um negócio jurídico, a ser solvido pelas varas cíveis generalistas.

O relacionamento entre as partes foi bem mais além, pois teve curso, do início ao fim, nos sentimentos que estimulam emocionalmente as pessoas, cujas sutilezas correspondem ao que levou o legislador gaúcho especializar as varas e família.

Como a Constituição Federal proíbe a discriminação pelo sexo, sou pelo exame da causa junto ao juízo especializado. Com o que, estou tornando definitivo o adiantamento.

Isto posta, dou provimento.

DES. JOSÉ S. TRINDADE - Revisados os autos, concordo integralmente com o eminente relator para estabelecer que a competência para apreciar e julgar a ação de dissolução de sociedade de fato com divisão de patrimônio movida pela agravante contra a agravada, é da Vara de Família.

Examinando-se a inicial da ação acostada às fls. 10/14, verifica-se que o pedido da ora agravante baseia-se, efetivamente, em relação de afeto mantido com a agravada, conforme muito bem salienta o nobre relator. Consubstanciada ficou a competência das Varas e Câmaras de Família, para apreciar as ações referentes ao concubinato - atualmente união estável - mantido entre o homem e a mulher.

Discriminação, à toda evidência, não pode ser feita quando se tratar de união entre pessoas do mesmo sexo, por afronta à Carta Magna que proíbe qualquer discriminação, segundo bem destacado no voto do Desembargador Breno Moreira Mussi.

Serve como paradigma precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, ao retratar o descabimento de preconceitos contra os homossexuais, e, por isso, sua ementa merece transcrição:

REsp - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituto. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no *Pacto de San Jose de Costa Rica.* (REsp nº 54.857/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Sexta Turma, (julgado em 26/05/1998).

Ainda, também o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito a partilha de bens entre homossexuais, em inovador julgamento, merecendo transcrever a ementa do precedente:

'SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do C. Civil.' (Resumo) (REsp nº 148.897/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, julgado em 10/02/1998).

Assim, já tendo sido a matéria enfrentada inclusive pelo STJ em Turma especializada em Direito de Família, mais uma razão para se entender que, efetivamente, assiste razão à agravante ao pretender o exame da ação intentada, na Vara da família.

Acompanho o relator, provendo o recurso.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - Hoje, o relacionamento de pessoas do mesmo sexo é uma realidade evidente. Não se escondem mais esses relacionamentos como antigamente acontecia. O patrimônio adquirido origina-se do esforço comum, tal como acontece em relações de companheiros heterossexuais. Os sentimentos que motivam duas pessoas do mesmo sexo a viverem juntas são os mesmos que motivam os heterossexuais. A preferência sexual é pessoal de cada homem ou mulher. No mais das vezes, há mais fidelidade, amor e respeito entre os homossexuais do que entre os heterossexuais. Se para os heterossexuais os homossexuais são diferentes, estes, em seus direitos, não podem ser diferenciados só porque a nossa sociedade judaico-cristã tem como padrão de comportamento sexual a

heterossexualidade. O patrimônio, se resultante de união heterossexual ou homossexual, é o mesmo, portanto, a competência é da Vara de Família.

Acrescento o que diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

'Há precedentes jurisprudenciais em matéria de união homossexual no sentido do reconhecimento da existência de sociedade de fato, e, certamente, a tendência será justamente que tal reconhecimento se estenda também para hipóteses de concubinato e de convivência entre parentes e amigos. Há, nesta matéria, campo aberto para a perfeita aplicação da doutrina da sociedade de fato, tal como aventada na oportunidade da edição da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, com perfeita adequação à nova realidade, inclusive quanto à exigência de ser demonstrada a contribuição direta dos participas na aquisição ou incremento patrimonial.' (*'O companheirismo. Uma das espécies de família'*. Editora Revista dos Tribunais, p. 494)

Este o registro que faço para também acolher a competência da Vara de Família e Sucessões.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 599075496 DE PORTO ALEGRE -'DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.'

Decisor de 1º Grau: Dr. Nelson José Gonzaga.

4. Ação Ordinária

Processo nº: 01196089682

Autor: I.L.M.

Réu: Espólio de V.D.

Juíza Prolatora: Judith dos Santos Mottecy

Data do julgamento: 24/02/99

Vistos etc

I.L.M. ajuizou ação ordinária contra ESPÓLIO DE V.D. Pretende a declaração da existência de sociedade de fato ha decorrente de união estável.

Com isso, o reconhecimento de direitos sobre a totalidade falecida.

Postula a totalidade de herança e, caso entenda diversamente o juízo, a meação dos bens do espólio ou, ainda, alguns bens que de *um* cuidou e preservou, qual seja, o apartamento da Duque de Caxias e respectivo box; a casa do Imbé; o veículo Santana e o telefone.

Subsidiariamente, e se entendidos descabidos os pedidos acima, uma indenização por serviços prestados durante 9 anos em que viveu com V.

Iniciou relacionamento com V., em 1981, sendo esse solteiro. Residiu no apartamento do companheiro, em 1986 e 1987, ocasião em que trabalhou como motorista na C.G.B. Ltda, na qual aquele era sócio Foi ele quem assinou a carteira do autor.

Necessitando assistir a seus familiares, mudou-se para o interior, porém mesmo assim, permaneciam no relacionamento e se encontrava uma vez por mês.

Quando vinha a Porto Alegre, permanecia na residência de V sendo que no verão passavam os finais de semana na casa de praia, em Imbé.

Retomando a Porto Alegre, em 1989, definitivamente veio parceiro.

Em 1992 voltou a trabalhar como motorista da empresa, tendo outro numa estreita colaboração de ordem pessoal, numa união E características da exclusividade, do respeito e da seriedade.

Em feito possessório que tramitou nesse juízo, testemunhas prestadas confirmam tal.

Postula direito sucessório decorrente desta união estável, que não podem ser deduzidos no Juízo de Família e Sucessões, pelo óbice de n união entre homem e mulher.

A união estável entre homem e mulher, com expressa proteção constitucional no que pertine a direitos sucessórios e alimentos, é regulada pela lei 8971/94.

Esse regramento decorreu de evolução por força de conquista A sensibilidade judicial deve se ater a essa postulação híbrida, porque decorrente de situação do mesmo feito. O autor, na empresa do parceiro, conduzia Kombi e fazia entre comercial.

Exercia atividade de motorista particular de V., função desvinculada da empresa e sem remuneração.

No verão, invariavelmente, iam para a casa de praia, que, no inverno, era fiscalizada umas vezes ao mês.

As fls. 05/06 declina o *modus vivendi* de ambos; da rotina e da vida em comum que mantinham.

Traz remissão ao texto constitucional, artigo 32, inciso IV e artigo 52, dizendo vedada qualquer forma de discriminação, trazendo à baila o princípio da igualdade.

Remete também a decisões jurisprudenciais e transcrições doutrinárias. Juntou aos autos os documentos de fls. 26/107.

P.C.C.M. e outras contestaram a demanda, às fls. 121/133, com os documentos de fls.134/169.

Alegaram, preliminarmente, carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Segundo o disposto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, somente pode ser reconhecida como entidade familiar a União Estável homem e mulher.

Não se coaduna com o ordenamento jurídico, a pretensão deduzida pelo autor.

Disse impossível a aplicação analógica entre a união estável que possa existir entre homem e mulher e o envolvimento entre pessoas do mesmo sexo.

Pelos mesmos argumentos acima, alegou ilegitimidade ativa.

A ação deveria ser intentada contra os herdeiros de V., com a citação de todos e não contra o espólio na pessoa da inventariante dativa.

Quanto ao mérito, ainda que se admitindo aplicação analógica para as relações homossexuais da legislação que protegem às existentes entre homem e mulher, não foram preenchidos os requisitos, na hipótese *sub judice*.

Alegou não serem verdadeiras as afirmações no que se refere a vida em comum do autor com V.

I.foi residir com V. a partir de 1992, quando voltou a trabalhar como motorista na C.B., dirigindo o carro como motorista da empresa.

O período do relacionamento se existiu, foi exíguo, não superando a dois anos.

Referiu não ter havido fidelidade, visto que V. tinha inúmeros e variados parceiros e que o relacionamento existente entre os dois homens era apenas de amizade.

Inexistiam, portanto, os requisitos necessários para o reconhecimento de uma relação concubinária.

Ademais, mesmo que reconhecida a união estável, os bens pertencentes a V. foram adquiridos antes do início da relação.

Portanto, o autor não participou na aquisição do patrimônio que pretende.

I. maltratava V., inclusive agredindo-o fisicamente, sendo mentirosas as afirmações de que o levava ao médico e ministrava-lhe remédios.

Disse não ter havido concubinato ou união estável, mas mera sociedade de fato.

Além disso, I. não tem direito a ser indenizado por serviços prestados, visto que em nada contribuiu e deteriorou o patrimônio de V.

Requeru a improcedência do pedido.

Juntou aos autos os documentos 134/201.

Réplica às fls. 203/217, acompanhada dos documentos de fls. 218/228.

Houve manifestação, às fls. 357/368, da curadora nomeada nos autos do inventário de V.D.

Alegou que a relação existente entre o autor e V. afastam-se muito da legalmente admitida entre homem e mulher.

O relacionamento existente era de patrão e emprego, ou, no Maximo, de amigos.

O autor não provou a união estável, apenas alegou sua existência não sendo preenchidos os requisitos para seu reconhecimento,

Não houve contribuição para a formação do patrimônio qualquer tipo de relacionamento afetivo ou amoroso entre eles.

A única pretensão do requerente é obter o reconhecimento a direito sucessórios, não havendo nos autos qualquer sinal de que o de cujus reconhecia o autor como seu companheiro.

Requeru a improcedência do pedido.

O feito foi Instruído com a oitiva de seis (06) testemunhas.

Após, foi declarada encerrada a instrução, tendo as partes oferecidas memoriais.

O MP ofereceu promoção às fls. 485/488, pela procedência do pedido formulado na inicial.

É o relatório. Decido.

O ordenamento jurídico tem, como pressuposta de regras.

A conjunção sistêmica não se faz de forma axiológica prévia.

A questão hermenêutica remete à interdependência teórico – jurídico e teórico - social no campo da teoria constitucional, e constituição como teoria social.

O debate constitucional que se trava acerca dos *a constituição jurídica* e a *constituição política*, demonstra que a lei fundamental entendida apenas como norma jurídica superior, juridiciza o modelo da sociedade constitucional e a reconduzida a uma ordem política.

A primeira vincula e reduz a complexidade do sistema.

Subjacente aos *modelos* constitucionais está uma imagem de sociedade.

A lei fundamental, de acordo com padrões sistemático institucionalistas tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida. A

A discussão teórica e jurídica que se estabeleceu nesse processo esta centrada no princípio da igualdade.

Os parágrafos acima trazem a lição do constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho, na obra *Constituição dirigente e vinculação do Legislador, Contributo Para A Compreensão Das Normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Ltda., 1994.

Ainda, do autor citado, considerações sobre directividade constitucional, à fl. 380, item 42 e seguintes, da obra citada.

Diz que a igualdade, como *pedra de toque* do problema da directividade constitucional, faz com que os impasses e os problemas da constituição detectados na análise de sua concretude demonstram a polemização que isso encerra.

Porque, a Constituição, expressa ou implicitamente (nos direitos fundamentais, na omissão legislativa, etc.) põe em questão a legitimidade de uma ordem constitucional e obriga a *pôr a descoberto* as concepções de Estado e da sociedade.

Diz o autor que é isso que se vai revelar no problema concreto a submeter à análise - o princípio da igualdade.

Leciona, acerca da igualdade perante a Lei e daquela através da Lei que a doutrina jurídico-constitucional parece hoje unânime em reconhecer que a igualdade, no sentido constitucional, significa *igualdade na aplicação do direito*.

Não consiste, como a muitos pareceu, com o princípio objetivo da prevalência da Lei, obediência das autoridades ao ato de decisão legislativa.

Segundo o constitucionalista, igualdade na aplicação da Lei é *igualdade através da Lei*.

Igualdade nos encargos, igualdade nas vantagens, encerrando a doutrina do Estado Social.

Continuando, analisa a questão da igualdade como direito a *um direito justo* ou como direito à *igualdade de oportunidades*.

O princípio constitucional da igualdade legislativamente concretizado conforme os princípios da igualdade material, traria à baila no que essa última consistiria.

Seria o dever do legislador tratar igualmente situações de fato iguais as desigualmente situações de fato desiguais?

Desse questionamento extrai-se como resultado satisfatório a *proibição do arbítrio*, judicialmente controlada.

Consistiria no seguinte.

A argumentação do Estado de Direito, segundo o autor citado, à fl. 382, encerra que:

‘Quando não houver motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, para desigual regulação de situações de facto igual ou igual regulação de situações de facto desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária.

A partir da redução do princípio da igualdade à proibição do arbítrio consegue-se obter a justiciabilidade do acto legislativo sem pôr em causa a liberdade de conformação do legislador.

A igualdade perante a lei e através da lei, controlável apenas no seu momento inequivocamente patológico - o arbítrio legislativo - despreza a função social da igualdade.

Noutros termos, porventura mais correctos: a igualdade da lei, executada ou completada pela igual aplicação da lei, revela-se mais apropriada para conservar juridicamente as desigualdades fácticas do que para as alterar.

Isto quer dizer que a *Chancengerechtigkeit* - a igualdade como justiça de oportunidades - não é a mesma coisa que *Chancengleichheit* - igualdade de oportunidades.

Esta pressupõe que se eliminem as desigualdades fácticas (sociais, econômicas, culturais) para se assegurar a igualdade jurídica.

No mesmo sentido, o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, na monografia Conteúdo Jurídico Do Princípio Da Igualdade, 3ª edição atualizada, 3ª tiragem, Malheiros Editores, 1995.

Diz que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

A Lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos.

Ainda, à fl. 10, acentua que este é o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo o modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Analisando a igualdade e os fatores sexo, raça, credo religioso, às fls.15/19 da obra, acentua que o artigo 5º, *caput* da Carta Constitucional consagra a isonomia.

O agravo a essa radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrimen*.

Qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela Lei como fator discriminatório, compatibilizando-se com a cláusula igualitária quando existir um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Conclui que é certo que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida.

Pimenta Bueno, citado pelo autor, traz o seguinte:

'A Lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania'.

Assente-se tais aspectos, passemos à questão fáctica dos autos.

O autor viveu em união, sim; estável, sim; em uma *affectio societatis*, sim, com V. Basta que se leiam os depoimentos e a prova toda que está nos autos.

Foi o autor quem, na doença a no cotidiano dessa, conviveu com V.; cuidou-o a teve para com ele o desvelo e a dedicação que nenhum outro parente, amigo ou conhecido, despendeu.

O depoimento de J. L., à fl. 415, dono de um restaurante, nas proximidades do apartamento de V., diz da freqüência com que ele e o autor compareciam ao estabelecimento, e que I. nunca esteve no local com outro homem.

V., quase sempre ia acompanhado de I., quem levava refeições aos dois, no apartamento, muitas vezes à noite, outras, aos finais de semana.

Menciona a testemunha, que almoçavam em finais de semana, inclusive, antes de se dirigirem à praia.

Quando a testemunha fazia entregas a domicílio, I. atendendo, pedia que falasse baixo, pois o companheiro estava dormindo.

Era quem morava com V. no apartamento; o relacionamento deles era harmonioso e V. estava acometido de enfermidade, em razão do que faleceu.

C. R., à fl. 416, vizinho de V., ratifica tal.

O depoimento de G. J. M., síndico do edifício, à fl. 417, é de minudência e esclarecimento, ratificando e trazendo maiores subsídios aos depoimentos anteriores e as alegações do autor.

Da mesma forma, o de A. A. G., às fls. 418/420, não destoando do declarado por B., à fl. 421.

O depoimento de C. E., à fl. 436, testemunha arrolada pela parte ré, restou divorciado de toda a prova produzida nos autos.

Dessa feita, assentes os pressupostos normativos, cingidos à Lei Maior, qual seja, o da igualdade, como principio basilar do sistema jurídico, e os pressupostos fáticos que dizem da união estável ou, sociedade de fato, como queiram, entre I. e V., impõe-se reconhecer o direito daquele ao patrimônio do companheiro.

Não se tratava de relação entre patrão e empregado, nem de amigos.

A questão de os bens de V. terem sido adquiridos anteriormente à vida em comum é aspecto que aqui resta sem o relevo que a parte ré pretende, opondo-se à pretensão do autor.

O cuidado com o companheiro, dispensado pelo autor, também se estendeu ao patrimônio desse.

Isso resulta provado dos depoimentos e também dos fatos como se apresentam.

Fosse o autor pessoa inescrupulosa e tivesse o matiz que a parte ré pretende lhe impingir, por certo, até a época da morte do companheiro, não haveria bens a partilhar.

Não são poucas as hipóteses em que o patrimônio do parceiro é dilapidado, em situações de enfermidade e até mesmo quando essa não ocorre, mas quando há a figura do companheiro que a parte ré pretende caracterizar na pessoa de I.

Isso não se verifica na hipótese dos autos.

Dessa feita, considerando o disposto no inciso III, do artigo 1º da lei 8971, de 94, apreciada e interpretada à luz do texto constitucional, em não havendo descendentes e ascendentes do falecido, companheiro do autor, deve o requerente haver a totalidade da herança.

O entendimento esse parte do pressuposto de que o companheiro sobrevivente e o falecido mantinham sociedade de fato, desunida em face do óbito, tão só.

ISSO POSTO, pelos fundamentos acima declinados, ACOLHO o pedido deduzido por I.L.M. contra o ESPÓLIO DE VD.

Reconheço a sociedade de fato havida entre os parceiros, para o fim de que sejam os bens de V. devidos ao sobrevivente, I.

Responderá a parte ré pelo custo do processo e honorários devidos aos procuradores do autor, que, face ao trabalho desenvolvido e grau de zelo dos profissionais, fixo em 20 URHS.

Intimem-se.

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 1999.

JUDITH DOS SANTOS MOTTECY
JUÍZA DE DIREITO

5. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 1.813/93 – 1ª Câmara Cível
Rei: JD Subst. Des. Marlan de Moraes Marinho
Apelante - E.M.C. Apelado - I.P.B.
Data do julgamento: 14/09/93

Ementa: SOCIEDADE DE FATO. DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO.

A declaração da existência, e da dissolução de sociedade de fato entre amancebadas somente pode ser feita se houver prova inconteste da contribuição dos sócios na aquisição do patrimônio da sociedade, não se confundindo esta com o regime universal da comunhão de bens, adotado nos casamentos. Recurso provido.

6. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 731/89 – 5.ª Câmara Cível
Relator: Des. Narcizo Pinto
Apelante: Espólio de J.G.
Apelado: M.A.C.R.
Data do julgamento: 22/08/89

ACORDÃO

Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais.

Comprovada a conjugação de esforços para a 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 as 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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 731, de 1989, em que é apelantes ESPÓLIO DE J.G. representado por sua inventariante D.B. e Apelado M.A.C.R.

ACORDAM os juizes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da partilha o apartamento 1.002 da rua A, 38, e fixar em 25% a participação do apelado no dinheiro e nos bens móveis (utensílios, quadros, gravuras e fotografias) pertencentes ao espólio apelante, condenado o recorrido nas custas do processo e nos honorários do advogado do recorrente, arbitrados em NCz\$ 80,00, por aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, uma vez que o apelante decaiu de parte mínima do pedido.

Assim decidem, integrando neste o relatório de fls. 360/362, pelas razões que se sequem.

Versam os autos pedidos de reconhecimento de sociedade de fato e conseqüente divisão dos bens que compõem o patrimônio do réu.

Deve-se observar, desde logo, que nenhuma importância tem, para apreciação do pedido, a natureza das relações que ligaram o autor à pessoa de J.G., não cabendo aqui qualquer discussão sobre se, entre eles, existiu este ou aquele tipo de relacionamento, apresentadō-se, pois, inteiramente despropositadas as considerações feitas pelo réu, ora apelante, a respeito de possíveis ligações amorosas ou sexuais entre o autor e o finado J.

Aqui, o que se tem de apurar é se, entre eles, existiu, efetivamente, uma sociedade de fato e se o patrimônio que constitui o acervo hereditário deixado por J.G. foi formado com a participação e contribuição do autor. Afora isso, nada mais há a perquirir nestes autos, afigurando-se impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro.

Feita a observação, passemos à análise do thema decidendum. Alega o ora apelado que, entre ele e J.G., existiu uma sociedade de fato, em razão da qual e com o esforço de ambos, formou-se o patrimônio que constitui, hoje, o acervo do espólio apelante, e pede que, reconhecida a sociedade, seja determinada a divisão dos bens, de forma a caber-lhe parte não inferior à metade.

Em pretensões como essa, o que urge apurar é se o postulante realmente concorreu, de forma efetiva, para a aquisição dos bens que compõem o patrimônio que se quer partilhar.

In casu, ao que se vê de fls. 341/349, o acervo do espólio de J.G. consta de um apartamento situado na rua A., móveis e utensílios que o guarnecem, quadros de autoria de J. e outros de autores diversos, gravuras, fotografias e dinheiro resultante de aplicação no mercado de capitais.

Desses bens, deve-se, de imediato, excluir da possibilidade de divisão o apartamento. É que, como se vê da escritura de fls.130/134, a aquisição desse imóvel originou-se de promessa de cessão de direitos firmada em 14.12.1972 (fls. 168), cujo preço deveria ser pago, como foi, em parcelas reajustáveis com base em UPCS. Ocorre que, ao contestar a ação, o espólio réu afirmou, peremptoriamente, que o preço daquele apartamento foi pago com a renda produzida por diversas salas doadas ao *de cujus*, com cláusula de reversão em caso de morte, por seu pai (escritura, fls. 1 4011 50), não tendo o autor, ora apelado - disse mais o espólio - dado qualquer contribuição para o pagamento do preço, e, ao falar sobre isso (fls. 159/162), o autor não impugnou ou contraditou a afirmação, que se tornou, assim, ponto incontroverso, devendo ser admitida como verídica, a teor do disposto no art. 334, incisos 11; do Código de Processo Civil.

Certo, portanto, que, se o autor, ora recorrido, não contribuiu de qualquer forma ou modo para a aquisição do apartamento da rua A., nada pode pretender em relação àquele imóvel.

Excluída, assim, a possibilidade de ser o aludido apartamento objeto da divisão postulada nestes autos, só resta apreciar a pretensão quanto aos móveis (utensílios, quadros, gravuras e fotografias) relacionados a fls. 342 a 349, e ao dinheiro referido a lis. 349 *in fine*,

Para justificar o alegado direito de participar dos bens deixados por J.G., a ora, recorrido sustentou que o ajudou em sua atividade artística misturando tintas, discutindo temas, examinando ângulos e perspectivas, cuidando da casa em que

ambos moravam, programando viagens, organizando exposições, preparando Conferências e entrevistas e vendendo quadros (fls. 215).

É assim o próprio autor quem informa e esclarece que a contribuição não foi dada em espécie, em dinheiro, e sim de forma indireta, como ajuda ao *de cujus* na, execução e exposição de suas obras.

Essas alegações foram, em grande parte, confirmadas pelas testemunhas que depuseram na audiência de instrução e julgamento. Com efeito, R. F. S. depoimento a fls. 193) informou que o trabalho do autor consistia na escolha do local da exposição e dos quadros que deveriam ser expostos, na leitura de, convites e divulgação da exposição; A. M. N. asseverou que era o autor quem fazia as fotos que figuravam nos catálogos das exposições e que realizava almoços e jantares para divulgação das exposições (fls. 194v.); J. C. G., primo do finado J. G., disse que os catálogos das exposições eram leitos pelo autor e que as tintas dos quadros de J. eram escolhidas também por ele (fls.195); V. S. B. C. afirmou que 'o autor fotografava as telas, mareava as exposições, confeccionava os catálogos, recebia possíveis clientes' (fls. 197); e, finalmente, a testemunha R. B. assim se expressou: o autor é fotógrafo e, do ponto de vista de divulgação, foi muito importante seu trabalho na divulgação da obra de J. G. " (fis. 198).

Diante de tais informações, e nada havendo nos autos que ilida o valor probante dos depoimentos, não há como deixar de reconhecer que o autor contribuiu, de certa forma, para o sucesso artístico e profissional de J.G., com reflexos, obviamente, na situação econômica do artista, já que a venda de quadros proporcionava recursos financeiros. E, como não há prova, ao contrário do que ocorreu com o apartamento, que os móveis e utensílios que guarnecem o imóvel tenham sido adquiridos com recursos oriundos de outras fontes, é de se presumir (presunção *hominis*) que a aquisição tenha sido feita com o produto da venda dos quadros pintados por J.G., para a qual, como visto, colaborou o apelado.

A contribuição de autor, ora apelado, feita em forma de prestação de serviços, representou, para o artista, um auxílio econômico, porque se tais serviços fossem realizados por terceiros, normalmente seriam remunerados, especialmente os referentes à organização de exposições, fotografias de quadros para divulgação em catálogos ou prospectos, e a própria seleção de quadros para montagem dos catálogos e exibição nas exposições públicas.

A prestação de serviços, como modo indireto de colaboração, tem sido admitida como participação eletiva em sociedades de fato, porque se traduz em contribuição para poupança, representando, por si mesma, um benefício econômico. Este aspecto foi bem focalizado por esta Câmara, em acórdão da lavra do eminente Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, nos seguintes termos: "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" (Apelação Cível nº 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, ao definir o contrato de sociedade, empresta à locução 'combinar esforços ou recursos para lograr fins comuns' (art. 1363). Como é de

primeira evidência, a expressão 'esforços ou recursos' abrange todas as formas ou modalidades de contribuições para um fim comum.

Com arrimo, pois, na prova dos autos, chega-se a inafastável conclusão de que o autor, ora apelado, contribuiu de alguma forma para aquisição dos móveis e utensílios que guarnecem o apartamento em que vivia J.G. e que é, ainda hoje, ocupado por ele, autor. E, se contribuiu para a aquisição, tem o direito de receber parte deles.

A divisão, porém, não há de ser, necessariamente, em partes iguais. Em se tratando de sociedade de fato, o percentual de participação deve corresponder ao da contribuição societária para formação do patrimônio² (Neste sentido, já decidiu esta Câmara (Apelação Cível nº 35.557184, Relator: o mesmo do presente recurso), em cuja oportunidade se deixou expresso: 'Se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor, deve-se atribuir um percentual-condizente com a contribuição ". Na mesma linha, o acórdão antes referido (Apelação Cível nº 38.956185) em cuja ementa se vê: 'Os bens adquiridos não têm de dividir-se por força em partes iguais entre os ex-sócios: o quinhão de cada qual corresponderá ao vulto da respectiva participação na sociedade de fato'. Esta sem dúvida, a orientação que melhor afina com os princípios que regem as sociedades, segundo os quais os haveres devem ser divididos de acordo com a cota de contribuição de cada sócio)".

No caso, por mais eficiente e dedicada que tenha sido a colaboração do autor na divulgação e projeção das obras de J.G., ela, por razões óbvias, não poderá se equiparar à cota do próprio artista, consubstanciada na imaginação, concepção, criação e realização dos quadros que pintou.

Só por absurdo poder-se-ia admitir que na avaliação de um quadro a óleo ou a aquarela se levasse em conta que só 50% seriam atribuídos ao pintor, ficando os outros 50% por conta de quem (hipoteticamente) ajudara a escolher cores de tintas e/ou divulgara a obra através de fotografias, montagem de catálogos e organização de exposições. A divisão em partes iguais desmereceria sobremodo os valores básicos e fundamentais que integram qualquer obra artística, que são a idéia e a forma de expressão, elementos esses que, até prova em contrário, só podem ser atribuídos ao artista. Qualquer contribuição dada para a realização de uma obra de arte há de, necessariamente, ser considerada em plano inferior àquele em que se encontram os elementos básicos integrativos acima referidos. Destarte, por maior que tenha sido a contribuição do apelado à obra de J.G.,

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.

Em casos tais, a cota de contribuição para formação do patrimônio e, conseqüentemente, a de participação nos bens são fixadas com base nos elementos constantes dos autos. Na espécie, porém, os autos não fornecem dados expressivos para o arbitramento, devendo este ser feito com base nas "regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece", como determina o art. 335 do Código de Processo Civil. Em tais condições, pelo que sugerem os autos, admite-se que a contribuição do demandante, ora recorrido, para o sucesso artístico de J.G. e, conseqüentemente,

para a aquisição dos móveis que guarnecem o apartamento de nº 1.002 da rua A., 38, tenha sido da ordem de 25%, ficando os 75% restantes à conta da concepção, criação e realização do autor dos quadros.

Em sendo assim, arbitra-se em 25% (vinte e cinco por cento) a participação do apelado nos bens móveis pertencentes ao espólio de J.G., dando-se, por essa forma, provimento parcial à apelação.

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 1989.

Des. Jorge Loretti - Presidente sem voto

Des. Narcizo Pinto

Relator

7 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 3.309/92 – 8ª Câmara Cível

Rel. Des. Celso Guedes

Apelante - R.S.F.

Apelado - Espólio de P.C.A.B.

Data do julgamento: 24/11/92

Ementa: SOCIEDADE DE FATO. CONVIVÊNCIA *HOMOSSEXUAL ENTRE DOIS HOMENS*, MANTENDO UM RELACIONAMENTO COMO SE CASADOS FOSSEM, ANÁLOGO AO CONCUBINATO.

O concubinato e a sociedade de fato são institutos jurídicos inconfundíveis. A existência de concubinato não é requisito necessário, nem suficiente para o reconhecimento da sociedade de fato, uma vez que esta resulta da efetiva contribuição da parte autora à formação do patrimônio que pretende partilhar.

O concubinato é a união livre e estável entre o homem e a mulher, como se marido e mulher fossem com fidelidade recíproca, *more uxorio*, sem embargo do disposto no art. 226, § 32, da CF.

Concubinato entre 'dois homens', como se casados fossem, é ostensiva *esdruxularia* contrastando com a índole do direito brasileiro.

Minguada a prova à alegada sociedade de fato.

Pedido improcedente.

Sentença confirmada.

Recurso desprovido.

8. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 1437/95

Relator: Des. Fernando Whitaker

Apelante: M.C.S.

Apelada: M.P.V.

Ementa: Ordinária. Dissolução de Sociedade de Fato entre mulheres homossexuais. Efetiva participação na formação do patrimônio. O enriquecimento ilícito emana da sistemática do Código Civil e do pagamento indevido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 1437/95, em que é Apelante M.C.S. e Apelada M.P.V.,

ACORDAM os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Relatório, o de fls. 160v.

As partes, que eram domésticas, no Rio de Janeiro, mudaram-se para a comarca de Rio das Flores, onde através de uma longa convivência homossexual constituíram um razoável patrimônio, com muito trabalho, a partir de um botequim, como se constata na prova testemunhal (fls. 65/69), tendo a apelada juntado inúmeros recibos aos autos.

A própria apelante, na contestação, admite a sociedade de fato, discutindo, apenas, a extensão da partilha; mas o conjunto probatório leva à convicção de ter existido uma convergência de esforços em prol de comuns objetivos econômicos.

Trava-se nos autos discussão acadêmica sobre a existência, ou não, em nosso Código Civil, do instituto do enriquecimento ilícito, acolhido pelo Código Alemão.

Sucede que ele emana da sistemática do Código Civil, diretamente do pagamento indevido (art. 969/971), construído pela jurisprudência, como notou o saudoso Leib Soibelman, da mesma forma com que a dissolução da sociedade de fato entre concubinos foi imediatamente extraída da dissolução e liquidação das sociedades reguladas nos artigos 655/673, do Código de Processo Civil anterior, e remotamente do contrato de sociedade previsto no Código Civil.

In casu, a contribuição das sócias foi, praticamente, a mesma, justificando-se a partilha eqüitativa dos bens.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 1995.

Des. Fernando Whitaker Presidente e Relator

9. Tribunal de Alçada de Minas Gerais -

Apelação Cível n 226.040-8

2 Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Rel. Juiz Carreira Machado

Apelante/apelado adesivo - J.B.P.

Apelado/apelante adesivo - M.A.P.

Data do julgamento: 03/12/96

Publicado na Revista dos Tribunais - agosto-97, pp. 393/398

Ementa: UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - Coabitação - Situação que não gera nenhum direito entre as partes, independente do período de convivência.

Ementa Oficial: A união de duas pessoas do mesmo sexo, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação.

Ementa: UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - Dano moral - Indenização - Pessoa que coabitava com vítima de Aids e assumiu o tratamento do *de cuius*, expondo-se publicamente - Reivindicação ao pai do falecido em face de sua omissão - Inadmissibilidade - Verba Indevida.

Ementa oficial: Não cabe dano moral a ser reivindicado do pai e herdeiro universal do falecido, vítima de Aids, por pessoa que, tendo com este coabitado, houver assumido assistência ao doente, expondo-se publicamente, em face da omissão daquele, a quem não pode ser atribuída culpa pela enfermidade de que o filho foi acometido.

10. Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 148897/MG – 4ª. Turma
Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: M.A.P.
Recorrido: J.B.P.

Data do julgamento: 10/02/98

EMENTA: SOCIEDADE DE FATO, Homossexuais. Partilha do bem comum.

O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do CCivil.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do CCivil.

Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Bueno de Souza.

Brasília-DF, 10 de fevereiro de 1998 - BARROS MONTEIRO, pres. - RUY ROSADO DE AGUIAR, relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar:

Adoto o relatório integrante do v. acórdão de fls. 310/313, *verbis*:

‘M.A.P. ajuizou a presente ação que denominou de ‘ordinária de reconhecimento de co-propriedade, com conseqüente pedido de alteração de registro imobiliário, c/c ação de indenização’ contra J.B.P. à alegação de que (I), viveu com J.A.P., filho de J.B., de 1.982 até 05 de outubro de 1.989, data em que faleceu J.; que, durante este período, ambos foram sócios em três empresas; que, logo no início da ‘coabitação’, resolveram adquirir um apartamento, que foi comprado em nome de J., porque, sendo ele funcionário do Banco do Brasil, podia obter financiamento de parte do preço; que, em fins de 1.983, venderam o apartamento e com o dinheiro obtido, acrescido com os lucros dos negócios em comum, compraram outro, situado na rua A., nº 351, também, nesta Capital, onde reside até hoje; que embora os imóveis tenham sido adquiridos em nome de J., ele contribuiu em igualdade de condições para o pagamento, tanto da parcela inaugural como da parte financiada, o que pode ser provado pelos documentos que juntou para demonstrar a remessa do numerário à conta de J., expressamente para o fim de quitar ditas prestações; que, a partir de 1985, J. deixou de trabalhar no Banco do Brasil e ele assumiu todas as despesas com a aquisição do imóvel; que tinha uma vida em comum com o falecido J. e arcava praticamente sozinho com as despesas do lar; que, por mais este motivo, foi entabulado pelos sócios que, quando esgotado o pagamento do financiamento, J. passaria a metade do imóvel para ele,

fazendo alteração no registro imobiliário; que com a morte de J., não lhe resta outra alternativa senão buscar refúgio numa declaração judicial de existência de co-propriedade, através da qual o pai do falecido J. haverá de submeter-se à perda da metade do imóvel: (II), que, com a morte de J., as empresas faliram e as seqüelas foram suportadas somente por ele; que, imediatamente, cessou o funcionamento da empresa J.P.I.C.Ltda.; que o espólio de J. deveria arcar com a parte que lhe competia, consubstanciada em diversas parcelas trabalhistas pagas a vários empregados, débitos junto ao fisco, débitos de baixa das sociedades, pagamento de consórcios do falecido e das sociedades e dividas comerciais do relacionamento com outras empresas; (III), que somente ele prestou socorro a J. durante a sua enfermidade e custeou todas as despesas médico-hospitalares, inclusive as de funeral, pelo que deve a herança do falecido responder pela indenização ora pleiteada; (IV), que pelo fato de J. ter falecido por síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), foi criada em torno de sua incolumidade imediata suspeita, o que o levou a um completo isolamento dentro da sociedade mineira; que se não bastasse o seu próprio sofrimento e angústia, tal fato ceifou de vez toda a sua possibilidade de produção; que tudo isto provocado por ato do falecido, reclama indenização por dano moral, que a herança do *de cuius* deve responder.

Registro que em apenso ao presente feito corre ação de reintegração de posse ajuizada pelo primeiro apelante J.B.P. em face do apelante adesivo M.A.P..

A sentença que julgou as duas ações conexas tem o seguinte dispositivo: 'Quanto à ação possessória, comprovado nestes autos e reconhecido, a final, o direito do autor sobre 50% do imóvel, pela co-propriedade do imóvel, deve ser julgada improcedente, pois detém legitimamente o autor a sua posse, já que adquirido com esforço comum.

Assim, considerando o acima exposto e o mais que dos autos consta, julgo em parte procedente o pedido para conferir ao autor o direito à metade do imóvel constituído pelo apartamento nº 202, da Rua A., nº 351, com inserção do seu nome no Registro Imobiliário (3º Ofício do R.I., Matrícula xxx), além do direito ao ressarcimento de 50% dos gastos feitos com a manutenção das sociedades comerciais (docs. de fls. 103/142 e 237/250), a serem apurados por cálculo do contador e devidamente corrigidos a partir do efetivo desembolso, com juros a partir da citação, excluídos os gastos médico-hospitalares e danos morais, pelos motivos acima deduzidos.

Custas e honorários, estes à base de 20% sobre o valor da causa, recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados estes últimos entre as partes, à razão de 70% pelo réu e 30% pelo autor' (fl. 242).

Irresignados com a r. sentença - continua o r. acórdão recorrido:

'Ambas as partes dela apelaram, J.B.P., argüindo, preliminarmente, nulidade da r. sentença por negativa de prestação jurisdicional, à alegação de que o MM. Juiz *a quo* não apreciou as suas preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, de inépcia da inicial e carência de ação, nas quais apontou diversas irregularidades processuais que impediam o desenvolvimento válido e regular do processo, tais como, infringência dos arts. 292, inciso III; 295, incisos III, V e respectivo parágrafo único, incisos II, III e IV; e 301, inciso X do CPC; e no mérito, insurgiu-se contra o deferimento da meação do apartamento, alegando que o fato de terem convivido,

o apelado e J., não é suficiente para o deferimento do pleito, até mesmo porque a pretensão é amparada em instituto próprio do Direito de Família; que não existe em nosso ordenamento jurídico lei que ampare tal pretensão; que o reconhecimento de sociedade de fato para fins de partilha de patrimônio só pode ser aquela havida entre homem mulher; que o teor de decidir da r. sentença apelada atenta contra o seu direito de propriedade garantido pelo art. 5º, inciso XXII, da CF/88 e não encontra suporte legal; faz análise da prova oral demonstrando ser ela favorável à sua tese; pretende, também a reforma da r. sentença no que acolheu o pleito de indenização dos gastos que o Recorrido alegou ter feito com a manutenção das empresas T.P.P. Ltda. e J.P.I.C.Ltda., alegando que os documentos juntados às fls. 237/250, comprovando o pagamento desses gastos, na verdade só foram juntados aos autos depois de encerrada a instrução do processo; que tais documentos deveriam ter acompanhado a exordial; que sua juntada após a instrução do processo feriu o disposto nos arts. 282 e 396 do CPC; que nenhum dos mencionados documentos se refere a pagamento, feito pelo Recorrido, de débito de responsabilidade sua, por isto, não se prestam a conferir direito de indenização ou cobrança; insurge-se, finalmente, contra a parte da r. sentença que julgou improcedente a ação de reintegração de posse, alegando que o Recorrente adesivo está no imóvel a título de comodato, conforme provado com os depoimentos das testemunhas que depuseram às fls. 277, 278 e 280; que terminado o comodato com a notificação feita ao Apelado-Apelante adesivo, mesmo que se procedente o pedido de meação feito pelo Autor, ainda assim, continuaria ele esbulhando o imóvel, já que não teria 50% dele, impondo-se a procedência, por isto, do pedido de reparação de danos feito nos autos daquela ação reintegratória.

Já o inconformismo de M.A.P. com a r. Sentença apelada reside no não-deferimento de seu pedido de dano moral, ao argumento de que ensejou tal pedido o fato de ter ele sido isolado na sociedade em face da notícia de que a pessoa com a qual morava teria falecido por AIDS; que, por ter tido que cuidar de J., em razão de a família tê-lo abandonado, tornou-se pública a relação que ele e J. sempre procuraram disfarçar; que por isto, o pai de J. falhou e por isto há que arcar com a indenização por dano moral'.

A eg. 2ª Câm. Civ. do TAMG rejeitou as preliminares, deu 'provimento ao recurso do primeiro apelante J.B.P. para, reformando a r. sentença apelada, julgar improcedente a ação ordinária de reconhecimento de co-propriedade, com conseqüente pedido de alteração de registro imobiliário, c/c ação de indenização' contra ele proposta por M.A.P.' e condenou este último a pagar as custas do processo e honorários advocatícios que arbitrou em 20% sobre o valor da causa, devidamente corrigidos, e julgou procedente a ação de reintegração de posse proposta por J.B.P. contra M.A.P., assinando a este o prazo de 30 dias para desocupação e entrega ao autor, primeiro apelante do apartamento 202, situado à Rua A., n. 351, em Belo Horizonte, por ele indevidamente ocupado a partir da data do término do prazo que lhe foi assinado na notificação de fls. 27 do apenso, ou seja, a partir de 14.07.1994, condenando-o, ainda, a pagar a J.B.P. o valor da locação do referido imóvel a partir da data da propositura da ação - 30.08.1994, devendo o valor ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, com

acrécimo de juros e de correção monetária, e, em consequência, invertidos os ônus da sucumbência na ação possessória.

Opostos embargos de declaração, estes foram parcialmente acolhidos, com expresse indeferimento da preliminar de nulidade do julgamento e improvimento do agravo retido, confirmado o acórdão embargado quanto ao mais.

Irresignado o autor ingressou com recurso especial por ambas as alíneas, alegando

afronta aos arts. 159, 1.250, 1.251, 1.252, 1.363 do CC; 5º da LICC; 4º, 128, 130, 420, 459, 460 do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Pretende o reconhecimento da co-propriedade do imóvel, a indenização pelo dano moral (letra e, abaixo) e a improcedência da ação possessória, sendo que, quanto a esta, alegou cerceamento de defesa pela impossibilidade de fazer prova da existência de benfeitorias.

Sustenta: a) a relevância da união dos esforços, ainda que tacitamente avançada; b) 'mesmo num relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, se houver a confluência de esforços à formação de uma sociedade de fato, ainda que de maneira indireta, mister a divisão do patrimônio, quando de sua dissolução'; c) a co-propriedade prevista no art. 4º do CPC tem como premissa uma sociedade, resultado de um esforço comum, e que não poderia ser objetada, apenas em razão da preferência sexual dos sócios; d) tendo contribuído com numerário para a aquisição do apartamento, o recorrente não tem um mero direito creditício sobre os valores despendidos, mas direito real de propriedade sobre o imóvel, ainda que proporcionalmente à sua participação nos gastos; e) o pai que foge da difícil responsabilidade de assistir ao filho doente deve indenizar quem o substituiu nesse encargo, arcando com todos os prejuízos morais que a doença acarretou ao recorrente; f) carência da ação reintegratória, porquanto o mencionado comodato estaria em plena vigência, sendo imprópria a pretensão; g) não poderia o acórdão recorrido trancar a realização da prova pericial, que seria hábil a comprovar o direito material suscitado pela parte; h) o pedido de perdas e danos jamais poderia compreender os alugueres.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem admitiu o recurso especial, subindo os autos

a este eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar (relator):

1. A primeira questão proposta no recurso versa sobre a possibilidade de ser reconhecida a existência de sociedade de fato resultante da convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, a determinar a partilha do patrimônio adquirido durante esse tempo.

Dispõe o art. 1.363 do CCivil: 'Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns'.

Tratando-se de união heterossexual, a jurisprudência tem reconhecido o direito de a companheira - que contribuiu, seja com a renda do seu trabalho produtivo ou com o fornecimento de recursos próprios, seja mediante a prestação de serviços

domésticos - receber parte do patrimônio que se formou graças a essa conjugação de esforços, destinados a garantir uma situação econômica estável.

Examinando os julgados que enfrentaram a questão, desde os primórdios do surgimento dessa orientação jurisprudencial, vê-se que o eg. STF, em repetidas ocasiões, ao aplicar a Súmula 380, reafirmou o seu entendimento de que 'a sociedade de fato, e não a convivência *more uxorio* é que legitima a partilha de bens' (RE 84969/RJ - RTJ 80/260; RE 81099/MG, RTJ 79/229). Nesse último recurso, o em. Min. Moreira Alves enfatizou a diferença que deve ser feita entre 'a sociedade de fato (que é de caráter puramente patrimonial) e comunhão de vida' (RTJ 79/229).

Neste Superior Tribunal de Justiça persistiu o mesmo entendimento, acentuando-se a sociedade de fato como pressuposto para o reconhecimento do direito à partilha do patrimônio comum dela resultante (REsp 45886/SP, 4ª Turma, rel. em. Min. Torreão Braz), constando da ementa do REsp 4599/RJ:

'A criação pretoriana inscrita no verbete de nº 380 da Súmula do STF tem por referência os art. 1363 de 1366 do CC; os efeitos patrimoniais, ali descritos, decorrem do direito das obrigações' (3ª Turma, rei. em. Min. Nilson Naves).

Foi só mais tarde, com a evolução do direito de família, especialmente após a Constituição de 1988, que o tema passou a ser tratado como uma questão familiar.

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: 'Oui, monsieur, l'amour'. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

O v. acórdão recorrido admitiu 'ter o autor dividido por longos anos o mesmo teto com J., de ter sido sócio dele nas três empresas de que dão notícia os documentos de fls. 27/35 e de ter mantido com ele conta-conjunta na Caixa Econômica Federal nos anos de 1983 até 1985' (acórdão, fl. 315), além de integrarem a prova documental oito (8) comprovantes bancários ("doe"), 'constando como remetente o apelante adesivo (autor da ação) e favorecido J.A.P. e trazem a anotação de se destinarem a pagamento de prestação de compra de

imóvel' (acórdão, fl. 314). Houve, portanto, a colaboração direta do autor, com recursos próprios e com participação pessoal nas empresas que ambos os parceiros constituíram, a evidenciar a presença daquela 'combinação de esforços' para o fim comum de alcançarem meios para manutenção da convivência na qual ambos estavam envolvidos.

É certo, como constou do duto voto do em. Dr. Carreira Machado, que do fato de duas pessoas do mesmo sexo dividirem o mesmo teto, não importa por quanto tempo, não resulta direito algum e não cria laço senão o da amizade. Porém, se em razão dessa amizade os parceiros praticam atos na vida civil e adotam reiterado comportamento a demonstrar o propósito de constituírem uma sociedade com os pressupostos de fato enumerados no art. 1363 do CCivil, um de natureza objetiva (combinação de esforços) e outro subjetivo (fim comum), impende avaliar essa realidade jurídica a lhe atribuir os efeitos que a lei consagra. É certo que o legislador do início do século não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo podem reunir esforços, nas circunstâncias descritas nos autos, na tentativa de realizarem um projeto de vida em comum. Com tal propósito, é possível amealharem um patrimônio resultante dessa conjunção, e por isso mesmo comum. O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade. Na sua dissolução, cumpre partilhar os bens.

Poder-se-ia duvidar da presença do 'fim comum' a que deveriam estar apostos os parceiros quando trataram de adquirir o imóvel objeto da ação. Os autos revelam e o mesmo r. acórdão assevera (fl. 321) que foi o autor quem se desvelou nos cuidados com o companheiro durante a longa e devastadora enfermidade (AIDS), prestando o auxílio que a família recusou, e também foi ele quem suportou em parte (fls. 315) a cobrança dos débitos remanescentes das empresas que administravam em conjunto. É razoável concluir, portanto, que os parceiros estavam determinados à mútua assistência, a qual foi efetivamente prestada pelo ora autor e recorrente, servindo-lhe de lastro para essa assistência o patrimônio formado pelo esforço comum.

O recurso pode ser conhecido pela alínea a, uma vez que a regra do art. 1363 do CCivil, malgrado não mencionada expressamente no r. acórdão, teve sua incidência denegada no caso dos autos. Conhecendo do recurso, dou-lhe nessa parte provimento, pois os fatos admitidos nas instâncias ordinárias permitem se reconheça a existência de uma sociedade celebrada entre o recorrente e J., tendo sido o apartamento da Rua A. adquirido pelo esforço de ambos, e assim reconhecer o direito do autor à metade daquele bem.

2. Como consequência do reconhecimento da propriedade comum do apartamento que está sendo ocupado pelo autor para sua residência, o que já acontecia antes do falecimento do parceiro, está ele exercendo a posse em razão de direito que lhe resulta da comunhão, sem cometimento do alegado esbulho. Portanto, nessa parte deve ser restabelecida a sentença de improcedência da ação possessória. Com isso, fica prejudicado o tema da nulidade do processo por cerceamento de defesa, e bem assim a condenação do recorrente ao pagamento dos aluguéis pela ocupação do imóvel.

3. O recorrente não tem razão, porém, quando pleiteia indenização pelos danos morais sofridos pelo fato de ter assistido o doente sem a colaboração do pai, recaindo unicamente sobre o autor o desgaste emocional e social inevitavelmente associado à AIDS. A pretensão não tem nenhum amparo. O fundamento do pedido estaria na omissão do pai do doente, conduta culposa que ensejaria a incidência do art. 159 do CCivil, suporte legal invocado pelo autor, nesse ponto.

Ora, é bem evidente que a situação de dor e de constrangimento a que ficou exposto o autor decorreu exclusivamente da sua opção de vida, inexistindo qualquer vinculação causal entre o comportamento omissivo do pai - fato reconhecido pelo acórdão - e o alegado dano sofrido pelo recorrente. Não reconhecida a existência do nexa de causalidade, inviável o conhecimento do recurso tocante à verba indenizatória por dano moral.

4. Posto isso, conheço em parte do recurso, pela alínea a, e nessa parte lhe dou provimento para reconhecer o direito de o autor receber em partilha a metade do imóvel descrito na inicial, com procedência parcial da ação ordinária e improcedência da ação possessória. O réu pagará integralmente as custas da ação possessória e 213 das custas da ação ordinária, cabendo ao autor o restante 113 destas. O réu fica condenado a pagar honorários em favor do patrono do autor da ação ordinária e réu na ação possessória, os quais são arbitrados em 15% do valor atualizado da metade do imóvel em causa, ai já considerada a sucumbência parcial na ação ordinária e a improcedência da ação de reintegração de posse.

É o voto.

VOTO

O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

O tema posto a apreciação e julgamento, sem dúvida alguma, é dos mais atuais e relevantes.

A, propósito, vale lembrar que em 1990 foi trazido a este Tribunal um caso onde também se examinava o tema da repercussão patrimonial no relacionamento homossexual masculino, o qual, no entanto, não ultrapassou a esfera da decisão monocrática, uma vez que, desprovido o recurso de agravo, transitou em julgado a decisão. Isso se deu no Agravo nº 2.445-RJ, de que fui relator (DJ de 19.4.1990).

Por outro lado, além do evidente interesse no tema, tanto assim que há, inclusive, projeto tramitando no Congresso Nacional, com noticiário sempre presente na mídia e debates entre especialistas, é de considerar-se que estamos vivendo um momento extremamente fecundo no que diz respeito ao Direito de Família, o que se dá em decorrência de mudanças que vêm da legislação - no Brasil tais mudanças se fazem inclusive no campo do Direito Constitucional, com alterações havidas no próprio texto constitucional, pela adoção dos princípios da igualdade jurídica dos filhos e dos cônjuges -, mas também por evolução da própria ciência, a exemplo do que ocorre com o DNA, com a fecundação *in vitro*, etc., e pelas mudanças comportamentais na sociedade contemporânea.

Estas considerações, Sr. Presidente, que estou a fazer, na realidade não têm maior pertinência, a meu sentir, no caso concreto, pois são próprias do Direito de Família, enquanto que a questão a decidir é de natureza patrimonial, vinculada ao Direito das Obrigações, tanto assim que não foi examinada, em segundo grau, no

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, competente para os processos de Direito de Família, mas sim no Tribunal de Alçada daquele Estado.

Outro aspecto a ser levado em consideração, a respeito, é que o objeto litigioso deduzido em Juízo, por mais relevantes que sejam considerações paralelas, diz com o direito obrigacional. Com efeito, embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca da felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao Direito obrigacional.

Se assim é, se estamos examinando a causa sob o prisma do Direito patrimonial, é de convir-se que já há uma farta jurisprudência neste Tribunal a subsidiar a matéria, pouco importando que a causa envolva relacionamento homem/mulher, homem/homem ou mulher/mulher. Logo, temos que enfrentá-la sob o ângulo do Direito obrigacional. E, nesse campo, como demonstrou o Ministro Relator, pode-se trazer não só a jurisprudência que se formou inicialmente no Supremo Tribunal Federal, na vigência do sistema constitucional anterior, como também a firme jurisprudência deste Tribunal, que tem sido enfática em afirmar que, rompida a sociedade de fato, há proteção jurídica aos interessados que nela estiveram envolvidos, inclusive para evitar o enriquecimento sem causa.

Dentro desse prisma, não vejo como não acolher a pretensão, conhecendo em parte do recurso para, com base no artigo 1.363 do Código Civil, uma vez reconhecida nas instâncias ordinárias a sociedade de fato, deferir o pedido no que tange à ação ordinária.

Também indefiro o dano moral e dou por improcedente a pretensão no que concerne à ação possessória.

Em conclusão, acompanho o Sr. Ministro Relator, inclusive quanto à distribuição dos ônus da sucumbência,

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro:

Srs. Ministros, acompanho inteiramente o Sr. Ministro-Relator, tal como acabou de fazer o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Quanto à questão central, ou seja, a possibilidade de haver o reconhecimento de uma sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, advindas daí conseqüências de caráter puramente patrimonial, penso que não há dúvida a respeito, inclusive em face da jurisprudência emanada não só desta Corte, como também do Supremo Tribunal Federal.

O princípio é o de que se os dois conviventes amealharam o patrimônio comum, ao tempo da ruptura dessa sociedade de fato, há que se proceder à partilha na proporção da contribuição de cada qual.

No ponto alusivo à matéria de direito ocorreu a vulneração inegavelmente do art. 1.363 do Código Civil. Penso, ainda, que não há que se falar no caso em reexame de matéria de fato, uma vez que a base empírica da lide, tal como teve ocasião de lembrar o ilustre Relator, foi recolhida das assertivas constantes do próprio acórdão recorrido, em que se admitiu ter havido a contribuição pessoal, direta e efetiva, do *de cuius*, na formação do patrimônio comum.

Afinal, ponho-me de acordo na questão relativa à indenização por dano moral, uma vez não configurados os seus pressupostos, assim como na parte atinente à distribuição dos encargos da sucumbência.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Senhor Presidente, Roberto Rosa, no seu *Direito Sumular*, ao tecer comentários sobre o enunciado nº 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, 'comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum', observa que a jurisprudência do STF não pretendeu dar foros de legalidade ao concubinato, mas apenas reconhecer as conseqüências advindas dessa união, principalmente quando haja pretensão de auferimento de vantagens conquistadas pelo esforço de ambos os cônjuges.

Daí a afirmação de Orosimbo Nonato, no RE nº 9.855, de ser possível reconhecer, sem ferir a lei, uma comunhão ou sociedade de fato do homem com a sua concubina. Essa sociedade pode derivar de interesses, esforços e contribuições na formação de um patrimônio, dispensando forma especial.

Colaciono tais considerações porque elas, a meu sentir, se ajustam, com acurada harmonia, ao tema ora posto em tablado, tendo-se em conta que o reconhecimento da partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos significou, à época, uma posição progressista, uma tomada de consciência daquela colenda Corte para com os fatos da vida, que, de tão nítidos e freqüentes, já não. Mais podiam ser tangenciados, sob pena de deixar o magistrado na desaconselhável posição de julgar com as janelas fechadas para a realidade.

Agora, tirante o fato - relevantíssimo, é certo - de que a sociedade de que se cogita é formada por pessoas do mesmo sexo, tudo o mais tem os mesmos contornos em que se inseriu, à época, aquela situação dos concubinos inspiradora do verbete sumular acima anunciado: a sociedade de fato, o patrimônio formado pelo esforço comum e o afeto recíproco que parecia haver entre os agora recorrente e recorrido.

Ora, dessa situação em exame, o que se busca extrair é apenas o que seja atinente a direitos patrimoniais. Nada se questiona com referência a efeitos familiares.

Creio já ser chegada a hora de os Tribunais se manifestarem sobre essa união, pelo menos nos seus efeitos patrimoniais, uma vez que não podemos deixar de reconhecer a freqüência com que elas se formam, por isso mesmo que tenho corno de bom alvitre sinalizarmos para a sociedade brasileira - e especialmente para os que vivem em vida semelhante à que tiveram recorrente e recorrido - quais os direitos que possam ser decorrentes dessa sociedade de fato.

Por tudo isso é que, atento-me apenas aos aspectos puramente patrimoniais, que é apenas o que ora se questiona, mas sem perder de vista a motivação com que foi criada essa sociedade de fato, de que são resultantes os benefícios postulados, estou, em tudo e por tudo, acompanhando o que foi sábia e exaustivamente exposto pelos eminentes ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro, tanto para conferir ao recorrente os benefícios patrimoniais decorrentes dessa união quanto também no que seja referente à sucumbência, e ainda para excluir de sua pretensão os danos morais, que não vejo como tê-los existente, uma vez que ausentes aqueles pressupostos indispensáveis para a sua concessão.

Destarte, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, lhe dou provimento.

11. Justiça Federal – 10ª Vara/RS

Processos n. 96.000.2030-2 e 96.0002364-6

Juiz: Roger Raupp Rios

Autores: R.P.C. e I.S.R.

Rés: CEF e F.E.F.

Data do julgamento: 09/07/96

SENTENÇA

1. Ação Ordinária nº 96.0002030-2

R.P.C. e I.S.R. ajuizaram a presente ação ordinária contra a C.E.F. e a F.E.F., requerendo, cumulativamente, (1) a declaração da existência de união estável entre si, e (2) a condenação das rés à admissão do segundo autor como beneficiário do Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS e como participe da Funcef.

Historiaram viver há sete anos forte relacionamento amoroso, dividindo casa, cama, despesas, alegrias e tristezas, à semelhança das relações heterossexuais concubinárias.

Relataram sua contaminação pelo vírus HIV (razão pela qual o primeiro litisconsorte obteve aposentadoria e o segundo hoje a pleiteia), circunstância que fez R. pleitear, junto à CEF (de quem fora empregado antes de inativar-se), a inclusão de I. no aludido plano de saúde, na condição de dependente. Isso em virtude do desamparo sofrido por I. seja pela qualidade da rede pública de saúde, seja pela inacessibilidade financeira à rede privada.

Seu pedido foi negado pela CEF. Argumentou a instituição que a lei veda o reconhecimento da união estável neste caso, uma vez que esta só é possível em se tratando de pessoas de sexos opostos.

Sustentou a petição inicial, em favor dos pedidos formulados, a necessária sensibilidade que o ordenamento jurídico deve ter para com as relações homossexuais, há muito existentes e afastadas, oficialmente, das relações de doenças. Mencionou a existência de projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (Nº 1.151195, de autoria da Deputada Marta Suplicy), visando ao reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo. Argumentou com a vida, liberdade e igualdade assegurados no artigo 59 da Constituição de 1988, bem como com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Noticiaram ter a Universidade Federal da Bahia reconhecido a inclusão de pessoa do mesmo sexo em plano de saúde, na condição de companheiro, em 1994.

Citaram jurisprudência, consubstanciada no deferimento de alteração de registro civil em decorrência de cirurgia, no reconhecimento de direitos sucessórios a companheiro do mesmo sexo, no reconhecimento de união estável.

Juntaram, às fls. 16130, documentos e fotografias demonstrando sua vida íntima do companheiros, acontecimentos familiares e sociais e correspondência. As fls. 31/48, diversos comprovantes de residência. As fls. 49/52, documentação relativa à contaminação de I. pelo vírus HIV. À fl. 53, comprovante de requerimento da motivação do indeferimento da inclusão do autor R. no mencionado plano de saúde; à fl. 54, resposta à consulta formulada. Às fls. 55/57, documentação

relativa à inserção de companheiro homossexual no plano de saúde da UFBA. As fls. 58/59, projetos de lei referentes à matéria; à fl. 60 texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos. As fls. 61/65 e 67/69, matérias jornalísticas sobre o tema. Às fls. 66, 70/71, referências de decisões judiciais relacionadas. As fls. 72/74, documentação relativa ao plano de saúde. Às fls. 76/81, receituários médicos indicados aos dois autores.

Foi requerida a antecipação da tutela jurisdicional, indeferida à fl. 83.

Citada, a CEF ofereceu defesa, alegando, preliminarmente: (1) inadequação da ação declaratória, visto que o pleito é condenatório; (2) impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a Constituição só admite a união estável entre homem e mulher.

No mérito, repisou sua argumentação no sentido da impossibilidade do reconhecimento de união estável entre dois homens, pois que o artigo 226, parágrafo 31, exige a presença de homem e mulher. Arrolou, nesse sentido, a legislação infraconstitucional (Lei nº 8.213/91, artigo 16,1, parágrafo 3º; Lei nº 8.971/94, art.12). Trouxe doutrina em favor de sua tese, sempre afirmando a necessidade de união entre pessoas de sexos opostos.

Com relação ao plano de saúde, aduziu que a inscrição como dependente só é admitida em se tratando de companheiro ou companheira (item 4.1.1. da regulamentação pertinente).

Por fim, invocou seu dever de obediência ao princípio da legalidade, pelo que, tendo a legislação limitado a união estável, não pode decidir de forma diversa.

A F.E.F., ao apresentar sua defesa, declinou os fatos donde exsurge o litígio, sustentou que a insistência dos autores em manter um relação homossexual nos dias de hoje (em que presente o vírus HIV) revela negligência, pois demonstra desamor para consigo mesmos e despreocupação com sua saúde, configurando '... um relacionamento consabidamente suicida.' (Fl. 100). No mérito, sustentou que seu Estatuto exige, para o ingresso de dependentes, a indicação do associado e a admissão, pelo órgão previdenciário oficial, do indicado como dependente. Desse modo, ficaria inviabilizada a inscrição do segundo autor, porquanto a legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91, art. 16) só considera companheiro pessoa de sexo oposto.

Às fls. 10/1120, juntadas cópias do Estatuto da segunda ré. Intimadas as partes para requererem produção probatória, pleiteou a Funcef expedição de ofício à autarquia previdenciária, pretensão indeferida mediante fundamentada (e irrecorrida) decisão à fl. 137. A CEF nada requereu.

Falando sobre as contestações, repisaram os autores os termos da inicial, juntando, após, notícia de jornal e cópia de decisão proferida na Justiça Estadual (fls. 130/133 e 139/145).

Vieram os autos conclusos para sentença.

2. Ação cautelar incidental nº 96.0002364-6

Incidentalmente requereram os autores, contra os mesmos demandados na ação ordinária, a inclusão de I. como dependente de R. no plano de saúde da CEF.

Sustentaram a plausibilidade de seu direito reproduzindo os termos da ação ordinária; o perigo da demora, por sua vez, na sua situação de portadores que já desenvolvem a aludida síndrome, circunstância que, inclusive, acena com a possibilidade de falecimento até decisão final no feito principal.

A medida liminar foi deferida em decisão arrazoada às fls. 14/17, para o fim de autorizar o segundo autor a usufruir dos benefícios relativos ao Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS, durante a tramitação do feito, nos termos do regulamento (na condição de dependente do autor X).

Contestando, a Funcef argumentou com a inexistência de direito a amparar a pretensão dos autores, fundando-se nos motivos já relatados quando do exame da ação ordinária.

A CEF, a seu turno, sustentou, preliminarmente: (1) a inadequação de tutela cautelar em se tratando de pretensão de natureza declaratória; (2) a impossibilidade jurídica do pedido, face à definição constitucional de união estável. No mérito, aduziu: (1) a ação cautelar visa proteger a integridade do processo principal, não do direito ali discutido; (2) a inviabilidade da antecipação da tutela por via cautelar; (3) a inexistência da fumaça do bom direito, repetindo os termos da fundamentação ofertada na contestação da ação ordinária; (4) não vislumbrar probabilidade de dano que venha interferir ou impedir a eficácia da decisão do processo principal; (5) seu sujeição ao princípio da legalidade.

A liminar concedida na ação cautelar foi mantida, seus efeitos suspensos quanto ao ingresso no Plano de Saúde até oferecimento de caução, conforme decisão à fl. 82.

Intimadas às partes para requererem dilação probatória, permaneceram silentes, vindo os autos conclusos para sentença.

É o relatório das duas ações. Cuidando-se de feitos conexos, passo a decidi-los conjuntamente. Preliminarmente, tenho que a demanda, ora ajuizada sob a alcunha de 'declaratória' apresenta, na verdade, cumulação de pedidos, visto que propõe um pedido declaratório e um pedido condenatório independentes entre si; tal realidade, todavia, e ao contrário do entendimento das rés, não tem o condão de macular a presente relação processual.

Vejamos.

O direito subjetivo, categoria essencialmente estática, uma vez dotado de exigibilidade (pretensão de direito material), faz nascer, se resistida esta, a ação de direito material, que corresponde, exatamente, a um agir com vistas a realizar o direito, independentemente de atos de colaboração daquele em face de quem é estatuído o dever. Na grande maioria dos casos, o Estado, justamente para evitar a tutela privada, a justiça de mãos próprias, retira da ação de direito material seu feitiço original (qual seja, o de ser o exercício do ofendido contra o próprio ofensor buscando realizar o seu direito subjetivo) encampando-a, estatalizando-a; fá-lo por meio da criação de um direito subjetivo contra o Estado consubstanciado, exatamente, no dever do Estado de prestar a jurisdição, monopólio seu.

Nessa linha, uma vez perfectibilizada a *relação processual*, resplandece, pois, *uma relação jurídica de direito público*. Com efeito, 'dai considerare la giurisdizione, anche in materia civile, come funzione pubblica, si desume la necessita tecnica di dare ai giudice tutti i poteri ocorrenti per poter attivamente cooperare alia sodisfazione deli'interesse pubblico che anche nei processo civile é in giuoco; e basta il riconoscere il carattere pubblico delia funzione giurisdizionaie' (Piero Calamandrei, *Opere Giurídicha*, vol. IV, p. 215).

De fato, é o processo uma relação jurídica de direito público que a si chama a incidência dos princípios informadores do *due process of law* capitulados em

nossa Constituição de 1988, notadamente aqueles da ampla defesa, da igualdade das partes, do contraditório, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação das decisões judiciais, da segurança jurídica, da efetividade da prestação jurisdicional. Acresce-se, pois, ao conflito social, quando carreado ao veredito estatal, uma gama de princípios que haverão de pautar a conduta dos sujeitos do processo de forma a, de uma maneira consentânea com os ideais do Estado Democrático de Direito, conseguir-se, de modo efetivo, real, substantivamente obedecendo aos meios e aos fins engendrados pela Constituição, a devida prestação da tutela jurisdicional.

Portanto, se há de trilhar o arcabouço processual sempre tendo-se em mira os princípios fulcrados na Lei Maior, buscando-se, pois, harmonizar as interpretações da legislação infraconstitucional com a inspiração, meios e objetivos elencados no vértice do ordenamento jurídico, e jamais o contrário. Dizia Eduardo J. Couture: .sistema legal é, pois, um sistema de princípios que constituem uma espécie de esqueleto, a estrutura rígida e interna da obra, seu arcabouço lógico, sobre o qual se ordenam os detalhes da composição. A lei processual é a lei que determina as minúcias por meio das quais se realiza a justiça. Toda lei processual, todo texto particular que regula um trâmite do processo é, em primeiro lugar, o desenvolvimento de um princípio processual; esse princípio é, em si mesmo, um partido adotado, uma escolha entre vários postulados análogos feita pelo legislador para assegurar a realização da justiça, enunciada na constituição' (*Interpretação das Leis Processuais*, p. 40, Ed. Forense, 2º, ed., 1 993).

Não é outro, também, o ensinamento do Juiz Teori Aibino Zavascki em seu *Antecipação de tutela a colisão de direitos* (Revista *Ajuris* nº 64); em verdade, assevera o nobre magistrado que 'a exegese do Direito ordinário, para ser segura e adequada, impõe que se dê atenção às raízes de natureza constitucional da norma interpretada. Isso por duas razões básicas. Em primeiro lugar, porque, como é de geral conhecimento, é a Constituição que dá unidade ao sistema jurídico, que estabelece seus princípios básicos, que fixa os direitos fundamentais. Por isso mesmo, as regras positivadas pelo legislador ordinário somente serão válidas quanto compatíveis com os preceitos constitucionalizados, e a interpretação e a aplicação delas deverá dar-se de forma a que os resultados não só sejam compatíveis com os princípios da Constituição, mas que representem a mais fiel concretização dos valores constitucionais. E, em segundo lugar, porque as normas da legislação infraconstitucional exercem, em muitos casos, a função de concretização e de harmonização de direitos fundamentais' (p. 395-396).

Nesse contexto, o juiz deve, necessariamente, agir com vistas a prestar jurisdição de forma a otimizar maximamente os princípios constitucionais do processo, moldando nos suportes fáticos das leis processuais o norte emanado na Constituição, fazendo valer, nas especificidades do caso a ele apresentado, os desideratos maiores contidos na Carta Política, para que, enfim, atinja-se o escopo sócio-político-jurídico para o qual se deve converter toda e qualquer relação processual. Dai, então, as razões por que se faz compreensível o princípio da instrumentalidade do processo, verdadeiros olhos que permitem ver a substância das coisas por trás das formas, que lá descobrem uma realidade que em nada ofende à essência da relação processual, sobejando respeitados os

direitos constitucionalmente assegurados de autores e de réus, e, acima de tudo, sobejando intacta a função jurisdicional na sua incansável busca de efetivamente prestar justiça. Neste tópico, excele a lição de Cândido Rangel Dinamarco, no n. 45 das 'Conclusões' de sua obra *A Instrumentalidade do Processo*: 'a instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (escopos do sistema); infunde-se com a problemática da "efetividade do processo" e conduz à assertiva de que 'o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídico, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais". (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 319).

Aliás, antes de simplesmente enveredar para julgamentos precipitados calcados em um formalismo perdido em si mesmo, deveras injustificado, impõe-se procurar desnudar, nas formas desatendidas, prejuízo àquelas garantias e direitos, constitucionalmente firmados, infraconstitucionalmente esmiuçados; caso, todavia, inexista violação mínima, resguardadas às razões da legalidade, não há que se julgar com base na fria expressão legislativa *de per se*. há que se julgar, isso sim, com base na viva expressão legislativa recheada pelos valores e princípios constitucionais, desenvolvendo interpretação teleológica e sistemática, máxime que é verberada no 'princípio do prejuízo'.

E, indubitavelmente, a jurisprudência é sensível a tais funções institucionais a que visa atingir o processo, interpretando suas leis delineadoras de forma a dar guarida aos princípios maiores. Para tanto, basta lembrar da festejada aplicação do princípio da fungibilidade em matéria de recursos, bradada já em não poucas vezes pela nossa Corte Nacional, que, em assim procedendo, faz por proteger à própria jurisdição de pecados veniais incapazes de produzir prejuízo às partes e/ou ao Estado-Juiz. Disse o STJ:

'Recursos. Fungibilidade. Agravo não conhecido por ter-se como cabível a apelação. Não se tendo afirmado haver o recorrente agido de má-fé, ou em virtude de erro grosseiro, impõe-se a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos" (STJ - 3ª Turma - REsp 11.336-SP - rel. Min. Eduardo Ribeiro).'

Inspirado nessa realidade sócio-político-jurídica, passo ao exame das peculiaridades do presente tópico.

Ocorre, na espécie preliminar levantada a prumo, que o autor cumula, autonomamente, pedidos declaratório e condenatório, equivocando-se na denominação da ação.

Já sustentara Chiovenda: 'a declaração de querer atuada uma vontade concreta de lei compreende a designação do bem a que se aspira e das razões pelas quais se pretende tal bem garantido pela lei (*petitum e causa petendi*, supra, ns. 110 e 111). A esta exposição apenas é essencial a indicação do fato jurídico. Costuma ser implícita à demanda a indicação da norma abstrata que se afirma aplicável no caso concreto, e não é *necessário* que seja *expresse*, porque o juiz conhece o

direito (*iura novit curia; narra mihi factum; narro tibi ius*): supra, n. 111; adiante, n. 261. *Muito menos é necessário a indicação de determinado nome da ação (editio actionis)* (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 299).

De fato, erro quanto ao *nomen iuris* da ação intentada não perfaz vício apto a gerar nulidade do feito ou a gerar qualquer outra coisa que impeça de conhecer o mérito. *Narra mihi factum; dabo tibi iuris*. Todavia, e movido pela compreensão do processo como a sede do extravasamento das garantias do *duo process of law* constitucionalmente assegurados, norte por que se há de guiar o 'interprete na interpretação das leis processuais com vistas à escorreita e efetiva prestação jurisdicional, entremostra-se indispensável que tal equivoco não repercute dano ao exercício da ampla defesa. Calamandrei sabiamente sugerira que o processo se aproximasse à simplicidade e à singeleza, de forma a que, e desde que, permitisse lealmente a todos os sujeitos nele envolvidos devidamente entenderem-se: 'tutte le innovazioni di cui finora si é pariato si risolvono, in fin dei conti, in un ritorno dei processo alia semplicità ed alia naturalezza: *ridotti ai minimo gli schermi dei formalismo, si mira a rimettere in diretto contatto, in modo che possano rapidamente e lealmente intendersi, gli uomini che prendon parte al dramma givridizario, il giudice a i giudicabili, i magistrado a i defensor?*' (Ob. Cit., p. 232) - grifei. Que todos lealmente se entendam; possibilite-se, assim, o exercício da mais ampla defesa possível. Reiteram-se julgamentos neste sentido: 'A concisão e incompleta fundamentação não caracterizam a inépcia da petição inicial, desde que o réu, em ampla defesa, estabeleceu todos os aspectos de forma. O requisito, como a exposição dos fatos, está relacionada com a possibilidade do amplo exercício da defesa. Caracterizada a última possibilidade, a inicial não é defeituosa. (AgP 22604, Rei. Emílio A. Maya Gischkow, RF 251/319)

'Processual civil. Pedido genérico. Admissibilidade. Código de processo Civil, artigo 286, II.

Admite-se o pedido genérico, segundo os termos do artigo 286, II, do CPC, quando se sabe o *an debeat* (o que é devido), mas não o *quantum debeat* (o quanto é devido) (Moacyr Amaral Santos). *Doutra parte, não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa*'. (STJ, REsp 20923/92-SP, rei. Ministro Demócrito Reinaldo)

'Não se considera pedido genérico que, embora deficientemente formulado, permita correta compreensão do seu alcance.' (RJTJESP 95/277)

E, no caso concreto, embora os autores tenham erroneamente nominado o presente feito (designaram-no por 'declaratória'), tal equivoco não elide haver, na espécie, a cumulação de um pedido declaratório com um pedido condenatório, independentes entre si, e não representa, igualmente, nenhuma afronta ao exercício da defesa levada a efeito pelas rés.

É extreme de dúvidas que, além do pedido declaratório, almejam os autores, também, provimento condenatório com vistas a que fossem os réus determinados a operar a inclusão do autor I. nos planos de saúde. Isto é o que claramente se depreende à fl. 11 da vestibular - 'DO PEDIDO':

a) determinando, como consequência, a inclusão do Autor I., como dependente de R., no Plano de Saúde da Ré CEF, para que usufrua todos os benefícios do *Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS*, conforme previsto no regulamento do mesmo (doc...), item '2' - *DOS BENEFICIÁRIOS; 2.1.2 - São Dependentes Diretos*, b; determinando, também, o cadastramento como dependente da Ré F.E.F. conforme docs. N^{os}. 72 a 74'.

Na linha do que decidira o Egrégio Superior de Justiça, o 'pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos'(RESP 76.153/SP, DJU 05.02.96). E, na espécie, além de, como acima se viu, ser claro e inequívoco o pedido condenatório cumulado, do exame do corpo da exordial bem se pode perceber, também, tal pretensão condenatória, vale dizer, bem se pode perceber tais desideratos de ver o autor I. usufruir os benefícios de ditos plano de saúde e previdência privada, consoante se denota desta passagem à fl. 03:

'... desta forma, assistindo seu companheiro padecer em filas e ver a progressão da moléstia pela depressão na insegurança do futuro, tanto na sobrevivência, como nos necessários cuidados médicos, visto ser o HIV imunodepressivo, entendeu o a. R., através de sua procuradora, requerer extrajudicialmente junto à Ré CEF, dependência do a. I. em seu plano de saúde' (doc. N^o 52)

'Em atenção ao requerimento referido no item '05' acima, a CEF informou da impossibilidade no seu atendimento, pois apesar de desprovida de preconceito, estava seguindo o preceito legal em seu conceito de união estável, onde deixa claro a necessidade de convivência entre pessoas de sexos opostos, (docs. N^o 53).

'Assim, restou negada a única via de um tratamento de saúde digno, condizente com o mal que os assola'.

E, indubitavelmente, bem compreenderam os réus conter a vestibular pedido condenatório cumulado, independente do pedido declaratório; como irretorquivelmente se lê na contestação da CEF, são as palavras da ré, 'os pedidos condenatórios efetuados nessa ação declaratória são juridicamente impossíveis' (fi. 92). Em outra passagem de sua contestação (fi. 93), relatara a CEF que 'os autores pleiteiam a inclusão do sr. 1. como dependente do sr. R. no Programa de Assistência Médica Supletiva da CEF'.

Noutro lanço, não difere, também, a correta compreensão que ao pedido condenatório cumulado dera a FEF. Como contido em sua contestação, luzentemente se percebe que a FEF atinou facilmente a natureza condenatória dos pedidos formulados pelos autores. Lê-se à fl. 194:

"A improcedência da ação se impõe em razão do constante no Estatuto da Instituição,-bem como no seu Regulamento dos Planos de Benefícios - REPLAN.

'Um e outro vinculam a possibilidade de ser admitido dependente, aquela pessoa que o associado indicar e que nesta condição figurem como dependente no órgão oficial da previdência.

'Como visto, impossível a admissão de dependente, que sendo do mesmo sexo, pretende ser admitido pelo fato de que tem vida em comum com o segurado, pois a Constituição Federal reconhece como união estável, aquele relacionamento

entre pessoas de sexos opostos, portanto heterossexuais, e não relacionamento entre homossexuais' (sic).

Ora, resta demonstrado cabalmente que o pedido condenatório cumulado era claro, manifesto, evidente e inequívoco, não sobrando arranhão, mínimo que seja, na defesa exercida pelas rés; e, tanto tudo isso é verdade, que do pedido condenatório cumulado se defenderam, explicitando reiteradamente as razões por que não incluíram o querelante nos seus respectivos planos de saúde, como visto; ademais, chegaram a até (preliminar de que verso no momento) alegar que a via declaratória utilizada pelos autores seria inadequada ao pedido condenatório cumulado.

Portanto, deduzira-se perfeitamente a pretensão condenatória dos autores, permitindo-se às rés o exercício da ampla defesa; logo, não há razão para negar aos autores se adentre no mérito da demanda só porque rotularam erroneamente a ação, pena de ir de encontro à efetiva prestação jurisdicional prometida pelo Estado, pena de ser desarrazoado com o princípio da instrumentalidade das formas, pena de ser absurdo e contraproducente. Não importa, no caso, se o nome que se deu à ação tenha sido 'declaratória'; importa, isso sim, a real natureza da demanda intentada. Com efeito, tal entendimento já recebera, outrossim, a chancela do e. Ministro Hélio Mosimann no voto proferido no REsp 3.901 -RS (RSTJ 231244); disse o magistrado: 'certo que a ação, pouco importando o nome com que foi batizada, seguiu o procedimento comum ordinário. E se os postulantes cumularam pedidos declaratório e condenatório nada impedia a prestação jurisdicional, desde que tenham deduzido de maneira clara e inequívoca sua pretensão (T. Negrão, CPC, 190 ed., pág. 63)". Orientação, ademais, que já merecera venerável veiculo noutro aresto daquela Corte:

'Nada veda que a declaratória seja ajuizada em conexão com pedido constitutivo ou condenatório. O nome com o qual se rotula a causa é sem relevância para a ciência processual' (RSTJ 371368).

Afasto, outrossim, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pedido de declaração da união estável entre os autores é matéria de mérito.

Consoante nos ensina José Maria Rosa Tesheiner, 'a idéia de possibilidade jurídica como condição da ação se deve a Liebman que, entretanto, na terceira edição de seu *Manual* a abandonou, subsumindo-a no interesse de agir. Ele conceituara a *possibilidade jurídica como admissibilidade em abstrato do provimento solicitado*, isto é, ser este um dentre os que a autoridade judiciária pode emitir, *não sendo expressamente vedado*' ('Elementos para uma teoria geral do processo', p. 113). Dessa forma, pode-se dizer "que o pedido é possível juridicamente quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Em outras palavras, *pedido possível é aquela que é permitido ou, ao menos, não proibido pela lei*" (Nelson Nery Júnior, 'Condições da Ação', RP 64/17); ou ainda: "pela possibilidade jurídica, indica-se a *exigência de que deva existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providencia como a que se pede através da ação*" (Humberto Theodoro Júnior, *Processo de Conhecimento*, p. 71) - Grifei.

Como lecionara Walter Nunes da Silva, 'a fim de verificar a adequação da pretensão ao direito material, o juiz não precisa adentrar na análise do mérito. Basta, tão-somente, analisar se a pretensão é possível de ser atendida'

(Condições da Ação a Pressupostos Processuais, RP64/76). Nessa linha já decidira o STJ:

‘Impõe-se não confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o *meritum causae*. Em tese, nada impede ao contratante postular em juízo o adimplemento de determinada prestação que afirma decorrente do contrato. Se a obrigação existe, ou não, é questão a ser julgada no momento processual oportuno, o da sentença’ (STJ - 44 Turma - Ag. 33.416-2-SP-AgRg, rei. Min. Athos Carneiro) - Grifei.

Com efeito, o pedido, em si, não é vedado pelo ordenamento jurídico: existe, pelo contrário, autorização expressa de ser reconhecida, judicialmente, a união estável, abstratamente falando. Sendo o pedido de união estável admissível em tese, a questão acerca dos querelantes pertencerem ao mesmo sexo é matéria de mérito, que naquela sede será enfrentada. Aliás, este é o ensinamento de Enrico Tuilio Liebman, que afirma peremptoriamente que *‘dichiarare l’inesistenza del diritto fatto valera dall’attora significa sempre deciderer il merito della causa, e cio tanto se la questione si presenta dubbia e complassa, quanto se essa à invece semplice ed evidente. Non esistono a questo riguardo gradazioni diverse di infondatezza, che permettano di distinguere una pronuncia preliminare di improponibilità da una pronuncia finale di rigetto: in tutti i casi la decisione deve essere definitiva dei merito, deve avere l’autorità dellia cosa giudicata e suppone perciò deknita preliminarmente la questione della giurisdizione e della competenza’* (P. 19, *Problemi dei Processo Civile*).

Portanto, não há se confundir pedido juridicamente impossível (que não produz coisa julgada, visto que é condição da ação) com *pedido manifestamente improcedente (que produz coisa julgada, visto que é mérito)*. Aquele é vedado pelo ordenamento jurídico; este último possui ou sua fundamentação fática evidentemente deficiente, ou *possui sua fundamentação jurídica evidentemente deficiente*, ou ambos (vale dizer, a *causa petendi* é manifestamente deficiente). Com efeito, *pedido manifestamente improcedente* necessariamente deve ser tratado no momento da análise do mérito, pois, assim, e somente assim, será apto a produzir coisa julgada; além disso, caso tal não ocorra (análise do *pedido manifestamente improcedente* em sede de mérito), estar-se-á a subverter o princípio do *narra mihi factum, dabo tibi ius*, uma vez que o juiz, então, estará vinculado aos fundamentos jurídicos do pedido; portanto, o juiz, em assim procedendo, proferirá julgamento deveras precipitado, e tecnicamente errado, visto que não se encontra vinculado à fundamentação jurídica desenvolvida pela parte, podendo, inclusive, o juiz, acolher o pedido por fundamentos jurídicos diversos daqueles esposados na exordial.

Ademais, *in casu*, além do pedido declaratório, o pedido condenatório independentemente cumulado à fl. 11 ‘a) ... determinando, como consequência, a inclusão do Autor I., como dependente de R., no Plano de Saúde da Ré CEF, para que usufrua de todos os benefícios do *Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS*, conforme previsto no regulamento do mesmo (doe ...), item “2” - DOS BENEFICIÁRIOS; 2.1.2 - São Dependentes Diretos, b; determinando, também, o cadastramento como dependente da Ré FEF conforme does. n”s. 72 a 74’, apresenta como sua fundamentação jurídica o reconhecimento de tal união estável; assim, a procedência, ou não, da fundamentação jurídica do pedido

condenatório reverbera, ainda mais, tratar-se o exame da união estável como matéria que somente poderá ser ventilada no mérito, máxime do *princípio do 'narra mihi factum dabo tibi ius, uma vez que o julgador não se encontra adstrito aos fundamentos jurídicos dos autores para fins de acolher, ou não, o pedido condenatório cumulado.*

Ultrapassadas as preliminares, detenho-me no mérito da demanda. As objeções das rés à pretensão veiculada pelos autores, sob o item (2) do relatório (pedido condenatório cumulado), resumem-se, em síntese, na impossibilidade de inclusão no PAMS o cadastramento junto à FCF, na condição de dependente (como companheiro), de pessoa do mesmo sexo do titular do benefício.

Afirmam que, exigindo a Constituição a presença de pessoas de sexos opostos para a configuração da união estável, impossível o reconhecimento da qualidade de dependente-companheiro em relação ao segundo autor, uma vez que a relação ora noticiada se dá entre dois homens. Desse modo, insatisfeito o requisito para a cobertura no Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS (item 4.1.I.) e para a admissão na FEF (item 4.1.3.I.).

Não obstante o acerto da afirmativa concernente à necessidade da presença de homem a mulher para a configuração da união estável (pelo que improcede o primeiro pedido, declaratório de união estável entre os autores, forte nos termos do parágrafo 39 do artigo 226 da Constituição), equivocam-se as res ao sustentar a impossibilidade de inclusão do segundo autor no PAMS e na FCF.

É o que a seguir passo a demonstrar, mediante a consideração do ordenamento jurídico vigente, muito mais do que invocando uma ou outra regra isoladamente. Importa, no desate judicial dos conflitos sociais, atentar para o conjunto dos valores, princípios e regras incidentes; ter, na expressão de Norberto Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, Ed. UnB, 44 ed., 1994, pág. 20), a visão da floresta, não da árvore isolada de seu contexto. Tudo sem esquecer que o compromisso com a racionalidade do direito posto não exclui - antes pressupõe - da investigação jurídica a experiência humana e a análise crítica, sem o que o instrumental jurídico divorcia-se de seus fins sociais.

Dimensionada a perspectiva adequada para a apreciação do caso, é de rigor lembrar a supremacia da ordem constitucional em nosso sistema jurídico, cuja interpretação exige olhos abertos para o seu conjunto, afastando-se a invocação isolada de qualquer norma constitucional. "O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes. Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço." (Carios Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 120 ed., 1992, pág. 128).

Posto isso, tenho que a solução do litígio não se dá tão-somente pela isolada invocação do parágrafo 39 do artigo 226 da Constituição da República, definidor da união estável. Aliás, esse dispositivo nem incide na espécie, como veremos.

A Constituição Federal de 1988, na esteira do constitucionalismo ocidental contemporâneo, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia, após declinar os princípios e objetivos fundamentais da República, os direitos e liberdades fundamentais. Dentre estes, consagrou, sobremaneira, a liberdade e a igualdade, sem os quais jamais poder-se-ia sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental veiculado no artigo 19, inciso III. Esses enunciados, projetando-se além do discurso vazio, possuem , eficácia jurídica indubitavelmente. Os direitos fundamentais, por força dos termos do paragrafo primeiro do próprio artigo 52; os princípios fundamentais, a seu turno, já compreendem ‘ ... a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica.’ (Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Ciência na Ciência do Direito*, Lisboa, Ed. F.C.G., 1989, pág. 86).

1. Da Irrazoabilidade da restrição pela orientação sexual: o princípio da isonomia e a proibição da discriminação sexual

Ninguém há de discordar que, no caso em exame, a recusa à inclusão do segundo autor no PAMS e na FEF foi motivada por pertencerem os demandantes ao mesmo sexo. Não fosse essa circunstância, inexistiria o óbice argüido pelas rés, qual seja, a impossibilidade de subsunção da relação afetiva travada entre os autores ao conceito de companheiro, admitindo-se que tal conceituação seja aquela emprestada pelo parágrafo 39 do inciso 1 do artigo 16 da lei nº 8.213/1991 (‘Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o parágrafo 3Q do artigo 226 da Constituição Federal’).

Ora, essa fundamentação para a recusa, mesmo calcada em dispositivo legal, não pode subsistir no ordenamento jurídico nacional, diante da análise da Constituição de 1988.

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o principio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu ‘ especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).

Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa sofrida pelo segundo demandante, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

Vejam os. Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito - isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe, B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o *discrimen* não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual.

Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro - e sempre permanente - fator sexual de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A).

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual (de recusa a certo benefício, hipoteticamente, para homens e mulheres orientados homossexualmente). A tese peca duplamente, na medida em que busca justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino, vg.) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino, p. ex.).

Aliás, nesse sentido, decidiram a Suprema Corte do Canadá (*Symes v. Canada*, 1993) e a Suprema Corte dos Estados Unidos (*Loving v. Virginia*, 1967). A primeira assentou que 'discrimination cannot be justified by pointing to other discrimination'². ; a segunda rejeitou a tese de que inexistente discriminação pelo fato de a lei permitir a todos de mesma raça o casamento e proibir, também a todos, o

² 'uma discriminação não pode ser justificada apontando-se para outra.' (Advirto que, nessa sentença, traduzirei livremente os precedentes citados).

casamento inter-racial: 'tho fact of equal application does not immunize a statute from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes drawn according to race'³ (os precedentes a partir de agora invocados, provenientes do direito internacional e estrangeiro, foram extraídos da obra de Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; do mesmo modo, incorporada substancialmente nesta fundamentação sua linha argumentativa).

A Suprema Corte do Hawaii, por sua vez, acolheu expressamente as razões ora expendidas, decidindo que a discriminação da orientação sexual configura verdadeira discriminação sexual (*Baehr v. Lewin*, 1993). No mesmo ano, a Corte de Apelações da Califórnia decidiu (*Engel v. Worthington*) que a recusa de um editor quanto a inclusão da foto de um casal homossexual em livro de recordações constitui discriminação sexual.

O direito canadense possui outros precedentes nesse sentido (considerando a discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual). Exemplos disso são as decisões em *University of Saskatchewan v. Vogel* (1983, caso em que se recusava a Richard North, companheiro de Chris Vogel, benefício em plano dentário) e em *Bordeleau v. Canada* (1989, onde se concluiu que 'discrimination based on sex also covers discrimination involving sexual orientation'.⁴).

Contra toda essa lógica, alguém poderia alegar que o constituinte, ao vedar a discriminação sexual, não deseja ai incluir a discriminação por orientação sexual. Tal objeção é totalmente superada em se tratando de hermenêutica jurídica. Refutando a objeção, transcrevo os ensinamentos do já citado Carlos Maximiliano. 'A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos.' (...) Parece oportuno aclarar, sem refulgos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comtistas e spenceristas oferecem um fundamento mais, para repelir a concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica. Por outras razões, adiante especificadas, racionalistas e teólogos também se insurgem contra a teoria decrépita.' (...) "Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões

³ "o fato da aplicação igual não imuniza a legislação do pesado ônus da justificação cuja 14.^a Emenda tem tradicionalmente requerido de leis estaduais relativas à raça."

⁴ "discriminação com base no sexo também alcança discriminação envolvendo orientação sexual".

múltiplas, o conjunto resulta de frações de idéias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há acordo aparente, resultado de profundas contradições.” (...) ‘Se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em um bártro de dúvidas ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expendido um argumento o não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receia; (...) mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a intenção predominante, a diretriz real da vontade da maioria. (...) A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. (...) Entretanto, a letra perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas nos pais, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em consequência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo - *das richtigen Recht*, na expressão feliz dos tudescos.’ (Op. Cit., excertos dos n°s 23/28).

Ainda que não se aceite a qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais, tendo em mira o caso concreto.

Como bem demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1993), ‘... as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.’ (Op. Cit., pág. 17, grilos no original). Ficam, desse modo, juridicamente impossibilitado as desequiparações fortuitas ou injustificadas. Esclarecendo melhor: - nas palavras do próprio autor - “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.” (Pág. 21).

Dito de outro modo (nas palavras de Luis Roberto Barroso - *A Igualdade perante a Lei*, RDP 78/68): 'O que ele (o princípio da igualdade) impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequilibradas arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas. Será legítima a desequilibrada quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, como proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional.'

Em se tratando de discriminação por orientação sexual, diante da possibilidade de ingresso em plano de saúde e participação em entidade associativa, não há como se sustentar a legitimidade do tratamento diferenciado, do fator de discriminação justificador da exclusão do segundo litisconsorte. É o que será demonstrado, inclusive por meio da contribuição de diversas ciências, mais abaixo (ponto nº 5 dessa sentença).

A propósito, gize-se que o Supremo Tribunal Federal, pontuando a relevância do princípio constitucional da isonomia, já sublinhou que é diante das situações *in concreto* que o intérprete deve aferir da razoabilidade ou não das distinções operadas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 489/RJ, RTJ 137/562).

Debruçando-se sobre o artigo 86 da Lei nº 4.215/1963 (com a redação da Lei nº 5.681/1971), o Supremo Tribunal Federal repeliu regra ofensiva da igualdade (que proibia o exercício da advocacia para certos servidores em detrimento de outros), por nela não vislumbrar desequilibrada razoável. Naquele julgado (Rp nº 1.054, RTJ 110/937), manifestou-se o Ministro Moreira Alves:

"E terá sentido dizer-se que o inativo, nos dois primeiros anos da inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade, como nos dois, dez, vinte ou trinta anos depois. E qual a sua independência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia, ou impedido de advogar contra as Fazendas Federais, Estaduais ou Municipais? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta, como qualquer trabalhador da iniciativa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferido para a reserva ou reformado têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser impedido de advogar contra as Fazendas destes nos dois primeiros anos da inatividade? (...) Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o artigo 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o princípio constitucional da igualdade de tratamento, previsto no parágrafo 1º do artigo 153 da Constituição. Trataria desigualmente desiguais, mas não na medida de sua desigualdade, pois proibiria no tocante àqueles - meros servidores públicos ou funcionários de sociedade de economia mista ou militares - contra quem razões de ordem moral existiriam em

muito menor intensidade, e seria permissiva para aqueles moralmente muito mais incompatibilizados ou impedidos. Parece que não será apenas à minha consciência que repugnará negar-se ofensa direta ao princípio da igualdade no admitir-se que um ex-Presidente da República, um Ex-Ministro de Estado, um Ex-Deputado, um Ex-Senador possa de imediato advogar sem restrições e se impeça, por dois anos, um ex-continuo do Banco do Brasil, um ex-bedel de universidade autárquica, um ex-faxineiro empregado da administração direta de, em causa própria, defender-se judicialmente contra a Prefeitura Municipal de um lugarejo qualquer que lhes esteja cobrando indevidamente um tributo, sob alegação de que este impedimento decorre de razões éticas inerentes à capacidade moral.”

Também em outros precedentes, cuidando da isonomia, o Supremo Tribunal Federal exigiu razoabilidade no critério legal eleito, rechaçando qualquer restrição de direito desproporcional. Assim o fez ao apreciar os Mandados de Segurança nº 21.033 e 21.046, e os Recursos Extraordinários nº 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.237, 146.934 e 156.972-7: as limitações de idade para inscrição em concurso público só podem ser justificadas pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Hipóteses como a presente provocaram, no direito norte-americano, o desenvolvimento, a partir da Décima Quarta Emenda (‘No State shall make or enforce any law which shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws’⁵), da ‘equal protection doctrine’.

Visando inicialmente sancionar as ações estatais que implicassem em discriminação racial (nesse diapasão, *verbi gratia*, o citado *Loving v. Virginia*, 1967), este instituto ampliou-se, alcançando grupos estigmatizados, socialmente estereotipados ou inferiorizados, ou objeto de tratamento fundado em traços imutáveis (*Strauder v. West Virginia*, 1880; *Regents of the University of California v. Bakke*, 1978), bem como aquelas minorias sem adequada representação legislativa (*United States v. Carolane Products Co.*, 1938: ‘Prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and may call for a more searching judicial scrutiny.’⁶).

À semelhança da doutrina nacional acima citada, afirma o direito norte-americano a ilegitimidade constitucional de tratamento diferenciado sob justificativa arbitrária (‘The Clause cannot be a proscription against legal classification since different treatment of persons and things that are not similarly situated is essential

⁵ ‘Nenhum Estado deverá fazer ou encorajar qualquer providência que negue a qualquer pessoa, dentro de sua jurisdição, “the equal protection of the laws” (a expressão grifada diz respeito à cláusula constitucional que reconhece, nos Estados Unidos, o princípio da isonomia).

⁶ “Preconceito contra específicas e isoladas minorias, pode ser uma condição especial que tende seriamente a diminuir os processos políticos aos quais ordinariamente é confiada a proteção das minorias, e pode chamar um exame judicial cuidadoso e completo.”

for lawmaking. Men and women, adults and children, aliens and citizens need not always be treated alike under the law. But it is also clear that these classes cannot be treated differently on an arbitrary basis⁷. Barron, Jerome and Dienes, C. Thomas, *Constitutional Law*, St. Paul, West Pub. Co., 3a. ed., 1995, pág. 214). A Suprema Corte, aplicando essa cláusula, entendeu indevida a distinção em detrimento de grupo politicamente impopular ('hippies', no caso *US Department of Agricultura v. Moreno*, 1973; deficientes mentais, no caso *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 1985) .

Na espécie, tendo por arbitrária (ver ponto nº 5) qualquer discriminação diante do desiderato dos autores (inclusão no PAMS e na Funcef), injustificável se mostra a resistência das rés.

De fato, especificamente com relação à discriminação por orientação sexual, considerando a 'equal protection', já decidiram os Tribunais estado-unidenses pela ilegitimidade da exclusão das Forças Armadas (*Steffan v. Aspín*, D.C. Circuit, 1993; *Pruitt*, 9th Circuit, 1992: "Army cannot rely on 'prejudice of others against homosexuals' as a rational basis"⁸). Cuidando de serviço civil, o D.C. Circuit afastou (*Norton v. Macy*), como arbitrária, a exclusão de homossexuais, fundada em razões de 'moralidade'. Pronunciou-se o Tribunal: "A pronouncement of 'immorality' tends to discourage careful analysis because it unavoidably connotes a violation of divine, Olympian, or otherwise universal standards of rectitude. However, the Civil Service Commission has neither the expertise nor the requisite annointment to make or enforce absolute moral judgments... It may be doubted whether there are in the entire Civil Service many persons so saintly as never to have done any act which is disapproved by the 'prevailing mores of our society'... The notion that it could be an appropriate function of the federal bureaucracy to enforce the majority's conventional codes of conduct in the private lives of its employees is at war with elementary concepts of liberty, privacy, and diversity... The sufficiency of the charges against the appellant must be evaluated in terms of effects on the service of what... he has done."⁹

⁷ 'A cláusula não pode ser uma proscricção contra uma classificação legislativa, uma vez que o tratamento diferenciado de pessoas ou coisas que não são similares é essencial para legislar. Homens e mulheres, adultos e crianças, estrangeiros e cidadãos nem sempre precisam ser tratados juridicamente de mesmo modo. Mas também é claro que essas classes não podem ser tratadas diferentemente de maneira arbitrária.'

⁸ "O Exército não pode alegar o preconceito que outros nutrem contra homossexuais como base racional."

⁹ "Uma alegação de 'imoralidade' tende a desencorajar uma análise cuidadosa porque inevitavelmente tem a conotação de uma violação divina, Olímpica, ou quaisquer outros padrões de retidão. Contudo, a Comissão de Serviço Civil não tem nem o ardil de um expert nem os requisitos necessários para fazer ou fazer cumprir julgamentos morais absolutos... Duvida-se que haja em todo o Serviço Civil pessoas tão santas que nunca tenham feito qualquer ato reprovável diante dos 'costumes prevaletentes de nossa sociedade'... A noção de que seja uma função apropriada da burocracia federal fazer com que sejam cumpridos os códigos convencionais de conduta da maioria nas vidas privadas

No direito canadense, tem os precedentes, à luz da Seção 15(1) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (“Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”¹⁰), afirmado, de forma iterativa, que a discriminação por orientação sexual constitui ofensa à cláusula da igualdade. Nesse sentido, *Veysey v. Canada* (Federal Court Trial Division, 1989, caso em que prisioneiro homossexual via-se excluído em sua prisão do ‘Private Family Visiting Program’, com relação a seu companheiro); *Brown v. British Columbia* (1990 - “discrimination based on sexual orientation contravenes Section 15(1)”¹¹; em *Knodel v. British Columbia* (1991), a Corte, analisando recusa de direito a benefício de saúde pelo companheiro do requerente, ponderou que ‘the distinction [denial of medical care benefits to Timothy Knodel’s partner Ray Garneau] is not related to the petitioner’s merit or capacity’¹², considerando “homossexual people as a group stigmatized in our society’, ‘the petitioner falls within a group that constitutes a ‘discret and insular minority’¹³; em *Haig v. Canada* (1992), diante da concordância do governo canadense em torno da igualdade de tratamento sustentada pelo demandante, o Tribunal, chegando à mesma conclusão governamental, ponderou que “ ... as a matter of law, the concession is right. No further analysis of this point need to be undertaken.”¹⁴; no caso *R.v Turpín* (1989), foi decidido que “the larger context, social, political and legal must be also be considered... to find disadvantage that exists apart from and independent of the legal distinction created by the omission of sexual orientation”¹⁵, incluindo-se, nesse quadro social, “the pain and humiliation

de seus funcionários está em guerra com os conceitos elementares de liberdade, privacidade e diversidade... A relevâncias das acusações contra o requerente devem ser avaliadas em função dos resultados do serviço que ele tem prestado.”

¹⁰ “Todo indivíduo antes e perante a lei e tem o direito a igual proteção e benefícios da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação tendo por base raça, nacionalidade ou etnia, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.”

¹¹ “discriminação baseada em orientação sexual contraria a Seção 15(1).”

¹² “a distinção [negação de benefícios de assistência médica a Ray Cameau, companheiro de Timoth Knodel] não é relacionada com a virtude ou capacidade do peticionante”.

¹³ “...pessoas homossexuais como um grupo estigmatizado em nossa sociedade, o peticionante cai dentro de um grupo que constitui uma específica e isolada minoria”.

¹⁴ “juridicamente, a concessão é direito. Nenhuma análise mais aprofundada desse ponto precisa ser considerada”.

¹⁵ “ ... o contexto mais amplo, social, político e legal também deve ser considerado... para encontrar a desvantagem que existe distante e independente da distinção legal, criada pela omissão da orientação sexual.”

undergone by homossexuais by a reason of prejudice towards them”¹⁶ e “the enlightened [post-war] evolution of human rights, social and legislative policy in Canada.”¹⁷ “The failure to provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homossexual members of society, and the possible inference from the omission that such treatment is acceptable, create the effect of discrimination offending s. 15(1).”; em *Vriend v. Alberta* (1994, caso em que professor foi demitido em função de sua orientação homossexual), reafirmou-se que a discriminação ofende a Seção 15(1) salientando-se que “discrimination against homossexuais is an historical, universal, notorious, and indisputable social reality”¹⁸; em *Leshner v. Ontario* (1992, pedido provocado por recusa de pensão ao companheiro do requerente, Michael Stark), foi considerada incabível a discriminação por orientação sexual, tendo em mente, igualmente, a Seção 15(1), pelo que “gay and lesbian relationship must be treated as equal in status to heterossexual unions”¹⁹. Em *Egan v. Canada*, caso em que se discutiu o direito do companheiro homossexual a benefício da seguridade social previsto para a esposa (pensão), a Suprema Corte decidiu (1995), unanimemente, que “whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds”²⁰; por assentou que a distinção entre companheiros homossexuais e companheiros heterossexuais em relação a direito à pensão, fundando-se na orientação sexual, é discrimen contrário à Seção 15(1), oportunidade em que o voto condutor (Justice Gory) asseverou: “Sexual orientation is more than simply a ‘status’ that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual’s conduct by the choice of a partner. The Charter protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of ‘status’ and ‘conduct’ and that both should

¹⁶ “... a dor e a humilhação sofrida por homossexuais por razão do preconceito em relação a eles...”

¹⁷ “... a esclarecida evolução dos, direitos humanos no pós-guerra e as políticas sociais e legislativas no Canadá”. “A falha em providenciar um modo de remediar o tratamento prejudicial dos membros homossexuais da sociedade, e a possível inferência da omissão que tal tratamento seja aceitável, cria o efeito de discriminação ofendendo a s. 15(1)”.

¹⁸ “... discriminação contra homossexuais é uma histórica, universal, notória e inquestionável realidade social.”

¹⁹ “... os relacionamentos gays e lésbicos devem ser tratados em igualdade às uniões heterossexuais.”

²⁰ “... se a orientação sexual é ou não baseada em fatores biológicos ou fisiológicos, o que pode ser objeto de controvérsia, isto é uma profunda característica pessoal, que é tanto imutável quanto mutável somente a custos inaceitáveis, e então subsumindo-se no âmbito da proteção da s. 15 como sendo análoga aos campos enumerados;”

receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterosexual or homosexual. It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protected".²¹

Expostas todas essas razões, conclui-se que a invocação dos termos restritivos da lei previdenciária como fator impeditivo para o ingresso do companheiro do primeiro requerente no PAMS e na Funcef não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, seja pela proibição constitucional da discriminação sexual, seja pela incidência do princípio da igualdade (que abomina a eleição de discriminações sem razoabilidade).

2. Do respeito à condição pessoal como pressuposto da afirmação da dignidade da pessoa humana

As razões que demonstram a ilegitimidade da negativa sofrida pelos requerentes (fundadas no princípio isonômico e na discriminação sexual) conduzem-nos, adotada uma perspectiva constitucional mais abrangente, para os valores da dignidade da pessoa humana e o respeito à sua inviolável esfera de liberdade.

Independentemente da orientação sexual de um ser humano, impende invocar-se o respeito devido à sua individualidade, em virtude da citada cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Esta (a dignidade da pessoa humana), aliás, é elemento central na socialidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades (ver Jorger Reis Novais, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito - do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito, Coimbra, 1987*, precipuamente item VI.2.).

A enumeração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pode ser compreendida, no mínimo, de duas formas: (1) como enunciação de um dado central, reconhecido pelo ordenamento jurídico nacional; ou (2) como eleição de uma idéia-chave, a qual deve presidir a elaboração, compreensão e interpretação de todas as regras jurídicas de nosso sistema jurídico objetivo.

Admitir-se o reconhecimento constitucional da dignidade humana tão-somente como a enumeração fática de um fenômeno verificado na realidade social juridicizada, como dado básico sobre o qual se debruçou a Constituição da República, conduz-nos, no campo normativo, a uma mera descrição de dados sociais, carente de conseqüências jurídicas.²² Leva-nos, outrossim, no final das

²¹ "Orientação sexual é mais do que um simples *status* que um indivíduo possui. É algo que é demonstrado pela conduta do indivíduo na escolha de um companheiro. A Carta protege crenças religiosas e práticas religiosas como aspectos da liberdade de religião. Então, também, deveria ser reconhecido que a orientação sexual inclui aspectos de *status* e de 'conduta' e que ambos deveriam receber proteção. A orientação sexual é demonstrada na escolha feita por uma pessoa de seu companheiro de vida, seja heterosexual ou homossexual. Daí segue que uma relação legal que se origina a partir da orientação sexual também deve ser protegida."

²² A experiência jurídica" - disse Alfredo Augusto Recker, invocando Norberto Bobbio, em sua *Teoria Geral do Direito Tributário* - 'é a experiência social do homem em prever e impor um determinismo artificial ao comportamento (fazer ou não fazer) dos homens,

contas, à conclusão de que a 'constituição jurídica'²³ sucumbiu perante a 'constituição real'; produz, ao fim e ao cabo, a convicção de Ferdinand Lassalle: a Lei Fundamental não passa de uma folha de papel, sem qualquer operatividade perante os fatores reais do poder.²⁴

Tendo em mente todos esses motivos, e, principalmente, concebendo-se o direito como fenômeno social condicionante da realidade²⁵, é necessário rejeitar-se a primeira compreensão da dignidade humana como mero enunciado de fato da ordem social e política.

Com efeito, mesmo que não se desconheça e não se menospreze a fundamentalidade dessa categoria como dado de realidade hoje presente, há de se ressaltar que a Constituição Federal a considerou, em seu discurso normativo, como categoria apta a iluminar toda a elaboração e compreensão do Direito nacional.

Qualificar, em termos de ciência jurídica, alguma noção como fundamento de certo ramo do direito positivo, significa nela vislumbrar um caráter de centralidade em relação a quaisquer outros conceitos, formulações ou idéias; trata-se de valorizar sobremaneira um dado normativo, elegendo-o como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada.

Interessante exemplo dessa pesquisa científica no direito pode ser visualizado, *ad exemplum*, no Direito Administrativo, como noticia Héctor Jorge Escola.²⁶ Na identificação de uma noção fundante desse ramo da ciência jurídica, firmou-se, inicialmente, a noção de 'serviço público' como idéia apta a presidir toda construção jurídica desvendadora dos problemas peculiares a essa esfera da vida.

utilizando como instrumento a regra de conduta predeterminada. Esta regra de conduta é a *regra jurídica*.'

²³ "Constituição jurídica" e "Constituição real" são termos ora utilizados na acepção de Konrad Hesse, segundo a qual esta revela unicamente as relações de poder dominantes em determinado contexto, enquanto aquela revela a ordenação jurídica conformadora da realidade política e social (*A Força Normativa da Constituição*).

²⁴ Ferdinand Lassalle, em sua obra 'A Essência da Constituição', chega a formular a sonora advertência de que o verdadeiro fundamento do Direito Constitucional é a força dos canhões.

²⁵ Com efeito, Manfred Rehbinder, em sua *Sociologia dei Derecho*, subscreve a constatação de Ross, designando o direito como *the most specialized and highly finished means of social control*.

²⁶ Em sua obra *El Interés Público como Fundamento dei Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Depalma, 1989), fornece-nos o jurista argentino esboço histórico dessa busca de um conceito cuja extensão pudesse fundamentar todo o Direito Administrativo enquanto ramo do conhecimento jurídico, à semelhança do que se pode vislumbrar com as idéias de trabalho humano e livre iniciativa na Ordem Econômica. Especificamente, para uma crítica do "interesse público" como resposta a essa pesquisa, bem como descrevendo o mesmo fenômeno, ver Jean Rivero, *Direito Administrativo* (Coimbra, Almedina, 1981).

Exposta a dificuldades e críticas, essa noção cedeu lugar à do 'ato administrativo', categoria sobre a qual poder-se-ia sistematizar todo Direito Administrativo. Visando aperfeiçoar-se - e deparando-se com novos desafios, enxergou a doutrina administrativista no 'interesse público' o conceito superador do 'ato administrativo', nele reconhecendo o sustentáculo das diversas instituições de Direito Administrativo a o princípio maior do qual se pode extrair todos os pertinentes a cada uma das aludidas instituições.

Desse modo, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se, simultaneamente, postulada da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e, particularmente, da sociedade brasileira, bem como dado normativo central para a compreensão e equacionamento dos problemas econômicos objeto do ramo do direito ora comentado.

Ao lado da dimensão metajurídica inerente à qualificação de certos direitos como fundamentais, a afirmação da centralidade da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa dessa noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração.

A designação da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional, em suma, implica a admissão desse valor como pedra de toque de todo o direito nacional. A valorização da dignidade humana, nesse passo, consubstancia verdadeira cláusula principiológica, trazendo insita evidente potencialidade transformadora e conformadora das relações jurídicas vigentes no país.

A jurisprudência tem demonstrado sensibilidade a essa realidade, como demonstram os seguintes arestos:

1. AC 92.03.053325/SP - DOE 18-10-93: 'Previdenciário - Renda mensal vitalícia - Presunção de dependência econômica - Aposentadoria recebida pelo mantenedor - Fundamentos do Estado Democrático de Direito - Exercício de atividade e invalidez comprovados.

1. Se a lei presume a dependência da mulher em relação ao marido (e vice-versa) é porque há presunção, também legal, de que o mantenedor dispõe de meios suficientes para o encargo.

2. A aposentadoria recebida pelo mantenedor, superior a um salário mínimo, não pode ser considerada obstáculo para a concessão da renda mensal vitalícia a quem contribuiu para a previdência enquanto capacitado, e que já não mais se encontra em condições de exercer qualquer atividade.

3. A concessão do benefício está em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

4. Diante da realidade social, a aposentadoria recebida pelo mantenedor não pode ser considerada suficiente para o encargo e, além disso, um desajuste social não justifica o outro.

5. Provado o exercício de atividade, como empregada, e provada a invalidez a apelada fazia jus ao benefício concedido, que era devido desde a data do pedido administrativo até a data de seu falecimento.

6. Apelação improvida." (Relatora Juíza Ramza Tartuce)

2. RO 89.04.19284/RS - DJ 01-08-90: "Trabalhista. Acumulação proibida, Pagamento pelos serviços prestados. Embora vedada a acumulação de empregos, por força de norma constitucional, ao empregador cumpria pagar os serviços efetivamente prestados, em vista do preceito da constituição que adotava como princípio da ordem econômica e social, a 'valorização do trabalho como condição da dignidade humana'. Precedente. (Relator Juiz Silvio Dobrowolski)

3. AMS 91.04.19773/RS - DJ 06-05-92:

"1. Direito administrativo.

2. Mandado de segurança para liberar cruzados bloqueados.

3. Legitimidade de ambas as partes. Direito do impetrante fundado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem nenhuma forma de discriminação (CF/88, art. 19, inciso 111 e art. 29, inciso IV).

4. Apelação desprovida." (Relator Juiz Gilson Langaro Dipp)

4. RHC 2898/PE - DJ 11-10-93:

"Constitucional e processual penal. Crime hediondo (estupro) *habeas corpus*. Apelar solto. Princípios da presunção de inocência e da liberdade provisória (CF, art. 5., LVII e LXVI). Exigência constitucional de fundamentação da *necessidade* da prisão cautelar (CF, art. 93, IX). Recurso ordinário conhecido e provido.

I - Os pacientes, ambos primários e de bons antecedentes, foram condenados por estupro. Responderam o processo em liberdade. Quando da sentença, o juiz após lembrar que o crime de estupro se classifica como *crime hediondo* (Lei n. 8.072/1990), condicionou o recebimento da apelação ao recolhimento a prisão. O tribunal *a quo* manteve a decisão, positivando que, por se tratar de crime hediondo, só se precisaria fundamentar a medida constritiva na hipótese de o juiz permitir ao condenado apelar solto (Art. 2., Par. 2.).

II - Os princípios da presunção de inocência (CF, art. 5., LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5. LXVI) se travejam na viga mestra da *dignidade humana*, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1., 1), Assim, em princípio, só deve ficar preso quem necessite. O juiz, por força de dispositivo constitucional (art. 93, IX), deve demonstrar a imperiosidade da prisão, uma vez que os réus já vinham respondendo ao processo em liberdade. O par. 2. do art. 2 da Lei n. 8.072/1990 deve ser interpretado de acordo com a Constituição e não a constituição de acordo com a lei que lhe é subordinada. Assim, mesmo no caso de não se permitir que o condenado apele em liberdade, tem-se de demonstrar o porquê. No caso concreto, não houve fundamentação.

III - Recurso provido.' (Relator Ministro Adhemar Maciel)

5. RHC 4557/RJ - DJ 11-09-95: 'Constitucional. Processual penal. Apelar solto. Ausência de fundamentação da prisão processual. Diante da nova ordem constitucional, o juiz tem sempre que justificar a custódia do indicado, do acusado ou mesmo do condenado. Ampla interpretação do art. 594 do CPP. Princípios constitucionais fundamentais da *dignidade humana* e da *liberdade provisória*, da *presunção de inocência* e da *justificação dos atos judiciais*. Recurso provido." (Relator Ministro Adhemar Maciel)

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um homem, em função da orientação sexual, em hipótese como a destes autos, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a

condição pessoal dos requerentes (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não atingisse sua dignidade humana, exigindo-lhes mudança de comportamento para alcançarem os benefícios desejados (inclusão no PAMS e associação à Funcef).

Qualquer discriminação, baseada nessa ordem de considerações, mostrar-se-à indevida. Efetivamente, em um sistema jurídico democrático, e diante dos termos da Constituição de 1988, não se pode subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos de nossa República.

A jurisprudência norte-americana, a partir de situações dessa estirpe, rejeita discriminações baseadas em características pessoais individuais constituintes da identidade do sujeito (tais como raça e origem étnica, por exemplo), principalmente se manejadas em detrimento de grupos estigmatizados como inferiores (como no já citado precedente *Regents the Univ. Of California v. Bakke*, 1978), objeto de hostilidades (*Plyler v. Doe*, 1982), vítimas de prejuízos oriundos de preconceitos relativos a suas capacidades (caso *Murgia*, 1973). Em se tratando de distinções fundadas em características pessoais imutáveis, fora do controle da pessoa, tem o Judiciário as rechaçado, nelas vislumbrando discrimen suspeito perante a Constituição (*Lyng v. Castelo*, 1986; *Plyler v. Doe*, 1982: “groups disfavoured by virtue of circumstances beyond their control”²⁷; *Mathews v. Lucas*, 1976: “illegitimacy... is, like race or national origin, a characteristic determined by causes not within the control of the illegitimate individual”²⁸; *Frontiero v. Richardson*, 1973: “sex, like race and national origin, is an immutable characteristic determined solely by the accident of birth”²⁹).

Especificamente quanto à orientação sexual, registro os precedentes do direito norte-americano e canadense. Os primeiros reconhecem existir, historicamente, um tratamento desigual com relação a homossexuais *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office* - 9th Circ 1990; *Ben-Shalom v. Marsh* - 7th Circ 1989; *Watkins v. US Army* - 9th Circ 1989), sofrerem preconceitos e hostilidades (*Rowland v. Mad River Local School District* - 1985). Em *High Tech Gays* considerou-se que a orientação sexual “... no change without immense difficulty”³⁰. Julgando *Watkins*, o Tribunal ponderou que a orientação sexual é imutável pois “we have little control over our sexual orientation and.... once acquired, it is largely impervious to change. The possibility of... a difficult and traumatic change (through extensive therapy, neurosurgery or shock treatment) does not make it ‘mutable’.”³¹

²⁷ “...grupos desfavorecidos em virtude de circunstâncias além de seu controle...”

²⁸ ‘... ilegitimidade... é, como raça ou nacionalidade, uma característica determinada por causas fora do controle do indivíduo considerado ilegítimo’.

²⁹ -...sexo, como raça e nacionalidade, é uma característica imutável determinada somente pelo acidente do nascimento.’

³⁰ “... a orientação sexual não muda sem uma imensa dificuldade.”

³¹ “...nós temos pouco controle sobre nossa orientação sexual e.... uma vez adquirida, é amplamente impermeável a mudança. A possibilidade de... uma difícil e traumática

Nesse julgado, assentou que a imutabilidade da condição pessoal se refere a “those traits [including sexual orientation] that are so central to a person’s identity that it would be abhorrent for government to penalize a person for refusing to change them, regardless of how easy that change might be physically.”³² No caso *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. V. City of Cincinnati* (1995, 6th Circ), considerou que a orientação sexual está “... beyond the control of the individual, exists independently of any conduct that the individual... may choose to engage in, [and is] nameable to techniques designed to change it, [which] are considered unethical.”³³ A Suprema Corte do Canadá (*Canada (Attorney-General) v. Ward*, 1993), por sua vez, considerou os homossexuais na categoria dos “groups defined by an innate or unchangeable characteristic, which would embrace individuals fearing persecution on such bases as gender, linguistic background and sexual orientation.”³⁴

Ora, diante desse quadro, e tendo em mente as circunstâncias do caso concreto, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos infundados (ver, em complemento, ponto nº 5) legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e sofrimentos a muitos seres humanos.

3. Da pertinência da orientação sexual à esfera inviolável da liberdade individual

As negativas sofridas pelo segundo demandante também não podem subsistir por contrariarem - de forma reflexa - a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano, no que diz respeito à condução de sua vida sexual.

De fato, tendo sido o requerente impedido de ingressar na Funcef e de beneficiar-se do PAMS, em virtude de sua orientação homossexual, opera-se verdadeiro atentado à sua liberdade sexual.

A orientação sexual que alguém imprime, na esfera de sua vida privada, não admite restrição de direitos. Essa a evolução dos precedentes nos tribunais norte-americanos. Em *Griswold v. Connecticut* (1965), discutindo-se a licitude da utilização de anticoncepcionais, a Corte afirmou que “concern a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guaran-

mudança (através de extensa terapia, neurocirurgia ou tratamento de choque) não a faz mutável.”

³² “aqueles traços [incluindo a orientação sexual] que são tão centrais para a identidade de uma pessoa que seria abominável para o governo penalizar uma pessoa por recusar mudá-los, independentemente da facilidade física da mudança.”

³³ “... além do controle do indivíduo e existe independentemente de qualquer conduta que um indivíduo... possa escolher-se engajar-se, [e] não responde a técnicas criadas para mudá-las, [as quais] são consideradas anti-éticas.”

³⁴ “... grupos definidos por uma inata ou imutável característica, a qual abarcaria temendo perseguições tendo por base gênero, língua e orientação sexual.”

tees,³⁵ em *Eisenstadt v. Baird* (1972), a valorização da privacidade garantiu “the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child”³⁶, diminuindo significativamente a distinção entre casados e solteiros no que diz respeito à liberdade sexual; em *Commonwealth v. Baithazar* (1974), a Suprema Corte Judicial de Massachusetts, invocando as decisões da Suprema Corte em matéria de privacidade, e diante de proibição de sexo oral entre heterossexuais, decidiu que a legislação proibindo “unnatural and lascivious acts must be construed to be inapplicable to private, consensual conduct of adults”;³⁷ em *State v. Pilcher* (1976), a Suprema Corte de Iowa assentou que a legislação proibitiva de sexo anal e oral “cannot constitutionally be applied to alleged sodomitical acts performed in private between consenting adults of opposite sexes”³⁸, ponderando que, a partir de *Griswold*, “the right of privacy extends to sexual relations between husband and wife”³⁹, e, a partir de *Eisenstadt*, “between consenting adults of opposite sexes not married to each other”⁴⁰. Em *State v. Saunders* (1977), a Suprema Corte de New Jersey afastou a legislação proibitiva de relações sexuais entre heterossexuais solteiros, sob o fundamento da autonomia individual que vigora na esfera privada, aduzindo: “It would be rather anomalous if [the decision to bear children] could be constitutionally protected while the more fundamental decision as to whether to engage in the conduct which is a necessary prerequisite to child-bearing could be constitutionally prohibited. Surely, such a choice involves considerations which are at least as intimate and personal as those which are involved in choosing whether to use contraceptive”⁴¹. Em *Commonwealth v. Bonadio* (1980), a Suprema Corte da Pensilvânia identificou na proibição de sexo anal ou oral entre heterossexuais

³⁵ “... diz respeito a uma relação que jaz em uma zona de privacidade criada por várias garantias fundamentais constitucionais.”

³⁶ “... o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de estar livre de uma intromissão governamental desautorizada em assuntos que afetam tão fundamentalmente uma pessoa como a decisão de suportar ou de ter uma criança.”

³⁷ “... atos lascivos e contra a natureza deve ser compreendida como inaplicável à conduta privada e consensual entre adultos”.

³⁸ “... não pode constitucionalmente ser aplicada a atos alegados como sodomitas praticados privadamente - e mediante consenso - entre adultos de sexos opostos.”

³⁹ “... o direito de privacidade estende-se às relações sexuais entre marido e mulher”.

⁴⁰ “... entre adultos acordos de sexos opostos não casados entre si”.

⁴¹ “Seria um tanto anômalo se [a decisão de ter filhos] fosse constitucionalmente protegida enquanto a decisão mais fundamental de se envolver na conduta que é um pré-requisito necessário para tanto seja constitucionalmente proibida. Certamente, tal escolha envolve considerações que são ao menos tão íntimas e pessoais quanto àquelas que estão envolvidas na escolha de usar ou não contraceptivos.”

solteiros violação da *equal protection clause*, pois, após a decisão em *Einsens-tadt*, inexistia razoabilidade para tal distinção.

Todavia, contrariando toda evolução em matéria de liberdade sexual, a Suprema Corte (*Bowers v. Hardwick*, 1986) reformou decisão do 11º Circuito, segundo a qual *Griswold e Eisenstadt* garantiam a liberdade na esfera privada entre adultos e o espaço para contatos íntimos fora da relação matrimonial. Esse precedente considerou inofensiva à privacidade a legislação proibitiva de sexo anal ou oral, em se tratando de homossexuais. A corrente majoritária (o julgamento foi por cinco votos a quatro, sendo que o prolator do voto decisivo, Justice Lewis Powell, quatro anos após declarou publicamente ter se equivocado - conforme informações e declarações de voto em *Basic Cases in Constitutional Law*, de Duane Lockard e Walter Murphy, Congressional Quarterly Inc., 34ed., 1992) não vislumbrou relação entre o caso e a diretriz firmada a partir de *Griswold*, a minoritária, capitaneada pelo Justice Blackmun, considerou "the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men, namely 'the right to be alone'"⁴².

Em virtude desse contexto, sinaliza-se que a decisão tomada em *Hardwick* foi objeto de muitas críticas nos meios jurídicos norte-americanos. Enumero, dentre outros: Daniel Conkie (*The Second death of Substantive Due Process*, 62 Indiana Law Journal 215), Norman Vieira (*Hardwick and the Right of Privacy*, 55 University of Chicago Law Review 1057), Anne Goldstein (*History, Homosexuality and Political Values: Searching for the Hidden Determinants of Bowers v. Hardwick*, 97 Yale Law Journal 1073).

Diante dessas circunstâncias, mesmo após *Hardwick*, continuou havendo discussão judicial acerca da legislação proibitiva de relações entre homossexuais. Assim, no caso *State v. Morales*, os integrantes da Corte de Apelações do Texas (1992) afirmaram: "We can think of nothing more fundamentally private and deserving of protection than sexual behavior between consenting adults in private. If so... it cannot be constitutional... to prohibit lesbians and gay men from engaging in the same conduct in which heterosexuals may legally engage."⁴³ No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte do Kentucky, afastando diploma legal do mesmo teor (*Commonwealth v. Wasson*, 1992): "Kentucky Constitution offers greater protection of the right of privacy"⁴⁴

A Corte Europeia de Direitos Humanos, examinando hipóteses de discriminação por orientação sexual, sob a ótica do artigo 8º(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos ("Everyone has the right to respect for his private and family life,

⁴² "... o mais compreensivo dos direitos e o direito mais valioso dos homens civilizados, a saber, 'o direito de estar só'".

⁴³ Nós não podemos pensar em nada mais fundamentalmente privado e merecedor de proteção do que a conduta sexual entre adultos praticada privadamente e em comum acordo. Se é assim... não pode ser constitucional... proibir lésbicas e gays de envolver na mesma conduta que heterossexuais legalmente podem."

⁴⁴ "A Constituição de Kentucky oferece maior proteção ao direito de privacidade."

his home and his correspondence⁴⁵) firmou sua diretriz ao apreciar o caso *Dudgeon v. UK* (1981), onde foi questionada proibição penal, oriunda da Irlanda do Norte, de atividade sexual entre homens: “the legal prohibition of private homosexual acts between consenting adults over 21 years of age breach the applicant’s right to respect for private life under article 8.”⁴⁶ Tal entendimento foi repetido nos casos *Norris v. Ireland* (1988) e *Modinos v. Cyprus* (1993). Em *Dudgeon*, a Corte entendeu que a proibição em tela foi “disproportionate to the aims sought to be achieved”.⁴⁷

Note-se que, com o ingresso dos países do leste Europeu no Conselho da Europa, Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Polônia, Bulgária e Eslovênia descriminalizaram essa conduta; a Romênia, por sua vez, foi interpelada a mudar rapidamente o artigo 200 de seu Código Penal, descriminalizando atos homossexuais praticados privadamente entre adultos.

Anote-se, acerca da extensão do conceito de privacidade, o assentado pela Corte Européia ao apreciar *Niemitz v. Germany* (1992): “it would too restrictive to limit the notion [of ‘private life’] to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears... to be no reason of principle why this understanding... should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”.⁴⁸

No caso concreto, diante da constatação de que as negativas sofridas pelos autores violam (no mínimo indiretamente) sua esfera de liberdade pessoal constitucionalmente resguardada, mister a intervenção judicial, ora provocada, rechaçando tal intromissão.

⁴⁵ “Qualquer um tem o direito ao respeito de sua vida familiar e privada, seu lar e sua correspondência.”

⁴⁶ “a proibição legal de atos homossexuais privados entre adultos acordes de mais de 21 anos de idade viola o direito do querelante com respeito à vida Uivada sob o artigo 8º.”

⁴⁷ “desproporcional às metas que buscavam ser atingidas.”

⁴⁸ “Seria muito restritivo limitar a noção [de ‘vida privada’] a um ‘círculo interior’ no qual o indivíduo possa viver sua vida pessoal como ele quiser e excluir inteiramente dai o mundo exterior não incluído neste círculo. O respeito pela vida privada também deve compreender em certo grau o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. Parece... não haver razão de princípio porque este entendimento... deve ser tomado para excluir atividades de uma natureza profissional ou de negócios desde que, no final das contas, é no desenrolar de suas vidas de trabalho que a maioria das pessoas tem uma significativa oportunidade, senão a maior, de desenvolver relacionamentos com o mundo exterior.”

A jurisprudência de nossos Tribunais, em diversas situações, já se defrontou com hipóteses de violação indireta de direitos, censurando-as. Exemplificativamente, trago à colação (HC 90.01.14099/GO - DJ 11-03-91):

“Penal. Habeas-corpus. Ordem de prisão preventiva decretada por juiz de uma seção judiciária (Minas Gerais) e cumprida diretamente pela polícia federal de outra seção (Goiás). Ilegalidade. Violação indireta de direito individual, assegurado em norma processual penal (CPP, art. 289). Soltura do paciente. Falta de objeto do *writ*. Arquivamento dos autos.

I. A garantia individual pode estar, como *in casu*, em norma de prescrição negativa. O juiz federal de uma seção judiciária (Minas Gerais) não pode expedir ordem para que a polícia federal de outra seção (Goiás) cumpra diretamente ordem de prisão. Violado restou o art. 289 do CPP, uma vez que não se expediu precatória para o juiz onde se efetivou a prisão. Soltura, ainda que tardia, do paciente.

II. *Writ* prejudicado. Arquivamento dos autos.” (Relator JUIZ ADHEMAR MACIEL) Relembre-se, outrossim, que ofensas indiretas à Constituição são matérias juridicamente relevantes, cuja existência o Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda que, em muitos casos, por razões exclusivamente processuais, não conheça de recurso extraordinário contra elas manejado. Cuida-se, pois, de matéria totalmente pertinente para o exame das instâncias judiciárias locais, provocando, em algumas hipóteses, o pronunciamento do Excelso Pretório.

A esse respeito, julgado recente pontuou:

“DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Dai a insubsistência da óptica segundo a qual a, violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIAÇÃO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatório do próprio estatuto da cooperativa.” (Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, 2ª Turma, Min. Marco Aurélio, unânime, DJU 07.07.1996).

4. Da incidência do direito internacional e sua relação com o direito interno

Todos esses elementos demonstram, firmemente, que não há espaço, no atual estágio do desenvolvimento do direito constitucional brasileiro, para a discriminação sofrida pelos autores no caso concreto. A amplitude dos direitos

fundamentais ofendidos pelo *discrímén* não autoriza, de forma alguma, a resistência oferecida pelas demandadas.

A enunciação dos direitos constitucionais envolvidos na espécie, assim como sua interpretação (abalizada pela maturação destes problemas, enfrentados já há algum tempo na América do Norte e no continente europeu) não deixa dúvidas quanto à ilegitimidade da *desequiparação*, diante da concretude deste litígio.

Diga-se, a propósito, que nosso ordenamento jurídico também está, paulatinamente, exprimindo, literalmente, a já presente (Constituição da República, art. 1º, III; art. 5º, *caput* e inciso I; artigo 7º, XXX, dentre outros) vedação de discriminação por orientação sexual, em casos como este. Efetivamente, trago alguns diplomas nacionais, explícitos quanto ao tema:

1. Constituição do Estado do Mato Grosso:

“Art. 10 - O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados, na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos seguintes termos:

(...)

III - a implantação de meios *assecuratórios* de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.”

2. Constituição do Estado de Sergipe:

“Art. 39 - O Estado assegura por suas leis e pelos atos de seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção politico-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei;

Ao lado dessas considerações de direito nacional e estrangeiro, também possuem eficácia normativa dentre nós os Tratados e Convenções Internacionais, dos quais o Brasil seja parte.

Desse modo, além da compreensão do respeito devido à esfera da liberdade sexual, como exigência de nosso direito nacional (na esteira dos precedentes de direito estrangeiro), gize-se que, *na esfera do direito internacional*, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, aplicando a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos (da qual o Brasil é signatário), decidiu que a legislação proibitiva de relações sexuais anais e orais entre homossexuais constitui interferência arbitrária na privacidade, afrontando os artigos 17(1) e 2(1) da Convenção. Ponderou que “it is undisputed that adult consensual sexual activity in private is

covered by the concept of privacy⁴⁹". Refutando a defesa, afirmou a irrazoabilidade da discriminação incriminadora, por não demonstrar "a reasonable means or proportionate measure to achieve the aim of preventing the spread of AIDS/HIV"⁵⁰, nem ser 'essential to the protection of morals'⁵¹.

Ora, tendo nosso país aderido a este pacto internacional, não há como negar a relevância dessa decisão no plano do direito interno, ainda mais diante do parágrafo 22 do artigo 59 da Constituição de 1988 ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.").

Igualmente na esfera do direito internacional, é de rigor registrar-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil também é signatário. Suas disposições aplicam-se ao caso, seja na esteira do precedente acima citado (em que a Organização das Nações Unidas reconheceu ilegítima a interferência na vida sexual privada de homossexuais adultos), seja no que concerne ao respeito à dignidade humana, seja na trilha do princípio da igualdade.

Dispõe a Convenção, cuja observância é obrigatória no direito brasileiro:

"5(1) Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

7(1) Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

11(1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

11(2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.

11(3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

24. Todas as pessoas são iguais ante à lei. Em conseqüência, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei."

Como se infere de seu texto, não há como se duvidar - bastando, para tanto, os mandamentos de nossa Constituição de 1988 - da pertinência do princípio da isonomia (inclusive invocado como 'igual proteção da lei', na esteira da *equal protection* norte-americana e canadense), da proibição de discriminação sexual, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do resguardo da privacidade como fundamentos impeditivos da desequiparação posta em xeque neste feito.

⁴⁹ "é indiscutível que uma atividade sexual adulta e consensual, em ambiente privado, é coberta pelo conceito de privacidade."

⁵⁰ "meios razoáveis ou medidas proporcionais para alcançar a meta de prevenção do contágio de AIDS/HIV".

⁵¹ "nem ser essencial para a proteção da moral."

5. Do conflito entre os preconceitos e o atual estágio do conhecimento científico

Tendo sido demonstrado, do ponto de vista jurídico, a ilegitimidade da recusa das rés ao ingresso do segundo litisconsorte no PAMS e na Funcef (há ofensa por discriminação sexual, por desrespeito ao princípio da isonomia, por esquecimento da cláusula constitucional da dignidade humana, por ataque reflexo à liberdade pessoal e sexual, por eleição de fator de discrimen desarrazoado), é necessário apontar, sumariamente, o caráter infundado de pretensas justificativas para a desequiparação que almejam fazer as demandadas, no caso concreto. A tanto procedo - como indicado acima - a fim de demonstrar a imprestabilidade de preconceitos como dados autorizadores de desequiparações jurídicas.

Notício, brevemente, abordagens de algumas ciências acerca do homossexualismo.

Sigmund Freud, o pai da psicanálise, já alertara, nos primórdios dessa ciência, que a repressão da sexualidade operada pela sociedade ocidental contemporânea é causa fundamental para a eclosão das doenças nervosas (psiconeuroses), a que todos estão sujeitos e a muitos atingem, homens ou mulheres, heterossexuais ou homossexuais, casados ou solteiros. 'Uma das óbvias injustiças sociais' - disse Freud - 'é que os padrões de civilização exigem de todos uma idêntica conduta sexual, conduta esta que pode ser observada sem dificuldades por alguns indivíduos, graças às suas organizações, mas que impõe a outros os mais pesados sacrifícios psíquicos.'

Fica patenteada, pois, a necessidade de respeito à identidade das pessoas homossexuais, parte que integra fundamentalmente sua dignidade pessoal, que não deve ser objeto de invariável transformação ou repressão, a custos pessoais enormes e desestruturantes da personalidade.

José M^a Fernandez-Martos, em estudo denominado *Psicologia e Homossexualidade* (integrante da obra *Homossexualidade: Ciência e Consciência*, vários autores, Ed. Loyola, São Paulo, 24 ed., 1995) alerta: 'A psicologia científica tem de reconhecer, de entrada, que com respeito à homossexualidade *é imensamente mais o que ignora que o que sabe*. Como nos tempos que precederam aos primeiros descobrimentos, apenas temos alguns mapas maltraçados e bem mais fruto de nossas suspeitas e intuições - também de nossos preconceitos - que de autênticas comprovações cientificamente válida.'

Ultrapassado qualquer *parti-pris* preconceituoso ou cientificamente intransigente, colhe-se em respeitadas manuais de psiquiatria a notícia do atual estágio da questão:

'A Associação Americana de Psiquiatria, em abril de 1974, estabeleceu que a homossexualidade *per se* não é uma perturbação mental e não deveria mais ser relacionada como tal. Em seu lugar, foi criada nova categoria de *distúrbio de orientação sexual*. No MDE-III, o distúrbio de orientação sexual foi omitido, sendo mencionada uma classificação de *homossexualidade ego-distônica* sob uma categoria maior de *perturbações psicosssexuais*. (...) Um comentário introdutório prolongado, para a classificação da homossexualidade, mais uma vez salienta que a homossexualidade por si não constitui perturbação mental e não deve ser classificada como tal. O MDE-III menciona, entretanto, que para algumas pessoas há uma aflição persistente associada com a preferência por parceiros do mesmo

sexo e que a pessoa experimenta forte necessidade de mudar o comportamento ou, pelo menos, de aliviar a aflição associada com a homossexualidade. Essas pessoas sofrem de *homossexualidade ego-distônica*. (...) Na ausência de angústia por ser homossexual ou do desejo de tornar-se heterossexual, o diagnóstico de *homossexualidade ago-distônica* não pode ser feito. (...) A homossexualidade *per se* não é considerada perturbação mental.' (Kaplan e Sadock, *Compêndio de Psiquiatria Dinâmica*, Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 49 ed., 1988, págs. 484/487).

Vale dizer, conforme a evolução até hoje experimentada pela psiquiatria, a homossexualidade, por si, ausente quadro relacionado de aflição persistente ou desejo de mudança de orientação sexual, não é considerada doença.

O já citado Fernandez-Martos, no estudo *Esclarecimentos Fundamentais: nome, definição, tipos e normalidade* (Op. Cit., pág. 14), alerta que a classificação da homossexualidade como doença, a partir de um quadro de normalidade meramente estatístico, configura injusta simplificação "... à impressionante complexidade da sexualidade humana, com dados como a não-diferenciação sexual até a terceira semana de gestação, os entrecruzamentos das diferenças ao nível genético e sem diferenciação gonadal; ao nível gonadal e não morfológico, a bissexualidade consubstanciai ao homem, a complicadíssima peripécia da diferenciação psicológica na primeira infância e na adolescência etc. Todos estes fatos indicam que a homossexualidade é uma variante, se preferível, não desejável, porém lógica e normal dentro do vastíssimo reino da sexualidade humana.'

Martin Hoffman, psiquiatra social, concluindo estudo científico que realizou junto à comunidade homossexual de São Francisco (entre 1965 e 1968, subvencionado pelo Instituto Nacional de Saúde Mental, órgão do *United States Public Health Service*), apontou que "... a melhor solução para o problema da homossexualidade assemelha-se à solução do problema da diferença religiosa, ou seja, *uma tolerância radical para com a escolha do objeto homossexual*, seja como um segmento de existência sexual de um indivíduo, ou como uma completa adoção da homossexualidade, como um modo de vida. Sugiro que encaremos os homossexuais como um grupo minoritário, e consideremos seriamente a possibilidade de conceder-lhes direitos legais e privilégios sociais completos, que na verdade *oferecemos* a alguns grupos minoritários (por exemplo, católicos romanos) e que pretendemos dar a outros. (...) Estas modificações específicas necessitariam, em grande parte, de virem acompanhadas de uma modificação real na atitude geral em relação à homossexualidade. Em lugar do considerar essa tendência sexual vergonhosa, ou mesmo uma doença mental, a sociedade deveria encará-la como realmente é, ou seja, uma variação do impulso sexual, que é um dos possíveis resultados do desenvolvimento sexual humano e - mais importante - que não prejudica a ninguém. Se a atitude social tomasse essa direção, a conexão causal entre homossexualidade e psicopatologia - que atualmente existe em certas formas, como indiquei nos capítulos precedentes - desapareceria.' (*O Sexo Equívoco: a Homossexualidade masculina e a criação social de um estigma*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1970, pág. 174-5).

Uma abordagem sociológica (*Sociologia de Homossexualidade: uma aproximação*, Pablo Lasso, in *Homossexualidade: Ciência e Consciência*, pág. 65 e ss),

por sua vez, conclui, dentre outros dados, pela: (1) similitude das características psicológicas entre heterossexuais e homossexuais; (2) mesmo grau de utilização de álcool e drogas proibidas entre heterossexuais e homossexuais; (3) satisfação generalizada consigo mesmo entre os homossexuais não-afeminados, tendo os afeminados manifestado maior tendência à ansiedade; (4) compatibilidade da condição homossexual com os padrões de saúde mental (a boa constituição psíquica dos homossexuais se comprova pela superação da sobrecarga de tensões a que geralmente os são submetidos); (5) mesmo nível de crítica, entre os homossexuais e heterossexuais, relativo à prostituição; (6) inexistência de uma sociedade homossexual incrustada na heterossexual, devendo-se falar em relações homossexuais num meio heterossexual.

Como se pode ver, do ponto de vista da Psicologia, Psiquiatria e Sociologia inexistente fundamento capaz de justificar a discriminação restritiva sofrida pelos autores no caso *sub examina*.

Da mesma forma, se considerarmos os aspectos biológicos, neles não encontraremos plausibilidade para a negativa imposta aos litisconsortes ativos. Com efeito, nessa área de conhecimento também não há espaço para qualquer resposta segura sobre a origem do homossexualismo, muito menos motivo suficiente para qualquer discriminação do jaez da imposta aos demandantes. Nesse sentido, veja-se *Biologia da Homossexualidade Humana: transição ou salto*, Javier Gafo, in *Homossexualidade: Ciência e Consciência*, pág. 17ss).

Sinale-se que a doutrina norte-americana (*Harvard Survey - 1989 - Developments in the Law.- Sexual Orientation and the Law*, 102, *Harvard Law Review* 1508 *apud* Robert Wintemute, pág. 203), tratando de possível distinção biológica a legitimizar a criminalização de sexo anal ou oral tão-só entre homossexuais, considerou “no biological differences because the physical acts themselves - anal and oral sex - are the same whether between a man and a woman or two persons of the same sex; the difference is the cultural significance attached to the gender of the participants.”⁵²

Dentre as ciências sociais, releva sublinhar a crítica antropológica em relação à discriminação experimentada por homossexuais. Peter Fray, em ensaio denominado *Da Hierarquia à Igualdade.- a Construção Histórica da Homossexualidade no Brasil* (in *Para Inglês Ver - Identidade e Política na Cultura Brasileira*, Rio de Janeiro, Zahar, 1982), relativiza a distinção entre pessoas com base em uma ‘naturalidade do sexo’: cuida-se, muito antes, de uma construção social que deita raízes nos padrões culturais, essencialmente mutáveis e relativos no desenrolar da história das sociedades. Descrevendo as diversas concepções acerca da homossexualidade no Brasil, cambiantes conforme a classe social e a época, aponta para a relatividade de qualquer traço que queira ser eleito como “legítimo e natural” fator de discriminação. E conclui: ‘Se é verdade que a sexualidade, como qualquer atividade social, é construída ideologicamente de acordo com as contradições da sociedade como um todo, e que portanto ela ‘fala’ dos princípios nem sempre consistentes que regem a vida social, qual a sua especificidade em

⁵² “Inexistir diferenças biológicas pois os atos físicos por si mesmos - sexo anal e oral - são os mesmos tanto entre um homem e uma mulher ou entre duas pessoas do mesmo sexo; a diferença é o significado cultural associado ao gênero dos participantes.”

relação aos demais comportamentos sociais? Aventuro-me a sugerir que as noções de hierarquia e igualdade, quando expressas através da linguagem do sexo, calam mais fundo na consciência do que através de quaisquer outras linguagens. Esta sugestão tem como pressuposto que, pelo menos num sentido, Freud está com a razão quando coloca a sexualidade na base da psique e da sociedade. Em contrapartida, e como resultado dos argumentos aqui desenvolvidos, ela supõe também que a sexualidade, antes de ser uma substância, uma condição da natureza humana, é sobretudo uma condição social. Dai o seu caráter histórico. Dai a sua variedade de sentidos e de interpretações. Mas não qualquer sentido ou qualquer interpretação. Apenas aquelas constituídas historicamente no interior de sistemas de representações sociais mais abrangentes. Entretanto, se a sexualidade é parte desses sistemas e se o seu sentido é informado por eles, é preciso não esquecer que, por ser uma parte privilegiada, ela também informa e lhes dá orientação. E aqui voltamos a reencontrar a proposição de Freud. Entre as consequências geradas por essa tensão entre o que o sexo é e aquilo em que ele se transforma, não seria talvez absurdo incluir a de que a sua *naturalidade* é uma entre outras das suas representações sociais.' (Pág. 112).

Essa abordagem, sob uma perspectiva mais geral, considerada a evolução histórica desde o Oriente Antigo até nossos dias, também é encontrada no capítulo *Homosexuality. from sin to sickness to life-style*, de P. Conrad e S. Schneider (in *Deviance and Medicalization*, Temple Univ. Press, 1992).

Concluindo essa seção, coleciono a advertência de John Stuart Mill, um dos clássicos do pensamento político, acerca da necessidade de respeito às diversas formas de conduta, postura - nesse ponto - coincidente com a abordagem antropológica: 'Falei da importância que há em dar às coisas não costumeiras a mais livre expansão possível a fim de que se possa verificar, oportunamente, quais dentre elas se revelam próprias para se converterem em costumes. Mas a independência da ação e o desprezo pelo costume não merecem encorajamento só pela possibilidade que proporcionam, de se criarem formas melhores de ação e costumes mais dignos de acolhimento. Nem apenas as pessoas de decidida superioridade mental possuem justo título a orientarem a vida de uma maneira autônoma. Não há razão para que toda a existência humana se construa por um só modelo, ou por um pequeno número de modelos. Se se possui tolerável soma de senso comum e de experiência, o modo próprio de dispor a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas porque é o próprio. Os homens não são como os carneiros, e mesmo os carneiros não são indistintamente iguais. Um homem não pode adquirir um casaco ou um par de botas que lhe sirvam sem que se tenham feito à sua medida, ou sem que os escolha dentre um completo sortimento - e é, porventura, mais fácil provê-lo de uma vida do que de um casaco? Ou serão as criaturas humanas mais semelhantes entre si pelo conjunto da formação física e espiritual, do que pelo feitio dos pés? Se os indivíduos só apresentassem diversidades de gosto, já haveria nisso razão suficiente para não se tentar talhá-los por um único modelo. Mas, além disso, pessoas diferentes requerem condições diferentes de desenvolvimento, e a identidade de atmosfera o clima moral pode não lhes convir mais do que convém à generalidade das espécies de plantas a identidade de atmosfera e clima físico. Aquilo que auxilia o

cultivo da natureza mais elevada de um, impede-o a outro. Para um, certo modo de vida é estímulo sadio, mantendo na melhor ordem as suas faculdades de ação e de gozo; para outro, é carga pesada que paralisa ou aniquila toda sua vida interna. A diversidade das fontes de prazer, das disposições para a dor, dos efeitos 'íntimos das várias ações físicas e morais, é tal nos seres humanos que eles não obtêm o seu justo quinhão de felicidade, nem se elevam à estatura mental, moral e estética de que a sua natureza é capaz, sem que exista uma correspondente diversidade nos seus modos de vida. Por que, então se limitará a tolerância, na medida em que o sentimento público está em causa, aos gostos e modos de vida a que é em virtude da massa dos seus aderentes que se aquiesce?"⁵³ (*Sobre a liberdade*, 21 ed., Petrópolis, Ed. Vozes, 1991, pág. 108).

6. De intervenção judicial no caso concreto e do agravamento dos efeitos da ilegítima discriminação diante da síndrome de imunodeficiência adquirida

Na apreciação judicial das relações jurídicas travadas no âmbito do Direito Privado, experimentou-se, no decorrer dos anos, uma crescente preocupação com a justiça material e a busca da igualdade real entre os sujeitos envolvidos, bem como a observância dos interesses sociais direta ou reflexamente atingidos.

No caso em tela, está-se a impedir a inclusão do segundo demandante em Plano de Assistência Médica no qual seu companheiro participa na condição de empregado da CEF, bem como seu ingresso em entidade de previdência privada (Funcef).

Ora, constatada a ilegitimidade constitucional das restrições alegadas (consoante a fundamentação até aqui exposta), afigura-se imprescindível, mediante a devida provocação, a intervenção judicial.

⁵³ Mais adiante, comentando a perseguição institucional (interdição judicial por acusação de alienação mental) àqueles que ousam exercer a liberdade em uma sociedade intolerante, prossegue J. S. Mill: "Existe algo de desprezível, e também de espantoso, na espécie de prova que se tem requerido ultimamente para a declaração judicial da incapacidade de gerir os próprios negócios. (...) Todas as minúcias da vida quotidiana são meticulosamente investigadas, e tudo que, visto através das faculdades de percepção e descrito do mais mesquinho entre os mesquinhos, se aparente diverso do lugar-comum absoluto, é apresentado ao júri como prova de insanidade. E com freqüente sucesso, uma vez que os jurados, quando não são tão vulgares e ignorantes como as testemunhas, o são pouco menos; e que os juízes, com com essa extraordinária falta de conhecimento da natureza e da vida humana que nos surpreende nos legistas ingleses, muitas vezes auxiliam a obra de mal orientar os jurados. Esses julgamentos valem por volumes que se escrevessem à liberdade humana. Ao contrário de atribuírem algum valor à individualidade - de respeitarem o direito de cada qual a agir, nas coisas indiferentes, como bem lhes pareça ao entendimento e à inclinação - juízes e jurados não podem conceber que alguém, em estado de sanidade, possa querer uma tal liberdade. Em dias anteriores, quando se propôs queimar os ateus, pessoas caridosas sugeriram colocá-los em hospícios, ao invés de os queimar. Não ;seria surpreender viéssemos a ver isso nos nossos dias, bem como os aplausos dos autores da medida a si mesmos, por terem adotado, em lugar da perseguição por motivos religiosos, um modo tão humano e tão cristão de tratar esses infelizes. Aplausos que se somariam à muda satisfação por haverem os ateus obtido, dessa forma, o que mereciam." (*Op. cit.* p. 110).

'O direito privado' - ensinou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, Rio de Janeiro, Ed, Aide, 1991, pág. 237) - 'é um sistema aberto e sofre, conforme 'o campo de vida típico da sociedade', maior ou menor influência do direito público, com limitações aos princípios de independência, liberdade e autonomia privada, o que é feito para a preservação de interesses sociais. O contrato é certamente, o ambiente onde maior é o grau de liberdade e independência do indivíduo, mas, mesmo aí, há limitações e se faz presente 'o pensamento ético do enquadramento social do indivíduo e conseqüente responsabilidade social. Ele atua na ampliação do princípio de 'fidelidade e fé' nas mais diversas aplicações sobre todos os institutos jurídicos, na integração da teoria da vontade através do princípio da proteção, da confiança e a extensão de feitos contratuais sobre relações jurídicas sem completa união de vontade, no esforço e direção à *justiça contratual material*, na modificação das bases do negócio, na limitação do uso da propriedade através da ênfase em sua vinculação social, na ampliação da responsabilidade por dano contratual, delituosa ou objetiva - apenas para nomear os exemplos mais mercantes. Já onde os interesses e as relações individuais recuam ante necessidades elementares do indivíduo (moradia, alimentação, vestuário, etc.), estão contratos que sofrem crescente influência do direito público (locação, parcelamento do solo, etc.). Essa visão de RAISER, de um direito privado como sistema aberto, com campos escalonados de interesses, onde se situam áreas de maior ou menor publicização, serve para mostrar a resolução (e a revisão dos contratos) como ato que deve atender à maior ou menor influência publicística, conforme o 'papel' vital desempenhado pelo contrato em exame e sua situação na vida de relação.'

Efetivamente, a intervenção judicial nos atos praticados sob o pálio do direito privado (onde desponta, por sua importância, a esfera contratual) é resultante da evolução dos sistemas jurídicos em direção ao equilíbrio entre os ideais de liberdade, justiça e equidade, sem os quais o direito voltaria as costas ao quadro negociar verdadeiramente considerado pelas partes e às mais profundas aspirações humanas em um regime democrático (nesse diapasão, a memorável fundamentação do voto do então Desembargador Ruy Rosado, na Apelação Cível nº 588059113, RJTJRGs n2 138/134) . A jurisprudência tem assim procedido, como, *verbi gratia*, se constata pelo exame da Apelação Cível nº 587050220 (RJTJRGs nº 1281306).

In casu, desempenhando os instrumentos jurídicos envolvidos papel vital na vida de relação - dada a natureza de assistência médica e social dos benefícios que permitem acessar -, não se pode admitir uma esfera de liberdade e independência intocável, à custa de ofensa à Constituição e à própria concepção do direito privado como sistema aberto.

Visualizada a questão sob essa ótica, e tendo em mente que os benefícios perseguidos devem ser enquadrados no âmbito maior da Ordem Social na Constituição (que vislumbra nas ações de saúde, públicas ou privadas, indisputável relevância, nos termos do artigo 197), torna-se imperioso rechaçar qualquer regulamentação abusiva por parte das rés (ainda que calcada em dispositivo legal inconstitucional). Vale dizer, ao estabelecer suas cláusulas, o titular e proponente do regime de benefícios, exercitando seu poder de agir, tem

de atentar para a finalidade objetiva e a função econômica-social que o ordenamento jurídico atribuiu à sua iniciativa. Por conseguinte, não é legítima a elaboração e interpretação do regime de ingresso no PAMS e na Funcef, que, além de ferir os direitos humanos dos autores, atenta contra a finalidade objetiva e a função econômica e social das iniciativas das rés, dada a relevância constitucional das ações públicas e privadas na área da saúde.

Essa diretriz só se reforça se considerarmos a regulação contratual dos planos de saúde e o regime das entidades de previdência privada à luz do Código de Defesa do Consumidor, como demonstram Arnaldo Rizzardo (*O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde a previdência privada*, Rev. Ajuris 64178) e Cláudia Lima Marques (*A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil*, Rev. Ajuris 64134).

Outrossim, a aceitação da tese esboçada pelas rés geraria ainda mais injustiça. Não fosse suficiente a violação sistemática e reiterada dos diversos dispositivos constitucionais invocados, e a abusividade da cláusula restritiva (sempre diante do caso concreto), dar guarida ao procedimento das demandadas acarretaria discriminação diante de pessoas contaminadas pelo vírus HIV. A discriminação é tão presente que provocou manifestação expressa da Organização Mundial de Saúde (Resolução 41.24, 13 de maio de 1988), preocupada com a dignidade, privacidade, possibilidade de emprego e livre locomoção de pessoas infectadas.

Essa temática (discriminação em relação a soropositivos) desperta debates e litígios em nossos meios jurídicos, como se pode ver, exemplificativamente, tanto na doutrina como na jurisprudência: STJ, RHC 517/PR - DJ 28-05-90; STJ, MS 845/DF - DJ 16-03-92; STJ, RHC 2199/PR - DJ 07-12-92; TRF/20, ACR 89.02.12338/RJ - DJ 17-01-91; TRF/21, AG 91.02.05389/RJ - DJ 23-04-91; TRF/29, AG 91.02.13330/RJ - DJ 17-09-91; TRF/2, AC 92.02.11942/RJ - DJ 16-10-92; TRF/2^a, MS 91.02.20302/RJ - DJ 01 -06-93; TRF/2^a, AC 94.02.04623/RJ - DJ 11-10-94; TRF/2^a, AC 92.02.10491/RJ - DJ 06-06-95; TRF/44, AC 92.04.22371/RS - DJ 15-12-93; TRF/44, AC 95.04.41672/RS - DJ 06-12-95; *Aids o Direito do Trabalho*, Edno Antônio Gomes e Maximiliano Nagi Garcez, Informativo Bonijuris, 1995, p. 2506; *O Aidético e o Contrato de Trabalho*, José Wilson Ferreira Sobrinho, Rev. LTr 601176; *Reintegração no emprego de empregado aidético*, Sérgio Pinto Martins, Rep. Jurisp. 108, nº 19195, p. 271; *Aspectos Jurídicos da AIDS*, R. Limongi França, RT 661114; *Aids a Tutela Constitucional da Intimidade*, Carlye Popp, Ril 1151139; *A Aids perante o Direito*, Licínio Barbosa, RIL 1181473; *Da Aids e do Direito*, Irineu Antonio Pedrotti, RT 6901295; *Responsabilidade Médico-Sanitária a AIDS*, Carlos Maria Romeo Casabona, Rev. Bras. De Ciências Criminais, nºs 02 e 02; *Aids e Direito*, Dani Rudnicki, liv. Adv. Ed., 1996.

Releva anotar, por pertinente ao caso concreto, levantamento estatístico constante do acima citado *Aids e Direito*. Dos casos tabulados, referentes a atendimentos no GAPA (Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS) do Rio Grande do Sul, quase a metade (44,1%) disse respeito à proteção previdenciária, à semelhança da hipótese ora discutida.

Esse dado revela, exatamente, o impacto, em termos de justiça social, que a desconsideração dos fundamentos jurídicos ora explicitados provoca; essa circunstância, como se sabe, não pode fugir aos olhos do intérprete. A preocupação com a justiça material deve sempre sensibilizar o Judiciário (cito,

dentre inumerável doutrina e incontáveis precedentes: STJ, ROMS 703/RS, DJU 18.03.1991).

7. Da antijuridicidade da resistência oposta pelas rés e da justiça material exigida pelo ordenamento

Dentre os argumentos expendidos pelas demandadas em sua defesa, consta, por parte da CEF, a invocação do princípio da legalidade. Inexistindo literal previsão legislativa, estaria impedida a inclusão do segundo litisconsorte no PAMS.

O argumento não procede. Tendo como premissa a inconstitucionalidade da exigência da configuração de união estável para os efeitos de ingresso no plano de saúde - por violados os direitos fundamentais acima expressos (ofensa ao princípio da isonomia, limitação indevida da esfera da privacidade, atentado contra a dignidade da pessoa humana) - não há qualquer óbice ao ingresso do companheiro do primeiro autor no PAMS e na Funcef.

A exigência regulamentar, assim posta, restringe-se à qualidade de companheiro com dois anos ou mais de convívio, circunstância fática satisfeita nos autos.

De fato, a inicial afirma - e traz consigo robustas provas documentais - a vida em comum há bem mais de dois anos; as contestações, não se insurgiram contra tal dado, incidindo pois a regra que faz presumirem-se verazes os fatos afirmados com a inicial e não contestados. Além disso, intimadas as partes para requererem provas, permaneceram silentes, nenhuma dilação almejando (no que pertine a esse aspecto). Nem se diga que havia pedido implícito, com a contestação, de produção de prova testemunhal, não bastasse os inúmeros documentos juntados com a exordial. Conforme já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, 'o desatendimento a despacho determinando especificação de provas, ainda mais seguido de apresentação de memoriais, importa renúncia àquelas pelas quais protestara a parte' (RP 261263); o Tribunal Regional Federal da 11 Região, por sua vez, assentou que 'o silêncio das partes ante o despacho que determina a especificação de provas importa renúncia. Se, na inicial ou na contestação, as provas já foram requeridas, e o juiz, mesmo assim, ordena, no saneador, que haja especificação, deve a parte se manifestar, sob pena de se entender que houve desistência.' (AC 91.01.03350-6, Juiz Tourinho Neto, DJU 15.04.1991); o então Juiz Adhemar Maciel, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, também teve oportunidade de lavrar acórdão no mesmo sentido: 'A embargantelapela, por ocasião da especificação de provas, manteve-se silente. Preclusa ficou sua oportunidade de pedir prova pericial. Não se pode, então, falar de cerceamento de defesa.' (AC 91.01.15181-9, DJU 24.02.1992). Muito menos serve para caracterizar qualquer empeco à defesa a alegação do protesto genérico, na contestação, pela produção de provas: 'o mero protesto, contido na inicial, pela produção de todo tipo de provas admitidas em direito, de forma genérica, não tem potência suficiente a erigir cerceamento de defesa, acaso não deferidas.' (TRF - 4ª Região, RO 90.04.17277, Juiz Osvaldo Alvarez, DJU 27.11.1991); no mesmo sentido: "se a parte, instada a especificar provas, queda-se em silêncio, não pode, posteriormente, alegar cerceamento de defesa, mesmo que tenha, antes, protestado pela produção de provas." (AC 91.01.06132/MG, DJU 10.06.1991. Indico, por fim, sustentação doutrinária para a orientação jurisprudencial pacífica e aqui acolhida: Pedro Henrique Távora Niess, *'A Especificação de Provas no Processo Civil'* (RT 681/66).

Com relação à condição de companheiro vivida entre os litisconsortes ativos, sublinhe-se que estão presentes todos os requisitos exigidos: vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas. Não se alegue, contra tal realidade, a ausência de expressa previsão legislativa. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as relações concubinárias, mesmo antes de seu reconhecimento legislativo, sustentou que essa circunstância não impedia se concedesse à concubina direitos, como se pode ver em judicioso voto do Ministro Aliomar Baleeiro, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 68.952 - SP. Mesmo que o adequado dimensionamento deste litígio encontre abrigo nos direitos humanos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República - e não (pelo menos no caso concreto) na seara do direito de família -, vale sublinhar que a conclusão ora sustentada vai ao encontro da evolução deste ramo do direito civil, em que passo a passo venceu a valorização da afetividade humana sobre as formalidades sociais e legais. Isso é o que demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, nos Recursos Especiais nº 13.564/MG (DJU 11.11.1991, pág. 16.152) e nº 21.697/SP (DJU 27.09.1993, pág. 19.823). A doutrina também marca essa diretriz fundamental. Trago à coração, dentre outros: Carlos Celso Orcesi da Costa (*Tratado do Casamento e do Divórcio: constituição, invalidada e dissolução*, São Paulo, Saraiva, 1987, precipuamente o Capítulo XVI - Deveres Recíprocos: dever de assistência); Oriando Gomes (*O Novo Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984: 'O casamento tem uma *ratio* que as legislações mais recentes tomam em consideração para reformar o direito de família tradicional. Impõe-se cada dia, em todas as partes, generalizando-se, a convicção de que a *ratio* do casamento na atualidade é o sentimento que sustenta a comunhão espiritual e material de vida própria do casamento e sua razão de ser, chama-se amor, afeição, dedicação recíproca ou até *mutuum adiutorium*. - pág. 25); José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990: "Fundamental é notar que o *sentido* da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de *comunhão de vida* do que pela análise descritiva de direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial, que o casamento cria." - pág. 291); Sérgio Gischkow Pereira (*Tendências Modernas do Direito de Família*, Revista *Ajuris* 42: 'O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnem de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia.' - pág. 52).

Desse modo, é de se rejeitar a alegação da CEF, de que estaria impedida de aceitar o segundo autor em virtude do princípio da legalidade. Este, inclusive no seio da Administração Pública, é hoje entendido como princípio de juridicidade: "en su sentido más amplio el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la Administración, mediante actos administrativos y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí

la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el 'bloque de la legalidad y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también *principio de juridicidad*.' (Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional - Sistema de Fuentes*, Ba(ceiona, Ed. Ariei, 1987, p. 157). Nesse sentido, arrola também Jorge Reis Novaes (*Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, acima referenciada).

Finalizando, saliento que o labor hermenêutico aqui empreendido inspira-se na busca de uma decisão que, humana na sua sensibilidade, firme na sua convicção o prudente no limite do caso concreto, concílio, no seio de uma ordem jurídica democrática, justeza sistemática o justiça material,⁵⁴ razão e intuição.⁵⁵

8. Do exame da ação cautelar incidental e da concessão da tutela antecipada requerida na inicial

Quanto a ação cautelar, extingo-a por inadequação absoluta deste meio processual ao pedido nela veiculado, visto que o pedido é satisfativo, o não assegurado.

No azo, valho-me da lição de Ovidio Baptista da Silva acerca da conceituação de *satisfatividade de um direito*, que, nas palavras dele, equivale a sua *realização concreta e objetiva*. Satisfazer um direito é realizá-lo concretamente, no plano das relações humanas' (Curso de Processo Civil, vol. III, p. 21).

Em verdade, as cautelares visam a *assegurar* (e não a realizar), o direito, protegendo-o do perecimento que estaria sujeito face às condições fáticas adversas. Visa, pois, a garantir que o afirmado direito (ou outro interesse juridicamente relevante), por via de um juízo de verossimilhança levado a cabo em um procedimento de urgência, seja respaldado, guarnecido, assegurado pela tutela jurisdicional sem, no entanto, conferir a nenhuma das partes a realização,

⁵⁴ Claus - Wilhelmi Canaris no já citado *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, discorrendo sobre essa inspiração, recomenda '... cuidado quando se critique uma solução 'justa perante o sistema' com recurso à 'justiça material'. Pois a oposição que subjaz a uma tal argumentação não existe, fundamentalmente, de forma alguma; pelo contrário, o sistema, como conjunto de todos os valores fundamentais construtivos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material, tal como esta se desenvolve e representa na ordem jurídica positiva; com razão caracterizou, por isso, Coing o sistema como a tentativa de 'comportar o conjunto da justiça com referência a uma determinada forma de vida social num conjunto de princípios racionais, e tendo mesmo Larenz equiparado-o a uma 'idéia de direito historicamente concretizada'. Nesta seqüência deve-se, por isso, acentuar ainda mais expressamente os argumentos sistemáticos, por definição, nada mais representam do que os valores fundamentais da lei pensados, até o fim, em termos de igualdade e que a sua legitimidade e a sua força reguladora resultam, em simultâneo, da autoridade do direito positivo e da dignidade do princípio da justiça.' (págs. 190-1).

⁵⁵ "Não digo, como ouvi repetir, que a inteligência excessiva seja prejudicial ao juiz; digo que o juiz ótimo é aquele em que prevalece, sobre a cauta cerebralidade, a pronta intuição humana. O senso de justiça, pelo qual, sabidos os fatos, logo se sente quem está com a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito - como na música, em que a maior inteligência não consegue suprir a falta de ouvido.' (Calarnandrei, *Eles, os juizes, vistos por um advogado*).

satisfação deste direito (*lato sensu*) protegido. 'Para compreender melhor a natureza da simples segurança (cautelar), é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado uma simples 'segurança-da-execução' ou, ao contrário, seu resultado seja uma 'execução para segurança'. Quem executa para segurança, antes de mais nada *executa*, ao contrário de quem apenas *assegura* uma futura execução. Quem, ante uma situação de urgência que faça periclitar a incolumidade do direito, desde logo o *realiza*, obtendo do juiz antecipadamente o mesmo resultado que somente a sentença final lhe poderia dar, se a demanda fosse procedente, não teria limitado a segurança do direito litigioso, mas sua *satisfação* imediata, embora provisória e sujeita a ser confirmada pela sentença final' (ob. cit., p. 31). Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior, proclama que 'nem toda medida provisória é, contudo, medida cautelar. Caso típico de medida provisória não cautelar são as liminares que se admitem em certos procedimentos especiais de mérito, como os interditos possessórios e os mandados de segurança. Essas liminares, ao contrário da providência propriamente cautelar, já se apresentam como "entrega provisória e antecipada do pedido", já são 'decisão satisfativa do direito, embora precária' (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, p. 364).

Seguindo esse encadeamento de idéias, evidencia-se inadequado o meio processual (cautelar) escolhido pelos autores para o fim colimado (satisfação do direito). Em verdade, percebe-se cristalinamente à fl. 12 que os autores estão a demandar seja satisfeito o direito alegado; são as suas palavras: '... determinando, desta forma, ... a inclusão do Autor 1. como dependente de R., no Plano de Saúde da Ré CEF, para que usufrua de todos os benefícios do *Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS*, conforme previsto no regulamento do mesmo, item 2 - *DOS BENEFICIÁRIOS; 2.1.2 - São Dependentes Diretos*; determinando, também o cadastramento como dependente de R. na Ré FEF, com todos os direitos de dependentes... Portanto, o pedido, por ser satisfativo (querem, os autores, ver satisfeito, realizado o direito de 1. incluído no plano de saúde de R.) demonstra a completa impossibilidade da utilização do presente meio cautelar para o escopo pretendido, uma vez que 'as medidas cautelares haverão de consistir, sempre, numa forma especial de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito assegurado, devendo limitarem-se a ser uma forma de proteção (*minus*), ou algo diferente (*aliud*) em relação à tutela satisfativa correspondente' (Ob. cit. p. 42).

Logo, tendo-se em vista a completa inadequação do meio processual cautelar à satisfação do direito bradado na vestibular, nada resta a não ser extinguir o presente processo cautelar sem julgamento de mérito por falta de condição da ação (CPC, art. 267, VI).

Conforme requerido na peça exordial à fl. 12, impõe-se a concessão da tutela antecipada, uma vez que se fazem presentes seus requisitos.

Antes de mais nada, é preciso enfatizar-se que a tutela antecipada é remédio que pode ser deferido em qualquer instante processual, pena de difícil, ou até, impossível reparação do direito ameaçado de perecimento. Ora, se o juiz pode, ao receber a inicial, deferir-lhe, fincado em juízo de mera verossimilhança, mais razão há para que se lhe permita concedê-la no momento da sentença, após juízo de certeza roborado na análise exaustiva de todas as provas, após devidamente

sopesadas todas as questões jurídicas e fáticas envolvidas na demanda. Isto porque, caso não sejam antecipados, na própria sentença, os efeitos da decisão transitada em julgado, seus efeitos permanecerão suspensos até seu trânsito em julgado, que, como se sabe, serão postergados pelo reexame necessário ou, ainda, pela própria apelação, se recebida no efeito suspensivo; face à essa realidade, deixar de conceder a tutela antecipada pode significar o esvaziamento da função jurisdicional monopolisticamente arrogada pelo Estado, e, pior ainda, o extermínio do próprio direito, com as tristes conseqüências que haverá de ser sentidas na carne daqueles que confiaram no Poder Judiciário. Assim, e “desde que presentes os pressupostos legais, a antecipação com base no inciso 1 poderá ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive na segunda instância, na fase recursal”, já o afirmara Kazuo Watanabe (“Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer” p. 34); e, por todos, o magistério do Juiz Teori Aibino Zavascki: “e se a situação de perigo se configurar estando o processo pronto para receber sentença? Há duas soluções possíveis. Se não for caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentenciar-se e executa-se provisoriamente a própria sentença. Se, no entanto, for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela - que nada mais significará senão autorização para execução provisória - será deferida na própria sentença (desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC)” (Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, in AJURIS 64, p. 407).

Dito isso, passo ao exame dos pressupostos legais que legitimam a concessão da tutela antecipada.

No que concerne a verossimilhança do direito invocado, este resplandece calcado não em um juízo de mera probabilidade; *resplandece, isso sim, forte, robusto e firmemente alicerçado em um juízo de certeza*, na linha e na forma dos argumentos expendidos na presente decisão.

Por sua vez, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação é por demais evidente. Os autores são portadores do HIV; já começam a desenvolver as doenças oportunistas, que podem arrebatá-las suas vidas a qualquer momento (conforme documentação acostada à inicial); *é imperioso, pois, garanta-se, incontinenti, ao autor í., tanto sua inclusão no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS quanto seu cadastramento como dependente da FEF, tudo para que possa usufruir dos benefícios de ditos planos desde já*. Gize-se que a jurisprudência já apreciou casos como este, reconhecendo a gravidade da moléstia e a necessidade de pronta e efetiva tutela jurisdicional (vg., AC 92.02.10491/RJ - DJ 06-06-95).

Outrossim, dispense os autores de prestarem caução. Com relação à sua exigência, o próprio § 3º do art. 273, se não a exclui, pelo menos coloca sua exigência na prudente discricão do juiz; consoante ensina Kazuo Watanabe “é dispensável a caução, pois o § 3.º expressamente exclui o inciso I do art. 588”, porém, faz questão de enfatizar o nobre processualista “não significa isto que o autor, vencido a final na ação, não deva responder pelos danos que venha a causar com a execução da tutela antecipada, pois o dever de indenizar está ínsito no dever de restabelecer o *status quo antes*” (Ob. cit., p. 36). Dessa maneira, se o juiz a exigir, terá de aplicar analogicamente o art. 804 do CPC, visto que tal § 3.º

impede a incidência do suporte fático insculpido no inciso I do art. 588 (“I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor”); ora, o art. 804, por sua vez, é remansosamente interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça como uma faculdade atribuída ao juiz que há de ser exercida em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. A jurisprudência é reiterada:

“Não ofende ao disposto na parte final do art. 804 do CPC a decisão que deixa de determinar que o requerente de medida cautelar de sustação de protesto de título cambial preste caução real ou fidejussória, pois que tal preceito encerra uma faculdade” (STJ - REsp 25.503-3-RJ, rei. Min. Dias Trindade, DJU 5.10.92, p. 17.101).

“Medida cautelar. Caução como contracautela. Prestação, em curso o procedimento, determinada pelo juiz, em pedido de reconsideração da parte contrária, após deferida liminarmente a medida cautelar. Inexistência de ilegalidade. A exigência de caução como contracautela é ato da discricção do juiz, se recomendável, podendo ocorrer após a concessão da liminar. Mandado de segurança denegado, originariamente. Recurso ordinário improvido” (RMS 539-RJ, Rei. Min. Nilson Naves, DJU de 17-12-90).

“A exigência de caução como contracautela é ato de discricção do juiz, se recomendável, podendo ocorrer após a concessão de liminar” (STJ-RT 6661177) - Grifei.

E, conhecedor de todas as peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, com especial atenção às precárias condições de saúde dos autores, bem como às suas particulares condições financeiras, tenho por dispensados, os autores, de prestar caução; postura diferente deste juízo acabaria por dar-lhes uma falsa vitória, máxime ao ver-se que são beneficiários da assistência judiciária gratuita, não apresentarem condições financeiras para tanto, e já suportarem gastos com as suas condições particulares de portadores de uma síndrome, ainda fatal, originadora de doenças outras que necessitam de cuidados específicos para cada caso; na hora da doença os gastos se multiplicam, e, conforme se depreende da análise dos autos, a possibilidade de os autores arcarem com tais dispêndios é deveras reduzida

De fato, exigir caução para que o autor 1. seja incluído em ditos planos de saúde representaria, visto que não possuem condições de suportar tal gravame, verdadeira negação da tutela jurisdicional, visto que para os demandantes o tempo representa, mais do que nunca, o viver e o morrer, suas vidas. Em verdade, uma vitória que dependa de confirmação para que, então, sejam produzidos os seus efeitos, poderá mais configurar a sedimentação de uma injustiça do que a tutela jurisdicional prometida pelo Poder Judiciário, máxime das reais possibilidades de que o autor 1. não consiga suportar o tempo e acabe morrendo. Faço minhas as palavras do Juiz Teori Aibino Zavascki: “sob a denominação de ‘direito à efetividade da jurisdição’ queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante

vitorioso a concretização fática da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir - tanto quanto seja possível - a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela” (ob. cit, p. 398).

Para dar cabo ao tópico, tenho por oportuno trazer à baila a lição, de vida e de direito, que nos rende Calamandrei: “ma il nuovo processo si è reso conto che la affermazione puramente giuridica della uguaglianza delle parti pub rimanere lettera morta, se poi avviene che in concreto la disparità di cultura e di mezzi economici metta una delle parti in condizione di non potersi servire di questa uguaglianza giuridica, perchè il costo e le difficoltà tecniche dei processo, che la parte abbiente e colta pua facilmente superare coi propri mezzi e coi farsi assistere senza risparmi da competenti difensori, posson costituire invece per la parte povera un ostacolo spesso insormontabile sulla via della giustizia. ‘Per eliminarla nel corso dei processo i pericoli derivanti da queste sperequazioni sociali, il nuovo Codice ha avuto speciale cura di dare sviluppo a tutti quegli istituti che posson servire a mettere la parte socialmente piú debole in condizione di parità iniziale difronte alla parte piú forte, e ad impedire che a causa della inferiorità di cultura e di mezzi economici la uguaglianza di diritto possa dinanzi ai giudice trasformarsi in una disuguaglianza di fatto” (Opere *giuridiche*, Piero Calamandrei, p. 231).

Ante o exposto, julgo:

1) *extinta, sem julgamento de mérito, a ação cautelar incidental nº 96.0002364-6, condenando os autores nas custas e em honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor da causa, cuja execução fica condicionada aos requisitos do artigo 12 da Lei nº 1.060150;*

2) *parcialmente procedente a ação ordinária (Processo nº 96.0002030-2):*

2.1. *rejeitando o pedido de declaração de união estável entre os autores;*

2.2. *declarando o direito de 1. à admissão no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS e na FEF, na condição de dependente de R., pelo que condeno a CEF e a FEF a procederem a mencionada admissão;*

2.3. *condenando autores e rés em custas e honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor da causa, que, mediante compensação, excluem-se mutuamente.*

Expeça-se mandado de intimação às rés para que atendam imediatamente a tutela antecipada deferida nos termos expressos à fl. 65.

Publique-se..Registre-se. Intimem-se. Porto Alegre, 09 de julho de 1996.

ROGER RAUPP RIOS

Juiz Federal da 10ªVara/RS

1.5.2. Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Apelação Cível nº. 96.04.55333-O/RS

Relatora: Juíza Marga Barth Tessier

Apelantes: FEF e CEF

Apelados: R.P.C. e OUTRO

Advogados: Geraldo Borges de Azevedo e outros Alice Schwambach e outros
Maria Luiza Pereira de Almeida

Data do julgamento: 20108198

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do § 3- do art. 226, da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, e da dignidade humana. art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.

1. Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o feito, pois a inicial fala em ação declaratória de união estável, mas, na verdade, seu objeto principal é uma providência condenatória, qual seja, a inclusão de dependente em plano de saúde. Ademais, a presença da CEF no pólo passivo não deixa dúvidas sobre a competência da Justiça Federal.

2. A Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar o feito, pois a discussão dos autos não está ligada ao vínculo de emprego, e sim à aplicação das regras referentes ao sistema de Seguridade, a relação segurado-aposentado do plano de saúde mantido pelos réus.

3. A ausência de intervenção do Ministério Público no feito não é causa de sua nulidade, pois os autores são plenamente capazes e não há pedido específico de declaração de *união estável*, embora tenha sido assim nominada a ação; ausentes, portanto, as hipóteses dos arts. 82 e 84 do CPC.

4. O fato do juízo monocrático ter proferido decisão conjunta - de mérito e sobre o pedido de antecipação de tutela - não implica na nulidade da sentença, constituindo mera irregularidade, que ademais não causou prejuízo às rés.

S. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de *união estável* entre os autores, pois, pelo teor do § 31 do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a *união* em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (feminino e masculino), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial justifica-se a concessão de tutela antecipada, Principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas *doenças oportunistas*, sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados, para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

11. Dispensados os autores do pagamento de caução (§ 3º do art. 273 do CPC), cuja exigência depende do prudente arbítrio do juiz e cuja dispensa não impede que os autores, se vencidos, respondam pelos danos causados pela medida antecipatória. No caso dos autos, devem ser dispensados os autores da caução, face à evidente ausência de condições, tanto de saúde quanto financeiras, já que são beneficiados pela Assistência Judiciária Gratuita e, certamente, não são poucas as suas despesas com a doença.

12. Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 20 de agosto de 1998 (data do julgamento).

RELATÓRIO

Trata-se de apelos da CEF e da FEF, face à sentença proferida em ação ordinária e cautelar - Processo n.9 96.0002030-2 e 96.0002364-6, tramitando em segredo de justiça, ajuizados contra as apelantes por R.P.C., servidor aposentado da CEF, e I.S.R, homossexuais, qualificados devidamente na inicial, e declarando-se

portadores do vírus HIV, requerendo a declaração de existência de união estável entre si e a condenação das rés à admissão do segundo autor como beneficiário do Plano de Assistência Médica Suplementar - PAMS e participo dos benefícios da FUNCEF.

Resumindo as razões elencadas nos apelos, sustenta a CEF que a decisão que houve por bem julgar parcialmente procedente a Ação Ordinária nº 96.0002030-2, declarando o direito do segundo autor, I.S.R., à admissão no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS ou na FEF, na condição de dependente de R.P.C. e rejeitando o pedido de declaração de união estável entre os autores e, ainda, concedendo a tutela antecipada (fls. 155/165) seria nula por absoluta incompetência da Justiça Federal para decidir ou reconhecer união estável, face ao disposto no artigo 109 da Carta Magna. Aduz que a Lei nº 9.278/96, que regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, diz que *'toda a matéria relativa à união estável é de competência do Juízo da Vara de Família (...)'*. Seria, ainda, incompetente a Justiça Federal para analisar matéria trabalhista, pois a condenação imposta é decorrente de relação de emprego entre o primeiro autor e a CEF e, a teor do artigo 114 da Constituição Federal, é a Justiça do Trabalho competente para tais demandas.

Nula, ainda, a sustentação face à ausência do Ministério Público, consoante o disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal e artigo 82, II, do CPC.

Nula, finalmente, a decisão na parte em que concedeu a tutela antecipada, pois fê-lo na própria sentença e o artigo 273 exige decisão distinta do julgamento final mesmo porque o recurso seria de agravo de instrumento. Na questão de fundo, a decisão careceria de qualquer fundamento legal.

A FUNCEF, em seu apelo, inicia por elogiar a sentença, mas entende que não está em jogo o comportamento sexual dos autores, suas ações, a vida que levam, ou o estado em que se encontram, tais aspectos seriam irrelevantes. A questão envolvendo homossexuais estaria em voga, mas não é relevante no caso dos autos, não houve discriminação relativa a opção sexual, mas pura e simplesmente atenção aos dispositivos legais e contratuais, estes últimos ajustados há muito entre as partes. Trata-se de possibilidade de um indivíduo vir a fazer parte de um plano de saúde para o qual não está enquadrado legal e regularmente. Sob a ótica contratual fica clara a impossibilidade da pretensão deduzida, pois o artigo 4º dos Estatutos da FEF diz que se consideram dependentes do funcionário *'aqueles que o associado indicar a que nessa qualidade sejam admitidos pelo órgão oficial de previdência a que se vincularem'*. A negativa, assim, deflui do ajuste entre as partes. Bastaria aos autores terem demonstrado que poderiam ser dependentes de um relativamente ao outro perante o órgão previdenciário para serem admitidos perante a apelante. O magistrado-sentenciante, certamente comovido pela situação dos apelados, transformou-se em ferrenho defensor do homossexualismo. As regras contratuais que disciplinam o plano de saúde são inflexíveis, aceitando-as o associado, são obrigatórias, não sendo possível o funcionamento de um plano adaptado a cada caso particular. Chama a atenção para a sistemática vigente na Previdência Social, artigo 16 da Lei nº. 8.213/1991, bem como o artigo 226, § 3º, da Carta de 1988. Diz da conveniência de trazer à luz o pensamento médio do cidadão brasileiro cristalizado no artigo 226 da Constituição, assim, se existe discriminação, fê-la o próprio constituinte. A decisão

teria afrontado à lei, ao contrato, ao regulamento para alteração dos estatutos, artigo 6º, § 1º, da LICC, aos artigos 28, 29, 81 e 82 do CC e à Constituição Federal. Esperam a reforma da sentença.

Os apelados contra-arrazoaram.

É o relatório.

Dispensada a revisão, pois não há controvérsia sobre as questões de fatos, resumindo-se a decisão às questões de direito.

O feito tramita em segredo de justiça. Juíza Marga Barth Tessler

Relatora

VOTO

No caso trazido a julgamento, a inicial afirma a existência de vida em comum há mais de sete anos entre os autores R.P.C. e I.S.R., homossexuais, dividindo casa, despesas, alegrias e tristezas, à semelhança das relações heterossexuais concubinárias. Confessam a sua contaminação pelo vírus HIV e esta foi a razão da aposentação do primeiro apelado junto à CEF e é o que motivou a pretensão de inclusão do segundo autor no plano de saúde das rés na condição de dependente. A inicial traz veementes provas dos fatos com fotografias retratando cenas da vida íntima dos companheiros, comprovantes de residência comum, registro de festas familiares, correspondências, enfim, tudo aquilo que pessoas ligadas por laços estreitos de afeto e convivência costumam guardar. As rés em momento algum contestam ou infirmam os fatos alegados, limitando-se a negar a inscrição do segundo autor como dependente, ao argumento de que a lei e o regulamento vedam o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e que a Carta de 1988 estabelece que tal união estável só é possível em se tratando de pessoas de sexos opostos. Tem-se, então, como fato incontroverso a vida em comum dos apelados e a mútua dependência entre ambos. Passando a enfrentar as preliminares, impõe-se rejeitá-las, pois não se afiguram consistentes. Não se vislumbra a alegada incompetência da Justiça Federal, pois embora tenham os autores-apelados denominado a ação de declaratória de união estável, na verdade pretendem providência condenatória, qual seja a inclusão do segundo autor como dependente do primeiro no programa de saúde complementar mantido pelas rés. Ainda, a presença da CEF no pólo passivo, sem dúvida, insere a demanda em competência da Justiça Federal, e de especial relevância a consideração do núcleo do pedido que é da condenação de aceitar a inclusão de dependente em seus planos de saúde. No que respeita a nulidade, por se tratar de demanda trabalhista e ser competência da Egrégia Justiça do Trabalho, também não prospera a alegação. As partes, a CEF, FEF e o primeiro apelado até já ultrapassaram os vínculos trabalhistas, passado às regras securitárias, pois o primeiro apelado já inativou-se, decorrendo a sua pretensão não da relação de trabalho, mas da relação de segurado-aposentado do plano de saúde complementar mantido pelas rés.

Não há nulidade pela ausência do Ministério Público, pois não-pretensas as circunstâncias do artigo 82, II, 84 do CPC, e não sendo específico pedido de declaração de união estável, embora assim denominado pelos autores, não há razão para a obrigatória manifestação do órgão ministerial. Trata-se de demanda entre sujeitos capazes.

No que se refere a última alegação de nulidade, desrespeito ao disposto no artigo 273 do CPC, efetivamente houve a relativa impropriedade de ser proferida a decisão conjunta - sentença de mérito e antecipação -, mas seria demasiado prestígio ao formalismo declarar-se nula a decisão por não serem distintas, mero detalhe, é a “cedilha a o til”, como já observou Hugo de Brito Machado in *O Processualismo e o Desempenho do Poder Judiciário*, Revista Jurídica. Na questão de fundo, a respeitável sentença de lavra do douto Juiz Roger Raupp Rios é primorosas não merecendo reparos, valendo-me dos seus brilhantes fundamentos para responder aos apelos das rés que de resto não trazem novos argumentos que aqueles já feitos na contestação.

As objeções dos réus, ao pedido deduzido pelos autores, sintetizam-se na impossibilidade de inclusão no PAMS e cadastramento junto à FEF do segundo autor, I.S.R., na condição de dependente de R.P.C., pelo fato de serem do mesmo sexo e a Constituição Federal de 1988 exige a presença de pessoas de sexos opostos para a configuração da união estável.

Com efeito, a r. sentença julgou extinto o pedido de declaração de união estável, forte nos termos do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, contudo, a não-declaração da união estável não impede a possibilidade de inclusão do segundo autor como dependente de seu companheiro. A solução do litígio não se dá tão-somente pela invocação do citado artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, mas, sim, em considerar relevantes os princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Considerou o douto julgador monocrático em sua decisão, de maneira exemplar, sobre a questão dizendo que: (... Transcrição da sentença).

A razoabilidade é sempre e cada vez mais intensamente um parâmetro para a atuação do Judiciário. Não podemos obscurecer ou hipocritamente considerar ou ignorar como a vida e os humanos são. Não somos todos iguais, somos diferentes, e ‘*não há na vida nenhuma qualidade tão universal como a diferença*’, na reflexão de Montaigne.

A ciência vem confirmando que a diferença, ser diferente, não é destino que se escolhe ou se elege. A homossexualidade é tão involuntária quanto a heterossexualidade, como se vê do trabalho de Andrew Sullivan, *Praticamente Normal*, Cia. das Letras, 1996, no original *Virtually normal an argument about homosexuality*. A razoabilidade deve prevalecer, também, para afastar a hipocrisia. Somos uma sociedade hipócrita, aplaudimos a cantores e artistas, símbolos de comportamento andrógino, mas hostilizamos o nosso vizinho, se trazer um amigo para morar com ele. Transformamos transexuais em símbolo sexual feminino, mas não lhe damos o direito a documentos de mulher, reprovamos o casal lésbico da novela das oito, mas assistimos e toleramos as cenas de violência, o assassinato de crianças e mendigos, o desrespeito com as pessoas mais simples do povo que comparecem a certos programas de auditórios. Somos uma sociedade hipócrita, mas aos poucos vamos nos dando conta da falta de razoabilidade e injustiça em nosso proceder. Aqui, a verificação da ausência de razoabilidade na negativa das rés, emprega os princípios, explícitos e implícitos, diria, as vigas mestras do nosso ordenamento político. A razoabilidade é a busca da adequação da norma jurídica, e da solução encontrada, à realidade concreta e seus valores.

A verificação da ausência de razoabilidade na negativa das rés, estampa-se da interpretação sistemática do direito, e como disse o eminente jurista Juarez Freitas: *'interpretar uma norma é aplicar o sistema inteiro de princípios e qualquer exegese cometa direta ou indiretamente numa aplicação da totalidade do Direito'* (A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros Editores, 1995, p. 169).

A verificação da ausência de razoabilidade na negativa das rés estampa-se da constatação de que, afinal, o primeiro apelado contribuiu como todos os funcionários das rés. Os servidores da CEF contribuem com uma parcela de seus salários para a constituição e manutenção dos planos de saúde complementar e em recolher as contribuições não se indaga o sexo ou a orientação sexual do contribuinte. Em tempos de *'globalização'* convém trazer precedentes dos países ditos do primeiro mundo. Como tais sociedades enfrentam e solucionam o problema em exame. A douda sentença para justificar a inadmissão da restrição a direitos decorrentes da orientação sexual do indivíduo traz inúmeros precedentes do direito norte americano e da Corte Européia de Direitos Humanos, a saber: (... Transcrição da sentença).

A jurisprudência de nossos Tribunais também censura violação de direitos: **'SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DE BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço** **'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros um reconhecimento social e público de um envolvimento privado. Como tal, é o mais elevado reconhecimento público da integridade pessoal.**

Negá-los aos homossexuais é a maior afronta pública possível à sua igualdade pública.

Esse ponto pode ser o mais difícil para muitos heterossexuais aceitar. Mesmo os que são tolerantes com os homossexuais podem achar a instituição tão conjugada à noção de envolvimento heterossexual que ampliá-la seria desfazer sua própria essência. E pode haver razões religiosas para resistir a isso, razões que, dentro e certas tradições são irrespondíveis. Mas não estou discutindo aqui o que fazem as igrejas em seus assuntos particulares. Estou discutindo o que o Estado liberal que se diz neutro deveria fazer em assuntos públicos. Para os liberais, os argumentos em favor do casamento homossexual são arrasadores. Como instituição pública clássica, ele deveria estar disponível a qualquer cidadão.

Alguns podem argumentar que casamento é, por definição, entre homem e mulher; e que é difícil contrapor-se a uma definição. Mas se, o casamento for articulado mais além desse decreto circular, então o motivo de ser exclusivo a um homem e a uma mulher desaparece. O cerne do contrato público é um vínculo emocional, financeiro e psicológico entre duas pessoas; nesse aspecto, héteros e homos são idênticos. O heterossexualismo só é intrínseco ao casamento se este for compreendido como intrinsecamente procriador; porém essa definição há muito foi abandonada na sociedade ocidental. Nenhuma certidão de casamento é concedida apenas sob a condição estrita de que o casal tenha filhos; e um casamento não é menos legal nem menos defensável se permanecer sem filhos. No Ocidente contemporâneo, o casamento tornou-se uma maneira de o Estado reconhecer um compromisso emocional mútuo entre duas pessoas para toda a vida. E, dentro dessa definição, não há nenhuma maneira pública, se acreditarmos em direitos iguais perante a lei, de negá-lo legalmente aos homossexuais'.

Lembro, a propósito, da pesquisa de Alfred Kinsey, zoólogo norte-americano, que efetuou uma das mais rigorosas pesquisas sobre a sexualidade humana nas décadas de 40 a 50, propôs a *Escala Kinsey* pela qual as pessoas podem variar de exclusivamente heterossexuais (50%) a exclusivamente homossexuais (4%). Entre os dois extremos estão as pessoas predominantemente heterossexuais, as bissexuais e as predominantemente homossexuais. O estudo demonstra que ao universo de 18 mil pessoas estudadas, 46% seriam bissexuais e segundo Kinsey algumas pessoas podem ir de um ponto ao outro da escala de acordo com a sua fase da vida e seu momento psicológico. A partir desta pesquisa o médico psiquiatra curitibano Ronaldo Pamplona da Costa escreveu a obra *Os Onze Sexos*, Ed. Gerente, 1994, desenvolvendo a idéia de que a sexualidade não é uma experiência estanque e os seres humanos não podem ser *classificados pela* forma como vivem. A garantia da cidadania passa pela garantia da sexualidade.

Ao considerar a regulamentação contratual e o regime de ingresso nos planos de saúde - PAMS e na FUNCEF -, o douto julgador, atentado à finalidade objetiva e à função econômica e social das iniciativas das rés, dada a relevância Constitucional das ações públicas e privadas na área da saúde, traz as seguintes considerações:

(... Transcrição da sentença). Sobre a prova constante nos autos refere a sentença:

(... Transcrição da sentença).

A rejeição da alegação da CEF de que cumpre a lei ao negar a pretensão dos apelados também é enfrentada pela douta sentença com os argumentos, que ora utilizo como fundamentação, assim vazados:

(... Transcrição da sentença). Ao conceder a tutela antecipada, a respeitável sentença também fornece fundamentação que é acolhida neste voto. Disse o Eminentíssimo Magistrado:

Acrescento, ainda, à fundamentação a constatação de que a recusa deita raízes em processos culturais, religiosos e sociais e tanto é assim que assistimos estarecidos a verdadeira *guerra santa* contra as mulheres pelos fundamentalistas talibans. A garantia da cidadania passa pela garantia da sexualidade e os heterossexuais devem dispensar tratamento democrático e isonômico aos homossexuais, pois somos uma sociedade democrática e participativa.

Rendendo homenagem ao culto prolator da decisão recorrida, adoto como meus os seus fundamentos, e relembro o que disse Calamandrei: 'Não digo, como ouvi repetir, que a inteligência excessiva seja prejudicial ao juiz, digo que o juiz ótimo é aquele em que prevalece, sobra a cauta cerebralidade, a pronta intuição humana. O senso de justiça, pelo qual, sabidos os fatos, logo se sente quem está com a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito - como na música, em que a maior inteligência não consegue suprir a falta de ouvido' (Calamandrei, Eles os juízes vistos por um advogado).

Com essas considerações, nego provimento aos apelos. É o voto.

Juíza Marga Barth Tessler Relatora

1.5.3 Justiça Federal da 4ª Região

Processo: 99.2018-9 – 8ª Vara

Juíza prolatora: Luciane Amaral Corrêa

Autor: J.B.P.O.

Ré: UFRGS.

Vistos...

O autor ingressou com a presente ação ordinária com pedido de antecipação da tutela pelos seguintes fatos e fundamentos: a) é servidor da ré, ocupando o cargo de assistente administrativo; b) desde 1987 manteve relacionamento com L.O.R.A., também servidor da ré, tendo passado a morar juntos a partir de 1991, em apartamento alugado por este último; c) em 1993, conseguiram comprar o apartamento onde o autor reside até hoje; d) seu companheiro foi aposentado por invalidez em novembro de 1994, tendo falecido em 01 de janeiro de 1995, sempre acompanhado do autor; e) no período em que viveram juntos, dividiram proporcionalmente aos rendimentos de cada um as despesas diárias e costumeiras de um casal, mantendo, além disso, conta conjunta junto ao Banco do Brasil S/A, observando que os rendimentos do companheiro eram bastante superiores aos por ele recebidos; f) com o falecimento do companheiro, passou a enfrentar sérias dificuldades financeiras; g) ademais, à semelhança do companheiro, é portador do vírus HIV; h) requereu pensão por morte do companheiro com base no art. 215 da lei 8112/90, o que lhe foi negado em virtude de entender a ré não ser possível, na esfera administrativa, o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo; i) na forma do art. 217, letra c, da lei 8112/90, o companheiro que comprove união estável como entidade familiar faz jus à pensão por morte; j) requer antecipação da tutela que lhe conceda desde já a pretendida pensão, confirmando-se, a final, o direito correspondente.

Foi determinado ao autor que esclarecesse quanto à existência de outros beneficiários da pensão, tendo sido informado que inexistem. A seguir, vieram os autos conclusos para apreciação do pedido de antecipação da tutela.

Passo a decidir.

Primeiramente, não contesta a ré, no procedimento administrativo, através do qual denegou a pensão a união estável entre o autor e o servidor falecido, limitando-se a referir que não pode conceder a pensão por falta de tutela legal, sugerindo que seria obtida mediante ação judicial. Assim, entendendo comprovada a união estável entre o autor e o servidor L.O.R.A. Ademais, os documentos juntados aos autos corroboram as alegações quanto à união estável - contas de luz (fl. 61), devolução do telefone feita por J. após a morte de L.O. (fl. 68), que o locava, declaração correspondente à conta conjunta (fl. 69), cheques emitidos por J. para pagamento do Hospital S. L. e correspondentes à mencionada conta (fl. 70), nota de compra do jazigo de L.O. em nome de J. (fl. 79), além de várias declarações de testemunhas (fls. 92 a 95).

Quanto ao fato de se tratar de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, entendo que inexistente impedimento legal a que seja reconhecida: cabe ao Direito regular as relações sociais, resolvendo de forma justa e digna as questões a ele submetidas, não lhe sendo possível ignorar a realidade à qual tem aplicação. A despeito de não haver previsão expressa no parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição Federal - não se tratando, desse modo, da *união estável* propriamente dita -, assegura o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal a igualdade de todos perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*.

Efetivamente, não se pode pretender que a união estável a que ora se refere corresponda ao instituto protegido pela Constituição Federal no parágrafo terceiro do artigo 226. Por outro lado, no entanto, não se pode deixar de reconhecer à união entre duas pessoas do mesmo sexo alguns direitos que em nada se relacionam com a natureza da relação entre homem e mulher, em atenção ao princípio da igualdade. É nessa hipótese que se enquadra, a meu ver, a questão relativa à pensão por morte. Inexiste diferença, para os efeitos de tal espécie de proteção, entre casais do mesmo sexo ou de sexos diferentes, porque a pensão decorre da vida em comum, do afeto e do amparo recíprocos, da construção de uma comunhão, para o quê é indiferente tratar-se de uma relação homo ou heterossexual.

Segundo entendo, o princípio da igualdade autoriza a diferenciação de situações desiguais, impondo, outrossim, a extensão da proteção legal para situações idênticas: para os efeitos da pensão, em nada se diferencia a *união estável com entidade familiar* da união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, como é a hipótese dos autos.

Não há, igualmente, violação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 04/96, tendo em vista que a lei 9494/97 diz respeito a vencimentos em caráter geral, visando a proteção do princípio orçamentário, o que em nada se relaciona com a concessão de pensão.

Diante das razões expostas, defiro o pedido de antecipação da tutela para determinar à ré a imediata inclusão em folha do autor para fins de pagamento da pensão por morte do servidor L.O.R.A .

Intimem-se e cite-se.

Porto Alegre, 03 de maio de 1999.

LUCIANE AMARAL CORRÊA

Juíza Federal da 8ª Vara

Processo nº 2000.71.00.009347-0

CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE PORTO ALEGRE	
3ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA	
PROCESSO Nº	: 2000.71.00.009347-0
CLASSE	: AÇÃO CIVIL PÚBLICA
AUTOR	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Vistos, etc.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal visando a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos heterossexuais (art. 16, I, da Lei 8.213/91), para fins de concessão de benefícios previdenciários, deferindo todos os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão que a eles refiram-se. Ainda, que possibilite a inscrição dos companheiros e companheiras homossexuais como dependentes, inclusive no casos de segurado empregado ou trabalhador avulso, bem como que publique no Diário Oficial da União ato administrativo que reproduza a decisão judicial, remetendo cópia a todas as unidades da autarquia no Brasil. Postulou medida liminar, de abrangência nacional.

Foi determinada a citação do INSS, intimando-se-o, na mesma oportunidade, para manifestação no prazo de 72 horas, a teor do disposto no § 2º do art. 2º da Lei 8.437/92.

Manifestou-se o INSS no prazo fixado (fls. 19 a 40), requerendo o indeferimento da antecipação de tutela.

O exame do pedido de liminar demanda prévio análise de algumas questões de natureza processual, sobre as quais passo a tecer considerações:

1. Questões de ordem processual -

1.1. Da legitimidade do Ministério Público -

Impende analisar, primeiramente, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública versando sobre o interesse em discussão.

A questão passa, num primeiro momento, pela determinação da natureza desse interesse, dentre aqueles considerados transindividuais, cuja defesa é autorizada via ação coletiva.

Afigura-se-me evidente que o interesse em pauta, referente ao regime de seguridade social relacionado com a população homossexual, identifica-se com o conceito de interesse difuso, trazido pelo inciso I do art. 81 da Lei 8.078/90, aplicável às ações civis públicas em geral por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85.

De fato, trata-se de interesse transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares constituem-se em uma coletividade indeterminada de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Na definição de Hugo Nigro Mazzilli, **"são como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos"**.¹ O direito, por óbvio, não pode ser cindido: ou pertence a todos, ou a nenhum.

Isso advém de sua natureza constitucional, fundada em princípios como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ora, muito embora seja possível verificar seu ferimento em situações individualmente consideradas, não há como deixar de reconhecer que sua violação em relação a um único indivíduo implica desrespeito a toda estrutura constitucional de garantia ao regime democrático de direito.

A constatação, de imediato, afasta qualquer dúvida acerca da legitimação do Ministério Público à sua defesa, que advém não só da autorização do art. 5º, combinado com o art. 1º, V, ambos da lei 7.347/85, mas de incumbência institucional que lhe foi conferida pela própria Carta Constitucional de 1988, conforme se infere do inciso III de seu art. 129.

Num segundo momento, importante referir que, mesmo que se adote entendimento diverso, no sentido de que o direito postulado enquadre-se na categoria dos direitos individuais homogêneos, ainda

¹ in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 1998, Saraiva, p. 4.

assim subsistiria a legitimidade do Ministério Público. Isso porque o art. 21 da lei 7.347/85, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.088/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), determina a aplicabilidade à ação civil pública de toda a disciplina do CDC referente à "defesa dos direitos dos consumidores em juízo", o que envolve os direitos individuais homogêneos. Efetivamente, não haveria sentido na remissão se não fosse para atribuir ao Ministério Público legitimação para a defesa de outros interesses individuais homogêneos, já que os oriundos de relações de consumo, pela redação do próprio CDC, admitiam defesa coletiva pelo órgão ministerial, não necessitando da disciplina da Lei 7.347/85.

Ademais, a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, na alínea "d" do inciso VII de seu art. 6º dispõe competir-lhe a promoção de ação civil pública para a proteção de **"outros direitos individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos."**

Por fim, já vem sendo pacificado pela jurisprudência que direitos individuais homogêneos podem ser defendidos pelo *parquet* no momento em que neles configure-se interesse social, o que parece evidente no caso em apreço, relacionado à seguridade social. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade na defesa de direitos individuais homogêneos (direitos previdenciários). (...)

Mesmo em se cuidando de direitos individuais homogêneos disponíveis, é o Ministério Público legitimado à sua defesa em juízo. É que, considerados em seu conjunto, aqueles passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma de posições individuais, de modo que sua lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico por sua dimensão social. Ademais, numa época de grande massificação, é conveniente obviar a proliferação de demandas múltiplas, prestigiando-se-lhes um tratamento molecularizado, a partir da identificação de seu interesse nuclear." (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ap. cível n. 96.04.38388-4. Relator Juiz Carlos Sobrinho, julgamento em 23-3-1999, in Revista do TRF4ª Região n. 34) (sem grifo no original);

"Processual civil. Ação civil pública. Direitos e interesses individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso Especial.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. 2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem e a economia processual. (...)" (Recurso Especial n. 95347/SE, STJ, 5ª turma, Relator Ministro Edson Vidigal, julgamento em 24-11-1998).

1.2. Da concessão de medida liminar contra o Poder Público

Importante analisar, ainda, a disciplina restritiva à concessão de medidas liminares contra o Poder Público, trazida pela Lei 8.347/92.

Confrontando a hipótese em análise com aquelas disciplinadas pelo art. 1º, caput, §§ 1º e 2º de dito diploma, verifico não haver enquadramento que vede a liminar postulada pelo Ministério Público.

A única dúvida que poderia restar estaria no disposto no § 3º do mesmo artigo, verbis: **"não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação."**

A exegese do dispositivo, todavia, deve levar em conta a natureza da medida liminar nas ações civis públicas, de caráter antecipatório da tutela pretendida. Interpretação literal, em consequência, levaria ao absurdo de encontrar-se totalmente vedada qualquer liminar em sede de ações coletivas. A lógica, portanto, determina que o fundamento da norma, que não distinguiu as ações cautelares propriamente ditas e as liminares que podem ser deferidas em processos de conhecimento, deve ser buscado em conformidade com a disciplina da antecipação de tutela, traçada no art. 273 do Código de Processo Civil.

De fato, quando se trata de antecipar os efeitos de um provimento judicial de cunho sentencial, deve-se cotejar e conciliar três princípios básicos: o da necessidade, da menor restrição possível e o da salvaguarda do núcleo essencial. Em respeito a este último – que exige que nenhum dos valores em causa seja irremediavelmente sacrificado em nome do

provimento liminar – é que se mostra impossível antecipar, através de liminares satisfativas, decisões de conteúdo irreparável ou irreversível, o que vem explicitado no § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil. Nesse mesmo sentido é que deve ser lida a restrição em análise: incabível concessão de medida liminar contra o Poder Público que, esgotando no todo ou em parte o objeto da ação, impossibilite o retorno ao *status quo ante* em caso de sentença de improcedência.

In casu, a medida postulada não é irreversível, já que, vindo a ser improcedente a ação, bastará ao INSS cancelar as inscrições das pessoas beneficiadas pela liminar e efetivar a cobrança de valores que tenham sido eventualmente pagos a título de benefício previdenciário.

Por outro lado, encontram-se em jogo verbas de natureza alimentar, garantidoras do constitucional direito à vida, que não pode encontrar limites em legislação ordinária. Efetivamente, o fundamento de validade das leis é a própria Constituição, cujas regras, salvo expressa previsão, não podem ter sua eficácia tolhida por instrumentos normativos inferiores.

Não se verificam, assim, óbices legais à concessão da liminar postulada.

1.3. Da abrangência nacional da decisão

Pretende o Ministério Público ver deferida medida liminar que tenha abrangência nacional.

A tal pretensão poder-se-ia opor o conteúdo da recente redação do art. 16 da Lei 7.347/85, dispondo que "**a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)**".

O argumento, porém, não prospera, em especial por dois motivos: primeiro, porque o Código de Defesa do Consumidor, que também traça a disciplina processual das ações coletivas e é aplicável às demais ações civis públicas, não traz a mesma vedação; segundo, porque a própria natureza do direito em questão não permite sua cisão.

A inovação no art. 16 da Lei 7.347/85 foi veiculada pela Medida Provisória n. 1.570/97 e posteriormente pela lei 9.494/97, cujo art. 2º, todavia, em nada alterou a disciplina dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, explicitada no 103 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável às ações civis públicas em geral por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85, que não foi objeto de modificação.

Há pois, suporte legal à abrangência nacional das decisões em ações civis públicas, porquanto, segundo o CDC, em se tratando da defesa de direitos difusos ou individuais homogêneos, a coisa julgada operará *erga omnes*. Ademais, é um contra-senso lógico aludir-se à eficácia *erga omnes*, porém limitada a um grupo determinado de pessoas.

Por outro lado, mesmo que a lei não o dissesse expressamente, o tratamento dos direitos transindividuais demanda uniformidade, único modo de conferir, na expressão de André Carvalho Ramos, "**substância ao princípio constitucional da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça.**"² Realmente, se os direitos cuja defesa é feita através de ação civil pública, em especial os difusos, dentre os quais se encontra aquele ora postulado, têm em sua essência a indivisibilidade, como limitar os efeitos da coisa julgada a uma área territorial restrita? Ou o direito existe, e é assim para todos, ou não existe.

O que fica flagrante na infeliz redação do artigo em comento é que confundiu competência com limites subjetivos da coisa julgada, ferindo a garantia constitucional de tutela dos interesses transindividuais, de modo que não pode subsistir, sob pena de não se solucionarem adequadamente os conflitos coletivos.

De fato, fixada a competência territorial do juízo, os efeitos da decisão, seja liminar, seja sentencial, obedecerão ao regime dos efeitos subjetivos da coisa julgada, que *in casu* deve operar *erga omnes*. Além disso, o autor da demanda é o Ministério Público Federal, entidade regida pelo princípio da unidade (art. 127, § 1º, da CF), cuja atuação abrange todo o território nacional.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 602-6, na qual o relator, Ministro Ilmar Galvão, concluiu:

² *in* A Abrangência Nacional de Decisão Judicial em Ações Coletivas: o caso da Lei 9.494/97, RT 755, setembro de 1998, p. 113.

"(...) inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis."

No caso em apreço, o dano resultante da negativa do INSS em considerar como beneficiários do regime geral de previdência social os companheiros homossexuais tem, por óbvio, amplitude nacional, de modo que o ferimento ao direito somente poderá ser evitado se a decisão tiver a abrangência pretendida pelo *parquet*.

Frise-se, por fim, que pensar de modo diverso equivale a contrariar a própria teleologia das ações coletivas, de garantir o acesso à jurisdição a um sem-número de pessoas que se encontram à margem da tutela jurisdicional, bem como de evitar a sobrecarga do Poder Judiciário com milhares de ações versando sobre matéria idêntica.

1.4. Da declaração de inconstitucionalidade em Ação Civil Pública

Insurgiu-se o INSS contra a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade, aduzindo que a matéria não poderia ser objeto de ação civil pública, sob pena de usurpar-se a competência do Supremo Tribunal Federal para as declarações *erga omnes* de inconstitucionalidade.

Seu argumento não procede. Isso porque, sabidamente, nosso sistema de controle de constitucionalidade, misto entre o americano e o europeu, admite tanto a forma concentrada, efetivada somente pelo STF, quando a difusa, exercida por todo o Poder Judiciário.

Efetivamente, a declaração abstrata de inconstitucionalidade, compete unicamente ao STF. Todavia, a circunstância não afasta a

possibilidade de que juízes de primeiro grau, como fundamento de decidir, reconheçam violações a normas constitucionais, em especial porque, mediante o manejo do sistema recursal, possibilita-se a manifestação final sobre o tema ao STF.

No sentido da tese ora defendida, manifestaram-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"ACP e ADIn. O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do ordenamento jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn."³

De fato, objeto da ação sob exame não é a declaração de inconstitucionalidade abstrata de dispositivo legal, mas a garantia de manutenção de um direito de ordem constitucional, cuja defesa, à evidência, pode ser manejada em ações coletivas, salientando-se que a Magna Carta atribuiu ao Ministério Público a função institucional de **"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessária a sua garantia."** (art. 129, II).

2. Do pedido de medida liminar

Em que pese a previsão da Lei 7.347/85 no sentido de permitir ações civis públicas de cunho cautelar, em verdade a concessão de medidas liminares em sede de ações civis públicas não cautelares é amplamente admitida, tendo natureza evidentemente antecipatória do provimento pretendido. Em sendo assim, deve submeter-se à disciplina genérica do tema, trazida pelo art. 273 do Código de Processo Civil, somente sendo possível ante a presença concomitante dos requisitos de

³ In Código de Processo Civil Comentado, 4ª Edição, RT, 1999, p. 1504.

prova inequívoca de verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Passo a analisá-los:

2.1. Da verossimilhança das alegações

O direito invocado pelo Ministério Público afigura-se-me plausível.

Efetivamente, a negativa do Instituto Nacional do Seguro Social em reconhecer a companheiros homossexuais direitos previdenciários, sob o argumento de que **"não é devida a concessão destes benefícios nos casos de relação homossexual, face o contido o parágrafo 3º do Artigo 16 da Lei 8.213/91 e no Artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal (...)"** (fl. 54), é violadora de diversos princípios e garantias constitucionais.

Não ignoro que o § 3º do art. 16 da Lei 8.213/91, ao disciplinar a condição dos dependentes de segurados da Previdência Social, somente considerou como companheiro ou companheira **"a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal"**. Considero, porém, que a limitação não encontra suporte constitucional.

Já o preâmbulo da Carta Constitucional de 1988 deixa claro o propósito do diploma no sentido de instituir um **"Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)"** (sem grifo no original). Após, aponta dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil o da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III), determinando constituir um de seus objetivos fundamentais a promoção do **bem de todos, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (art. 3º, IV). Por fim, em seu art. 5º, inaugurando o título "Dos direitos e garantias fundamentais", dispõe que **"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, (...)"**.

Por outro lado, a previdência social encontra-se arrolada, no art. 6º da Constituição Federal, como direito social, sem qualquer cláusula

restritiva. Garantias mais explícitas encontram-se no art. 201, IV e-V, que dispõem:

"Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...)"

É evidente, portanto, que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros de mesmo sexo o direito aos benefícios devidos aos dependentes dos segurados, desrespeitou o princípio da dignidade da pessoa humana. O estabelecimento de rótulos - no caso, a orientação sexual - que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoas que deveriam, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangidas, equivale a dispensar tratamento indigno a um ser humano. De fato, a intimidade e a vida privada dos cidadãos não podem ser objeto de controle ou avaliação pelo Estado, tampouco constituírem fator determinante para o reconhecimento ou não de direitos. A questão foi bem abordada pelo Juiz Roger Raupp Rios:

"Independente da orientação sexual de um ser humano, é mister invocar o respeito devido à sua individualidade, em virtude da citada cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Esta (a dignidade da pessoa humana), aliás, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades."⁴

Verifico, ainda, violação do princípio da igualdade, pois há tratamento diferenciado em situações equiparáveis, que são a união entre pessoas de sexo diverso e a união entre pessoas do mesmo sexo, ambas desprovidas do vínculo jurídico do casamento civil, mas esteadas fundamentalmente em relação de afeto, companheirismo e mútua dependência. Enquanto aos integrantes da primeira garante-se amplo

⁴ In Revista do CEJ, Brasília, n. 6, set/dez. 1998, p. 34.

acesso ao Regime Geral de Previdência Social, considerando a legislação infraconstitucional que constituem dependentes de primeiro grau, aos integrantes da segunda veda-se a mesma benesse.

Sabe-se que o princípio da igualdade material exige, para sua perfeição, tratamento desigual em situações díspares. Todavia, isso somente pode ocorrer fundado em critérios de razoabilidade, e não arbitrariamente, como ocorreu no citado artigo da Lei 8.213/91. Realmente, a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para o hetero, homo ou bissexualismo – não lhe confere *status* excepcional, que enseje tratamento diferenciado daquele dispensado à generalidade dos cidadãos.

Deve ficar claro que o princípio da igualdade não se dirige somente aos aplicadores da lei, mas também, e talvez principalmente, ao legislador. Como bem expôs Eric Heinze, a igualdade não é um conceito singular, mas um conjunto de conceitos, incluindo igualdade na lei, igualdade depois da lei e igual proteção da lei.⁵ Ora, se o fundamento de validade de todo o sistema jurídico é a Constituição, e esta garantiu expressamente a isonomia, restou afastada qualquer possibilidade de limitação que não se justifique em seus próprios preceitos, veiculada através de norma infraconstitucional.

Aliás, conseqüência da igualdade é a vedação de eleição de critérios discriminatórios - desprovidos de qualquer razoabilidade - para afastar certo grupo de pessoas do gozo de direitos, que também restou desrespeitada. Efetivamente, considero a discriminação em virtude de orientação sexual como uma das espécies de discriminação em razão do sexo, expressamente proibida. Ainda que assim não fosse, resta a cláusula geral, que afasta quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, não se pode olvidar da força normativa dos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil participe (§ 2º do art. 5º da Constituição Federal). A esse respeito, merecem especial atenção a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Da Declaração Universal dos Direitos do Homem, destaco os seguintes dispositivos:

⁵ *In* Sexual Orientation: A Human Right. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 215.

"Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidades e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Art. 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

(...)

Art. 7º. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, tem direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Art. 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade." (sem grifo no original).

No mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos:

"Art. 5 (1). Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Art. 7 (1) Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

Art. 11 (1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Art. 11 (2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.

Art. 11 (3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

Art. 24. Todas as pessoas são iguais ante a lei. Em consequência, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei." (sem grifo no original).

Vê-se que tais diplomas expressam particular repúdio por qualquer ato discriminatório, a indicar a fraternidade como elemento norteador das relações humanas, tenham elas natureza política, econômica ou social. Evidenciam, ainda, que alguns fatores são inaceitáveis como fundamento para distinções e classificações humanas, como raça, religião e sexo.

No que tange especificamente aos direitos previdenciários postulados – pensão por morte e auxílio-reclusão - , deve ficar claro que têm origem diretamente no texto constitucional, que os alcança a todas as pessoas.

Não se verifica nenhum óbice em reconhecer-se, nos relacionamentos estáveis entre homossexuais, relação de dependência para fins previdenciários. Tanto é assim que, ao aludir ao direito de pensão por morte, o art. 201, V, da Constituição utiliza o termo "companheiro", não especificando a exigência de que se constitua união estável. Por outro lado, o art. 226, § 3º, ao reconhecer como união estável somente aquela estabelecida entre homem e mulher, não se valeu do termo "companheiro". Logo, *a contrario sensu*, são conceitos que não se confundem.

Ainda, no que tange ao auxílio-reclusão, garantido pela Constituição (art. 201, III) aos dependentes de segurados de baixa renda, igualmente é direito que não pode ser negado aos companheiros homossexuais. O conceito de dependência, de que se valeu a Constituição, não admite restrição infundada pela legislação ordinária.

Saliente-se, por oportuno, que o princípio da obrigatoriedade da contribuição previdenciária, que expressa a relação tributária de custeio existente entre o segurado e o INSS, justifica que aquele que seja dependente do primeiro também possa ser beneficiário do regime, como indica o próprio texto constitucional. A dependência presumida, como nos casamentos e uniões estáveis, nos casos de relacionamentos homossexuais, estabelece-se pela ligação de amor, afeto e companheirismo, que não pode ser desconsiderada.

A partir do momento em que o trabalhador contribuiu para a construção de um sistema de seguridade, em respeito ao princípio da solidariedade social, é mais que legítima sua expectativa de que, diante de adversidades, seja ser garantida a manutenção de seu padrão de vida e das pessoas que com ele convivem.

Não há necessária correlação, como quer o INSS, entre a dependência para fins previdenciários e relações disciplinadas pelo direito de família. Mesmo que se pense de modo diverso, ainda assim as relações homossexuais estariam abrangidas, porquanto a família constitui-se por

laços de afetividade, e não por imperativos de ordem sexual. As pessoas ligam-se por afinidades e necessidades mútuas, constituindo conjuntos microsociais que - independentemente do sexo de seus integrantes -, não podem ser ignorados pelo direito. Nesse sentido já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao considerar competente para a dissolução de sociedade conjugal entre homossexuais as varas especializadas em direito de família, de cujo julgamento destaco excerto do voto do Desembargador Breno Moreira Mussi:

"Creio que na entrada do milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar da Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria." (Agravo de Instrumento n. 599075496, 8ª Câmara Cível, Relator Des. Breno Moreira Mussi, j. em 17-6-1999)

Gize-se a existência de precedente do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, recentemente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, julgando ação individual bastante semelhante, entendeu possível a inclusão de companheiro homossexual como dependente em plano de saúde:

"Administrativo, Constitucional, Civil e Processual Civil. Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.

(...)

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrindo os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

(...)” (Ap. Cível n. 94.04.55333-0/RS, 3ª Turma, Relatora Juíza Marga Barth Tessler, in Revista do Tribunal Regional Federal Quarta Região n. 32, pp. 72 e segs.)

Negar a uma pessoa o direito de escolher um parceiro, com ele estabelecendo uma comunidade afetiva e pretendendo vê-lo protegido de quaisquer eventualidades, simplesmente por terem ambos o mesmo sexo, equivale a negar sua própria condição humana. Ao Estado que se diz democrático não assiste o poder de exigir de seus cidadãos que, para que lhes sejam assegurados direitos sociais, devam adotar orientação sexual pré-determinada. Como lembrado por John Rawls, “(...)numa **sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. (...) as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social.**”⁶

Considero, portanto, em uma primeira análise, que as relações de companheirismo, que determinam a condição de dependente de primeira classe do segurado, para os quais a dependência econômica é presumida, podem ser decorrentes de relacionamentos hetero ou homossexuais. A comprovação do vínculo, a seu turno, deve ocorrer nos mesmos moldes utilizados para a união estável, obedecendo-se o disposto no art. 22 do Decreto n. 3.048/99.

⁶ In Uma teoria da justiça. John Rawls. Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 4 e 6.

2.2. Do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação

Com relação ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, sua exegese deve ser feita não só à luz de situações de efetivo dano, mas sim aliado ao conceito de urgência na prestação jurisdicional.

Em conseqüência, encontram-se abarcadas pelo conceito de urgência as situações fáticas de risco ou embaraço à efetividade da própria jurisdição, já que casos existem em que a providência jurisdicional é urgente não para evitar dano ao direito, como já foi dito, mas sim para disciplinar sua fruição, precipuamente nas relações de trato contínuo, como é o caso das prestações previdenciárias.

Além disso, dado o caráter nitidamente alimentar das prestações postuladas, é imperativo reconhecer que pessoas existem que, não sendo beneficiadas de imediato, ficarão desprovidas de verbas necessárias à sua subsistência. O perigo de dano a que se encontram sujeitas, se não deferida a liminar, é evidentemente irreparável.

Por fim, considero que a protelação das decisões judiciais quando, de imediato, verificam-se presentes os requisitos para a pronta satisfação da pretensão, revela-se como medida flagrantemente violadora do direito a uma prestação jurisdicional célere. Na senda do que já dizia Rui Barbosa, **"a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta."**

3. Da decisão

Com as considerações supra, **DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional**, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que:

- a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91);
- b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso;
- c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os

Processo nº 2000.71.00.009347-0

requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto n. 3.048/99).

Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo *parquet* (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade.

Intime-se, com urgência, o Instituto Nacional do Seguro Social do inteiro teor desta decisão, por mandado a ser cumprido pelo oficial de justiça de plantão nesta Circunscrição.

Intime-se, igualmente, o Ministério Público Federal.

Porto Alegre, 17 de abril de 2000.

Simone Barbisan Fortes

Juíza Federal Substituta
da 3ª Vara Previdenciária

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



**UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO.
PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO.
PARADIGMA.**

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas.

Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica.

Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70001388982

PORTO ALEGRE

ESPÓLIO DE H.O., representado por
sua inventariante, E.O.

APELANTE

N.G.

APELADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, prover, em parte, o apelo, vencido o eminente Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que lhe nega provimento.**

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, a eminente Senhora Desembargadora Maria Berenice Dias, Presidenta.

Porto Alegre, 14 de março de 2001.

**DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS,
RELATOR.**

**DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
REVISOR – VOTO VENCIDO.**

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) –

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Cuida-se de apelação cível interposta pelo Espólio de H.O, representado pela inventariante E.O, contra sentença de fls. 156/164 que, nos autos da Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato que lhe move N.G, julgou procedente o pedido para reconhecer a sociedade de fato entre requerente e requerido, determinar a partilha proporcional do patrimônio em nome do titular do espólio listado na inicial e com documentos de propriedade a partir das fls. 141, no percentual de setenta e cinco por cento ao autor e o restante à sucessora do parceiro falecido.

Em suas razões, o apelante alega que o apelado não fez pedido expresso de partilha no percentual de 75%. Aduz que, pelo fato do recorrido ter requerido o benefício da AJG, há a demonstração de que quem recebia dinheiro era o *de cujus* e, sendo assim, o patrimônio foi construído exclusivamente com as economias deste. Refere que o direito da mulher, nos casos de sociedade heterossexual, é de 50% do patrimônio comum. Afirma ser a decisão ilegal e desproporcional, eis que não se demonstrou a sociedade, apenas a coabitação. Postula a reforma total da sentença com a conseqüente improcedência da ação.

O apelado ofertou suas contra-razões, aduzindo que o relacionamento entre ele e o falecido não é negado. Diz que o salário que recebia, comprovado nos autos, impossibilitá-lo-ia de construir o vasto patrimônio deixado por ocasião da morte do companheiro. Postula o improvimento do recurso para ver mantida a sentença de 1º grau.

O Ministério Público exarou parecer, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento da apelação.

Vieram-me os autos.

É o relatório.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



VOTO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) –

Cuida-se de pedido de partilha de patrimônio construído durante uma relação homossexual, que perdurou por mais de trinta anos.

O autor almeja proporção maior do acervo.

Era o parceiro que tinha melhor atividade remunerada, enquanto o companheiro só auferia provento previdenciário, mas, por analfabeto, consentiu que tudo fosse registrado em nome deste, motivo por que deseja ser beneficiado na partilha.

A relação se encontra adequadamente provada, tendo se iniciado em 1967, quando o apelado tinha 22 anos, e se estendeu até a morte de H.O, inclusive com a adoção de uma filha, ora representante do espólio, conforme deriva do depoimento pessoal (fls. 102/114).

As testemunhas G. (fl.115), A. (fl.123/131) e Ata., mãe da inventariante (fl.132/134), corroboram a união, informando que N. é médium, possui casa de muita freqüência e consulta, e que as partes mantinham uma relação afetiva, pública e notória.

Para todos, H. não desempenhava qualquer atividade lucrativa, apenas auxiliando na casa de religião e administrando o patrimônio conjunto.

Não há qualquer respingo na afirmação exordial, tanto no que toca à união existente, como sobre a existência de bens em nome do demandado, embora não desfrutasse de rendas, salvo pequena pensão que recolheu por acidente.

A questão posta não mais causa frêmito nos tribunais, sendo já freqüentes as inserções de casos semelhantes nos repertórios da jurisprudência e causa de debates em seminários.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



É verdade que ainda resta o empecilho de considerar tais relações como união estável, em vista da prescrição constitucional e das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, que exigem a diversidade de sexos.

Leciona Rainer Czajkowski que a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é um irrelevante jurídico, pois a relação homossexual voluntária, em si, não interessa ao Direito, em linha de princípio, já que a opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo(art.5º, X).

Nessa medida, a escolha por essa conduta sexual não poderá acarretar, para os envolvidos, qualquer tipo de discriminação, o que decorre do princípio da isonomia.

Todavia, por mais estável que seja , a união sexual entre pessoas do mesmo sexo , que morem juntas ou não, jamais se caracteriza como uma entidade familiar, o que resulta, não de uma realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuro cidadãos.

A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher de mãe, em face dos filhos.

Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos envolvem.

Como argumento secundário, arremata o festejado mestre paranaense, a união de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque, primeiramente, é da essência do casamento, modo tradicional e jurídico de constituir família, a dualidade de sexos.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Em segundo lugar porque mesmo as uniões livres estáveis, consagradas pela Constituição como entidades familiares, são formadas necessariamente por um homem e uma mulher (art. 226, par. 3º).

Menos por força da Constituição expressamente dizê-lo, mais por que a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

Ainda, se numa família monoparental, o ascendente que está na companhia do filho resolve ter uma relação com terceiro do mesmo sexo, ainda que de forma continuada, isto não implica, juridicamente, trazer este terceiro para dentro da noção de família, mesmo que haja moradia comum, pois família continua sendo, aí, o ascendente e seu filho, excluído o parceiro do mesmo sexo daquele.

Não vinga, aqui, o argumento de que nessas famílias monoparentais não exista a figura de pai e mãe, pois falta a figura de outro ascendente; mas a substituição só é admissível juridicamente, para o parceiro integrar o ente familiar, se houver respeito à dualidade de sexos que originariamente se apresentava, o que só acontece com nova esposa ou companheira do pai, que substitui a mãe.

Portanto, é admissível o reconhecimento judicial de uma sociedade de fato entre os parceiros homossexuais, se o patrimônio adquirido em nome de um deles resultou da cooperação comprovada de ambos, sendo a questão de direito obrigacional, nada tendo a ver com a família (*Reflexos jurídicos das uniões homossexuais*, Jurisprudência Brasileira, Editora Juruá, Curitiba, 1995, p.97/107).

Não é a posição que se adotará, como adiante se justifica.

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se

enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela.

É de Rodrigo da Cunha Pereira a afirmação de que nas culturas ocidentais contemporâneas, a homossexualidade tem sido, até então, a marca de um estigma, pois se relega à marginalidade aqueles que não têm suas preferências sexuais de acordo com determinados padrões de moralidade.

Essa estigmatização não é só em relação à homo ou heterossexualidade, mas para qualquer comportamento sexual *anormal*, como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um *padrão normal* (*Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 43).

É que o sistema jurídico pode ser um *sistema de exclusão*, já que a atribuição de uma posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o sistema define, operando-se a exclusão quanto a pessoas ou situações às quais as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres é negada.

Tal negativa, emergente de força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas esse medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto (Luiz Edson Fachin, *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*, em *A nova família: problemas e perspectivas*, Editora Renovar, Rio, 1997, p.114, *passim*).

É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos.

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (...*com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação*, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra.

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenando-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver *perda seminal*, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que têm a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos.

A idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade.

Do ponto de vista psicológico e médico, a homossexualidade configura a atração erótica por indivíduos do mesmo sexo, *uma perversão sexual* que atinge os dois sexos, sendo considerado homossexual quem pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou exhibe fantasias eróticas a respeito (Delton Croce e Delton Croce Júnior), ou *inversão sexual* que se caracteriza pela atração por pessoas do mesmo sexo (Guilherme Oswaldo

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Arbenz), ou, ainda, por *perversão sexual* que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo (Hélio Gomes), com repulsa absoluta ou relativa para os do sexo oposto (Fernanda de Almeida Brito, *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*, Editora LTr, São Paulo, 2000, pp. 46/48).

Teorias de cunho psicanalítico, social e biológico explicam as causas da homossexualidade sob diferentes pontos de vista, havendo se alterado o conceito, eis que a homossexualidade deixou de ser tida como uma patologia, tanto que, em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado, mudando-se o homossexualismo, então entre os distúrbios mentais, para o capítulo dos *sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais*, ou seja, um desajustamento social decorrente da discriminação religiosa ou sexual.

Em 1995, na última revisão, o sufixo *ismo*, que significa doença, foi substituído pelo sufixo *idade*, que designa um modo de ser, concluindo os cientistas que a atividade não podia mais ser sustentada enquanto diagnóstico médico, por que os transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual.

A proibição da homossexualidade é considerada como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional, desde 1991 (Fernanda de Almeida Brito, ob.cit. pp. 43/46).

Ensina o lusitano Asdrúbal de Aguiar que, genericamente, os sexos de nomes contrários se atraem e os de sexo do mesmo nome repelem-se, daí chamar-se o homossexualismo de *inversão sexual*, cumprindo, desde logo, distinguir entre os indivíduos capazes de relacionar-se com outros do sexo homônimo, os que assim procedem por um pendor independente de sua vontade (*verdadeiros homossexuais, invertidos*) e os que se comportam por imitação, por vício, por curiosidade ou até por divertimento (*pseudo-*

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



homossexuais ou perversos), criando-se duas grandes categorias de homossexualidade, a inversão e a perversão (Américo Luís Martins da Silva, *A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais*, Editora Lúmen Juris, Rio, 1996, p. 300).

Lembra Edward Wilson que a história genética da humanidade propugna uma moral sexual mais liberal, na qual as práticas sexuais devem ser consideradas primeiro como mecanismos de união e apenas secundariamente como meios de procriação e que o comportamento homossexual tem sido censurado pelas sentinelas da moral ocidental judaico-cristã, e tratado como doença na maioria dos países (*A natureza humana*, Editora da USP, 1981, p. 141).

Para Desmond Morris, todavia, a função primária do comportamento sexual é a reprodução da espécie, a qual é manifestamente posta de lado no *acasalamento* homossexual, ressaltando ele que nada existe biologicamente anormal num *ato de pseudocópula homossexual*, o que muitas espécies fazem, em variadíssimas circunstâncias, sendo a constituição de casais homossexuais apenas despropositada sob o aspecto reprodutivo, visto que não produz descendência e que desperdiça adultos potencialmente reprodutores (Américo Luís Martins da Silva, cit. p. 305).

Não é negando direitos à união homossexual que far-se-á desaparecer o homossexualismo, como acentua Marilene Silveira Guimarães, pois os fundamentos dessas uniões se assemelham ao casamento e à união estável, sendo o afeto o vínculo que une os parceiros, à semelhança dos demais casais, e que gera efeitos jurídicos.

A homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade e não mais uma doença, não sendo hereditária nem uma opção consciente, eis que, como ensina o psicólogo Roberto Graña, a homossexualidade é fruto de um pré-determinismo psíquico primitivo, também estudado a partir das

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



contribuições da etiologia sob a denominação de *imprinting*, originado nas relações parentais das crianças desde a concepção até os três ou quatro anos de idade. Já aí, nessa tenra idade, constitui-se o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que será mais ou menos corroborado de acordo com o ambiente em que ele se desenvolva, o que posteriormente determinará sua orientação sexual definitiva. Portanto, a homossexualidade não é opção livre, é determinismo psicológico inconsciente (*Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas*, in Direito de família, aspectos constitucionais, processuais e civis, Ed. RT, v. 2. p. 201/202).

Esclarece Oswaldo Pataro que, na etiologia do homossexualismo em seres humanos, apontam-se quatro possibilidades explicativas: anomalia genética, perturbação endócrina, condição psicológica ou mistura de duas ou mais dessas possibilidades.

Freud, um dos primeiros a idealizá-la, aceitava que a orientação era uma anormalidade do desenvolvimento emocional, sendo fator essencial a fixação do jovem à sua mãe e hostilidade ao pai, o que acabaria por levá-lo a uma tendência de comportamento feminino; ou seja, as formas de homossexualismo masculino e feminino representam uma espécie de imaturidade emocional decorrente da falta de identificação com o papel adulto em seu próprio sexo.

Após várias teorias, lembra Pataro que a psicanálise propôs que o homossexualismo é um *desvio adquirido* do impulso sexual, que expressa um fracasso do aparecimento edipiano e uma regressão a impulsos e fantasmas pré-genitais, derivado de diversos fatores, uns constitucionais, outros acidentais e ainda outros pertencentes à estrutura familiar e às personalidades dos pais (Américo Luís Martins da Silva, cit. p. 304/305).

Anote-se que a tese de que o homossexualismo provém do estado da natureza com origens biológicas e não culturais ganha corpo

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



atualmente, em vista de descobertas por cientistas canadenses de que a região do cérebro ligada às funções de aprendizagem é 13% maior nos homossexuais, restando sugerido que há um componente biológico na orientação sexual; sublinhe-se, também, que o corpo caloso do cérebro, ligado à habilidade verbal e motora, é também maior naquele núcleo (Witelson, 1994), que gêmeas idênticas têm três vezes mais probabilidades de serem lésbicas que gêmeas fraternas (Pillard e Bailey, 1993), que os homossexuais têm mais microestrias em suas impressões digitais (Kimura, 1994), e que o hipotálamo, parte do cérebro que regula o apetite, a temperatura do corpo e o comportamento sexual, é menor nos homossexuais (Levay, 1994).

Afirma Luis Muñoz Sabaté que *“la homosexualidad es tal vez una de las desviaciones sexuales que más difícilmente podría ser atacada o reprobada com base solamente a argumentos derivados de una sexología comparada. Tanto si nos remontamos a las costumbres de las sociedades paralelas a la nuestra, o incluso si acudimos a las conductas de otras especies animales habremos de rendirnos a la evidencia de que se trata de um fenómeno corriente sobre el cual se han añadido diversas consideraciones de orden cultural y alguno que otro prejuicio.*

Nuestra sociedad occidental mantiene una actitud totalmente prohibitiva de la homosexualidad. Esta proihbición se refleja no solamente em una serie de pautas morales y religiosas, calificando de vergonzosa, ridícula, denigrante o pecaminosa este tipo de conducta sino también em determinadas sanciones jurídicas, que en algunas épocas o países han llegado incluso a la castración y la pena de muerte” (Sexualidad y derecho. Elementos de sexología jurídica, Editorial Hispano-Europea, Barcelona, 1976, p.199/201).

Helmut Thielick, ex-Reitor das Universidades de Tübingen e Hamburgo, alude que dificilmente se pode esperar uma atitude unânime sobre a homossexualidade na ética teológica do protestantismo alemão, pois “e/

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



desconcierto frente a um fenómeno considerado um tabú religioso se pone de manifesto también em que casi siempre se encuadra la homosexualidad dentro de la competencia del médico. Más que discutibles, desde un punto de vista objetivo, son afirmaciones como las de que la “ homosexualidad congénita en sentido estricto es extraordinariamente rara (en cualquier caso los homosexuales por herencia tienen que extinguirse pronto... ya que no se reproducen)”. O la afirmación de que, como es posible acabar con la homosexualidad adquirida mediante un tratamiento médico, lo que hay que hacer en la mayoría de los casos es exigir del afectado que se someta a cuidados médicos. Se afirma también que por “ parte médica se han hecho ya experimentos com hormonas sexuales, registrándose buenos resultados curativos “. Continuamente encontramos análogas muestras de esta desorientación o media-orientación” (Sexualidad y crimen, 3ª edição (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1990, p. 49/50).

Com extrema precisão, Jurandir Freire Costa informa que toda a época produz crenças sobre a *natureza* do bem e do mal, do sujeito e do mundo que, aos olhos dos contemporâneos, sempre aparecem como óbvias e indubitáveis.

Os séculos XIV, XV, XVI e XVII criaram a feitiçaria. E, porque a crença na bruxaria existia, *existiam bruxas*. As bruxas eram um efeito da crença em bruxaria, e sem esta crença não haveria mulheres que sentissem, agissem, reconhecessem-se e fossem reconhecidas como bruxas.

Tampouco haveria moralistas, religiosos, médicos, etc, que se debatessem em infundáveis querelas sobre as causas e as manifestações do diabolismo ou sobre a competência dos que estavam autorizados a distinguir as falsas das verdadeiras feiticeiras, mas com o advento do imaginário racionalista e cientificista dos séculos XVIII e XIX pereceram as crenças na feitiçaria e, com elas, as feiticeiras.

Outros tempos, outras crenças, outros sujeitos.

Acrescenta o renomado psicanalista que, nas crenças a respeito da sexualidade, como as crenças da feitiçaria, também são apresentadas como fundadas em *atos evidentes por si mesmos*.

Assim, desde o século XIX passou-se a crer na existência de uma divisão natural dos sujeitos em *heterossexuais, bissexuais e homossexuais*, crença que se impõe como um dado imediato da consciência, como algo *intuitivo* e, portanto, universalmente válido para todos os sujeitos em qualquer circunstância espaço-temporal.

No entanto, com um pouco de imaginação, pode-se conjecturar um futuro em que essa classificação fosse flexibilizada e enriquecida, com outros tipos sexuais, como os *multissexuais, assexuais e alien-sexuais*, estes últimos homens e mulheres que se sentiriam atraídos por seres extraterrestres; neste universo remoto, ideologicamente copiado da cultura moral, as novas gerações aprenderiam como é que sente, sabendo que sente, uma atração multissexual ou alien-sexual, daí surgindo livros, vídeos, programas, com informações sobre o assunto, encontros e conferências seriam realizados para apurar as causas, as origens genéticas, psicológicas ou históricas daquelas características sexuais, aparecendo movimentos em defesa dos direitos civis dos alien-sexuais, outros os acusando de ter uma tendência sexual antinatural, posto que, se todos fossem atraídos por extraterrestres, a reprodução da espécie terráquea estaria ameaçada...

Fora desse enfoque, toda a discussão sobre a chamada *homossexualidade* corre o risco de tornar-se um exercício fútil para mentes acadêmicas, e, na linha de Wittgenstein, Foucault ou Richard Rorty, pensa-se que todos são seres de linguagem, pois nada, nem a subjetividade ou sexualidade, escapa ao modo como se aprende a perceber, sentir, descrever, definir ou avaliar moralmente o que se é.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Nossa subjetividade e nossa sexualidade são realidades lingüísticas, não existindo uma coisa sexual objetiva que preexista à forma como se conhece lingüisticamente, a palavra não é aquilo que se diz, falsa ou verdadeiramente, o que a suposta coisa sexual é em si, mas aquilo que a palavra diz que ela é.

Acredita-se que se é heterossexual, bissexual ou homossexual porque o vocabulário sexual coage a identificar desta maneira; vocabulário, no entanto, que não surge do nada, nem representa, para a razão, a verdade sobre a homossexualidade, ignorada pelo obscurantismo dos que vieram antes.

Uma vez criados, os dispositivos lingüísticos de crenças ou os hábitos morais e intelectuais, tornam-se quase absolutos na demarcação do limite de possibilidades das identificações sexuais de cada indivíduo, sem chance de se escolher as preferências sexuais, assim como não se opta pela língua materna.

As inclinações sexuais, como disse Freud, são contingentes, arbitrárias e casuais, o que não significa que sejam gratuitas, pois se está preso ao repertório sexual da cultura, até que outras práticas lingüísticas produzam novos modos de identificação moral dos indivíduos.

Entretanto, ninguém é senhor da morada sexual, pode tornar-se livre para reescrever moralmente a versão imposta à forma de amar e desejar sexualmente, eis que ninguém pode escolher que tipo de desejo ou atração sexual será a sua, mas qualquer um pode aprender a definir o que sente conforme seus padrões éticos.

Assim, discutir-se homossexualidade, partindo da premissa que todos são heterossexuais, bissexuais ou homossexuais, significa acumpliciar-se com um jogo de linguagem que se mostrou violento, discriminador, preconceituoso e intolerante, e que já levou a acreditar que certas pessoas

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



humanas são *moralmente inferiores*, só pelo fato de sentirem atração por outras do mesmo sexo biológico.

É possível abandonar o vocabulário onde consta a idéia de homossexualidade, assim como já se recusa a discutir sobre bruxas e bruxarias com o glossário da Inquisição.

E nessa cidade ideal da ética humanitária e democrática, as pessoas serão livres para amar sexualmente de tantas formas quantas possam inventar, e onde o único limite para a imaginação amorosa será o respeito pela integridade física e moral do semelhante.

Heterossexuais, bissexuais e homossexuais serão, para Freire Costa, *figuras curiosas, nos museus de mentalidades antigas e na vida terão desaparecido, como rostos de areia no limite do mar (A ética e o espelho da cultura, 3ª edição, Editora Rocco, Rio de Janeiro, 2000, p. 118/122).*

Propõe o autor, então, o termo *homoerotismo* para aludir ao que hoje se chama homossexualidade, procurando evitar que o homem moderno, preso aos hábitos, desse tal sentido a quaisquer práticas eróticas entre indivíduos do mesmo sexo biológico, já que trocando o vocabulário também se mudam as perguntas, encontrando-se respostas que não podem ser achadas quando se utiliza a terminologia hetero ou homossexual.

Como diz Rorty, trocando-se o vocabulário trocam-se os problemas e, com isso, algumas realidades que pareciam absolutamente importantes passam a não ter qualquer importância (Jurandir Freire Costa, ob.cit. p. 113/116).

Para Caio Fernando Abreu, a homossexualidade não existe, nunca existiu, e sim a sexualidade, voltada para um objeto qualquer de desejo, que pode ou não ter genitália igual, e isso é detalhe, mas não determina maior ou menor grau de moral ou integridade (*Pequenas epifanias*, Editora Sulina, Porto Alegre, 1996, p.49).

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



A questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo, e o argumento básico, em favor do tratamento igualitário, é no sentido de que as uniões homoeróticas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar um compromisso público um para o outro, em desfrutar uma vida de família, a qual pode ou não incluir crianças, o que exige isonomia legal.

Como noticia Andrew Bainham, a Convenção Européia é, até o presente, um desapontamento para os casais do mesmo sexo e para os transexuais, tendo o Tribunal Europeu adotado uma visão restritiva em relação ao direito ao casamento, o qual limita aos heterossexuais, não aceitando que os homossexuais possam ter uma *vida familiar*.

Todavia, alguns países, incluindo a Grã-Bretanha, foram mais longe do que o preconizado pela Convenção e começaram a conceder direitos a casais do mesmo sexo.

Assim, na Inglaterra, em 1999, ocorreu o caso de Martin FitzPatrick e John Thompson, que viveram juntos até a morte prematura do último, então inquilino de um imóvel, para indagar-se se o primeiro podia continuar o contrato de locação ou tinha que devolver o bem.

Ou seja, se FitzPatrick podia ser considerado como *esposo* de Mr. Thompson ou como um *membro de sua família*.

A Câmara de Lordes disse *não* para a primeira questão, mas afirmou a segunda, que o parceiro remanescente poderia ser tido como integrante da família, por que a relação homossexual comprometida tinha as características de amor, afeto, apoio e companheirismo, normalmente presentes nas relações familiares.

No Canadá, o Supremo Tribunal foi mais longe e defendeu que a expressão *cônjuge*, quando utilizada em determinadas partes da legislação,

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



não deveria restringir-se aos formalmente casados, mas estendida a casais do mesmo sexo.

Desenvolvimentos mais radicais ocorreram em alguns países da Europa Setentrional.

As nações nórdicas (Dinamarca, Suécia, Noruega e Islândia) têm a concepção de *parceria registrada*, permitindo que casais homossexuais comprometidos registrem seus relacionamentos, sendo tratados como se consorciados fossem, não sê-lhes aceitando adotar crianças, o que foi já superado pelo parlamento holandês, com a possibilidade de que tais pessoas casem e adotem, cânone que passou a vigir em 1º de abril deste ano.

Assevera Bainham que os movimentos europeus estão lastreados na noção de igualdade e neutralidade como entre diferentes tipos de relações familiares, podendo tais reformas *progressistas* ser vistas como reflexo de uma visão do compromisso com os direitos humanos.

No Canadá, a discriminação, com base na orientação sexual, viola a garantia constitucional da igualdade.

Mas há também uma dimensão adicional para os debates que dizem com o sexo e com os gêneros masculino e feminino, indagando-se o cabimento, no mundo moderno, de agarrar-se à visão tradicional de que o casamento deve envolver um homem e uma mulher ou que a parentalidade envolva necessariamente duas pessoas, um pai e uma mãe .

Argumenta-se que o compromisso entre duas pessoas ou em relação à criança, não depende do sexo ou gênero destas pessoas, o que aceito, implicaria emergir o casamento ou a parentalidade, no futuro, como conceitos neutros quanto ao gênero, ao invés de específicos (*Direitos humanos, crianças e divórcio da Inglaterra*, UFP/IBDFAM, Editora Juruá, Curitiba, 2001, p. 12/15).

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



Acrescento que, na Hungria, a Corte Constitucional considerou que existindo o instituto do *common-law marriage*, semelhante à união estável brasileira, que reconhece aos casais heterossexuais os direitos econômicos do casamento, tal regra estende-se aos homossexuais, revisando, para tanto, a Lei de Coabitação de 1996, excetuando-se, contudo, o direito à adoção.

No Canadá, os benefícios de saúde foram estendidos aos parceiros do mesmo sexo, também admitindo que pudessem ser tratados como membros de uma união estável; o governo oferece benefício médico, dentário e oftalmológico aos parceiros dos empregados homossexuais.

Ali, uma província reconheceu, em 1997, a possibilidade de tutela e adoção por homossexuais.

Nos Estados Unidos, embora o Congresso tenha aprovado a Lei de Defesa do Casamento (*Defense of marriage Act, 1997*), pela qual os Estados não precisam reconhecer o registro de casamentos homossexuais de outros Estados, lei cuja constitucionalidade ainda se debate, o Estado de Havaí aceitou benefícios recíprocos aos casais homossexuais do quadro de seus servidores públicos, incluindo direito à pensão, saúde e indenização em caso de morte (1997), no que foi secundado pelo Estado de Oregon (1998).

Embora o campo ainda não se tenha dilatado, os Estados Unidos concedem asilo político a homossexuais, desde que comprovada a perseguição, além de atribuir indenização por abuso sexual entre pessoas de mesmo sexo. Algumas empresas, como a Disney, Microsoft, IBM e Kodak, por exemplo, reconhecem a parceria doméstica entre pessoas do mesmo sexo, a fim de perceber benefícios médicos e pensão.

A França foi a primeira nação católica a reconhecer legalmente a união homossexual, ao aprovar um Pacto Civil de Solidariedade entre pessoas de mesmo sexo, garantindo direito à imigração, à sucessão e declaração de renda conjunta, excetuada a adoção (1998).

Em Israel, a lei de Igual Oportunidade de Emprego (1992), proíbe a discriminação contra empregados baseada em sua orientação sexual, o que também acontece no Exército, tendo já acontecido decisão judicial em favor de um homossexual quanto aos benefícios previdenciários relativos ao seu parceiro enfermo.

Em Mendoza, província argentina, foi atribuído ao parceiro os benefícios da saúde; na Espanha, foi rejeitada a lei de parceria registrada, mas na Catalúnia foi aprovada a parceria doméstica para homossexuais e heterossexuais, com garantia de direitos trabalhistas e pensão; na Alemanha, Portugal e Finlândia estuda-se legislação sobre casamento entre pessoas de mesmo sexo, reconhecimento de uniões homoeróticas e parceria registrada (Napoleão Dagnese, *Cidadania no armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade*, LTr Editora, São Paulo, 2000, p.71775).

Em magistério paradigmático, Maria Berenice Dias lembra que os temas da ordem e da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, tendo lenta maturação por gravitarem na esfera comportamental, existindo tendência a conduzir e controlar seu exercício, acabando por emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente à conduta sexual.

Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.

O conceito de normal X anormal decorre, para a ilustrada doutrinadora e magistrada, de uma sacralização do conceito de família, que é historicamente associada a casamento e filhos, supondo sempre uma relação heterossexual.

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Subtrair direitos de alguns e gerar o enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e se a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação (*União homossexual, o preconceito, a justiça*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p.17/21).

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º,X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária (*Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*, em *A nova família: problemas e perspectivas*, Editora Renovar, Rio, 1997, p. 114).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas (Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 1º; Constituição de Portugal, art. 1º; Constituição da Espanha, art. 1º; Constituição Russa, art. 21; Constituição do Brasil, art. 1º,III, etc.).

Alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico),

diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam *coisas*; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto.

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente à toda experiência, verdadeiro *fundamento* da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais.

Assim, não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.

É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz à concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica (José Afonso Silva, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo, nº 212 / p. 91/93).

Assim, a idéia de dignidade humana não é algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Ingo Sarlet, em obra proeminente, menciona que nesse sentido assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente *limite* e *tarifa* dos poderes estatais e da

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protecional da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdida e alienada, pois se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando à promoção da dignidade, *especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que é dependente da ordem comunitária*, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Sinaliza o douto constitucionalista gaúcho que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação (*A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 46/49).

A contribuição da Igreja na afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio elementar sobre os fundamentos do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembléia Constituinte, efetivou-se em declaração denominada *Por uma Nova Ordem Constitucional*, onde os cristãos foram instados a acompanhar e posicionar-se, quando se tentasse introduzir na nova carta elementos incompatíveis com a dignidade e a liberdade da pessoa.

Ali constou que *todo o ser humano, qualquer que seja sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, confissão religiosa, posição social,*

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



econômica, política, cultural, é portador de uma dignidade inviolável e sujeito de direitos e deveres que o dignificam, em sua relação com Deus, como filho, com os outros como irmão e com a natureza como Senhor.

*Por isso, todos os seres humanos são fundamentalmente iguais em direitos e dignidade, livres para pensar e decidir de acordo com sua consciência; para expressar-se, organizar-se em associações e buscar sua plena realização, mas em profundo respeito à liberdade e à dignidade dos outros seres humanos, tendo sempre em vista o bem comum. Mas não é suficiente o reconhecimento formal dessa dignidade e igualdade fundamentais. É preciso que este reconhecimento seja traduzido na promoção de condições concretas para realizar e reivindicar os direitos fundamentais de todos os homens e de todas as mulheres, tais como: direito à vida e a um padrão digno de existência, direito à saúde e ao lazer; direito à educação, inclusive religiosa, e a escolher o tipo de educação desejada para os filhos; direito à liberdade religiosa; direito ao trabalho e à remuneração suficiente para o sustento pessoal e da própria família; direito de todos à propriedade, submetida à sua função social, direito de ir e vir; direito de entrar no país e dele sair; direito à segurança, à preservação da própria imagem e participação na vida política (Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*, Editora Renovar, Rio, 2001, p. 157/159).*

Dessa forma, a consagração do princípio da dignidade humana implica em considerar-se o homem como centro do universo jurídico, reconhecimento que abrange todos os seres e que não se dirige a determinados indivíduos, mas a cada um individualmente considerado, de sorte que os efeitos irradiados pela ordem jurídica não hão de manifestar-se, em princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Daí se segue de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de Direito quanto em relação à sua aplicação, já que a consideração da pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, que não admite distinções (Edilson Pereira Nobre Júnior, *O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana*, Revista dos tribunais, nº 777 / p. 475).

Em magistério original, Roger Raupp Rios estabelece as extremas entre o princípio da dignidade humana e a orientação sexual, assim compreendida esta como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).

Ou, especificamente as discriminações em face da homossexualidade, uma vez que a diferenciação é gerada em vista desta direção de desejo ou conduta sexual.

A sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade.

O respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual, é ordenado juridicamente em virtude do artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, sendo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana o elemento central do Estado de Direito, que promete aos indivíduos muito mais que abstenções de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais: a promoção positiva de suas liberdades.

A afirmação da dignidade humana, no direito brasileiro, repele quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



dessa noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais, quanto por sua pura e simples desconsideração.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito (*Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo, trabalho inédito*).

Ainda a atentar-se para o princípio da igualdade.

Celso Antonio Bandeira de Mello dita que o alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

Ou seja, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente a todos, sendo esse o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral.

Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1999, p. 9/10).

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



A concretização da igualdade em matéria de sexo, diz Roger Raupp Rios, exponencializada pela proibição de discriminação, se examinada com cuidado, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual.

De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento, por mera atração, ou pela conduta sexual de outrem, valoriza a direção do desejo, isto é, o sexo da pessoa com que o sujeito deseja se relacionar ou efetivamente se relaciona, mas esta definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito, isto é pessoa do mesmo sexo ou de sexo oposto) resulta tão só da combinação dos sexos de duas pessoas.

Ora, se um for tratado de maneira diferente de uma terceira pessoa, que tenha sua sexualidade direcionada para o sexo oposto, em razão do sexo da pessoa escolhida, conclui-se que a escolha que o primeiro fez suporta um tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo.

Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual do sujeito esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu próprio sexo.

O sexo da pessoa escolhida, se homem ou mulher, em relação ao sexo do sujeito, vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação àquele.

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual, pois o argumento peca duplamente, ao buscar justificar uma hipótese de discriminação (homossexualismo masculino) invocando outra hipótese de discriminação (homossexualismo feminino).

O raciocínio desenvolvido acerca da relação entre o princípio da igualdade e a orientação sexual, aduz ainda o culto magistrado, é uma espécie de discriminação por motivo de sexo, isso significando que, em linha de

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



princípio, são vedados no ordenamento jurídico pátrio os tratamentos discriminatórios fundados na orientação sexual.

Tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é afinado, em concreto, com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, se guarda harmonia com eles (*Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*, Revista do Centro de Estudos Judiciários Brasileiros, Conselho da Justiça Federal, 1998, v. 6, p. 29/30).

A idéia da igualdade interessa particularmente ao Direito, pois ela se liga à idéia de Justiça, que é a regra das regras de uma sociedade e que dá o sentido ético de respeito a todas as outras regras.

Na esteira da igualdade dos gêneros e com a evolução dos costumes, principalmente a partir da década de 60, desmontam-se privilégios e a suposta superioridade do masculino sobre o feminino, e a sexualidade legítima autorizada pelo Estado começa a deixar de existir unicamente por meio do casamento, eis que, com a evolução do conhecimento científico, torna-se possível a reprodução mesmo sem ato sexual (Rodrigo da Cunha Pereira, *A sexualidade vista pelos tribunais*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 61/62).

Muito raras têm sido as decisões judiciais que acabam por extrair conseqüências jurídicas das relações entre as pessoas do mesmo sexo, mostrando-se ainda um tema permeado de preconceitos, mas a convivência homossexual em nada se diferencia da união estável, não podendo ser vista como tal apenas pela restrição contida na Carta Maior.

Entretanto, é imperioso que, através de uma interpretação analógica, passe-se a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor (Maria Berenice Dias, *Efeitos patrimoniais das relações de afeto*, in *Repensando o direito de família*, IBDFam, Belo Horizonte, 1999, p. 57).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, sob o prisma jurídico, não há efeitos distintos das uniões concubinárias e das uniões homossexuais, já que ambas, fora do Direito de Família, somente podem ser cuidadas como sociedade de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, *possibilitando o reconhecimento do direito de partícipe da relação – que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão somente do outro – ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua efetiva contribuição para a formação ou incremento patrimonial* (O companheirismo, uma espécie de família, Editora RT, São Paulo, 1998, p. 491).

Observa Euclides de Oliveira que, muito antes das leis de união estável, o Supremo Tribunal Federal vinha mandando partilhar bens decorrentes de sociedade de fato entre concubinos, desde que comprovado o esforço comum; o mesmo raciocínio serve às uniões entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que, por mútua colaboração, formem uma sociedade de fato, que, desfeita, exige repartição igualitária dos bens, sob pena de estar um dos parceiros se enriquecendo injustamente à custa do outro (*União homossexual gera direitos patrimoniais limitados*, in *Nova realidade do direito de família*, COAD, 1998, p. 39).

Buscando uma hermenêutica construtiva, baseada numa interpretação atualizada e dialética, Luiz Edson Fachin afirma que a partilha da metade dos bens havidos durante a comunhão de vida mediante colaboração mútua, *é um exemplo de via que pode ser trilhada, expondo perante o próprio*

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



sistema jurídico suas lacunas, daí por que equívoca a base da formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade dos sexos como pressuposto do casamento.

O grande mestre paranaense lembra que a técnica engessada das fórmulas acabadas não transforma o tema em algo perdido no ar quando ensinar é percorrer a geografia do construir, exigindo o estudo, em seu mapa cartográfico do saber, o *construído* e não a indução ao *dado*.

Não se deve, então, conviver com uma atitude de indiferença ou de renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, atribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietude que estimule o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seus dilemas (*Elementos críticos de direito de família*, Editora Renovar, Rio, 1999, p. 2, *passim*).

Como conclui Maria Berenice Dias, comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais (ob. cit. p. 88).

Além disso, como apregoam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento (*Direito de Família. Direito Matrimonial*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p. 215)

Embora ainda tímido em qualificar a relação como entidade familiar, não me divorcio da possibilidade do uso analógico dos institutos jurídicos existentes e dos princípios do Direito, para admitir efeitos patrimoniais

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



na união homossexual, tal como se faz no casamento ou na união estável, como uma comunidade familiar.

A família não suporta mais a estreita concepção de núcleo formado por pais e filhos, já que os laços biológicos, a heterossexualidade, a existência de, pelo menos, duas gerações, cederam lugar aos compromissos dos vínculos afetivos, sendo um espaço privilegiado para que os opostos possam vir a se tornar complementares.

Atualmente a família, além da sua função de reprodução biológica, produz também sua própria reprodução social, através da função ideológica que exerce ao vincular a introjeção, por seus membros, de valores, papéis, padrões de comportamento que serão repetidos pelas sucessivas gerações, deixando a família nuclear de se constituir em modelo prevalente.

A progressão do número de divórcios, filhos criados pelo pai ou pela mãe, filhos criados em famílias reconstruídas por novos casamentos, aconchegam os novos arranjos cada vez mais freqüentes na sociedade, *não comportando mais a simples reprodução dos antigos modelos para o exercício dos papéis de mães e pais, experiência que vai além do fato biológico natural, mas adquire o estatuto de uma experiência psicológica, social, que pode ou não acontecer, independentemente a fecundação, gestação e do dar à luz e amamentar.*

Ressignificar a família na função balizadora do périplo existencial é um imperativo de nossos dias, revitalizá-la com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre os seus membros é indispensável para se aperfeiçoar a convivência humana, *repensá-la é tarefa a ser por todos compartilhada por sua transcendência com a condição humana* (Cristina de Oliveira Zamberlan, *Os novos paradigmas da família contemporânea. Uma perspectiva interdisciplinar*, Editora Renovar, Rio, 2001, p.13/14 e 149/151).

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



Segundo Rosana Amara Girardi Fachin, a família contemporânea não corresponde àquela formatada pelo Código Civil, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se conferia filhos legítimos, eis que o grande número de famílias não matrimonializadas, oriundas de uniões estáveis, ao lado de famílias monoparentais, denota a abertura de possibilidade às pessoas, para além de um único modelo.

Hoje, a nova família busca construir uma história em comum, não mais a união formal, eventualmente sequer se cogita do casal, o que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida, já não se identifica o pai como marido, eis que papéis e funções são diversas, e a procura de um outro desenho jurídico familiar passa pela superação da herança colonial e do tradicional modo de ver os sujeitos das relações familiares como entes abstratos (*Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*, Editora Renovar, Rio, 2001, p. 7, *passim*).

É ainda Guilherme Calmon Nogueira da Gama que flagra o descompasso entre o avanço constitucional do direito de família e a existência de algumas famílias sociológicas, que ainda se mantêm à margem da família jurídica, diante dos valores e princípios constitucionais que norteiam o ordenamento brasileiro, tais como as uniões sexuais entre parentes, pai e filha, e as famílias de fato resultantes da união de pessoas do mesmo sexo .

Embora aceitando que alguns valores e princípios tradicionais ainda prevalecem em matéria de conjugalidade, o que obsta relações entre pessoas de mesmo sexo, pois a sexualidade se vincula ainda à procriação, impedindo outros modelos, reconhece o mestre carioca que a realidade fática de ditas uniões, tal como ocorreu com a *união livre*, deve percorrer caminho também difícil e tortuoso, mas vai atingir o *status* de família em tempos não muito distantes (*Família não-fundada no casamento*, RT nº 771, p. 62 e 68).

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



Como foi observado no início, afastada a possibilidade de emoldurar a união homoerótica como forma de casamento, o que não acha respaldo na doutrina e nos repertórios dos tribunais, toca examiná-la como uma forma de comunidade familiar, aparentada com a união estável, esta também vedada pela prescrição constitucional vigente (CF, art. 226, par. 3º).

Não desconheço a tese que sustenta a inconstitucionalidade da regra constitucional invocada, por violar os princípios da dignidade humana e da igualdade ao discriminar o conceito de homossexualidade, mas que cede ante a afirmação do Supremo Tribunal Federal de que a existência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias, dando azo de uma em relação a outras, é impossível com o sistema de Constituição rígida (ADIn nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 10.05.96), além de afrontar o princípio da unidade constitucional.

Aparenta-me adequado, pois, filiar-me ao uso razoável da analogia e uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, principalmente o direito de igualdade.

Como explica Roger Raupp Rios, a equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente à situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher, mas onde a semelhança autorizadora seria a ausência de laços formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre sexos opostos.

O argumento avança no sentido da concretização da Constituição, pois conferindo uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer os princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o isonômico e a decorrente proibição por motivo de sexo e de orientação sexual.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Todavia, embora a analogia tenha o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais, segundo Rios, o reconhecimento destas uniões ao direito de família prescinde da união estável como paradigma, pois se uma emenda constitucional retirasse da carta a previsão da união estável, sem mais nada, o procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e atualizá-lo, reconhecendo a pertinência tanto da união estável quanto das uniões homossexuais; e, portanto, a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência da união estável, cuidando-se, pois, mais que uma analogia, de comunhão de características típicas do conceito de família às duas situações (*Dignidade da pessoa humana*, cit. p. 31/34).

Aliás, a jurisprudência local já havia dito que “*é possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre os homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos*” (TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000).

Dir-se-á, talvez, que a utilização da analogia apenas socorre para preencher alguma lacuna (LICC, art.4º e CPC, art. 126), mas na verdade o ordenamento jurídico, visto como um todo, encarrega determinados órgãos, no caso os juízes, para atribuírem soluções aos casos concretos, mesmo naquelas situações em que não existem regras legais específicas, eis que

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



como assevera Aftalión, Garcia y Vilanova, *contra la opinión de algunos autores que han sostenido que em el ordenamiento jurídico existen lagunas - o sea, casos o situaciones no previstas – que serían necesario llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento jurídico es pleno: todos os casos em que puedan presentarse se encuentran previstos em él (...)* No hay lagunas, porque hay jueces (voto do Des. Breno Moreira Mussi, no AGI 599 075 496, julgado pela Oitava Câmara Cível do TJRS, em 17.06.99, quando definiu que as demandas que envolvem relações de afeto são da competência das Varas de Família).

Se o juiz não pode, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável (STF, RBDP 50/159), não é menos verdade que a hermenêutica não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil; e se ele não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, decidindo contra ela, alude o Ministro Sálvio de Figueiredo, *pode e deve, por outro lado, optar interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum* (RSTJ 26/378), já que a proibição de decidir pela equidade não há de ser entendida como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução (RSTJ 83/168).

Assim encorajado aplico ao caso concreto os mesmos efeitos patrimoniais que deslumbro da união estável, repartindo o acervo angariado pelos parceiros em sua vida comum, destoando do fundamento e do percentual ditados na erudita sentença do Dr. Tasso Caubi Soares Delabary, que encaminhou ao autor 75 % do patrimônio existente.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Embora comprovada a coabitação e a comunhão de afetos, resta solitária no processo a afirmação do apelado de que somente seus recursos geraram o cabedal sob exame, não havendo prova que afaste a presunção derivada da vida conjunta, onde, de muito, os tribunais vinham alertando para a contribuição indireta na construção do cabedal.

É razoável, pois, atribuir-lhe somente a meação do patrimônio existente, como numa comunidade familiar, conclusão que mais se fortalece com a existência de uma filha adotiva, tal como na união estável que adoto como paradigma para o caso concreto, que, obviamente, não se trata de uma sociedade de fato.

Assim, dou provimento parcial ao apelo, repartindo a sucumbência estatuída no decisório.

Desejo consignar, ainda, um voto de louvor ao eminente juiz, Dr. Tasso Caubi Soares Delabary, pela erudita decisão.

É como voto.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – REVISOR –

Penso também que a questão da homossexualidade deve ser vista hoje com desassombro e trago, aqui, a mesma linha de argumentação que expendi ao apreciar outro processo (agravo de instrumento nº 70000535542, da 8ª Câmara Cível), em que litigavam duas mulheres que mantinham relacionamento homossexual.

A homossexualidade sempre existiu desde os primórdios e, depois de um longo período de perseguição e brutal restrição, e até de ataques à prática homossexual, sendo tal conduta até mesmo tipificada criminalmente em algumas sociedades, ao longo da história da humanidade, tendo sido

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



repudiada também até o terceiro quarto do tormentoso século XX, de tantas mudanças sociais e redefinição de valores. Mas hoje a sociedade já convive bem com esse fato social que não é novo, sendo sua aceitação progressiva. Vivemos novos tempos, e o preconceito vai ficando para trás. A sociedade vai olhando os fatos com o colorido e o contorno que eles efetivamente apresentam, sem a máscara hipócrita que transformava o fato real em invisível, e alvo de prévia, imposta e artificial censura.

É momento de se perceber que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual, e que cada qual pode livremente exercitar a sua sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um.

Não se pode mais ficar adstrito aos antigos paradigmas que ditavam as condutas sociais, como se a sexualidade humana fosse linear e coubesse nos estreitos limites de gênero homem ou mulher. Ao lado dessa dualidade, é preciso considerar que existem outros critérios respeitáveis para identificar a sexualidade de uma pessoa.

A orientação homossexual não é uma aberração senão uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais. Há que se respeitar o sentimento de cada um, a busca de realização de cada pessoa, que deve encontrar espaço para integração ao grupo social a que pertence, sem discriminações.

É preciso, pois, que as pessoas reconheçam, como direito individual, a identidade de gênero, expressão cunhada pelo pesquisador norte-americano ROBERT STOLLER, que há mais de quatro décadas estuda a questão da intersexualidade e transexualidade, que diz, pois, com a forma de o indivíduo se relacionar com o grupo social a que está inserido.

Não existe opção sexual. Cada qual exercita a sexualidade da forma como a natureza lhe oferece. A orientação a ser seguida decorre de um impulso natural.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



ROBERTO FARINA, na sua obra sobre transexualismo, e que leva este título, diz que a homossexualidade tem origem psicogênica e é essencialmente multifatorial, isto é, decorre de causas orgânicas (ou endócrinas), psíquicas, ambientais e sociais.

Portanto, trata-se de uma forma de comportamento rigorosamente natural, isto é, decorre de causas biológicas ou psíquicas e de circunstâncias pessoais ou sociais.

Dada a frequência com que se verifica hoje, já bastante reduzida a carga de preconceito, não se pode dizer que se trata de um fato raro. Pelo contrário, cada vez mais vem sendo alvo de uma afirmação social, existindo até um dia internacional do “orgulho gay”.

Não obstante isso, o comportamento tido como normal na nossa sociedade é o do homem que se relaciona com mulher e da mulher que se relaciona com o homem. Mas nunca se perquiriu se tais relacionamentos são ou não satisfatórios para todas as mulheres e para todos os homens.

O modelo tradicional apontava para as pessoas que tinham apenas insatisfações ou frustrações nos relacionamentos afetivos heterossexuais, como a única saída socialmente aceita o celibato. E a solidão era a penitência imposta para quem não teve culpa de ser diferente, por não se adequar ao modelo imposto pela sociedade e que, talvez, soube responder aos apelos que a natureza lhe impôs.

Hoje, porém, afigura-se intolerável obscurantismo persistir em qualquer prática discriminatória. Aproximando-se os influxos da nova era, que se iniciou neste século XXI, é preciso reconhecer como um fato social a homossexualidade e que, portanto, não merece e não pode ser alvo de discriminação.

Com essa visão, tenho que as questões acerca da dissolução de sociedades de fato envolvendo relações homossexuais devem, efetivamente, ser tratadas no âmbito de Varas especializadas em Direito de Família. Mas, convém deixar bem claro, não vejo como deferir um tratamento paralelo ao casamento ou à união estável. O exame de tais questões, dentro do Direito de Família, situa-se no âmbito do direito assistencial. Ou seja, localiza-se fora do direito matrimonial ou do direito parental, não sendo possível erigir tal relacionamento ao patamar de uma entidade familiar, tendo conteúdo meramente obrigacional. Situa-se tal questão dentro do direito assistencial pois não se trata de uma mera questão patrimonial, já que a relação tem o componente da intimidade e da afetividade, o que reclama a aplicação de princípios peculiares ao Direito de Família, tal como ocorre, também, com a tutela, a curatela e a ausência.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



E tal entendimento, afastando qualquer paralelo com o casamento ou a união estável, não decorre de qualquer preconceito, senão pela compreensão que tenho do que seja família, a partir da própria história da humanidade.

O que é família? Como se compreende o grupo familiar?

A família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade, acatando os apelos naturais, que se encarregaram de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada. CLÓVIS BEVILÁQUA, aliás, dizia, com propriedade, que a família é uma instituição natural, que a sociedade molda e aperfeiçoa.

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e a partir dessa noção é que foi sendo estruturado esse grupamento social em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade.

Na linha de entendimento de BACHOFEN, e que foi desenvolvida por MORGAN e MC'LENNAN, partindo-se de um estado de promiscuidade absoluta, lá nos primórdios, encontrou-se o primeiro resquício de civilização quando a humanidade passou a perceber a necessidade de se definir a filiação, até pela higidez da prole. Então, a partir daí é que começou a primeira noção de família, com repúdio ao relacionamento incestuoso. E foi isso, precisamente, que fez com que a sociedade encontrasse a sua primeira forma, que foi o matriarcado, e que se manifestava ainda na poligamia, na modalidade de poliandria, que foi a primeira forma de família e tinha a mulher como o principal referencial familiar. E, daí, o matriarcado.

A evolução fez com que, também e pelos mesmos problemas relacionados com a prole, se fizesse necessário definir a paternidade. Foi a necessidade de se buscar a paternidade certa que fez com que o homem passasse a ser o centro da família. E aí, ainda com a poligamia, encontrou-se a poligenia, passando a ser abominado o relacionamento poliândrico. Na medida em que o homem subjugava a mulher, sendo ele o pai dos filhos das suas mulheres, passou a sociedade a ter, não apenas a maternidade certa, mas também a certeza da paternidade. Ou, talvez, uma suposta certeza, já que durante muito tempo sempre se disse que a maternidade era uma certeza e a paternidade uma hipótese...

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



E a sociedade evoluiu mais, até chegar à monogamia como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas, como se infere, sempre focalizando a estrutura de família: homem, mulher e prole.

Essa forma de estruturação familiar não decorreu, portanto de um mera invenção ou convenção, nem surgiu do dia para a noite. As regras sociais relativamente à família foram, são e certamente continuarão sendo alvo de constante elaboração e burilamento, acompanhando o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo.

As regras jurídicas que disciplinam as relações de família como tal estabelecidas no direito positivo, foram, outrora, meras normas de conduta social. E a razão de ser desse regramento, cada vez mais minucioso e abrangente, foi decorrência necessária da importância social do grupamento familiar.

A própria Igreja, que inspirou as relações de família no mundo ocidental, a partir de normas do Direito Canônico, estabeleceu até punições severas, sempre buscando a monogamia, a fim de manter a ordem e a estabilidade dos organismos familiares, com vistas à definição de uma sociedade organizada. É que a família era, também para a Igreja, a célula básica.

Como se infere, as disposições religiosas, sociais e jurídicas acerca das relações de família tinham por finalidade tutelar esse grupamento social de tamanha significação para a própria vida em sociedade, constituindo um tecido capaz de estabelecer uma convivência cada vez melhor, mais civilizada e harmônica.

Então, vê-se que a idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrasse espaço para se desenvolver de forma natural e segura.

Essa, pois, é a noção do que é família, construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, durante a longa, tormentosa, conflitada e surpreendente caminhada do homem sobre a Terra, sempre em função de se estabelecer e manter a vida social, com vistas à edificação de um mundo melhor.

Hoje, pois, temos o império da família monogâmica, mas vista agora no limiar desse novo século até com certo desprezo, tantos são os apelos para a retomada da promiscuidade sexual.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

CÓPIA



Como já disse, a sociedade vive novos tempos, há uma maior abertura, há uma maior aceitação de comportamentos menos ortodoxos.

Os meios de comunicação transformaram o mundo numa aldeia global - pena que a expressão aldeia global não signifique um intercâmbio cultural, uma aproximação entre os povos baseada em valores espirituais e morais mais saudáveis, na medida em que o homem parece retornar àquele estágio inicial de promiscuidade, mais impelido pelos impulsos carnis do que afetivos. E a expressão aldeia parece que se amolda, pois os homens, por vezes, estabelecem comportamentos primitivos...

Isso permite que tenhamos uma visão mais ampla do que efetivamente está acontecendo no mundo, das crises de valor, de expectativas, de perspectivas e correspondentes frustrações pelas quais passa o homem nesse mundo competitivo onde o ter supera o ser, os bens materiais superam os espirituais, e o Direito não pode fechar os olhos para essa realidade circunstancial.

Fiz essas colocações para dizer que tenho a família como sendo um grupo afetivo de cooperação social acima de tudo, mas não consigo desvincular, ainda, a idéia de família da idéia de prole, não consigo desvincular a idéia de família como sendo aquele ambiente próprio para receber uma prole, natural ou adotiva e onde, em verdade, deve ser formado o novo cidadão. A família é isso, e, portanto, é muito mais do que uma mera relação de afeto.

Tenho que o legislador constituinte, quando cuidou de dar à união estável a feição de entidade familiar, ele não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, vista como sendo a base do grupo social.

A família é muito mais do que a mera união de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não estamos falando apenas em pacto ou de relação amorosa. Nada tenho contra que duas, três ou, quem sabe, quatro pessoas optem por desenvolver vida em comum, com ou sem o componente erótico-afetivo, e dessa forma somar esforços e dividir a solidão, morando juntas e liberando a sexualidade, numa explosão de emoções. Não pretendo fazer censura alguma, enquanto operador do direito. Mas não me parece que, **a priori**, seja este o ambiente ideal onde uma criança deve se desenvolver.

Não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador, como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole, admitida como tal no

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



ordenamento jurídico pátrio como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva.

E usei, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole, natural ou adotiva, podendo manter-se como tal, caso tenhamos o homem ou a mulher separados e sua prole.

Fiz estas longas considerações para enfatizar que se está aqui a tratar de relações humanas, que o direito não pode desconhecer e urge, portanto, proceder sem discriminação, mas também sem violentar a própria estrutura do Direito de Família e sem modificar a natureza da relação havida, que não perde sua natureza obrigacional.

Cuida-se, pois, de uma relação de dois homens, um dos quais - o de cujus - teve uma filha adotiva e que, vale gizar, jamais reconheceu o autor como mãe... Não houve, a toda evidência, a constituição de uma família.

Evidente que o reconhecimento do fato natural do afeto ou até da tendência gregária própria do ser humano não pode ser ignorada, mas isso não agasalha o reconhecimento de tal relação como sendo uma relação tipicamente de família.

O direito pátrio concebe, por princípio, a família monogâmica, formada a partir da união de um homem e uma mulher, que sejam casados ou vivam como se casados fossem, ou, ainda, as famílias monoparentais, isto é o homem ou a mulher e a prole.

Tenho reservas com a apologia do novo e penso que o entusiasmo pela possibilidade de mudar estruturas pode conduzir a uma incontornável situação de insegurança jurídica. É perigoso romper com os liames que secularmente definiram a própria ordem jurídica no mundo civilizado.

Então, quero frisar, não se trata de uma posição preconceituosa dizer que a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constitui núcleo familiar uma mera união (não estável, isto é, que não seja decorrente da convivência **more uxorio**) de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

A família começa a partir do casamento, porque assim está estruturado o ordenamento jurídico, mas o legislador constituinte deu um passo fabuloso, terminando com aquela postura hipócrita que grassava antes, em que tínhamos famílias constituídas de maneira igual à do casamento e que eram discriminadas. O legislador constituinte reparou esse erro na Carta de 1988, em que trouxe para a proteção do Estado essas outras famílias, que apenas não haviam sido constituídas com a chancela estatal, bem como aquelas compostas por um genitor e a prole.

Não consigo vislumbrar, porém, um núcleo familiar na união de dois homens ou duas mulheres apenas pelo fato de existir afeto. Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.

Afeto também existe entre amigos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos podem pedir alimentos uns para os outros, sendo que há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos... Existem amigos que dividem apartamentos e que mantêm verdadeira sociedade de fato, sem que um ou outro sejam homossexuais. Ou, mesmo que mantenham vínculo sexual entre si, será que a homossexualidade por si deve gerar direitos? E, se for assim, não estarão sendo discriminados os não homossexuais?

Cuida-se aqui neste processo da dissolução da sociedade de fato decorrente de uma união homossexual da qual resultou aquisição de um patrimônio significativo. E a partilha justa e equilibrada dos bens, em tal hipótese se impõe, não por ser uma entidade familiar, mas porque repugna ao direito a idéia do enriquecimento sem causa, isto é, o enriquecimento de um em detrimento do direito de outro.

E, mais ainda, cumpre considerar que, no caso **sub judice**, era o autor quem trabalhava, pelo que se colhe com segurança da prova coligida, e foi ele quem produziu o capital necessário para a aquisição dos bens, cuja partilha está a reclamar.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Como a capacidade intelectual do autor é bastante reduzida, sendo analfabeto, dedicando-se apenas às atividades de religião, da qual obtinha significativo proveito econômico, o seu parceiro, ora falecido, que não desenvolvia atividade remunerada alguma e, por ter maior cultura, administrava todos os seus ganhos, adquirindo bens e colocando-os no seu próprio nome, já que era absoluta a relação de confiança entre o par.

Com a morte, ficou o autor privado de todo o seu patrimônio, ensejando uma situação de flagrante injustiça, sendo inequívoca a necessidade de ser estabelecida a partilha dos bens.

A prova coligida ao longo da instrução revela, com clareza, que todo o patrimônio foi adquirido com o produto do trabalho exclusivo do autor, limitando-se o **de cujus** a administrar os recursos econômicos do par. Tenho que, dessa forma, promovendo aquisição dos bens e auxiliando o autor a mantê-los, o **de cujus** concorreu para a constituição de uma sociedade de fato.

De qualquer sorte, não vejo como estabelecer uma partilha igualitária, como propõe o eminente Relator, já que flagrantemente desigual o concurso de cada um para a construção do patrimônio, não tendo o **de cujus** contribuído economicamente para a aquisição dos bens. Justifica-se, então, o acolhimento de forma plena da pretensão deduzida na exordial, como decidiu a douta sentença hostilizada. É que a lei veda o julgamento **ultra petita** e, mais do que isso, não se pode negar também o significado econômico da administração dos recursos feita pelo falecido H.O.

Nesse passo, rogo vênia, ao eminente Relator, mas não vejo como estabelecer analogia entre a união homossexual e um casamento, de forma a aplicar o regime legal de bens do matrimônio para reger os efeitos patrimoniais de tal relacionamento. Entendo que tem aplicação, sim, a idéia contida na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, quando estabelece que, “comprovada a existência de sociedade de fato (...), é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido com o esforço comum”. Essa partilha deve ser proporcional ao esforço de cada pessoa, já que, não sendo assim, se estará propiciando enriquecimento sem causa.

Como foi o autor quem concorreu com a parte mais significativa para o amearhar dos bens, cabe a ele, por óbvio, o recebimento da maior porção, merecendo acolhida o pedido que busca a divisão proporcional do patrimônio, reclamando para si 75% dos bens. Mesmo que tenha sido provado que foi ele apenas quem concorreu economicamente para a aquisição da totalidade dos bens, não pode ser desprezado o auxílio do **de cujus**, afigurando-se razoável a definição para ele do percentual de 25%.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Com essa mesma linha de entendimento, destaco a lição oportuna e erudita do eminente civilista pátrio SÍLVIO DE SALVO VENOSA (in “Direito Civil – Direito de Família”, Ed. Atlas, 2.000, pág. 49/50) quando focaliza a exigência de diversidade de sexo para o reconhecimento de uma união estável, ensinando que **“a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei”**.

De forma incisiva, afirma o preclaro jurista que “o relacionamento homossexual, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão o cunho familiar, situando-se no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato”.

Essa linha de entendimento do PROFESSOR SÍLVIO DE SALVO VENOSA vem ilustrada por interessante - e pertinente - aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator o eminente DESEMBARGADOR NEY ALMADA (op. cit. pág. 50), **in verbis**:

“SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO. LIGAÇÃO HOMOSSEXUAL. Alteridade de sexos, que é pressuposto do concubinato, tratando-se de sucedâneo do matrimônio constitutivo da família e não dele decorrente. Hipótese que trata de uma sociedade patrimonial de fato, destituída de vínculo com o instituto”.

Igual linha de entendimento tem, também, o ilustre PROFESSOR GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA (in “Companheirismo – uma espécie de família”, ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 491) quando afirma que enquanto o Projeto da Deputada Marta Suplicy “não for convertido em lei, a união homossexual continuará a não ser passível de registro oficial, não gerando efeitos jurídicos no Direito de Família, devendo ser tratada como sociedade de fato, ou seja, no campo do Direito das Obrigações”. E sua conclusão é perfeitamente ajustada para o caso em tela, **in verbis**:

“(...) somente podem ser cuidadas como sociedades de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito do partícipe da relação - que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão-somente do outro – ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



efetiva contribuição para a formação ou o incremento patrimonial” (grifo meu).

Por tais razões, rogando vênias pelas longas considerações que fiz, ousou divergir do douto voto do eminente Relator para negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a douta sentença hostilizada.

DESA. MARIA BERENICE DIAS –

Não tenho como me afastar do lúcido, pioneiro e corajoso voto do eminente Relator, que, com a sensibilidade e perspicácia que tanto o distingue entre seus pares, mais uma vez revela sua profunda consciência na busca da verdade e da justiça. Preciso confessar que tenho a posição do ilustre colega como um dos primeiros frutos colhidos das muitas sementes que venho plantando ao longo de minha vida profissional.

Por ter sentido na carne - ao ingressar no reduto até então exclusivamente masculino da magistratura - a difícil posição de quem é excluído e discriminado pelo só fato de não ser igual aos demais, acabei empunhando a luta pela igualdade. Por isso, liguei-me ao movimento feminista, criei serviços em prol da mulher, editei um jornal, escrevi artigos, proferi palestras por este Brasil afora.

Despertou minha atenção o descaso da sociedade, do Estado e da própria Justiça para com todas as questões femininas, principalmente no que diz com o crime mais praticado em todo o mundo, que é a violência doméstica. Ao buscar entender o mecanismo que rege as relações interpessoais, acabei, ao natural, embrenhando no Direito de Família e passei a visualizar a necessidade de se mudar, não só no meio social, mas principalmente no âmbito jurídico, o conceito de família. Nessa incessante busca, fui uma das idealizadoras e fundadoras do Instituto Brasileiro de Direito

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



de Família – IBDFam, do qual tenho a honra de ser Vice-Presidente nacional. Foi, ao certo, a reunião de todos aqueles que se devotavam a esse ramo do Direito e se revoltavam com o pouco prestígio de que gozava no mundo jurídico que levou ao nascimento de um novo conceito de família, desatrelado da definição legal, desvencilhado dos laços do casamento e enlaçado tão-só no vínculo afetivo.

Foi seguindo essa trilha que acabei por envolver no conceito de família também as relações que prefiro nominar de homoafetivas. Mais uma vez, pela minha verdadeira aversão ao preconceito, chocou-me constatar o rechaço que envolve tais vínculos e que os levavam à exclusão não só familiar, social, legal, mas à pior das marginalizações, que é a exclusão perpetrada pela Justiça ao infringir o mais sagrado princípio insculpido na Constituição Federal, como marco maior de nosso estado democrático de direito, que é o respeito à dignidade humana.

Daí a razão de escrever o livro, tão repetidamente referido pelo ilustre Relator, o que recebo como uma verdadeira lisonja.

Tenho, de outro lado, que não poderia ser outra a posição desta Corte, que goza de uma invejável e destacada posição no panorama nacional. Reconhecida como uma Justiça vanguardista, arrojada e desbravadora, o pioneirismo ao certo é a nossa marca.

Ora, se foi daqui a primeira decisão que emprestou efeitos jurídicos às relações extramatrimoniais e que levou à sua inclusão na órbita constitucional, se foi a nossa Justiça que de forma inédita reconheceu como entidade familiar as relações homossexuais, definindo a competência das Varas de Família para o julgamento de tais uniões, e também é gaúcha - ainda que da órbita da Justiça Federal - a decisão que conferiu direitos previdenciários aos parceiros do mesmo sexo, ao certo essa desbravadora trajetória só poderia culminar com a manifestação do ilustre Relator.

JCTG
Nº 70001388982
2000/CIVEL

Cópia



Mister que seja consignado o pioneirismo de tal decisão, pois, pela vez primeira, a Justiça retirou a venda dos olhos e viu essas relações como vínculos afetivos a serem inseridos e tratados no âmbito do Direito de Família. Certamente era chegada a hora de abandonar o medo de ver a realidade. No dilema entre praticar uma injustiça e afrontar tabus e preconceitos, vinha o Judiciário, de forma cômoda, buscando subterfúgios no campo do Direito Obrigacional para reconhecer como sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. Relegar tais questões ao âmbito obrigacional gerava, no mínimo, um paradoxo, pois acabavam os juizes aplicadores do Direito de Família se socorrendo de ramo do Direito para cujo julgamento não detêm competência.

Assim, e reservando-me a faculdade de nada mais dizer além do que já clara e lucidamente referiu o ilustre Relator, quero parabenizá-lo por ter dado um seguro e irreversível passo para resgatar o conceito de que a Justiça tem a consciência de sua missão de inserir todos os cidadãos no estado democrático de direito em que vivemos.

Acompanho o eminente Relator.

DESA. MARIA BERENICE DIAS – PRESIDENTA – Apelação Cível nº 70001388982, de Porto Alegre:

“POR MAIORIA, PROVERAM, EM PARTE, O APELO, VENCIDO O EMINENTE DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, QUE LHE NEGAVA PROVIMENTO.”

Decisor(a) de 1º Grau: Tasso Caubi Soares Delabary.

ANEXO 3 - JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Filed in the First Circuit Court, State of Hawaii

11:06 a.m., Dec. 3, 1996

R.S. Yamada, clerk

IN THE CIRCUIT COURT OF THE FIRST CIRCUIT CIVIL NO. 91-1394

STATE OF HAWAII

FINDINGS OF FACT AND CONCLUSIONS OF LAW NINIA BAEHR, GENORA DANCEL,
TAMMY

RODRIGUES, ANTOINETTE PREGIL, PAT LAGON, AND JOSEPH MELILLO,

Plaintiffs,

vs.

LAWRENCE H. MIIKE, in his official capacity as Director of the Department of Health, State of
Hawaii,

Defendant.

FINDINGS OF FACT AND CONCLUSIONS OF LAW

This case came on for trial before the Honorable Kevin S.C. Chang on September 10, 1996. Plaintiffs Ninia Baehr, Genora Dancel, Tammy Rodrigues, Antoinette Pregil, Pat Lagon, and Joseph Melillo were represented by attorneys Daniel R. Foley, Evan Wolfson and Kirk H. Cashmere. Defendant Lawrence H. Miike was represented by Deputy Attorney Generals Rick J. Eichor and Lawrence Goya. The Court having reviewed all the evidence admitted at the trial and having considered the arguments and other written -l- submissions of counsel for the parties and the briefs filed by the amicus curiae, hereby makes the following Findings of Fact and Conclusions of Law.

FINDINGS OF FACTS

I. THE PARTIES

1. At all times relevant herein, Plaintiffs Ninia Baehr, Genora Dancel, Tammy Rodrigues, Antoinette Pregil, Pat Lagon and Joseph Melillo (hereinafter collectively referred to as "Plaintiffs") were or are residents of the City and County of Honolulu, State of Hawaii.
2. Defendant Lawrence H. Miike ("Defendant") is a resident of the City and County of Honolulu, State of Hawaii. Defendant Miike is sued in his official capacity as Director of Department of Health, State of Hawaii. [When this lawsuit was commenced, John Lewin was the Director of Department of Health, State of Hawaii. Thereafter, pursuant to Rule 43(c) of the Hawaii Rules of Appellate Procedure, Defendant Miike was automatically substituted for Defendant Lewin when he assumed the position of the Director of Department of Health, State of Hawaii. A Notice of Substitution of Parties was also filed by defense counsel on April 23, 1996.]

II. RELEVANT PROCEDURAL HISTORY

3. Plaintiffs filed their Complaint for Injunctive and Declaratory Relief ("Complaint") on May 1, 1991.
4. In pertinent part, Plaintiffs' Complaint alleges that on or about December 17, 1990, Defendant and his agent denied the applications for marriage licenses presented by Plaintiffs Baehr and Dancel, Plaintiffs Rodrigues and Pregil and Plaintiffs Lagon and Melillo, respectively, solely on the ground that the couples are of the same sex. Plaintiffs sought a judicial declaration that the construction and application of Hawaii Revised Statutes ("HRS") 572-1 to deny an application for a license to marry because an applicant couple is of the same sex is unconstitutional.
5. Defendant filed an Amended Answer to Complaint on June 7, 1991. In pertinent part, Defendant admitted that Plaintiffs Baehr and Dancel, Plaintiffs Rodrigues and Pregil and Plaintiffs Lagon and Melillo applied for marriage licenses on December 17, 1990, and that the couples applications for marriage licenses were denied by Defendant through his agent on the ground that the couples are of the same sex.
6. On July 9, 1991, Defendant filed a Motion For Judgement on the Pleading which sought a dismissal of the lawsuit. Defendant asserted, in pertinent part, that Plaintiffs in their Complaint had failed to state a claim against Defendant upon which relief could be granted.
7. A hearing was held on Defendant's Motion for Judgment on the Pleadings on September 3, 1991.
8. An Order Granting Defendant's Motion for Judgment on the Pleading was filed on October 1, 1991. A Judgment in favor of Defendant and against Plaintiffs was also filed on October 1, 1991.
9. Plaintiffs filed their Notice of Appeal to the Supreme Court of the State of Hawaii on October 17, 1991.
10. In *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993), the Hawaii Supreme Court vacated the circuit courts order and judgment in favor of Defendant and remanded the case to the circuit court for further proceedings. In pertinent part, the Hawaii Supreme Court directed the following.

On remand, in accordance with the "strict scrutiny" standard, the burden will rest on [Defendant] to overcome the presumption that HRS 572-1 is unconstitutional by demonstrating that it furthers compelling state interests and is narrowly drawn to avoid unnecessary abridgments of constitutional rights. *Id.*, 74 Haw. at 583 (citations omitted).
11. On May 17, 1993, Defendant filed a motion for reconsideration or clarification to the Hawaii Supreme Court.
12. On May 27, 1993, the Hawaii Supreme Court granted Defendant's motion for reconsideration, or, in the alternative, for clarification in part, and clarified the mandate on remand as follows.

Because, for the reasons stated in the plurality opinion filed in the above-captioned matter on May 5, 1993, the circuit court erroneously granted Lewin's motion for judgment on the pleadings and dismissed the plaintiffs' complaint, the circuit court's order and judgment are vacated and the matter is remanded for further proceedings consistent with the plurality opinion. On remand, in accordance with the "strict scrutiny" standard, the burden will rest on [Defendant] to overcome the presumption that HRS 572-1 is unconstitutional by demonstrating that it furthers compelling state interests and is narrowly drawn to avoid unnecessary abridgments of constitutional rights. *Baehr v.*

Lewin 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993), reconsideration and clarification granted in part, 74 Haw. 645, 852 P.2d 74 (1993) (citations omitted).

13. An Order of Early Assignment to Trial Judge was filed on May 5, 1995.

14. On July 13, 1995, Defendant Director of Health's Motion for Reservation of Questions to the Supreme Court of Hawaii and for Stay Pending Appeal, or, in the alternative for Stay Pending the Action of The Commission on Sexual Orientation and the Law and of The Eighteenth Legislature filed on July 5, 1995, was granted in part, and the trial in the above-captioned case was rescheduled from September 25, 1995 to July 15, 1996. See Order Denying Defendant Director of Health's Motion for Reservation of Questions to the Supreme Court of Hawaii and for Stay Pending Appeal, and Granting Alternative Motion for Stay of Trial Pending the Action of The Commission on Sexual Orientation and the Law and of The Eighteenth Legislature filed on September 7, 1995.

15. A Notice of Change of Responsible Deputy was filed on April 18, 1996, which stated that responsibility for handling of the case on behalf of the Defendant had been changed to Deputy Attorney General Rick J. Eichor.

16. Following a status conference with counsel on April 19, 1996, a Stipulation to Continue Trial Date and Order was filed on May 9, 1996. As a result, the trial in the above-captioned case was continued from the week of August 1, 1996 to September 10, 1996.

III. DEFENDANT'S POSITION

17. The directive of the Hawaii Supreme Court is clear. Pursuant to the mandate of the Supreme Court, Defendant has the burden of proof in this case. *Id.*

18. Defendant's First Amended Pretrial Statement was filed on May 13, 1996. In pertinent part, Defendant stated the following.

[A]ll that remains is for the State to show that there is a compelling State interest to deny Plaintiff marriage licenses because they are of the same sex and that this compelling interest is narrowly drawn to avoid unnecessary abridgments of constitutional rights.

The following substantial and compelling state interests will be shown:

- a. That the State has a compelling interest in protecting the health and welfare of children and other persons. . . .
- b. That the State has a compelling interest in fostering procreation within a marital setting. . . .
- c. That the State has a compelling interest in securing or assuring recognition of Hawaii marriages in other jurisdictions. . . .
- d. That the State has a compelling interest in protecting the State's public fisc from the reasonably foreseeable effects of State approval of same-sex marriage in the laws of Hawaii. . . .
- e. That the State has a compelling state interest in protecting civil liberties, including the reasonably foreseeable effects of State approval of same-sex marriages, on its citizens.

Defendant's First Amended Pretrial Statement at pages 2-4.

19. Defendant's Pre-Trial Memorandum was filed on September 6, 1996. In pertinent part,

Defendant asserted the following.

The State of Hawaii has a compelling interest to promote the optimal development of children. . . . It is the State of Hawaii's position that, all things being equal, it is best for a child that it be raised in a single home by its parents, or at least by a married male and female. . . .

The marriage law furthers the compelling state interest of securing or assuring recognition of Hawaii marriages in other jurisdictions. . . .

The marriage law furthers the compelling state interest in protecting the public fisc from the reasonably foreseeable effects of approval of same-sex marriage.

Defendant's Pre-Trial Memorandum at pages 1, 2 and 4.

20. Defense counsel acknowledged Defendant's burden of proof and, in pertinent part, stated the following in his Opening Statement. "The State has a compelling interest in promoting the optimal development of children. . . . It is the State's policy to pursue the optimal development of children, to unite children with their mothers and fathers, and to have mothers and fathers take responsibility for their children." Trial Transcript ("Tr.") 9/10/96. pages 4-5.

IV. DEFENDANT'S WITNESSES

21. Defendant presented testimony from the following expert witnesses: (1) Kyle D. Pruett, M.D.; (2) David Eggebeen, Ph.D.; (3) Richard Williams, Ph.D.; and (4) Thomas S. Merrill, Ph D.

22. Dr. Kyle Pruett is an expert in the field of psychiatry, specializing in child development. Beginning in 1981 and continuing for a ten-year period, Dr. Pruett conducted a longitudinal study of fifteen families with young children with regard to the developmental competence of children raised primarily by their fathers in intact families. At the end of his study, Dr. Pruett found that children raised by families with primarily paternal care in the early months and years of life are competent and robust in their development, and are not sources of clinical concern.

23. In pertinent part, Dr. Pruett found that there were unique paternal contributions made by a father which had a positive effect on the following: (1) a child's self-esteem and feelings of being loved and important to the family; (2) a child's ability to cope with frustration and discouragement; (3) a child's interest in generative or creative matters; and (4) a child's gender flexibility.

24. However, Dr. Pruett also stated that the unique or non-replicable contributions offered by a father (and the unique contributions offered by a mother) are "small", in comparison to the contributions that parents make together to their children.

Tr. 9/10/96, page 84. Dr. Pruett conceded that the beneficial results described above are not essential to being a happy, healthy and well-adjusted child. Tr. 9/10/96, pages 86-87.

25. Dr. Pruett testified that biological parents have a predisposition which helps them in parenting children. The predisposition is based upon the following factors: (1) chromosomal or genetic contributions; (2) the parents' choice and timing of conception or procreation; (3) the physical changes to the mother's body and the father's observations and interaction with those changes; (4) immediate bonding upon the child's birth; and (5) a predisposition to sacrifice and make one's self secondary to the needs of the child.

26. Dr. Pruett also expressed his belief that children which are adopted or are the result of assisted reproduction live in a "burden[ed] system." Tr. 9/10/96, pages 58, 62.

27. Dr. Pruett stated that same-sex relationships do not provide the same type of learning model or experience for children as does male-female parenting, because there is an overabundance of information about one gender and little information about the other gender. Tr. 9/10/96, page 63.

28. Nevertheless, Dr. Pruett also stated that same-sex parents can, and do, produce children-with a clear sense of gender identity. Tr. 9/10/96, pages 106.

29. Dr. Pruett stated the following with respect to raising children in a same-sex marriage environment.

Q. And in comparing same sex parenting with opposite sex parenting, which is more likely to pose greater developmental difficulties for children?

A. In terms of probability, same-sex marriages are more likely to provide a more burdened nurturing domain. Tr. 9/10/96, page 63.

30. It is Dr. Pruett's opinion that most children are more likely to reach their optimal development being raised in an intact family by their mother and father. According to Dr. Pruett, this family configuration presents the fewest burdens on child development. Tr. 9/10/96, page 63.

31. However, Dr. Pruett also stated that single parents, gay fathers, lesbian mothers and same-sex couples have the potential to, and often do, raise children that are happy, healthy and well-adjusted. Tr. 9/10/96, page 69.

32. Dr. Pruett testified that single parents, gay fathers, lesbian mothers, adoptive parents, foster parents and same-sex couples can be, and do become, good parents. Tr. 9/10/96, page 71. Significantly, Dr. Pruett knows the foregoing to be true based on his clinical experience. Tr. 9/10/96, page 72.

33. More specifically, Dr. Pruett stated that parents' sexual orientation does not disqualify them from being good, fit, loving or successful parents. Tr. 9/10/96, page 72.

34. Dr. Pruett agreed that, in general, gay and lesbian parents are as fit and loving parents as non-gay persons and couples. Tr. 9/10/96, page 73.

35. Same-sex couples have the same capability as different-sex couples to manifest the qualities conducive to good parenting. Tr. 9/10/96, page 75.

Dr. Pruett testified as follows.

Q. And you've seen same-sex couples that have those qualities [to being good parents]?

A. Yes.

Q. And have made good parents?

A. And have made good parents, yes.

Q. And good parents as a couple?

A. Yes.

Tr. 9/10/96, page 75.

36. Dr. Pruett also agreed that same-sex couples should be allowed to adopt children, provide foster care and to take children in and raise and care for them. Tr. 9/10/96, page 73.

37. Importantly, Dr. Pruett testified that the quality of the nurturing relationship between parent and child could, and would, outweigh any limitation or burden imposed on the child as a result of having same-sex parents. Tr. 9/10/96, page 79.

38. Finally, when questioned regarding research performed by Charlotte Patterson regarding children raised by same-sex couples, Dr. Pruett expressed his agreement with the general conclusions reached by Dr. Patterson. Tr. 9/10/96, pages 132-133.

More specifically, Dr. Pruett agreed with the following conclusions, that gay and lesbian parents "are doing a good job" and that "the kids are turning out just fine." Tr. 9/10/96, pages 133-134.

Dr. Pruett was not surprised by Dr. Patterson's conclusions. In fact, they are what he expected to see, and although Dr. Pruett questions Dr. Patterson's research methodology, he is not aware of any data, research or literature which disputes Dr. Patterson's findings and conclusions. Tr. 9/10/96, pages 132-134.

39. Dr. David Eggebeen is an expert in the field of sociology with a special emphasis in demographics related to family and children.

40. In pertinent part, Dr. Eggebeen testified regarding changes or trends which have occurred in partnering, child bearing and labor force behavior in the United States. For example, Dr. Eggebeen testified regarding the following facts: (1) the marriage rate in the U.S. population has declined over the past twenty years; (2) the median age of marriage for women in the U.S. population has risen over the past twenty years; (3) the annual divorce rate in the U.S. population has increased over the past approximate thirty years; (4) the number of young adults currently cohabiting has increased over the past eight years; (5) the birth rate for women in the U.S. population has decreased over the past twenty years; (6) the number of proportionate births to non-married women in certain racial groups has increased over the past thirty years; and (7) the number of women in the labor force in the U.S. population and the number of working mothers with children under the age of six has increased dramatically over the past thirty years.

41. Based on his studies of the changes referred above, Dr. Eggebeen testified as follows.

[C]hildren are going through fundamental changes in the structure of childhood and what we're seeing today is children today are living in very different circumstances than was evident or the case in the past. It's common today to find children in single parent families. It's common today to find children in single parent families. It's common today to find children living with a mother who never married. It's common today to find children in remarried families. It's common today to find children in dual earner families where both parents participate in the type of work. It is common or getting common to find children whose parents never married and they're cohabiting.

Tr. 9/11/96, pages 32-33.

42. However, Dr. Eggebeen also testified that, as of 1990, almost six out of ten children in the United States are living in families where their parents are married and both of the parents are

biological parents of the child.

43. Dr. Eggebeen explained further that ". . . children have gone through substantial changes in their lives. . . [T]here is greater diversity in living arrangements and family --- in families that children live today in the '90s. However, a substantial percentage of children remain or will spend their childhood in . . . traditional kinds of family structures." Tr. 9/11/96, page 38.

44. Based on his research, Dr. Eggebeen concluded that marriage is a "gateway to becoming a parent," and marriage is synonymous with having children. Tr. 9/11/96, page 42.

45. However, Dr. Eggebeen also testified that individuals get married without intending to have children, or marry and are biologically unable to have children. Further, the absence of the intent or the ability to have children does not weaken the institution of marriage. In fact, Dr. Eggebeen recognized that people marry and want to get married for reasons other than having children; that those reasons are valuable and important; and that regardless of children, it is beneficial to society for adults to marry. Dr. Eggebeen testified that individuals should not be prohibited from marriage simply because they cannot have children.

Tr. 9/11/96, pages 55-57.

46. Dr. Eggebeen testified that children raised in a single parent home are at a "heightened risk", as compared to children raised in a married couple family. Tr. 9/11/96, page 43. According to Dr. Eggebeen, children in a single parent family are at greater risk for the following: (1) poverty or economic hardship; (2) poor academic performance; (3) behavior problems and conduct disorders; and (4) premarital or teenage birth for girls.

47. Dr. Eggebeen stated that remarriage or cohabiting with a step-parent does not lessen or eliminate the risks to children from single parent families. "[C]hildren in a remarriage family. . . do not seem to perform any differently than children who remain in single parent families and therefore their performance or the risk of poor outcomes is about the same as is for children in single parent families." Tr. 9/11/96, page 46.

48. Dr. Eggebeen suggested that the lack of improvement in risk factors in remarriage or step-parent families may be attributable to "the role ambiguity of step parent relationships," characteristics which a step-parent brings to the family and which adversely affect the children or the absence of a biological relationship with the children. Tr. 9/11/96, pages 46-48. With respect to the latter, Dr. Eggebeen related the story of Cinderella and her evil stepmother. Tr. 9/11/96, page 48.

49. Dr. Eggebeen equates a same-sex couple with children to a step-parent situation with all of the above-described risk factors. Specifically, Dr. Eggebeen testified that "same-sex marriages where children [are] involved is by definition a step parent relationship," because there is one parent who is not the biological parent of the child. Tr. 9/11/96, pages 49.

50. However, Dr. Eggebeen conceded that there are some situations involving a same-sex couple which would not fit the classic step-parent scenario. For example, a situation involving a same-sex couple that sought and received reproductive assistance and in which the non-biological parent was fully involved from the beginning of the planning process, was present throughout the nine month period and at birth, and thereafter, raised the child as though they were the biological parents of the child. Tr. 9/11/96, pages 114-115.

51. Dr. Eggebeen also testified that single parents, adoptive parents, lesbian mothers, gay fathers

and same-sex couples can create stable family environments and raise healthy and well-adjusted children. Tr. 9/11/96, page 82.

52. It is Dr. Eggebeen's opinion that gay and lesbian couples can, and do, make excellent parents and that they are capable of raising a healthy child. Tr. 9/11/96, page 83.

53. Dr. Eggebeen agrees that gay and lesbian parents should be allowed to adopt children and serve as foster parents.

Tr. 9/11/96, page 85.

54. Dr. Eggebeen testified that cohabiting same-sex couples are less stable than married couples. However, the sole basis for Dr. Eggebeen's conclusion is a chart taken from the book entitled *American Couples*, co-authored by Pepper Schwartz, Ph.D. The chart which summarizes approximately twenty year old information is Defendant's Exhibit Q, and depicts a comparison of the percentages of married, gay and lesbian couples, respectively, which had stayed together or broken up over periods of time. Dr. Eggebeen testified that Exhibit Q is the best data that he could find which proves that gay and lesbian couples have substantially higher break up rates over time than married different sex couples. Tr. 9/11/96, pages 73-74. Dr. Eggebeen admitted that he has done limited research on the subject of same sex couples and gay and lesbian parenting, and agrees that Charlotte Patterson and Pepper Schwartz are experts in the fields.

Tr. 9/11/96, pages 131-132.

55. Finally, and importantly, Dr. Eggebeen stated that children of same-sex couples would be helped if their families had access to or were able to receive the following benefits of marriage: (1) state income tax advantages; (2) public assistance; (3) enforcement of child support, alimony or other support orders; (4) inheritance rights; and (5) the ability to prosecute wrongful death actions. Dr. Eggebeen also agreed that children of same-sex couples would be helped if their families received the social status derived from marriage. Tr. 9/11/96, pages 89-92.

56. Dr. Richard Williams is an expert in the field of psychology with special expertise in qualitative and quantitative research and research methods, statistical analysis and construction of research studies.

57. Dr. Williams was asked by defense counsel to review and analyze studies of children raised by gay and lesbian parents.

He reviewed approximately twenty to thirty studies, and eventually selected nine studies to critique.

58. At trial, Dr. Williams presented commentary regarding nine research studies which defense counsel anticipated that Plaintiffs' expert witnesses would rely upon for their testimony and opinions in this case.

Dr. Williams' general criticism of the nine studies included the following: (1) there was non-representative sampling of heterosexual, gay and lesbian parents; (2) inadequate sample size was employed; and (3) comparison groups used in the studies were not comparable in terms of household make up. Dr Williams also presented specific criticism as to each of the nine referenced studies .

59. The testimony of Dr. Williams is not persuasive or believable because of his expressed bias against the social sciences, which include the fields of psychology and sociology. For example, Dr.

Williams believes that a majority of the studies in the social sciences have theoretical or methodological flaws. Tr. 9/12/96, pages 71-72. According to Dr. Williams, modern psychology is so flawed that no fix, reconciliation or overhaul can correct it. Tr. 9/12/96, page 70.

60. Further, even assuming that research studies are conducted properly, Dr. Williams still doubts the ultimate value of psychology and other social sciences. Tr. 9/12/96, page 73.

61. At times, Dr. Williams expressed severe views. For example, Dr. Williams believes that there is no scientific proof that evolution occurred. Tr. 9/12/96, page 80.

62. Finally, Dr. Williams admitted that his critique of studies regarding gay and lesbian parenting is a minority position.

Tr. 9/12/96, pages 74-75.

63. Defendant's last witness was Thomas Merrill, Ph.D. Dr. Merrill is an expert in the field of psychology, including the areas of human development, gender development and relationships relative to children and their development.

64. Dr. Merrill is a psychologist in private practice in Honolulu, Hawaii. His clinical experience with families involving one or two gay or lesbian parents is limited. Dr. Merrill has not testified as an expert in Family Court cases which involved the sexual orientation of a parent or a same-sex couple and the custody of a child. He has not participated in or conducted any study which focused on the children of gay and lesbian parents. Tr. 9/13/96, page 36.

65. Dr. Merrill examined the issue of same-sex versus opposite sex parent and child development for the first time as a result of his retention in this case. Tr. 9/13/96, page 35.

66. In pertinent part, Dr. Merrill testified that the parental relationship is an important learning model for children and that it is significant to have opposite sex parents for a child's learning. Tr. 9/13/96, pages 12-13.

67. Dr. Merrill stated that different-sex parents are important because both parents serve as models and as objects for a child's learning and development. Dr. Merrill explained as follows:

We interact with -- and when I say identify, we measure and develop ourself in relationship to our same gender parent. We also identify our relationship with our opposite sex parents and there are different developmental stages where that relationship with the opposite sex parent is equal to or more important than our development -- our relationship at the moment with the same gender parent.

Tr. 9/13/96, page 13.

68. According to Dr. Merrill, although replacement of a biological parent is certainly possible, as in the case of remarriage and adoption, it would result in the presence of a different influence on the child and the child's developmental outcome may be different. Tr. 9/13/96, pages 20-21.

69. Dr. Merrill testified that same-sex parents do provide a learning experience for a child. However, Dr. Merrill stated that there is insufficient information regarding the effects of being raised by gay or lesbian parents on the development of a child. Tr. 9/13/96, page 22.

As a result, Dr. Merrill has no opinion regarding the development of children in a family with

same-sex parents.

Specifically, he cannot say whether or not children raised in a same-sex family environment will develop to be healthy, well-adjusted adults. Tr. 9/13/96, page 38.

70. At the close of his direct examination, Dr. Merrill presented the following opinions.

Q. In your opinion, to a reasonable degree of psychological probability, in what family structure are children most likely to reach their optimal development?

A. Children are most apt to reach their optimal level of development as exhibited in terms of their adjustment as adults in a family in which there is a limited amount of strife, a maximum amount of nurturing, a maximum amount of support, a maximum amount of guidance, a maximum amount of leadership, and a very strong and intimate bond between parents and child.

Q. And does the presence of the mother and father improve the likelihood that there will be a strong bond?

A. That would be a significant part of the maximum optimum environment in which to raise a child, yes.

Tr. 9/13/96, pages 32-33.

71. Dr. Merrill testified that the sexual orientation of a parent is not an indication of parental fitness. Tr. 9/13/96, page 46.

72. Dr. Merrill also agreed that gay and lesbian couples with children do have successful relationships. Tr. 9/13/96, page 46.

73. On one occasion, Dr. Merrill was retained by two attorneys to do a custody evaluation in a case involving a same-sex relationship on the mother's side. In part, he was asked to address children's development issues. Dr. Merrill testified that the fact that there was a same-sex relationship on the mother's side was not an issue and did not affect his evaluation in the case. Tr. 9/13/96, page 34.

74. Finally, and in pertinent part, Dr. Merrill testified as follows.

Q. Now, doctor, do you think the children, regardless of whether they have a mother and a father, male-female parents, single parents, adoptive parents, gay and lesbian parents, same gender parents, should have the same opportunity in society to reach their optimum development, each child?

A. Yes, I do.

Tr. 9/13/96, page 45.

Dr. Merrill further stated that children should not be denied benefits, such as health care, education and housing based on the status of their parents. Opposite-sex, same-sex, single and adoptive parent status should not be a basis to deny benefits to children. Tr. 9/13/96, page 46.

V. PLAINTIFFS' WITNESSES

75. Although Plaintiffs do not have the burden of proof in this case, they nevertheless presented testimony from the following expert witnesses: (1) Pepper Schwartz, Ph.D; (2) Charlotte Patterson,

Ph.D.; (3) David Brodzinsky, Ph.D; and (4) Robert Bidwell, M.D.

76. The court found the testimony of Dr. Schwartz and Dr. Brodzinsky to be especially credible.

Dr. Schwartz and Dr. Brodzinsky are well-qualified individuals. See Plaintiffs' Exhibits 1 and 2, respectively.

At trial, each of them testified in a knowledgeable, informative and straightforward manner worthy of belief. In general, the expert opinions of Dr. Schwartz and Dr. Brodzinsky appear to be well-founded based on their significant research and analysis, and their clinical and professional experience, respectively.

77. Dr. Schwartz is an expert in sociology and interdisciplinary studies of sexuality with a special expertise in gender and human sexuality, marriage and the family, and same-sex relations in parenting and research. She testified, in pertinent part, to the following.

78. Initially, Dr. Schwartz discussed her book, *American Couples*. Dr. Schwartz specifically addressed a chart taken from the book and relied upon by Defendant. According to Dr. Schwartz, the data contained in Defendant's Exhibit Q represents the following: (1) that there is a substantially higher break up rate for all three kinds of couples (gay men, lesbian and cohabitators) than there is for married couples; and (2) married couples have an advantage that keeps them together longer than other kinds of couples. Tr. 9/16/96, pages 47-48.

79. Dr. Schwartz noted that the data presented in *American Couples* was collected in the late '70s and up until 1980 or 1981. Since that time, there have been significant changes in society. For example, the entry of AIDS into gay male life and society, has made people more cautious and less likely to have multiple partners and more desirous of settling down. Gay men, in particular, have been hardest hit by the disease and it has made monogomy and couplehood more attractive.

Additionally, there is now a trend in which people contemplate and want to be more serious, to make families and to engage in long-term committed relationships. This is a large change from the attitudes of the late '70s and early '80s. Tr. 9/16/96, page 54-56.

80. Dr. Schwartz testified that heterosexual and homosexual people want to get married. Tr. 9/16/96, pages 58-59, 65. The doctor stated specifically:

[T]hey want companionship, they want love, they want trust, they want someone who will be with them through thick and thin. They're looking for a live and a love partner. . . .

[I]n our own [culture] it's an aspiration for --- for intimacy and security. And that is the definition of marriage as people first and primarily think of it."

Tr. 9/16/96, page 59.

81. Dr. Schwartz stated that same-sex couples can, and do, have successful, loving and committed relationships. Tr. 9/16/96, page 129.

82. Dr. Schwartz also identified practical, economic, legal, social and psychological benefits of marriage and reasons for people to marry. Tr. 9/16/96, pages 59-65.

83. Dr. Schwartz testified that the sexual orientation of parents is not an indicator of parental fitness. Tr. 9/16/96, page 128.

84. Dr. Schwartz also testified that gay and lesbian parents and same-sex couples are as fit and loving parents, as non-gay persons and different-sex couples. Tr. 9/16/96, page 127.

85. Dr. Schwartz believes that the primary quality of parenting is not the parenting structure, or biology, but is the nurturing relationship between parent and child. Tr. 9/16/96, page 129.

86. Dr. Schwartz also believes that children should not be denied benefits and protections because of the status of their parents. Tr. 9/16/96, pages 129-130.

87. Dr. Schwartz has the following opinions.

First, there is no reason related to the promotion of the optimal development of children why same-sex couples should not be permitted to marry. Tr. 9/16/96, page 130.

Second, allowing same-sex couples to marry would not have a negative impact on society or the institution of marriage. Dr. Schwartz testified, "[T]here would be no dishonor and no ultimate fragility to the institution [of marriage] by including gays and lesbians." Tr. 9/16/96, pages 130-131.

Third, allowing same-sex couples to marry would have a positive impact on society and the institution of marriage. Dr. Schwartz stated the following.

I think that marriage is really a high state of hope and effort for people. I think when we deny it to people we say that --- that there's some other location for love and raising children and that we're not as concerned about these kids' welfare or in some ways we don't think it would be good for them to be in a married home. It's not that those children don't exist, it's not that those families don't exist, they do.

To me, I think that most Americans believe in marriage strongly. I believe by taking other people into the fold and asking that they behave as responsible to their children to give them support to have both rituals to enter into their relationships and legal complications by exiting them, that we shore up how important we think marriage is. I think it --- I think it in no way undermines it and I think it strengthens it by our insistence about how important it is and why we hope this will be available for all families.

Tr. 9/16/96, pages 131-132.

88. Dr. Charlotte Patterson is an expert in the field of psychology of child development with a special expertise in lesbian and gay parenting and the development of children of lesbian and gay parents. She testified, in pertinent part, to the following.

89. Dr. Patterson is a professor at the University of Virginia. She has completed two studies regarding the children of lesbian and gay parents.

90. The first study is known as the Bay Area Family Study. The study involved thirty-seven families, all of which had at least one child between the ages of four and nine. In every case, the children had either been born to women who identified themselves as lesbian at the time of the study, or who adopted children early in life. Data in the Bay Area Family Study was collected in 1990 and 1991.

91. According to Dr. Patterson, the main result of the Bay Area Family Study was a conclusion that the particular group of children, when compared to available norms, appeared to be developing in a normal fashion. Tr. 9/17/96, pages 23-24.

However, Dr. Patterson also noted a finding that the children of the lesbian mothers sample were more likely to express that they felt (within a normal range) symptoms of stress in their lives, as compared to children in the normal sample. The children who described symptoms of stress also said that they felt an overall sense of well-being about themselves in their lives.

Although she has two plausible explanations, Dr. Patterson does not have a definitive interpretation or explanation for the above finding. Tr. 9/17/96, page 25.

Dr. Patterson agreed that the sample group of lesbian mothers in the Bay Area Family Study, when considering ethnic background, education, income, and other socioeconomic factors is not representative of women and all mothers in America. Tr. 9/17/96, pages 81-84.

92. Dr. Patterson's second study is known as the Contemporary Family Study. The study involved eighty families whoa child using the resources of the Sperm Bank of California. and all of which had at least one child that was at least five years old at the time of the study. Fifty-five of the families were headed by lesbian mothers. The remaining twenty-five families were headed by heterosexual parents. Most of the data for this study was collected in 1994 and 1995.

93. The three main conclusions of the Contemporary Family Study are as follows: (1) as a group, the children born as a result of donor insemination were developing normally; (2) sexual orientation of the parents was not a good predictor of how well children do in terms of a child's well-being and adjustment; and (3) irrespective of their parents' sexual orientation, children who live in a harmonious family environment had better reports from parents and teachers. Tr. 9/17/96, pages 36-37.

94. Based on her studies and review of other research, Dr. Patterson testified as follows. A biological relationship between parent and child is not essential to raising a healthy child. The quality of parenting which a child receives is more important than a biological connection or the gender of a parent. Tr. 9/17/96, pages 42-43.

95. According to Dr. Patterson, there is no data or research which establishes that gay fathers and lesbian mothers are less capable of being good parents than non-gay people and which supports denying gay people the ability to adopt and raise children. Tr. 9/17/96, page 52.

96. Dr. Patterson believes that gay and lesbian people and same-sex couples are as fit and loving parents as non-gay people and different-sex couples. Further, sexual orientation is not an indicator of parental fitness. Tr. 9/17/96, pages 53-54.

97. Dr. Patterson testified that same-sex couples can, and do, have successful, loving and committed relationships. Tr. 9/17/96, pages 54.

98. Dr. Patterson presented the following opinion. There is no reason related to the promotion of the development of children why same-sex couples should not be permitted to marry. Tr. 9/17/96, page 55.

99. Dr. David Brodzinsky is an expert in the fields of psychology and child development with a special expertise in adoption and other forms of nonbiological parenting and the development of children raised by nonbiological parents.

100. Dr. Brodzinsky counsels children and families in a clinical setting and also has an academic appointment at Rutgers University. In the academic setting, Dr. Brodzinsky does research, teaches,

directs a program on counseling foster children and does clinical supervision. He has been at Rutgers University since 1974.

Dr. Brodzinsky serves as a consultant to several adoption agencies in New Jersey and New York and is a founding director of the Adoption Institute, a newly formed nonprofit organization, whose mission is to provide information and education and promote research regarding adoption and adoption practices. In the past ten to fifteen years, he has conducted research and written extensively on the psychology of adoption, foster care, stress and coping in children.

101. In his clinical practice, Dr. Brodzinsky has worked with gay and lesbian parents. He has provided counseling over the years to approximately forty families headed by same-sex parents and same-sex couples. In pertinent part, Dr. Brodzinsky testified as follows.

102. Dr. Brodzinsky stated the following with respect to the following question: "Are there advantages to being raised by one's biological parents?" The issue is not the structural variable, biological versus nonbiological, one parent versus two parent. Those are kind of --- they hide, I think, really what is going on. The issue is really the process variables, how children are cared for, is the child provided warmth, is the child provided consistency of care, is the child provided a stimulated environment, is the child given support. Those are the factors we can call, for lack of a better way of saying it, sensitive care- giving which transcend whether you're a single parent, two parent, biological, nonbiological.

The research shows that --- that those are the factors that carry the biggest weight. And when you take a look at structural variables, there's not all that much support that structural variable in and of themselves are all that important.

Tr. 9/18/96, page 42.

103. Dr. Brodzinsky noted that same-sex parent adoptions occur and it is his opinion that same-sex parent adoptions should be allowed. Tr. 9/18/96, page 49. Dr. Brodzinsky explained as follows.

Q. As an expert in adoption and as a psychologist, do you believe that gay men and lesbians, same-sex couples, should be continue to be allowed to adopt children?

A. Absolutely.

Q. Why?

A. Because they are able to provide, like heterosexual couples or single parents, warm and loving environments. They're --- they're adopting children now. They're doing a good job of it. Obviously, you know, when we --- when a person seeks to adopt, there is an evaluation. It would be the same kind of an evaluation. We would exclude a gay or lesbian individual for the same reason that we would exclude a heterosexual individual. That is, if they had a significant emotional problems or some other kind of factor that we felt, as -- as, you know, agency consultants, you know, would not -- would not predict well to a child's well-being.

Tr. 9/18/96, pages 56-57.

104. Dr. Brodzinsky testified that the research shows that same-sex couples and different-sex couples can be highly competent care-givers. The sexual orientation of parents is not an indicator of parental fitness. Tr. 9/18/96, page 50.

105. According to Dr. Brodzinsky, the primary quality of good parenting is not the particular structure of the family or biology, but is the nurturing relationship between parent and child. Tr. 9/18/96, page 63.

106. Dr. Brodzinsky believes that children adopted by same-sex couples are not at any increased risk for behavioral or psychological problems. Tr. 9/18/96, page 50.

107. Dr. Brodzinsky expressed his strong view regarding the issue of whether there is a best family environment to raise children.

Q. Now, the State's arguments seem to suggest that we somehow need to identify a best family for children, or as between mothers and fathers, we have to pick a best parent. What's your position on that?

A. I find that offensive truthfully. I find it offensive because it tends to suggest that there's only one way of being a parent. It excludes all nonbiological parenting which would be adoptive parenting, stepparenting, foster parenting, parenting by gay and lesbians. It suggests that if there are some additional issues that come with some of these nontraditional families that should be reason for excluding rather than taking that information and using it not in a punitive way but in a proactive, kind of supportive way to help families deal with the inevitable issues that come up in life. And there are going to be some unique issues in varying forms of family. But to talk about one form of family that is best, I find that, you know, truthfully offensive and a distortion of the research literature. And that's really why I'm here, you know, to make sure that message comes across.

Tr. 9/18/96, pages 58-59.

108. Finally, it is Dr. Brodzinsky's opinion that there is no reason related to the promotion of the development of children why same-sex couples should not be permitted to marry.

Tr. 9/18/96, page 63.

109. Dr. Robert Bidwell is an expert in pediatrics with a subspecialty in adolescent medicine. Dr. Bidwell is the Director of Adolescent Medicine at Kapiolani Medical Center and is also employed at the University of Hawaii Department of Pediatrics with the John A. Burns School of Medicine. Dr. Bidwell teaches medical students and pediatric residents in training, provides patient care, and practices adolescent medicine and general pediatrics at Kapiolani Medical Center.

110. In his clinical practice, Dr. Bidwell has treated children of same-sex parents. He has provided medical services to hundreds of children with families which included a single gay or lesbian parent or same-sex parents. In pertinent part, Dr. Bidwell testified as follows.

111. Dr. Bidwell described the best environment to raise a healthy, well-adjusted child or adolescent as being one in which "there's all those things that we associate with family, which is love and nurturance and guidance, protection, safety." Tr. 9/19/96, pages 27-28.

112. According to Dr. Bidwell, gay and lesbian parents and same-sex couples can, and do, provide an environment for their children. Tr. 9/19/96, page 29.

113. Dr. Bidwell testified that gay and lesbian parents and same-sex couples raise children that are just as healthy and well-adjusted as those raised by different-sex couples. Tr. 9/19/96, page 38.

114. Dr. Bidwell conceded- that he has worked with adolescents and teen-aged children living in a

same-sex family environment that have experienced embarrassment, distress or a "difficult time" because their family "is not the same as the majority of families that surround them." However, the doctor also described the situation as a phase in the child's development. He said the following.

What's been reassuring to me is that -- that this has been a phase in their development, that I do not know of any teenager who has not gotten through this phase intact as a healthy adolescent. And, yes, I think there was pain. I think that there may have been tears from time to time, wishing that things were different. But I think it's -- I mean it's what we call growing up. I mean there are many different kinds of families. And all of our parents are different in some way from what we would like to see. . . . So I think my experience has been for the same -- has been the same for the children of gay and lesbian parents, is that they may go through a rough time. And not all of them do.

Remarkably, most of them, they make their accommodations. They find ways to deal with it. But they get through these periods. And if anything, I think they grow stronger through that experience. They learn about life. They learn about diversity. And the research -- and although I'm not a heavy-duty research person, I do look at the research. The research confirms that --that teenagers get through this period.

But I guess to get back to your question, yes, there is a special experience for these young people, and sometimes it's painful. But it doesn't do developmental damage to these kids. If anything, it creates strength and promotes growth.

Tr. 9/19/96, pages 30-32.

115. Finally, Dr. Bidwell believes that children of same-sex parents would benefit, with respect to their health, development and adjustment, if their parents were married. Tr.9/19/96, page 38.

VI. SPECIFIC FINDINGS

116. The following are specific findings of fact for this case based on the credible evidence presented at trial.

117. Defendant presented insufficient evidence and failed to establish or prove any adverse consequences to the public fisc resulting from same-sex marriage.

118. Defendant presented insufficient evidence and failed to establish or prove any adverse impacts to the State of Hawaii or its citizens resulting from the refusal of other jurisdictions to recognize Hawaii same-sex marriages or from application of the federal constitutional provision which requires other jurisdictions to give full faith and credit recognition to Hawaii same-sex marriages. See Article IV, Section 1 of the U.S. Constitution (The Full Faith and Credit Clause).

119. Defendant presented insufficient evidence and failed to establish or prove the legal significance of the institution of traditional marriage and the need to protect traditional marriage as a fundamental structure in society.

120. There is a public interest in the rights and well-being of children and families. See H.R.S. Chapters 571 and 577.

121. A father and a mother can, and do, provide his or her child with unique paternal and maternal contributions which are important, though not essential, to the development of a happy, healthy and

well-adjusted child.

122. Further, an intact family environment consisting of a child and his or her mother and father presents a less burdened environment for the development of a happy, healthy and well-adjusted child.

There certainly is a benefit to children which comes from being raised by their mother and father in an intact and relatively stress free home.

123. However, there is diversity in the structure and configuration of families. In Hawaii, and elsewhere, children are being raised by their natural parents, single parents, step-parents, grandparents, adopted parents, hanai parents, foster parents, gay and lesbian parents, and same-sex couples.

124. There are also families in Hawaii, and elsewhere, which do not have children as family members.

125. The evidence presented by Plaintiffs and Defendant establishes that the single most important factor in the development of a happy, healthy and well-adjusted child is the nurturing relationship between parent and child. More specifically, it is the quality of parenting or the "sensitive care-giving" described by David Brodzinsky, which is the most significant factor that affects the development of a child.

126. The sexual orientation of parents is not in and of itself an indicator of parental fitness.

127. The sexual orientation of parents does not automatically disqualify them from being good, fit, loving or successful parents.

128. The sexual orientation of parents is not in and of itself an indicator of the overall adjustment and development of children.

129. Gay and lesbian parents and same-sex couples have the potential to raise children that are happy, healthy and well-adjusted.

130. Gay and lesbian parents and same-sex couples are allowed to adopt children, provide foster care and to raise and care for children.

131. Gay and lesbian parents and same-sex couples can provide children with a nurturing relationship and a nurturing environment which is conducive to the development of happy, healthy and well-adjusted children.

132. Gay and lesbian parents and same-sex couples can be as fit and loving parents, as non-gay men and women and different-sex couples.

133. While children of gay and lesbian parents and same-sex couples may experience symptoms of stress and other issues related to their non-traditional family structure, the available scientific data, studies and clinical experience presented at trial suggests that children of gay and lesbian parents and same-sex couples tend to adjust and do develop-in a normal fashion.

134. Significantly, Defendant has failed to establish a causal link between allowing same-sex marriage and adverse effects upon the optimal development of children.

135. As noted herein, there is a benefit to children which comes from being raised by their mother

and father in an intact and relatively stress-free home.

However, in this case, Defendant has not proved that allowing same-sex marriage will probably result in significant differences in the development or outcomes of children raised by gay or lesbian parents and same-sex couples, as compared to children raised by different-sex couples or their biological parents. In fact, Defendant's expert, Kenneth Pruett, agreed, in pertinent part, that gay and lesbian parents "are doing a good job" raising children and, most importantly, "the kids are turning out just fine."

136. Contrary to Defendant's assertions, if same-sex marriage is allowed, the children being raised by gay or lesbian parents and same-sex couples may be assisted, because they may obtain certain protections and benefits that come with or become available as a result of marriage. See *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 560-561, 852 P.2d 44, 59 (1993), for a list of noteworthy marital rights and benefits.

137. In Hawaii, and elsewhere, same-sex couples can, and do, have successful, loving and committed relationships.

138. In Hawaii, and elsewhere, people marry for a variety of reasons including, but not limited to the following: (1) having or raising children; (2) stability and commitment; (3) emotional closeness (4) intimacy and monogamy; (5) the establishment of a framework for a long-term relationship; (6) personal significance; (7) recognition by society; and (8) certain legal and economic protections, benefits and obligations. See *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 560-561, 852 P.2d 44, 59 (1993) for a list of noteworthy marital rights and benefits.

In Hawaii, and elsewhere, gay men and lesbian women share this same mix of reasons for wanting to be able to marry.

139. Simply put, Defendant has failed to establish or prove that the public interest in the well-being of children and families, or the optimal development of children will be adversely affected by same-sex marriage.

140. If any of the above findings of fact shall be deemed conclusions of law, the Court intends that every such finding shall be construed as a conclusion of law.

CONCLUSIONS OF LAW

1. This Court has jurisdiction over the subject matter and the parties to this action. Venue is proper in the First Circuit Court. HRS 603-21.5 and 603-36.

2. The trier of fact determines the credibility of a witness and the weight to be given to his or her testimony. In pertinent part, the trier of fact may consider the witness' demeanor and manner while on the stand, the character of his or her testimony as being probable or improbable, inconsistencies, patent omissions and discrepancies in his or her testimony or between the testimony of other witnesses, contradictory testimony or evidence, his or her interest in the outcome to the case and other factors bearing upon the truthfulness or untruthfulness of the witness' testimony. *Younq Ah Chor v. Dulles*, 270 F.2d 338! 341 (9th Cir., 1959); and *Nani Koolau Co. v. Komo Construction, Inc.*, 5 Haw. App. 137, 139-140, 681 P.2d 580, 584 (1984). In a non-jury trial, the credibility of a witness is a matter for the trial court to determine and the court can accept or reject the testimony of a witness in whole or in part. *Lee v. Kimura*, 2 Haw. App. 538, 544, 634 P.2d 1043, 1047-1048 (1981).

3. Defendant's burden in this case is to "overcome the presumption that HRS 572-1 is unconstitutional by demonstrating that it furthers a compelling state interest and is narrowly drawn to avoid unnecessary abridgements of constitutional rights." Baehr, 74 Haw. 530, 583, 852 P.2d 44, 74 (1993) citing Naqle v. Board of Education, 63 Haw. 389, 392, 629 P.2d 109, 111 (1987) and Holdman v. Olim, 59 Haw. 346, 349, 581 P.2d 1164, 1167 (1978).

4. There is no fundamental right to marriage for same sex couples under article I, section 6 of the Hawaii Constitution. Marriage is a state-conferred legal status which gives rise to certain rights and benefits. Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 557 and 560-561, 852 P.2d 44, 57 (1993).

5. The Department of Health, State of Hawaii, has the exclusive authority to issue licenses to marriage applicants. Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 560, 852 P.2d 44, 59 (1993).

6. There are certain rights and benefits which accompany the state-conferred legal status of marriage See Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 560-561, 852 P.2d 44, 59 (1993) for a list of noteworthy marital rights and benefits.

7. If Plaintiffs, and other same-sex couples, were allowed the state-conferred legal status of marriage, they would be conferred with these and other marital rights and benefits.

8. HRS 572-1, on its face and as applied, regulates access to the status of marriage and its concomitant rights and benefits on the basis of the applicants' sex. As such, HRS 572-1 establishes a sex-based classification. Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 572, 852 P.2d 44, 64 (1993).

9. Sex is a "suspect category" for purposes of equal protection analysis under article I, section 5 of the Hawaii Constitution. Consequently, HRS 572-1 is subject to the "strict scrutiny" test. Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 580, 852 P.2d 44, 67 (1993).

10. Defendant, rather than Plaintiffs, carries a heavy burden of justification. Nachtwey v. Doi, 59 Haw. 430, 435, 583 P.2d 955, 959 (1978) citing San Antonio School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 16-17, 93 S.Ct. 1278, 1288, 36 L.Ed.2d 16, 33 (1973).

11. Specifically, HRS 572-1 is presumed to be unconstitutional and the burden is on Defendant to show that the statute's sex-based classification is justified by compelling state interests and the statute is narrowly drawn to avoid unnecessary abridgments of constitutional rights. Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 583, 852 P.2d 44, 67 (1993), reconsideration and clarification granted in part, 74 Haw. 645, 646, 852 P.2d 74 (1993).

12. Article IV section 1 of the U.S. Constitution provides, in pertinent part, that all states must recognize the "public acts, records and judicial proceedings of every other state." Whether other states will recognize or avoid recognizing same-sex marriages which take place in Hawaii and the consequences to Hawaii residents of other states' recognition or non-recognition of same-sex marriage (and all of the rights and benefits associated with marriage) is an important issue.

However, except for asking the court to take judicial notice of the Defense of Marriage Act, P.L. 1-4-199 ("DOMA"), Defendant introduced little or no other evidence with regard to this significant issue of comity and same-sex marriage, conflict-of-laws, and/or the effects, if any, of the Full Faith and Credit Clause of the U.S. Constitution.

13. Except for the affidavit testimony of Kenneth K. M. Ling and Michael L. Meaney, which provided statistical, budgetary and operational information regarding the Family Court of the First

Circuit Court and the Child Support Enforcement Agency, State of Hawaii, respectively Defendant presented little or no other evidence which addressed how same-sex marriage would adversely affect the public fisc. Defendant did not offer any testimony which explained the significance of the above and Defendant did not specifically explain or establish how same-sex marriage would adversely impact the Family Court or the Child Support Enforcement Agency.

14. Defendant presented meager evidence with regard to the importance of the institution of traditional marriage, the benefits which that relationship provides to the community and, most importantly, the adverse effects, if any, which same-sex marriage would have on the institution of traditional marriage and how those adverse effects would impact on the community and society. The evidentiary record in this case is inadequate to thoughtfully examine and decide these significant issues.

15. Finally, Defendant's argument that legalized prostitution, incest and polygamy will occur if same-sex marriage is allowed disregards existing statutes and established precedent [for example, *State v. Mueller*, 66 Haw. 616, 671 P.2d 1351 (1983) (upholding ban on prostitution)] and the Supreme Court's acknowledgment of compelling reasons to prevent and prohibit marriage under circumstances such as incest. *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 562 n.19, 852 P.2d 44, 59 n.19 (1993).

16. In *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C.App. 1995), two homosexual males filed a complaint against the District of Columbia which sought an injunction to require the Clerk of the Superior Court to issue them a marriage license. The trial court granted summary judgment in favor of the District of Columbia. On appeal, the District of Columbia Court of Appeals affirmed the trial court's order granting summary judgment.

In the *Dean* case, Judge Ferren wrote a lengthy opinion concurring in part and dissenting in part, and in which the majority joined in part.

Judge Ferren would have reversed summary judgment and remanded the case for trial to decide (1) the level of scrutiny constitutionally required, and (2) whether the District of Columbia has demonstrated a compelling or substantial enough governmental interest to justify refusing plaintiffs a marriage license. The portion of Judge Ferren's opinion which deals with the question of whether the District of Columbia could demonstrate at trial a substantial or compelling state interest is useful and informative.

In pertinent part, Judge Ferren wrote the following. [I]f the government cannot cite actual prejudice to the public majority from a change in the law to allow same-sex marriages . . . then the public majority will not have a sound basis for claiming a compelling, or even a substantial, state interest in withholding the marriage statute from same-sex couples; a mere feeling of distaste or even revulsion at what someone else is or does, simply because it offends majority values without causing concrete harm, cannot justify inherently discriminatory legislation against members of a constitutionally protected class - as the history of constitutional rulings against racially discriminatory legislation makes clear.

Suppose, on the other hand, that scientifically credible "deterrence" evidence were forthcoming at trial, so that either the heterosexual majority or the homosexual minority would be prejudiced in some concrete way, depending on whether the marriage statute was, or was not, available to homosexual couples. In that case, the ultimate question of whose values should be enforced, framed in terms of what a substantial or compelling state interest really is, would pose the hardest possible question for the court as majority and minority interests resoundingly clash. *Dean* at 653

A.2d at 355-356 (1995) footnotes omitted).

17. In this case, the evidence presented by Defendant does not establish or prove that same-sex marriage will result in prejudice or harm to an important public or governmental interest.

18. Defendant has not demonstrated a basis for his claim of the existence of compelling state interests sufficient to justify withholding the legal status of marriage from Plaintiffs.

As discussed hereinabove, Defendant has failed to present sufficient credible evidence which demonstrates that the public interest in the well-being of children and families, or the optimal development of children would be adversely affected by same-sex marriage. Nor has Defendant demonstrated how same-sex marriage would adversely affect the public fisc, the state interest in assuring recognition of Hawaii marriages in other states, the institution of traditional marriage, or any other important public or governmental interest.

The evidentiary record presented in this case does not justify the sex-based classification of HRS 572-1.

Therefore, the court specifically finds and concludes, as a matter of law, that Defendant has failed to sustain his burden to overcome the presumption that HRS 572-1 is unconstitutional by demonstrating or proving that the statute furthers a compelling state interest.

19. Further, even assuming arguendo that Defendant was able to demonstrate that the sex-based classification of HRS 572-1 is justified because it furthers a compelling state interest, Defendant has failed to establish that HRS 572-1 is narrowly tailored to avoid unnecessary abridgments of constitutional rights. *Nachtwey v. Doi*, 59 Haw. 430, 435, 583 P.2d 955, 958 (1978) (citations omitted) (quoting *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 16-17, 93 S.Ct. 1278, 1288, 36 L.Ed.2d 16, 33 (1973)).

20. If any of the above conclusions of law shall be deemed findings of fact, the court intends that each such conclusion be construed as a finding of fact.

21. Based on the foregoing, in accordance with the mandate of the Hawaii Supreme Court, and applying the law to the evidence presented at trial, judgment shall be entered in favor of Plaintiffs Ninia Baehr, Genora Dancel, Tammy Rodrigues, Antoinette Pregil, Pat Lagon and Joseph Melillo as follows:

IT IS HEREBY ORDERED, ADJUDGED, AND DECREED THAT:

1. The sex-based classification in HRS 572-1, on its face and as applied, is unconstitutional and in violation of the equal protection clause of article I, section 5 of the Hawaii Constitution.
2. Defendant Lawrence H. Miike, as Director of Department of Health, State of Hawaii, and his agents, and any person in acting in concert with Defendant or claiming by or through him, is enjoined from denying an application for a marriage license solely because the applicants are of the same sex.
3. To the extent permitted by law, costs shall be imposed against Defendant and awarded in favor of Plaintiffs.

DATED: Honolulu, Hawaii, December 3, 1996.

KEVIN S. C. CHANG

Judge of the Above-Entitled

Baker v. State

[Filed 20-Dec-1999]

ENTRY ORDER

SUPREME COURT DOCKET NO. 98-032

NOVEMBER TERM, 1998

Stan Baker, et al. } APPEALED FROM:

}

}

v. } Chittenden Superior Court

}

State of Vermont, et al. }

} DOCKET NO. 1009-97CnC

In the above-entitled cause, the Clerk will enter:

The judgment of the superior court upholding the constitutionality of the Vermont marriage statutes under Chapter I, Article 7 of the Vermont Constitution is reversed. The effect of the Court's decision is suspended, and jurisdiction is retained in this Court, to permit the Legislature to consider and enact legislation consistent with the constitutional mandate described herein.

Jeffrey L. Amestoy, Chief Justice

Concurring:

Concurring and Dissenting:

John A. Dooley, Associate Justice

Denise R. Johnson, Associate Justice

James L. Morse, Associate Justice

Marilyn S. Skoglund, Associate Justice

NOTICE: This opinion is subject to motions for reargument under V.R.A.P. 40 as well as formal revision before publication in the Vermont Reports. Readers are requested to notify the Reporter of Decisions, Vermont Supreme Court, 109 State Street, Montpelier, Vermont 05609-0801 of any errors in order that corrections may be made before this opinion goes to press.

No. 98-032

Stan Baker, et al. Supreme Court

On Appeal from

v. Chittenden Superior Court

State of Vermont, et al. November Term, 1998

Linda Levitt, J.

Beth Robinson and Susan M. Murray of Langrock Sperry & Wool, Middlebury, and Mary Bonauto, Gay & Lesbian Advocates & Defenders, Boston, Massachusetts, for Plaintiffs-Appellants.

William H. Sorrell, Attorney General, and Eve Jacobs-Carnahan and Timothy Tomasi, Assistant Attorneys General, Montpelier, for Defendant-Appellee State.

Timothy M. Eustace of Stitzel, Page & Fletcher, P.C., Burlington, for Defendants-Appellees Town of Shelburne and City of South Burlington.

Gregg H. Wilson of Kolvoord, Overton & Wilson, Essex Junction, for Defendant-Appellee Town of Milton.

Harvey Golubock, Montpelier, for Amicus Curiae Vermont Human Rights Commission.

Richard T. Cassidy of Hoff, Curtis, Pacht, Cassidy & Frame, P.C., Burlington, and Evan Wolfson, Lambda Legal Defense and Education Fund, Inc., and Lawson M. Vicario and S. Elizabeth Foster

of Gibson, Dunn & Crutcher LLP, New York, New York, for Amici Curiae Vermont Coalition for Lesbian and Gay Rights, et al.

David Rath of Kohn & Rath, Hinesburg, for Amicus Curiae Professors of Legislation and Statutory Interpretation.

Eileen M. Blackwood of Blackwood and Kraynak, P.C., Burlington, David Chambers, White River Junction, and Matthew Coles, American Civil Liberties Union Foundation, New York, New York, for Amici Curiae Parents and Friends of Lesbian and Gay Men, et al.

Peter M. Lawrence of Barr, Sternberg & Moss, P.C., Bennington, for Amici Curiae Vermont Organization for Weddings of the Same-Gender, et al.

William M Dorsch of Mickenberg, Dunn, Sirotkin & Dorsch, Burlington, for Amici Curiae Vermont NOW, et al.

Philip C. Woodward and Karen McAndrew of Dinse, Knapp & McAndrew, P.C., Burlington, for Amici Curiae Vermont Psychiatric Association, et al.

Hal Goldman, Burlington, for Amicus Curiae Take It To the People.

J. Paul Giuliani of McKee, Giuliani & Cleveland, Montpelier, and Dwight G. Duncan, North Dartmouth, Massachusetts, for Amici Curiae New Journey, et al.

Robert H. Erdmann, South Burlington, Jay Alan Sekulow and John P. Tuskey, Virginia Beach, Virginia, and Vincent P. McCarthy, New Milford, Connecticut, for Amicus Curiae The American Center for Law and Justice.

Clarke A. Gravel of Gravel & Shea, Burlington, and Don Stenberg, Nebraska Attorney General, and L. Steven Grasz, Deputy Attorney General, Lincoln, Nebraska, for Amici Curiae State of Nebraska, et al.

Jon R. Eggleston, Burlington, for Amicus Curiae Professors of Law and Jurisprudence.

Duncan F. Kilmartin, Newport, and David R. Huggins, The National Legal Foundation, Memphis, Tennessee, for Amici Curiae Specialty Research Associates, et al.

William M. O'Brien, O'Brien Law Offices, Winooski, Thomas E. McCormick of McCormick Fitzpatrick Kasper & Burchard, Burlington, and Von G. Keetch and Alexander Dushku of Kirton & McConkie, Salt Lake City, Utah, for Amici Curiae Roman Catholic Diocese of Burlington, Vermont, et al.

John Fitzpatrick, Burlington, and David Zwiebel, New York, New York, for Amicus Curiae Agudath Israel of America.

Duncan F. Kilmartin of Rexford & Kilmartin, Newport, and Steven T. McFarland, Kimberlee W. Colby and Samuel B. Casey, Annandale, Virginia, for Amici Curiae Christian Legal Society, et al.

Timothy J. O'Connor, Jr., O'Connor Law Office, Brattleboro, and David Orgon Coolidge, The Catholic University of America, Washington, District of Columbia, for Amici Curiae Hon. Peter Brady, et al.

PRESENT: Amestoy, C.J., Dooley, Morse, Johnson and Skoglund, JJ.

AMESTOY, C.J. May the State of Vermont exclude same-sex couples from the benefits and protections that its laws provide to opposite-sex married couples? That is the fundamental question we address in this appeal, a question that the Court well knows arouses deeply-felt religious, moral, and political beliefs. Our constitutional responsibility to consider the legal merits of issues properly before us provides no exception for the controversial case. The issue before the Court, moreover, does not turn on the religious or moral debate over intimate same-sex relationships, but rather on the statutory and constitutional basis for the exclusion of same-sex couples from the secular benefits and protections offered married couples.

We conclude that under the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution, which, in pertinent part, reads,

That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family, or set of persons, who are a part only of that community, Vt. Const., ch. I, art 7., plaintiffs may not be deprived of the statutory benefits and protections afforded persons of the opposite sex who choose to marry. We hold that the State is constitutionally required to extend to same-sex couples the common benefits and protections that flow from marriage under Vermont law. Whether this ultimately takes the form of inclusion within the marriage laws themselves or a parallel "domestic partnership" system or some equivalent statutory alternative, rests with the Legislature. Whatever system is chosen, however, must conform with the constitutional imperative to afford all Vermonters the common benefit, protection, and security of the law.

Plaintiffs are three same-sex couples who have lived together in committed relationships for periods ranging from four to twenty-five years. Two of the couples have raised children together. Each couple applied for a marriage license from their respective town clerk, and each was refused a license as ineligible under the applicable state marriage laws. Plaintiffs thereupon filed this lawsuit against defendants -- the State of Vermont, the Towns of Milton and Shelburne, and the City of South Burlington -- seeking a declaratory judgment that the refusal to issue them a license violated the marriage statutes and the Vermont Constitution.

The State, joined by Shelburne and South Burlington, moved to dismiss the action on the ground that plaintiffs had failed to state a claim for which relief could be granted. The Town of Milton answered the complaint and subsequently moved for judgment on the pleadings. Plaintiffs opposed the motions and cross-moved for judgment on the pleadings. The trial court granted the State's and the Town of Milton's motions, denied plaintiffs' motion, and dismissed the complaint. The court ruled that the marriage statutes could not be construed to permit the issuance of a license to same-sex couples. The court further ruled that the marriage statutes were constitutional because they rationally furthered the State's interest in promoting "the link between procreation and child rearing." This appeal followed. (FN1)

I. The Statutory Claim

Plaintiffs initially contend the trial court erred in concluding that the marriage statutes render them ineligible for a marriage license. It is axiomatic that the principal objective of statutory construction is to discern the legislative intent. See *Merkel v. Nationwide Ins. Co.*, 166 Vt. 311, 314, 693 A.2d 706, 707 (1997). While we may explore a variety of sources to discern that intent, it is also a truism of statutory interpretation that where a statute is unambiguous we rely on the plain and ordinary meaning of the words chosen. See *In re P.S.*, 167 Vt. 63, 70, 702 A.2d 98, 102 (1997). "[W]e rely on the plain meaning of the words because we presume they reflect the Legislature's intent." Braun

v. Board of Dental Examiners, 167 Vt. 110, 116, 702 A.2d 124, 127 (1997).

Vermont's marriage statutes are set forth in Chapter 1 of Title 15, entitled "Marriage," which defines the requirements and eligibility for entering into a marriage, and Chapter 105 of Title 18, entitled "Marriage Records and Licenses," which prescribes the forms and procedures for obtaining a license and solemnizing a marriage. Although it is not necessarily the only possible definition, there is no doubt that the plain and ordinary meaning of "marriage" is the union of one man and one woman as husband and wife. See Webster's New International Dictionary 1506 (2d ed. 1955) (marriage consists of state of "being united to a person . . . of the opposite sex as husband or wife"); Black's Law Dictionary 986 (7th ed. 1999) (marriage is "[t]he legal union of a man and woman as husband and wife"). This understanding of the term is well rooted in Vermont common law. See *Le Barron v. Le Barron*, 35 Vt. 365, 366-71 (1862) (petition by wife to annul marriage for alleged physical impotence of husband); *Clark v. Field*, 13 Vt. 460, 465 (1841) (suit to declare marriage null and void on ground that husband and wife had not consummated marriage); *Overseers of the Poor of the Town of Newbury v. Overseers of the Poor of the Town of Brunswick*, 2 Vt. 151, 152 (1829) (dispute between towns over liability for support of family turned, in part, on validity of marriage where justice of peace had not declared parties husband and wife). The legislative understanding is also reflected in the enabling statute governing the issuance of marriage licenses, which provides, in part, that the license "shall be issued by the clerk of the town where either the bride or groom resides." 18 V.S.A. § 5131(a). "Bride" and "groom" are gender-specific terms. See Webster's, *supra*, at 334 (bride defined as "a woman newly married, or about to be married;" bridegroom defined as "a man newly married, or about to be married").

Further evidence of the legislative assumption that marriage consists of a union of opposite genders may be found in the consanguinity statutes, which expressly prohibit a man from marrying certain female relatives, see 15 V.S.A. § 1, and a woman from marrying certain male relatives, see *id.* § 2. In addition, the annulment statutes explicitly refer to "husband and wife," see *id.* § 513, as do other statutes relating to married couples. See, e.g., 12 V.S.A. § 1605 ("husband and wife" may not testify about communications to each other under rule commonly known as "marital privilege," see *State v. Wright*, 154 Vt. 512, 525, 581 A.2d 720, 728 (1990)); 14 V.S.A. §§ 461, 465, 470 (referring to interest of "widow" in estate of her "husband"); *id.* § 10 (requiring three witnesses where "husband or wife" are given beneficial interest in other's will); 15 V.S.A. § 102 (legal protections where "married man . . . deserts, neglects, or abandons his wife").

These statutes, read as a whole, reflect the common understanding that marriage under Vermont law consists of a union between a man and a woman. Plaintiffs essentially concede this fact. They argue, nevertheless, that the underlying purpose of marriage is to protect and encourage the union of committed couples and that, absent an explicit legislative prohibition, the statutes should be interpreted broadly to include committed same-sex couples. Plaintiffs rely principally on our decision in *In re B.L.V.B.*, 160 Vt. 368, 369, 628 A.2d 1271, 1272 (1993). There, we held that a woman who was co-parenting the two children of her same-sex partner could adopt the children without terminating the natural mother's parental rights. Although the statute provided generally that an adoption deprived the natural parents of their legal rights, it contained an exception where the adoption was by the "spouse" of the natural parent. See *id.* at 370, 628 A.2d at 1273 (citing 12 V.S.A. § 448). Technically, therefore, the exception was inapplicable. We concluded, however, that the purpose of the law was not to restrict the exception to legally married couples, but to safeguard the child, and that to apply the literal language of the statute in these circumstances would defeat the statutory purpose and "reach an absurd result." *Id.* at 371, 628 A.2d at 1273. Although the Legislature had undoubtedly not even considered same-sex unions when the law was enacted in

1945, our interpretation was consistent with its "general intent and spirit." *Id.* at 373, 628 A.2d at 1274.

Contrary to plaintiffs' claim, *B.L.V.B.* does not control our conclusion here. We are not dealing in this case with a narrow statutory exception requiring a broader reading than its literal words would permit in order to avoid a result plainly at odds with the legislative purpose. Unlike *B.L.V.B.*, it is far from clear that limiting marriage to opposite-sex couples violates the Legislature's "intent and spirit." Rather, the evidence demonstrates a clear legislative assumption that marriage under our statutory scheme consists of a union between a man and a woman. Accordingly, we reject plaintiffs' claim that they were entitled to a license under the statutory scheme governing marriage.

II. The Constitutional Claim

Assuming that the marriage statutes preclude their eligibility for a marriage license, plaintiffs contend that the exclusion violates their right to the common benefit and protection of the law guaranteed by Chapter I, Article 7 of the Vermont Constitution.(FN2) They note that in denying them access to a civil marriage license, the law effectively excludes them from a broad array of legal benefits and protections incident to the marital relation, including access to a spouse's medical, life, and disability insurance, hospital visitation and other medical decisionmaking privileges, spousal support, intestate succession, homestead protections, and many other statutory protections. They claim the trial court erred in upholding the law on the basis that it reasonably served the State's interest in promoting the "link between procreation and child rearing." They argue that the large number of married couples without children, and the increasing incidence of same-sex couples with children, undermines the State's rationale. They note that Vermont law affirmatively guarantees the right to adopt and raise children regardless of the sex of the parents, see 15A V.S.A. § 1-102, and challenge the logic of a legislative scheme that recognizes the rights of same-sex partners as parents, yet denies them -- and their children -- the same security as spouses.

In considering this issue, it is important to emphasize at the outset that it is the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution we are construing, rather than its counterpart, the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution. It is altogether fitting and proper that we do so. Vermont's constitutional commitment to equal rights was the product of the successful effort to create an independent republic and a fundamental charter of government, the Constitution of 1777, both of which preceded the adoption of the Fourteenth Amendment by nearly a century. As we explained in *State v. Badger*, 141 Vt. 430, 448-49, 450 A.2d 336, 347 (1982), "our constitution is not a mere reflection of the federal charter. Historically and textually, it differs from the United States Constitution. It predates the federal counterpart, as it extends back to Vermont's days as an independent republic. It is an independent authority, and Vermont's fundamental law."

As we explain in the discussion that follows, the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution differs markedly from the federal Equal Protection Clause in its language, historical origins, purpose, and development. While the federal amendment may thus supplement the protections afforded by the Common Benefits Clause, it does not supplant it as the first and primary safeguard of the rights and liberties of all Vermonters. See *id.* (Court is free to "provide more generous protection to rights under the Vermont Constitution than afforded by the federal charter"); *State v. Jewett*, 146 Vt. 221, 224, 500 A.2d 233, 235 (1985) (state constitution may protect Vermonters "however the philosophy of the United States Supreme Court may ebb and flow"); see generally H. Linde, *First Things First, Rediscovering the States' Bill of Rights*, 9 U. Balt. L. Rev.

379, 381-82 (1980); S. Pollock, *State Constitutions as Separate Sources of Fundamental Rights*, 35 *Rutgers L. Rev.* 707, 717-19 (1983).

A. Historical Development

In understanding the import of the Common Benefits Clause, this Court has often referred to principles developed by the federal courts in applying the Equal Protection Clause.^(FN3) See, e.g., *Choquette v. Perrault*, 153 Vt. 45, 51-52, 569 A.2d 455, ___ (1989). At the same time, however, we have recognized that "[a]lthough the provisions have some similarity of purpose, they are not identical." *Benning v. State*, 161 Vt. 472, 485 n.7, 641 A.2d 757, 764 n.7 (1994). Indeed, recent Vermont decisions reflect a very different approach from current federal jurisprudence. That approach may be described as broadly deferential to the legislative prerogative to define and advance governmental ends, while vigorously ensuring that the means chosen bear a just and reasonable relation to the governmental objective.

Although our decisions over the last few decades have routinely invoked the rhetoric of suspect class favored by the federal courts, see, e.g., *Choquette*, 153 Vt. at 51, 569 A.2d at 458, there are notable exceptions. The principal decision in this regard is the landmark case of *State v. Ludlow Supermarkets, Inc.*, 141 Vt. 261, 448 A.2d 791 (1982). There, Chief Justice Albert Barney, writing for the Court, invalidated a Sunday closing law that discriminated among classes of commercial establishments on the basis of their size. After noting that this Court, unlike its federal counterpart, was not constrained by considerations of federalism and the impact of its decision on fifty varying jurisdictions, the Court declared that Article 7 "only allows the statutory classifications . . . if a case of necessity can be established overriding the prohibition of Article 7 by reference to the "common benefit, protection, and security of the people." *Id.* at 268, 448 A.2d at 795. Applying this test, the Court concluded that the State's justifications for the disparate treatment of large and small businesses failed to withstand constitutional scrutiny. *Id.* at 269-70, 448 A.2d at 796.

Ludlow, as we later explained, did not alter the traditional requirement under Article 7 that legislative classifications must "reasonably relate to a legitimate public purpose." *Choquette*, 153 Vt. at 52, 569 A.2d at 459. Nor did it overturn the principle that the justifications demanded of the State may depend upon the nature and importance of the benefits and protections affected by the legislation; indeed, this is implicit in the weighing process. It did establish that Article 7 would require a "more stringent" reasonableness inquiry than was generally associated with rational basis review under the federal constitution. *State v. Brunelle*, 148 Vt. 347, 351, 534 A.2d 198, 201-202 (1987); see also *Hodgeman v. Jard Co.*, 157 Vt. 461, 464, 599 A.2d 1371, 1373 (1991) (citing *Ludlow* for principle that Article 7 "may require this Court to examine more closely distinctions drawn by state government than would the Fourteenth Amendment"). *Ludlow* did not override the traditional deference accorded legislation having any reasonable relation to a legitimate public purpose. It simply signaled that Vermont courts -- having "access to specific legislative history and all other proper resources" to evaluate the object and effect of State laws -- would engage in a meaningful, case-specific analysis to ensure that any exclusion from the general benefit and protection of the law would bear a just and reasonable relation to the legislative goals. *Ludlow*, 141 Vt. at 268, 448 A.2d at 795.^(FN4)

Although it is accurate to point out that since *Ludlow* our decisions have consistently recited the federal rational-basis/strict-scrutiny tests, it is equally fair to observe that we have been less than consistent in their application. Just as commentators have noted the United States Supreme Court's obvious yet unstated deviations from the rational-basis standard, so have this Court's holdings often departed from the federal test.^(FN5) In *Colchester Fire Dist. No. 2 v. Sharrow*, 145 Vt. 195,

198-99, 485 A.2d 134, 136-37 (1984), for example, the Court ostensibly applied a rational-basis test to invalidate a payment scheme for revenue-bond assessments. While acknowledging the broad discretion traditionally accorded the Legislature in taxation and other areas of public welfare, the Court nevertheless examined each of the district's rationales in detail and found them to be unpersuasive in light of the record and administrative experience. See *id.* at 200-201, 485 A.2d at 137 (record established no "plausible relationship between the method of bond assessment and its alleged purposes").

In *Choquette*, 153 Vt. at 51, 569 A.2d at 458, the Court again purported to apply rational-basis review under Article 7 in holding a fence-repair statute to be unconstitutional. Not content to accept arguments derived from a bygone agricultural era, the Court held that the policies underlying the law were outdated and failed to establish a reasonable relation to the public purpose in the light of contemporary circumstances. See *id.* at 53-54, 569 A.2d at 459-60; see also *Oxx v. Department of Taxes*, 159 Vt. 371, 376, 618 A.2d 1321, 1324 (1992) (income tax assessment violated Equal Protection and Common Benefits Clauses as applied *Lorrain v. Ryan*, 160 Vt. 202, 215 628 A.2d 543, 551 (1993) (statutory scheme denying right of spouse of injured worker to sue third-party tortfeasor for loss of consortium violated Equal Protection and Common Benefits Clauses).

The "more stringent" test was also implicit in our recent decision in *MacCallum v. Seymour's Administrator*, 165 Vt. 452, 686 A.2d 935 (1996), which involved an Article 7 challenge to an intestacy statute that denied an adopted person's right of inheritance from collateral kin. While employing the rhetoric of minimal scrutiny, our analysis was more rigorous than traditional federal rational-basis review. Indeed, although the State proffered at least a conceivable purpose for the legislative distinction between natural and adopted children, we held that the classification was unreasonable, explaining that "[a]dopted persons have historically been a target of discrimination," *id.* at 459, 686 A.2d at 939, and that however reasonable the classification when originally enacted, it represented an "outdated" distinction today. *Id.* at 460, 686 A.2d at 939. Thus, while deferential to the historical purpose underlying the classification, we demanded that it bear a reasonable and just relation to the governmental objective in light of contemporary conditions.

This approach may also be discerned in the Court's recent opinion in *Brigham v. State*, 166 Vt. 246, 692 A.2d 384 (1997), addressing an Article 7 challenge to the State's educational funding system. Consistent with prior decisions, the Court acknowledged the federal standard, see *id.* at 265, 692 A.2d at 395, even as it eschewed the federal categories of analysis. Indeed, after weighing the State's justifications for the disparate funding of education against its impact upon public-school students, the Court concluded; "Labels aside, we are simply unable to fathom a legitimate governmental purpose to justify the gross inequities in educational opportunities evident from the record." *Id.* at 265, 692 A.2d at 396.

Thus, "labels aside," Vermont case law has consistently demanded in practice that statutory exclusions from publicly-conferred benefits and protections must be "premised on an appropriate and overriding public interest." *Ludlow*, 141 Vt. at 268, 448 A.2d at 795. The rigid categories utilized by the federal courts under the Fourteenth Amendment find no support in our early case law and, while routinely cited, are often effectively ignored in our more recent decisions. As discussed more fully below, these decisions are consistent with the text and history of the Common Benefits Clause which, similarly, yield no rigid categories or formulas of analysis. The balancing approach utilized in *Ludlow* and implicit in our recent decisions reflects the language, history, and values at the core of the Common Benefits Clause. We turn, accordingly, to a brief examination of constitutional language and history.

B. Text

We typically look to a variety of sources in construing our Constitution, including the language of the provision in question, historical context, case-law development, the construction of similar provisions in other state constitutions, and sociological materials. See Benning, 161 Vt. at 476, 641 A.2d 759. The Vermont Constitution was adopted with little recorded debate and has undergone remarkably little revision in its 200-year history. Recapturing the meaning of a particular word or phrase as understood by a generation more than two centuries removed from our own requires, in some respects, an immersion in the culture and materials of the past more suited to the work of professional historians than courts and lawyers. See generally, H. Powell, *Rules for Originalists*, 73 Va. L. Rev. 659, 659-61 (1987); P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L. Rev. 204, 204-209 (1980). The responsibility of the Court, however, is distinct from that of the historian, whose interpretation of past thought and actions necessarily informs our analysis of current issues but cannot alone resolve them. See Powell, *supra*, at 662-68; Brest, *supra*, at 237. As we observed in *State v. Kirchoff*, 156 Vt. 1, 6, 587 A.2d 988, 992 (1991), "our duty is to discover the core value that gave life to Article [7]." (Emphasis added). Out of the shifting and complicated kaleidoscope of events, social forces, and ideas that culminated in the Vermont Constitution of 1777, our task is to distill the essence, the motivating ideal of the framers. The challenge is to remain faithful to that historical ideal, while addressing contemporary issues that the framers undoubtedly could never have imagined.

We first focus on the words of the Constitution themselves, for, as Chief Justice Marshall observed, "although the spirit of an instrument, especially of a constitution, is to be respected not less than its letter, yet the spirit is to be collected chiefly from its words." *Sturges v. Crowningshield*, 17 U.S. (4 Wheat.) 122, 202 (1819). One of the fundamental rights included in Chapter I of the Vermont Constitution of 1777, entitled "A Declaration of Rights of the Inhabitants of the State of Vermont," the Common Benefits Clause as originally written provided:

That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; and not for the particular emolument or advantage of any single man, family or set of men, who are a part only of that community; and that the community hath an indubitable, unalienable and indefeasible right, to reform, alter or abolish government, in such manner as shall be, by that community, judged most conducive to the public weal. Vt. Const. of 1777, ch. I, art. VI.(FN6)

The first point to be observed about the text is the affirmative and unequivocal mandate of the first section, providing that government is established for the common benefit of the people and community as a whole. Unlike the Fourteenth Amendment, whose origin and language reflect the solicitude of a dominant white society for an historically-oppressed African-American minority (no state shall "deny" the equal protection of the laws), the Common Benefits Clause mirrors the confidence of a homogeneous, eighteenth-century group of men aggressively laying claim to the same rights as their peers in Great Britain or, for that matter, New York, New Hampshire, or the Upper Connecticut River Valley. See F. Mahady, *Toward a Theory of State Constitutional Jurisprudence: A Judge's Thoughts*, 13 Vt. L. Rev. 145, 151-52 (1988) (noting distinct eighteenth-century origins of Article 7). The same assumption that all the people should be afforded all the benefits and protections bestowed by government is also reflected in the second section, which prohibits not the denial of rights to the oppressed, but rather the conferral of advantages or emoluments upon the privileged.(FN7)

The words of the Common Benefits Clause are revealing. While they do not, to be sure, set forth a

fully-formed standard of analysis for determining the constitutionality of a given statute, they do express broad principles which usefully inform that analysis. Chief among these is the principle of inclusion. As explained more fully in the discussion that follows, the specific proscription against governmental favoritism toward not only groups or "set[s] of men," but also toward any particular "family" or "single man," underscores the framers' resentment of political preference of any kind. The affirmative right to the "common benefits and protections" of government and the corollary proscription of favoritism in the distribution of public "emoluments and advantages" reflect the framers' overarching objective "not only that everyone enjoy equality before the law or have an equal voice in government but also that everyone have an equal share in the fruits of the common enterprise." W. Adams, *The First American Constitutions* 188 (1980) (emphasis added). Thus, at its core the Common Benefits Clause expressed a vision of government that afforded every Vermonter its benefit and protection and provided no Vermonter particular advantage.

C. Historical Context

Although historical research yields little direct evidence of the framers' intentions, an examination of the ideological origins of the Common Benefits Clause casts a useful light upon the inclusionary principle at its textual core. Like other provisions of the Vermont Constitution of 1777, the Common Benefits Clause was borrowed verbatim from the Pennsylvania Constitution of 1776, which was based, in turn, upon a similar provision in the Virginia Declaration of Rights of 1776. See J. Shaeffer, *A Comparison of the First Constitutions of Vermont and Pennsylvania*, 43 *Vt. Hist.* 33, 33-35 (1975); J. Selsam, *The Pennsylvania Constitution of 1776: A Study in Revolutionary Democracy* 178 (1936). The original Virginia clause differed from the Pennsylvania and Vermont provisions only in the second section, which was contained in a separate article and provided "[t]hat no man, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services." See *Virginia Declaration of Rights*, art. IV (reprinted in 11 *West's Encyclopedia of American Law* 82 (1998)).(FN8)

Although aimed at Great Britain, the American Revolution -- as numerous historians have noted -- also tapped deep-seated domestic antagonisms. The planter elite in Virginia, the proprietors of Eastern Pennsylvania, and New Yorkers claiming Vermont lands were each the object of long-standing grievances. Selsam, *supra*, at 255-56; R. Shalhope, *Bennington and the Green Mountain Boys: The Emergence of Liberal Democracy in Vermont, 1760-1850* at 70-97 (1996); G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* at 75-82 (1969). Indeed, the revolt against Great Britain unleashed what one historian, speaking of Pennsylvania, has called "a revolution within a revolution." Selsam, *supra*, at 1. By attempting to claim equal rights for Americans against the English, regardless of birthright or social status, "even the most aristocratic of southern Whig planters . . . were pushed into creating an egalitarian ideology that could be and even as early as 1776 was being turned against themselves." Wood, *supra*, at 83. While not opposed to the concept of a social elite, the framers of the first state constitutions believed that it should consist of a "natural aristocracy" of talent, rather than an entrenched clique favored by birth or social connections. See *id.* at 479-80. As the preeminent historian of the ideological origins of the Revolution explained, "while 'equality before the law' was a commonplace of the time, 'equality without respect to the dignity of the persons concerned' was not; [the Revolution's] emphasis on social equivalence was significant." B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* 307 (1967). Thus, while the framers' "egalitarian ideology" conspicuously excluded many oppressed people of the eighteenth century -- including African-Americans, Native Americans, and women -- it did nevertheless represent a genuine social revolt pitting republican ideals of "virtue," or talent and merit, against a perceived aristocracy of privilege both abroad and at home.

Vermont was not immune to the disruptive forces unleashed by the Revolution. One historian has described Vermont on the eve of the Revolution as rife with "factional rivalry [and] regional jealousy." G. Aichele, *Making the Vermont Constitution: 1777-1824*, 56 *Vt. Hist.* 166, 177 (1988). Competing factions in the Champlain and Upper Connecticut River Valleys had long vied for political and economic dominance. See *id.* at 180. Echoing Selsam on Pennsylvania, another historian has spoken of "Vermont's double revolution -- a rebellion within a rebellion" to describe the successful revolt against both Great Britain and New York by the yeoman farmers, small-scale proprietors, and moderate land speculators who comprised the bulk of the Green Mountain Boys. D. Smith, *Green Mountain Insurgency: Transformation of New York's Forty-Year Land War*, 64 *Vt. Hist.* 197, 197-98, 224 (1996); see also Shalhope, *supra*, at 169 (egalitarian ideology of American Revolution "resonated powerfully with the visceral feelings" of Green Mountain Boys and others in Vermont).

The powerful movement for "social equivalence" unleashed by the Revolution ultimately found its most complete expression in the first state constitutions adopted in the early years of the rebellion. In Pennsylvania, where social antagonisms were most acute, the result was a fundamental charter that has been described as "the most radical constitution of the Revolution." Wood, *supra*, at 84-85; see also Shaeffer, *supra*, at 35-36. Yet the Pennsylvania Constitution's egalitarianism was arguably eclipsed the following year by the Vermont Constitution of 1777. In addition to the commitment to government for the "common benefit, protection, and security," it contained novel provisions abolishing slavery, eliminating property qualifications for voting, and calling for the governor, lieutenant governor, and twelve councilors to be elected by the people rather than appointed by the Legislature. See Shalhope, *supra*, at 171-72. These and other provisions have led one historian to observe that Vermont's first charter was the "most democratic constitution produced by any of the American states." See *id.* at 172.

The historical origins of the Vermont Constitution thus reveal that the framers, although enlightened for their day, were not principally concerned with civil rights for African-Americans and other minorities, but with equal access to public benefits and protections for the community as a whole. The concept of equality at the core of the Common Benefits Clause was not the eradication of racial or class distinctions, but rather the elimination of artificial governmental preferments and advantages. The Vermont Constitution would ensure that the law uniformly afforded every Vermonter its benefit, protection, and security so that social and political preeminence would reflect differences of capacity, disposition, and virtue, rather than governmental favor and privilege.(FN9)

[continues text of FN9 (see below)]

D. Analysis under Article 7

The language and history of the Common Benefits Clause thus reinforce the conclusion that a relatively uniform standard, reflective of the inclusionary principle at its core, must govern our analysis of laws challenged under the Clause. Accordingly, we conclude that this approach, rather than the rigid, multi-tiered analysis evolved by the federal courts under the Fourteenth Amendment, shall direct our inquiry under Article 7. As noted, Article 7 is intended to ensure that the benefits and protections conferred by the State are for the common benefit of the community and are not for the advantage of persons "who are a part only of that community." When a statute is challenged under Article 7, we first define that "part of the community" disadvantaged by the law. We examine the statutory basis that distinguishes those protected by the law from those excluded from the

State's protection. Our concern here is with delineating, not with labelling the excluded class as "suspect," "quasi-suspect," or "non-suspect" for purposes of determining different levels of judicial scrutiny.(FN10)

We look next to the government's purpose in drawing a classification that includes some members of the community within the scope of the challenged law but excludes others. Consistent with Article 7's guiding principle of affording the protection and benefit of the law to all members of the Vermont community, we examine the nature of the classification to determine whether it is reasonably necessary to accomplish the State's claimed objectives.

We must ultimately ascertain whether the omission of a part of the community from the benefit, protection and security of the challenged law bears a reasonable and just relation to the governmental purpose. Consistent with the core presumption of inclusion, factors to be considered in this determination may include: (1) the significance of the benefits and protections of the challenged law; (2) whether the omission of members of the community from the benefits and protections of the challenged law promotes the government's stated goals; and (3) whether the classification is significantly underinclusive or overinclusive. As Justice Souter has observed in a different context, this approach necessarily "calls for a court to assess the relative 'weights' or dignities of the contending interests." *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 767 (1997) (Souter, J., concurring). What keeps that assessment grounded and objective, and not based upon the private sensitivities or values of individual judges, is that in assessing the relative weights of competing interests courts must look to the history and "'traditions from which [the State] developed'" as well as those "'from which it broke,'" *id.* at 767 (quoting *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., dissenting)), and not to merely personal notions. Moreover, the process of review is necessarily "one of close criticism going to the details of the opposing interests and their relationships with the historically recognized principles that lend them weight or value." *Id.* at 769 (emphasis added).(FN11)

Ultimately, the answers to these questions, however useful, cannot substitute for "'[t]he inescapable fact . . . that adjudication of . . . claims may call upon the Court in interpreting the Constitution to exercise that same capacity which by tradition courts always have exercised: reasoned judgment.'" *Id.* (quoting *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 849 (1992)). The balance between individual liberty and organized society which courts are continually called upon to weigh does not lend itself to the precision of a scale. It is, indeed, a recognition of the imprecision of "reasoned judgment" that compels both judicial restraint and respect for tradition in constitutional interpretation.(FN12)

E. The Standard Applied

With these general precepts in mind, we turn to the question of whether the exclusion of same-sex couples from the benefits and protections incident to marriage under Vermont law contravenes Article 7. The first step in our analysis is to identify the nature of the statutory classification. As noted, the marriage statutes apply expressly to opposite-sex couples. Thus, the statutes exclude anyone who wishes to marry someone of the same sex.(FN13)

Next, we must identify the governmental purpose or purposes to be served by the statutory classification. The principal purpose the State advances in support of the excluding same-sex couples from the legal benefits of marriage is the government's interest in "furthering the link between procreation and child rearing." The State has a strong interest, it argues, in promoting a permanent commitment between couples who have children to ensure that their offspring are

considered legitimate and receive ongoing parental support. The State contends, further, that the Legislature could reasonably believe that sanctioning same-sex unions "would diminish society's perception of the link between procreation and child rearing . . . [and] advance the notion that fathers or mothers . . . are mere surpluses to the functions of procreation and child rearing." The State argues that since same-sex couples cannot conceive a child on their own, state-sanctioned same-sex unions "could be seen by the Legislature to separate further the connection between procreation and parental responsibilities for raising children." Hence, the Legislature is justified, the State concludes, "in using the marriage statutes to send a public message that procreation and child rearing are intertwined."

Do these concerns represent valid public interests that are reasonably furthered by the exclusion of same-sex couples from the benefits and protections that flow from the marital relation? It is beyond dispute that the State has a legitimate and long-standing interest in promoting a permanent commitment between couples for the security of their children. It is equally undeniable that the State's interest has been advanced by extending formal public sanction and protection to the union, or marriage, of those couples considered capable of having children, i.e., men and women. And there is no doubt that the overwhelming majority of births today continue to result from natural conception between one man and one woman. See J. Robertson, *Assisted Reproductive Technology and the Family*, 47 *Hast. L. J.* 911, 911-12 (1996) (noting the number of births resulting from assisted-reproductive technology, which remain small compared to overall number of births).

It is equally undisputed that many opposite-sex couples marry for reasons unrelated to procreation, that some of these couples never intend to have children, and that others are incapable of having children. Therefore, if the purpose of the statutory exclusion of same-sex couples is to "further[] the link between procreation and child rearing," it is significantly under-inclusive. The law extends the benefits and protections of marriage to many persons with no logical connection to the stated governmental goal.

Furthermore, while accurate statistics are difficult to obtain, there is no dispute that a significant number of children today are actually being raised by same-sex parents, and that increasing numbers of children are being conceived by such parents through a variety of assisted-reproductive techniques. See D. Flaks, et al., *Lesbians Choosing Motherhood: A Comparative Study of Lesbian and Heterosexual Parents and Their Children*, 31 *Dev. Psychol.* 105, 105 (1995) (citing estimates that between 1.5 and 5 million lesbian mothers resided with their children in United States between 1989 and 1990, and that thousands of lesbian mothers have chosen motherhood through donor insemination or adoption); G. Green and F. Bozett, *Lesbian Mothers and Gay Fathers*, in *Homosexuality: Research Implications for Public Policy* 197, 198 (J. Gonsiorek et al. eds., 1991) (estimating that numbers of children of either gay fathers or lesbian mothers range between six and fourteen million); C. Patterson, *Children of the Lesbian Baby Boom: Behavioral Adjustment, Self-Concepts, and Sex Role Identity*, in *Lesbian and Gay Psychology* (B. Greene et al. eds., 1994) (observing that although precise estimates are difficult, number of families with lesbian mothers is growing); E. Shapiro & L. Schultz, *Single-Sex Families: The Impact of Birth Innovations Upon Traditional Family Notions*, 24 *J. Fam. L.* 271, 281 (1985) ("[I]t is a fact that children are being born to single-sex families on a biological basis, and that they are being so born in considerable numbers").

Thus, with or without the marriage sanction, the reality today is that increasing numbers of same-sex couples are employing increasingly efficient assisted-reproductive techniques to conceive and raise children. See L. Ikemoto, *The In/Fertile, the Too Fertile, and the Dysfertile*, 47 *Hast. L. J.*

1007, 1056 & n.170 (1996). The Vermont Legislature has not only recognized this reality, but has acted affirmatively to remove legal barriers so that same-sex couples may legally adopt and rear the children conceived through such efforts. See 15A V.S.A. § 1-102(b) (allowing partner of biological parent to adopt if in child's best interest without reference to sex). The State has also acted to expand the domestic relations laws to safeguard the interests of same-sex parents and their children when such couples terminate their domestic relationship. See 15A V.S.A. § 1-112 (vesting family court with jurisdiction over parental rights and responsibilities, parent-child contact, and child support when unmarried persons who have adopted minor child "terminate their domestic relationship").

Therefore, to the extent that the State's purpose in licensing civil marriage was, and is, to legitimize children and provide for their security, the statutes plainly exclude many same-sex couples who are no different from opposite-sex couples with respect to these objectives. If anything, the exclusion of same-sex couples from the legal protections incident to marriage exposes their children to the precise risks that the State argues the marriage laws are designed to secure against. In short, the marital exclusion treats persons who are similarly situated for purposes of the law, differently.

The State also argues that because same-sex couples cannot conceive a child on their own, their exclusion promotes a "perception of the link between procreation and child rearing," and that to discard it would "advance the notion that mothers and fathers . . . are mere surplusage to the functions of procreation and child rearing" Apart from the bare assertion, the State offers no persuasive reasoning to support these claims. Indeed, it is undisputed that most of those who utilize non-traditional means of conception are infertile married couples, see Shapior and Schultz, *supra*, at 275, and that many assisted-reproductive techniques involve only one of the married partner's genetic material, the other being supplied by a third party through sperm, egg, or embryo donation. See E. May, *Barren in the Promised Land: Childless Americans and the Pursuit of Happiness*, 217, 242 (1995); Robertson, *supra*, at 911-12, 922-27. The State does not suggest that the use of these technologies undermines a married couple's sense of parental responsibility, or fosters the perception that they are "mere surplusage" to the conception and parenting of the child so conceived. Nor does it even remotely suggest that access to such techniques ought to be restricted as a matter of public policy to "send a public message that procreation and child rearing are intertwined." Accordingly, there is no reasonable basis to conclude that a same-sex couple's use of the same technologies would undermine the bonds of parenthood, or society's perception of parenthood.

The question thus becomes whether the exclusion of a relatively small but significant number of otherwise qualified same-sex couples from the same legal benefits and protections afforded their opposite-sex counterparts contravenes the mandates of Article 7. It is, of course, well settled that statutes are not necessarily unconstitutional because they fail to extend legal protection to all who are similarly situated. See *Benning*, 161 Vt. at 486, 641 A.2d at 764 ("A statute need not regulate the whole of a field to pass constitutional muster."). Courts have upheld underinclusive statutes out of a recognition that, for reasons of pragmatism or administrative convenience, the legislature may choose to address problems incrementally. See, e.g., *City of New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297, 303 (1976) (legislature may adopt regulations "that only partially ameliorate a perceived evil"); *Williamson v. Lee Optical of Okla., Inc.*, 348 U.S. 483, 489 (1955) ("The legislature may select one phase of one field and apply a remedy there, neglecting the others.").

The State does not contend, however, that the same-sex exclusion is necessary as a matter of pragmatism or administrative convenience. We turn, accordingly, from the principal justifications

advanced by the State to the interests asserted by plaintiffs.

As noted, in determining whether a statutory exclusion reasonably relates to the governmental purpose it is appropriate to consider the history and significance of the benefits denied. See *Glucksberg*, 521 U.S. at 710 (to assess importance of rights and interests affected by statutory classifications, courts must look to "history, legal traditions and practices"). What do these considerations reveal about the benefits and protections at issue here? In *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), the United States Supreme Court, striking down Virginia's anti-miscegenation law, observed that "[t]he freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights." The Court's point was clear; access to a civil marriage license and the multitude of legal benefits, protections, and obligations that flow from it significantly enhance the quality of life in our society.

The Supreme Court's observations in *Loving* merely acknowledged what many states, including Vermont, had long recognized. One hundred thirty-seven years before *Loving*, this Court characterized the reciprocal rights and responsibilities flowing from the marriage laws as "the natural rights of human nature." See *Overseers of the Poor*, 2 Vt. at 159.

Decisions in other New England states noted the unique legal and economic ramifications flowing from the marriage relation. See, e.g., *Adams v. Palmer*, 51 Maine 481, 485 (Me. 1863) ("it establishes fundamental and most important domestic relations"). Early decisions recognized that a marriage contract, although similar to other civil agreements, represents much more because once formed, the law imposes a variety of obligations, protections, and benefits. As the Maine Supreme Judicial Court observed, the rights and obligations of marriage rest not upon contract, "but upon the general law of the State, statutory or common, which defines and prescribes those rights duties and obligations. They are of law, not contract." See *id.* at 483; see also *Ditson v. Ditson*, 4 R.I. 87, 105 (1856) (marriage transcends contract because "it gives rights, and imposes duties and restrictions upon the parties to it"). In short, the marriage laws transform a private agreement into a source of significant public benefits and protections.

While the laws relating to marriage have undergone many changes during the last century, largely toward the goal of equalizing the status of husbands and wives, the benefits of marriage have not diminished in value. On the contrary, the benefits and protections incident to a marriage license under Vermont law have never been greater. They include, for example, the right to receive a portion of the estate of a spouse who dies intestate and protection against disinheritance through elective share provisions, under 14 V.S.A. §§ 401-404, 551; preference in being appointed as the personal representative of a spouse who dies intestate, under 14 V.S.A. § 903; the right to bring a lawsuit for the wrongful death of a spouse, under 14 V.S.A. § 1492; the right to bring an action for loss of consortium, under 12 V.S.A. § 5431; the right to workers' compensation survivor benefits under 21 V.S.A. § 632; the right to spousal benefits statutorily guaranteed to public employees, including health, life, disability, and accident insurance, under 3 V.S.A. § 631; the opportunity to be covered as a spouse under group life insurance policies issued to an employee, under 8 V.S.A. § 3811; the opportunity to be covered as the insured's spouse under an individual health insurance policy, under 8 V.S.A. § 4063; the right to claim an evidentiary privilege for marital communications, under V.R.E. 504; homestead rights and protections, under 27 V.S.A. §§ 105-108, 141-142; the presumption of joint ownership of property and the concomitant right of survivorship, under 27 V.S.A. § 2; hospital visitation and other rights incident to the medical treatment of a family member, under 18 V.S.A. § 1852; and the right to receive, and the obligation to provide, spousal support, maintenance, and property division in the event of separation or

divorce, under 15 V.S.A. §§ 751-752. Other courts and commentators have noted the collection of rights, powers, privileges, and responsibilities triggered by marriage. See generally Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44, 59 (Haw. 1993); D. Chambers, What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples, 95 Mich. L. Rev. 447, passim; J. Robbenolt & M. Johnson, Legal Planning for Unmarried Committed Parties: Empirical Lessons for a Preventive and Therapeutic Approach, 41 Ariz. L. Rev. 417, passim (1999); J. Trosino, American Wedding: Same-Sex Marriage and the Miscegenation Analogy, 73 B.U.L. Rev. 93, 96 (1993).

While other statutes could be added to this list, the point is clear. The legal benefits and protections flowing from a marriage license are of such significance that any statutory exclusion must necessarily be grounded on public concerns of sufficient weight, cogency, and authority that the justice of the deprivation cannot seriously be questioned. Considered in light of the extreme logical disjunction between the classification and the stated purposes of the law -- protecting children and "furthering the link between procreation and child rearing" -- the exclusion falls substantially short of this standard. The laudable governmental goal of promoting a commitment between married couples to promote the security of their children and the community as a whole provides no reasonable basis for denying the legal benefits and protections of marriage to same-sex couples, who are no differently situated with respect to this goal than their opposite-sex counterparts. Promoting a link between procreation and childrearing similarly fails to support the exclusion. We turn, accordingly, to the remaining interests identified by the State in support of the statutory exclusion.

The State asserts that a number of additional rationales could support a legislative decision to exclude same-sex partners from the statutory benefits and protections of marriage. Among these are the State's purported interests in "promoting child rearing in a setting that provides both male and female role models," minimizing the legal complications of surrogacy contracts and sperm donors, "bridging differences" between the sexes, discouraging marriages of convenience for tax, housing or other benefits, maintaining uniformity with marriage laws in other states, and generally protecting marriage from "destabilizing changes." The most substantive of the State's remaining claims relates to the issue of childrearing. It is conceivable that the Legislature could conclude that opposite-sex partners offer advantages in this area, although we note that child-development experts disagree and the answer is decidedly uncertain. The argument, however, contains a more fundamental flaw, and that is the Legislature's endorsement of a policy diametrically at odds with the State's claim. In 1996, the Vermont General Assembly enacted, and the Governor signed, a law removing all prior legal barriers to the adoption of children by same-sex couples. See 15A V.S.A. § 1-102. At the same time, the Legislature provided additional legal protections in the form of court-ordered child support and parent-child contact in the event that same-sex parents dissolved their "domestic relationship." *Id.* § 1-112.

In light of these express policy choices, the State's arguments that Vermont public policy favors opposite-sex over same-sex parents or disfavors the use of artificial reproductive technologies, are patently without substance.

Similarly, the State's argument that Vermont's marriage laws serve a substantial governmental interest in maintaining uniformity with other jurisdictions cannot be reconciled with Vermont's recognition of unions, such as first-cousin marriages, not uniformly sanctioned in other states. See 15 V.S.A. §§ 1-2 (consanguinity statutes do not exclude first cousins); 1 H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States* § 2.9, at 153-54 (2d ed. 1987) (noting states that prohibit first-cousin marriage). In an analogous context, Vermont has sanctioned adoptions by same-sex

partners, see 15A V.S.A. § 1-102, notwithstanding the fact that many states have not. See generally, Annotation, Adoption of Child By Same-Sex Partners, 27 A.L.R.5th 54, 68-72 (1995). Thus, the State's claim that Vermont's marriage laws were adopted because the Legislature sought to conform to those of the other forty-nine states is not only speculative, but refuted by two relevant legislative choices which demonstrate that uniformity with other jurisdictions has not been a governmental purpose.

The State's remaining claims (e.g., recognition of same-sex unions might foster marriages of convenience or otherwise affect the institution in "unpredictable" ways) may be plausible forecasts as to what the future may hold, but cannot reasonably be construed to provide a reasonable and just basis for the statutory exclusion. The State's conjectures are not, in any event, susceptible to empirical proof before they occur.(FN14)

Finally, it is suggested that the long history of official intolerance of intimate same-sex relationships cannot be reconciled with an interpretation of Article 7 that would give state-sanctioned benefits and protection to individuals of the same sex who commit to a permanent domestic relationship. We find the argument to be unpersuasive for several reasons. First, to the extent that state action historically has been motivated by an animus against a class, that history cannot provide a legitimate basis for continued unequal application of the law. See *MacCallum*, 165 Vt. at 459-60, 686 A.2d at 939 (holding that although adopted persons had "historically been a target of discrimination," social prejudices failed to support their continued exclusion from intestacy law). As we observed recently in *Brigham*, 166 Vt. at 267, 692 A.2d at 396, "equal protection of the laws cannot be limited by eighteenth-century standards." Second, whatever claim may be made in light of the undeniable fact that federal and state statutes -- including those in Vermont -- have historically disfavored same-sex relationships, more recent legislation plainly undermines the contention. See, e.g., *Laws of Vermont, 1977, No. 51, § 2, 3* (repealing former § 2603 of Title 13, which criminalized fellatio). In 1991, Vermont was one of the first states to enact statewide legislation prohibiting discrimination in employment, housing, and other services based on sexual orientation. See 21 V.S.A. § 495 (employment); 9 V.S.A. § 4503 (housing); 8 V.S.A. § 4724 (insurance); 9 V.S.A. § 4502 (public accommodations). Sexual orientation is among the categories specifically protected against hate-motivated crimes in Vermont. See 13 V.S.A. § 1455. Furthermore, as noted earlier, recent enactments of the General Assembly have removed barriers to adoption by same-sex couples, and have extended legal rights and protections to such couples who dissolve their "domestic relationship." See 15A V.S.A. §§ 1-102, 1-112.

Thus, viewed in the light of history, logic, and experience, we conclude that none of the interests asserted by the State provides a reasonable and just basis for the continued exclusion of same-sex couples from the benefits incident to a civil marriage license under Vermont law. Accordingly, in the faith that a case beyond the imagining of the framers of our Constitution may, nevertheless, be safely anchored in the values that infused it, we find a constitutional obligation to extend to plaintiffs the common benefit, protection, and security that Vermont law provides opposite-sex married couples. It remains only to determine the appropriate means and scope of relief compelled by this constitutional mandate.

F. Remedy

It is important to state clearly the parameters of today's ruling. Although plaintiffs sought injunctive and declaratory relief designed to secure a marriage license, their claims and arguments here have focused primarily upon the consequences of official exclusion from the statutory benefits, protections, and security incident to marriage under Vermont law. While some future case may

attempt to establish that -- notwithstanding equal benefits and protections under Vermont law -- the denial of a marriage license operates per se to deny constitutionally-protected rights, that is not the claim we address today.

We hold only that plaintiffs are entitled under Chapter I, Article 7, of the Vermont Constitution to obtain the same benefits and protections afforded by Vermont law to married opposite-sex couples. We do not purport to infringe upon the prerogatives of the Legislature to craft an appropriate means of addressing this constitutional mandate, other than to note that the record here refers to a number of potentially constitutional statutory schemes from other jurisdictions. These include what are typically referred to as "domestic partnership" or "registered partnership" acts, which generally establish an alternative legal status to marriage for same-sex couples, impose similar formal requirements and limitations, create a parallel licensing or registration scheme, and extend all or most of the same rights and obligations provided by the law to married partners. See Report, Hawaii Commission on Sexual Orientation and the Law (Appendix D-1B) (1995) (recommending enactment of "Universal Comprehensive Domestic Partnership Act" to establish equivalent licensing and eligibility scheme and confer upon domestic partners "the same rights and obligations under the law that are conferred on spouses in a marriage relationship") (emphasis added); C. Christensen, *If Not Marriage? On Securing Gay and Lesbian Family Values by a "Simulacrum of Marriage"*, 66 *Fordham L. Rev.* 1699, 1734-45 (1998) (discussing various domestic and foreign domestic partnership acts); A. Friedman, *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, 35 *How. L. J.* 173, 217-220 n. 237 (reprinting Denmark's "Registered Partnership Act"); see generally, Note, *A More Perfect Union: A Legal and Social Analysis of Domestic Partnership Ordinances*, 92 *Colum. L. Rev.* 1164 (1992) (discussing local domestic partnership laws); M. Pedersen, *Denmark: Homosexual Marriage and New Rules Regarding Separation and Divorce*, 30 *J. Fam. L.* 289 (1992) (discussing amendments to Denmark's Registered Partnership Act); M. Roth, *The Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples*, 35 *J. Fam. L.* 467 (1997) (discussing Norway's Act on Registered Partnership for Homosexual Couples). We do not intend specifically to endorse any one or all of the referenced acts, particularly in view of the significant benefits omitted from several of the laws.

Further, while the State's prediction of "destabilization" cannot be a ground for denying relief, it is not altogether irrelevant. A sudden change in the marriage laws or the statutory benefits traditionally incidental to marriage may have disruptive and unforeseen consequences. Absent legislative guidelines defining the status and rights of same-sex couples, consistent with constitutional requirements, uncertainty and confusion could result. Therefore, we hold that the current statutory scheme shall remain in effect for a reasonable period of time to enable the Legislature to consider and enact implementing legislation in an orderly and expeditious fashion.^(FN15) See *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 628 (1965) (no constitutional rule impedes court's discretion to postpone operative date of ruling where exigencies require); *Smith v. State*, 473 P.2d 937, 950 (Idaho 1970) (staying operative effect of decision abrogating rule of sovereign immunity until adjournment of next legislative session); *Spanel v. Mounds View School Dist. No. 621*, 118 N.W.2d 795, 803-04 (Minn. 1962) (same). In the event that the benefits and protections in question are not statutorily granted, plaintiffs may petition this Court to order the remedy they originally sought.

Our colleague asserts that granting the relief requested by plaintiffs -- an injunction prohibiting defendants from withholding a marriage license -- is our "constitutional duty." Post, at 3. (Johnson, J., concurring in part and dissenting in part). We believe the argument is predicated upon a

fundamental misinterpretation of our opinion. It appears to assume that we hold plaintiffs are entitled to a marriage license. We do not. We hold that the State is constitutionally required to extend to same-sex couples the common benefits and protections that flow from marriage under Vermont law. That the State could do so through a marriage license is obvious. But it is not required to do so, and the mandate proposed by our colleague is inconsistent with the Court's holding.

The dissenting and concurring opinion also invokes the United States Supreme Court's desegregation decision in *Watson v. City of Memphis*, 373 U.S. 526 (1963), suggesting that the circumstances here are comparable, and demand a comparable judicial response. The analogy is flawed. We do not confront in this case the evil that was institutionalized racism, an evil that was widely recognized well before the Court's decision in *Watson* and its more famous predecessor, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Plaintiffs have not demonstrated that the exclusion of same-sex couples from the definition of marriage was intended to discriminate against women or lesbians and gay men, as racial segregation was designed to maintain the pernicious doctrine of white supremacy. See *Loving*, 388 U.S. at 11 (holding anti-miscegenation statutes violated Equal Protection Clause as invidious effort to maintain white supremacy). The concurring and dissenting opinion also overlooks the fact that the Supreme Court's urgency in *Watson* was impelled by the City's eight year delay in implementing its decision extending *Brown* to public recreational facilities, and "the significant fact that the governing constitutional principles no longer bear the imprint of newly enunciated doctrine." See *Watson*, 373 U.S. at 529; *Dawson v. Mayor and City Council of Baltimore*, 220 F.2d 386, *aff'd*, 350 U.S. 877 (1955). Unlike *Watson*, our decision declares decidedly new doctrine.

The concurring and dissenting opinion further claims that our mandate represents an "abdicat[ion]" of the constitutional duty to decide, and an inexplicable failure to implement "the most straightforward and effective remedy." *Post*, at 3, 10. Our colleague greatly underestimates what we decide today and greatly overestimates the simplicity and effectiveness of her proposed mandate. First, our opinion provides greater recognition of -- and protection for -- same sex relationships than has been recognized by any court of final jurisdiction in this country with the instructive exception of the Hawaii Supreme Court in *Baehr*, 825 P.2d 44. See Hawaii Const., art. I, § 23 (state constitutional amendment overturned same-sex marriage decision in *Baehr* by returning power to Legislature "to reserve marriage to opposite-sex couples"). Second, the dissent's suggestion that her mandate would avoid the "political caldron" (*post*, at 4) of public debate is -- even allowing for the welcome lack of political sophistication of the judiciary -- significantly insulated from reality. See Hawaii Const., art. I, § 23; see also Alaska Const., art. I, § 25 (state constitutional amendment reversed trial court decision in favor of same-sex marriage, *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, No. 3AN-95-6562 CI, 1998 WL 88743 (Alaska Super. Ct. Feb. 27, 1998), by providing that "a marriage may exist only between one man and one woman").

The concurring and dissenting opinion confuses decisiveness with wisdom and judicial authority with finality. Our mandate is predicated upon a fundamental respect for the ultimate source of constitutional authority, not a fear of decisiveness. No court was ever more decisive than the United States Supreme Court in *Dred Scott*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Nor more wrong. Ironically it was a Vermonter, Stephen Douglas, who in defending the decision said -- as the dissent in essence does here -- "I never heard before of an appeal being taken from the Supreme Court." See A. Bickel, *The Morality of Consent* 101 (1975). But it was a profound understanding of the law and the "unruliness of the human condition," *id.* at 11, that prompted Abraham Lincoln to respond that the Court does not issue Holy Writ. See *id.* at 101. Our colleague may be correct that a mandate

intended to provide the Legislature with the opportunity to implement the holding of this Court in an orderly and expeditious fashion will have precisely the opposite effect. Yet it cannot be doubted that judicial authority is not ultimate authority.

It is certainly not the only repository of wisdom.

When a democracy is in moral flux, courts may not have the best or the final answers. Judicial answers may be wrong. They may be counterproductive even if they are right. Courts do best by proceeding in a way that is catalytic rather than preclusive and that is closely attuned to the fact that courts are participants in the system of democratic deliberation. C. Sunstein, Foreword: Leaving Things Undecided, 110 Harv. L. Rev. 6, 101 (1996).

The implementation by the Vermont Legislature of a constitutional right expounded by this Court pursuant to the Vermont Constitution for the common benefit and protection of the Vermont community is not an abdication of judicial duty, it is the fulfillment of constitutional responsibility.

III. Conclusion

While many have noted the symbolic or spiritual significance of the marital relation, it is plaintiffs' claim to the secular benefits and protections of a singularly human relationship that, in our view, characterizes this case. The State's interest in extending official recognition and legal protection to the professed commitment of two individuals to a lasting relationship of mutual affection is predicated on the belief that legal support of a couple's commitment provides stability for the individuals, their family, and the broader community. Although plaintiffs' interest in seeking state recognition and protection of their mutual commitment may -- in view of divorce statistics -- represent "the triumph of hope over experience," the essential aspect of their claim is simply and fundamentally for inclusion in the family of State-sanctioned human relations.

The past provides many instances where the law refused to see a human being when it should have. See, e.g., *Dred Scott*, 60 U.S. at 407 (concluding that African slaves and their descendants had "no rights which the white man was bound to respect"). The future may provide instances where the law will be asked to see a human when it should not. See, e.g., G. Smith, *Judicial Decisionmaking in the Age of Biotechnology*, 13 *Notre Dame J. Ethics & Pub. Policy* 93, 114 (1999) (noting concerns that genetically engineering humans may threaten very nature of human individuality and identity). The challenge for future generations will be to define what is most essentially human. The extension of the Common Benefits Clause to acknowledge plaintiffs as Vermonters who seek nothing more, nor less, than legal protection and security for their avowed commitment to an intimate and lasting human relationship is simply, when all is said and done, a recognition of our common humanity.

The judgment of the superior court upholding the constitutionality of the Vermont marriage statutes under Chapter I, Article 7 of the Vermont Constitution is reversed. The effect of the Court's decision is suspended, and jurisdiction is retained in this Court, to permit the Legislature to consider and enact legislation consistent with the constitutional mandate described herein.

FOR THE COURT:

Footnotes

FN1. In their motions, each of the parties presented the trial court with extensive extra-pleading facts and materials, including legislative history, scientific data, and sociological and psychological studies. See V.R.C.P. 12(b) & (c) (motion treated as one for summary judgment where "matters outside the pleadings are presented to and not excluded by the court"); *Fitzgerald v. Congleton*, 155 Vt. 283, 293-94, 583 A.2 595, 601 (1990) (court effectively converted motion to dismiss into motion for summary judgment where it considered matters outside pleadings and parties had reasonable opportunity to submit extra-pleading materials). The parties have continued to rely on these materials on appeal. In addition, the Court has received numerous amicus curiae briefs, representing a broad array of interests, supportive of each of the parties.

FN2. Although plaintiffs raise a number of additional arguments based on both the United States and the Vermont Constitutions, our resolution of the Common Benefits claim obviates the necessity to address them.

FN3. Conventional equal protection analysis under the Fourteenth Amendment employs three "tiers" of judicial review based upon the nature of the right or the class affected. See generally, *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432, 440-41 (1985); 3 R. Rotunda & J. Nowak, *Treatise on Constitutional Law* § 18.3, at 216-10 (3d ed. 1999). The first step in that analysis is to categorize the class affected as more or less similar to race based upon certain judicially-developed criteria. See *Personnel Administrator of Mass. v. Feeney*, 442 U.S. 256, 272 (1979); see generally, J. Baer, *Equality Under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* 253-64 (1983); C. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 *Mich. L. Rev.* 2410, 2441-44 (1994). If a legislative classification implicates a "suspect" class, generally defined in terms of historical discrimination, political powerlessness, or immutable characteristics, the law is subject to strict scrutiny, and the state must demonstrate that it furthers a compelling governmental interest that could not be accomplished by less restrictive means. In addition to race (the original suspect class), alienage and national origin have also been recognized as suspect. See *Cleburne*, 473 U.S. at 440. The United States Supreme Court has created a "middle-tier" level of review for legislative classifications based on gender or illegitimacy; laws affecting these groups must be substantially related to a sufficiently important governmental interest to withstand constitutional scrutiny. See *id.* The balance of legislative enactments, including nearly all economic and commercial legislation, are presumptively constitutional and will be upheld if rationally related to any conceivable, legitimate governmental interest. See *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456, 466 (1981); see also *Cleburne*, 473 U.S. at 440. Thus, as one commentator has explained, rationality review may be "used to uphold laws justified even by hypothesized or ad hoc state interests." J. Wexler, *Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism*, 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 298, 300 (1998).

FN4. In this respect, *Ludlow* was consistent with an older line of Vermont decisions which, albeit in the Fourteenth Amendment context, routinely subjected laws involving economic classifications to a relatively straightforward reasonableness evaluation, explicitly balancing the rights of the affected class against the State's proffered rationale. See, e.g., *State v. Hoyt*, 71 Vt. 59, 64, 42 A.

973, 975 (1899) (peddler-licensing classifications must be "based on some reasonable ground, some difference that bears a just and proper relation to the attempted classification, and is not a mere arbitrary selection"); *State v. Cadigan*, 73 Vt. 245, 252, 50 A. 1079, 1081 (1901) (State must establish "reasonable basis" to support law distinguishing between business partnerships organized in Vermont and those formed in other states); *State v. Haskell*, 84 Vt. 429, 437, 75 A. 852, 856 (1911) (mill regulation must be "based upon some difference having a reasonable and just relation to the object sought"). These opinions are notable for their detailed examination of the context and purposes of the challenged legislation, the impact on the affected class, and the logical fit between the statutory classification and the public ends to be achieved.

FN5. Cass Sunstein, among others, has documented the United States Supreme Court's unacknowledged departures from the deferential rational-basis standard without defining a new kind of scrutiny. See C. Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 *Harv. L. Rev.* 6, 59-61 (1996). These cases include *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996) (holding Colorado statute that banned state or local laws forbidding sexual-orientation discrimination was not rationally related to legitimate governmental objective), *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*, 473 U.S. 432, 450 (1985) (applying rational basis review, Court invalidated zoning discrimination against mentally retarded as based on "irrational prejudice"), and *United States Dept. of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973) (invalidating regulation that excluded non-family members of household from food stamp program). In each of these decisions, the Court employed a highly contextual, fact-based analysis balancing private rights and public interests even while ostensibly applying minimal rational basis review. Conversely, in *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 237 (1995), the high court itself questioned the notion that strict scrutiny was inevitably "fatal in fact." See G. Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term -- Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a New Equal Protection*, 86 *Harv. L. Rev.* 1, 8 (1972) (observing that strict scrutiny is generally "'strict' in theory and fatal in fact"). Viewed together, these cases have prompted one commentator to suggest that "[t]he hard edges of the tripartite division have thus softened," and that the Court has moved "toward general balancing of relevant interests." Sunstein, *supra*, at 77.

FN6. The current version differs from the original only in that the gender-neutral terms "person" and "persons" have been substituted for "man" and "men." See *Vt. Const.*, Ch. II § 76. This revision was not intended to "alter the sense, meaning or effect of the" provision. *Id.*

FN7. There is little doubt as to the obligatory nature of the Common Benefits Clause, which provides that "government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security . . ." (Emphasis added). Indeed the State does not argue that it is merely hortatory or aspirational in effect, an argument that would not be persuasive in any event. See *Brigham*, 166 Vt. at 261-62, 692 A.2d at 393-94 (1997) (framers "drew no distinction between 'ought' and 'shall' in defining rights and duties").

FN8. The use of the word "family" in the Pennsylvania Common Benefits Clause reflects Pennsylvania's history, where elite "proprietors" including the Penns and other established families, had long dominated colonial politics, religion, and economic interests. The revolt against Great Britain presented an opportunity for western Pennsylvania farmers, urban gentry, and dissenting Presbyterians nursing "deep seated and long-felt grievances" to end Eastern domination of the colony, and establish a more democratic form of government. See *Selsam*, *supra*, at 1, 255-56.

FN9. This Court has noted that interpretations of similar constitutional provisions from other states may be instructive in understanding our own. See *Benning*, 161 Vt. at 476, 641 A.2d at 759.

"Common Benefits" decisions from other states, however, are scarce. Pennsylvania eliminated the Common Benefits Clause when it replaced its constitution in 1790, and Virginia courts have not explored in any depth the meaning of its clause. The New Hampshire Constitution of 1783 also included a common benefits section substantially similar to Vermont's. See N.H. Const., Pt. 1, art. 10. Although New Hampshire courts have not developed an independent Common Benefits jurisprudence, several early New Hampshire decisions noted the provision's significance. See *State v. Pennoyer*, 18 A.2d 878, 881 (1889) (relying on Common Benefits Clause to strike down physician-licensing statute that exempted physicians who had resided in one place for four years); *Rosenblum v. Griffin*, 197 A. 701, 706 (1938) (noting that under Common Benefits Clause, "[e]quality of benefit is no less required than equality of burden. Otherwise equal protection is denied"). Massachusetts included a variation on Vermont's Common Benefits Clause in its Constitution of 1780, as well as a separate "emoluments" provision. See Mass. Const., Pt. 1, arts. VI & VII (adopted 1780). Massachusetts has not relied on the Common Benefits provision as a separate source of equal protections rights. See *Town of Brookline v. Secretary of Com.*, 631 N.E.2d 968, 978 n.19 (Mass. 1994).

In the nineteenth century, a number of additional states adopted variations on the Common Benefits Clause. See, e.g., Conn. Const. of 1818, art. 1, § 2 ("[A]ll political power is inherent in the people, and all free governments are founded on their authority, and instituted for their benefit."); Ohio Const. of 1851, art. 1, § 2 ("All political power is inherent in the people. Government is instituted for their equal protection and benefit."); W. Va. Const. Const., art. III, § 3 (adopted 1872) ("Government is instituted for the common benefit, protection and security of the people, nation or community."). Even assuming that provisions enacted in the nineteenth century have some bearing on the meaning of a Revolutionary-era document, these sister-state constitutions provide little guidance. Ohio has held that the state clause is the "functional equivalent" of the Equal Protection Clause with similar standards. See *American Ass'n of Univ. Professors v. Central State Univ.*, 699 N.E.2d 463, 467 (Ohio 1998). The West Virginia Supreme Court, in contrast, has relied on the Common Benefits Clause to hold that the State constitution provides greater individual protection than the United States Constitution. See *United Mine Workers of Am. Inter. Union v. Parsons*, 305 S.E.2d 343, 353-54 (W. Va. 1983). Apart from noting the absence of an equivalent provision in the federal constitution, however, the West Virginia court has not engaged in any extensive textual or historical analysis.

A number of states during the Revolutionary and early National periods also adopted separate provisions, apparently modeled on the Pennsylvania and Virginia clauses, declaring that no men, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services. See, e.g., N.C. Const. of 1776, Decl. of Rights, § 3; Mass. Const., Pt. 1, art. VI; Conn. Const. of 1818, art. I, § 1; Miss. Const. of 1832, art. I, § 1; Ky. Const. of 1792, art. XII, §

1. These "emoluments and privileges" clauses have been extensively cited and applied, often in the context of taxpayer suits challenging public expenditures as unconstitutional "gifts" of public funds without consideration of public service, or suits challenging legislative acts granting special credits, payments, or exemptions to a specific class. see, e.g., *Commissioner of Pub. Works v. City of Middletown*, 731 A.2d 749, 757 (Conn. 1999) (challenge to tax exemption); *Driscoll v. City of New Haven*, 52 A. 618, 622 (Conn. 1902) (taxpayer suit to enjoin municipal grant of land to private company); *Kentucky Union R.R. Co. v. Bourbon County*, 2 S.W. 687, 690 (Ky. 1887) (taxpayer suit to enjoin subscription of bonds for railroad purposes); *Brumley v. Baxter*, 36 S.E.2d 281, 286 (N.C. 1945) (taxpayer suit to enjoin municipal grant of real property for use by military veterans);

see also *Gross v. Auditor of Accounts*, 109 Vt. 156, 159, 194 A. 465, 467 (1937) (Article 7 challenge to payment to sheriff's widow as "emolument" without consideration of public service). These cases generally turned on whether the challenged action promoted a public purpose or was made without some consideration of public service. They represent, in effect, the reverse of the Common Benefits Clause, prohibiting the grant of special privileges to a select class of persons over and above those granted to the general community, as the Common Benefits Clause requires the equal enjoyment of general benefits and protections by the whole community.

FN10. The concurring opinion would tie its analysis to the presumably "objective" test of suspect class. But suspect class analysis has never provided a stable mooring for constitutional application of Vermont's Common Benefits Clause. Although the concurrence identifies precedents of this Court holding that a more searching scrutiny is required when a statutory scheme involves suspect classes, we have never established the criteria for determining what constitutes a suspect class under the Vermont Constitution nor have we ever identified a suspect class under Article 7. Moreover, the concurrence applies strict scrutiny predicated on a finding that lesbians and gay men are a suspect class, although the overwhelming majority of decisions have rejected such claims. See *Ben-Shalom v. Marsh*, 881 F.2d 454, 464-66 (7th Cir. 1989), cert. denied, 494 U.S. 1004 (1990); *Equality Found'n of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, 128 F.3d 289, 292-93 (6th Cir. 1997); *Thomasson v. Perry*, 80 F.3d 915, 927 (4th Cir.), cert. denied, 519 U.S. 948 (1996); *Richenberg v. Perry*, 97 F.3d 256, 260-61 (8th Cir. 1996), cert. denied, 522 U.S. 807 (1997); *High Tech Gays v. Defense Indus. Sec. Clearance Office*, 895 F.2d 563, 571-72 (9th Cir. 1990); *Woodward v. United States*, 871 F.2d 1068, 1076 (Fed. Cir. 1989), cert. denied, 494 U.S. 1002 (1990); *Padula v. Webster*, 822 F.2d 97, 103 (D.C. Cir. 1987); *Baker v. Wade*, 769 F.2d 289, 292 (5th Cir. 1985) (en banc), cert. denied, 478 U.S. 1035 (1986); *National Gay Task Force v. Board of Educ.*, 729 F.2d 1270, 1273 (10th Cir. 1984), aff'd 470 U.S. 903 (1985); *Opinion of the Justices*, 530 A.2d 21, 24 (N.H. 1987).

The Court -- no less than the concurrence -- seeks a rationale faithful to our Constitution and careful in the exercise of this Court's limited powers. The concurrence suggests that the Oregon Supreme Court's decision in *Hewitt v. State Accident Ins. Fund Corp.*, 653 P.2d 970, 977-78 (Or. 1982) should be relied upon to supply the missing Vermont jurisprudence of suspect class criteria. Yet, the Oregon Court of Appeals found it necessary to abandon the immutable personal-characteristic criterion of *Hewitt* in order to find that homosexuals were a suspect class entitled to heightened scrutiny. See *Tanner v. Oregon Health Sciences Univ.*, 971 P.2d 435, 446 (Or. Ct. App. 1998). The "adverse stereotyping" analysis used in its place, see *id.*, may provide one intermediate appellate court's answer to the question of whether homosexuals are a suspect class, but it is far from an "exacting standard" by which to measure the prudence of a court's exercise of its powers. It is difficult to imagine a legal framework that could provide less predictability in the outcome of future cases than one which gives a court free reign to decide which groups have been the subject of "adverse social or political stereotyping." *Id.* The artificiality of suspect-class labeling should be avoided where, as here, the plaintiffs are afforded the common benefits and protections of Article 7, not because they are part of a "suspect class," but because they are part of the Vermont community.

FN11. The concurring and concurring and dissenting opinions are mistaken in suggesting that this standard places identical burdens upon the State regardless of the nature of the rights affected. As explained above, the significance of the benefits and protections at issue may well affect the justifications required of the State to support a statutory classification. This is plainly demonstrated in the discussion of marriage benefits and protections which follows. Nor is there any merit to the

assertion that this standard invites a more "activist" review of economic and social welfare legislation. See post, at 15 (Dooley, J., concurring). Characterizing a case as affecting "economic" interests, "civil rights," "fundamental" rights, or "suspect classes" -- as our colleagues apparently prefer -- is no less an exercise in judgment. Indeed, it may disguise the court's value judgments with a label, rather than explain its reasoning in terms that the public and the litigants are entitled to understand. "It is a comparison of the relative strengths of opposing claims that informs the judicial task, not a deduction from some first premise." *Glucksberg*, 521 U.S. at 764 (Souter, J., concurring). That is a task we trust will continue to be undertaken in a legal climate that recognizes that "constitutional review, not judicial lawmaking, is a court's business here." *Id.* at 768.

FN12. Justice Harlan has described the process of constitutional interpretation as follows:

If the supplying of content to this Constitutional concept has of necessity been a rational process, it certainly has not been one where judges have felt free to roam where unguided speculation might take them. The balance of which I speak is the balance struck by this country, having regard to what history teaches are the traditions from which it developed as well as the traditions from which it broke. That tradition is a living thing. A decision of this Court which radically departs from it could not long survive, while a decision which builds on what has survived is likely to be sound. No formula could serve as a substitute, in this area, for judgment and restraint. *Poe*, 367 U.S. at 542 (Harlan, J. dissenting).

FN13. Relying largely on federal precedents, our colleague in her concurring and dissenting opinion suggests that the statutory exclusion of same-sex couples from the benefits and protections of marriage should be subject to heightened scrutiny as a "suspect" or "quasi-suspect" classification based on sex. All of the seminal sex-discrimination decisions, however, have invalidated statutes that single-out men or women as a discrete class for unequal treatment. See, e.g., *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 555-56 (1996) (repudiating statute that precluded women from attending Virginia Military Institute); *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 731 (1982) (invalidating admission policy that excluded males from attending state-supported nursing school); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 204 (1976) (invalidating statute that allowed women to purchase non-intoxicating beer at younger age than men); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 690 (1973) (striking statute that imposed more onerous requirements upon female members of armed services to claim spouses as dependents).

Although this Court has not addressed the issue, see *State v. George*, 157 Vt. 580, 588, 602 A.2d 953, 957 (1991), we do not doubt that a statute that discriminated on the basis of sex would bear a heavy burden under the Article 7 analysis set forth above. The difficulty here is that the marriage laws are facially neutral; they do not single-out men or women as a class for disparate treatment, but rather prohibit men and women equally from marrying a person of the same sex. As we observed in *George*, 157 Vt. at 585, 602 A.2d at 956, "[i]n order to trigger equal protection analysis at all . . . a defendant must show that he was treated differently as a member of one class from treatment of members of another class similarly situated." (Emphasis added). Here, there is no discrete class subject to differential treatment solely on the basis of sex; each sex is equally prohibited from precisely the same conduct.

Indeed, most appellate courts that have addressed the issue have rejected the claim that defining marriage as the union of one man and one woman discriminates on the basis of sex. See, e.g. *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185, 186-87 (Minn. 1971); *Singer v. Hara*, 522 P.2d 1187, 1191-92 (Wash. Ct. App. 1974); see also *Phillips v. Wisconsin Personnel Comm'n*, 482 N.W.2d 121, 129 (Wis. Ct. App. 1992) (holding that health insurance regulation limiting state employee's dependent coverage

to spouse did not constitute sex discrimination because coverage was "unavailable to unmarried companions of both male and female employees"); *State v. Walsh*, 713 S.W.2d 508, 510 (Mo. 1986) (rejecting claim that sodomy statute imposed sex-based classification because it "applie[d] equally to men and women [in] prohibit[ing] both classes from engaging in sexual activity with members of their own sex"). But see *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 64 (Haw. 1993) (plurality opinion holding that state's marriage laws discriminated on basis of sex).

Although the concurring and dissenting opinion invokes the United States Supreme Court decision in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), the reliance is misplaced. There the high court had little difficulty in looking behind the superficial neutrality of Virginia's anti-miscegenation statute to hold that its real purpose was to maintain the pernicious doctrine of white supremacy. *Id.* at 11. Our colleague argues, by analogy, that the effect, if not the purpose, of the exclusion of same-sex partners from the marriage laws is to maintain certain male and female stereotypes to the detriment of both. To support the claim, she cites a number of antiquated statutes that denied married women a variety of freedoms, including the right to enter into contracts and hold property.

The test to evaluate whether a facially gender-neutral statute discriminates on the basis of sex is whether the law "can be traced to a discriminatory purpose." *Personnel Administrator v. Feeney*, 442 U.S. 256, 272 (1979). The evidence does not demonstrate such a purpose. It is one thing to show that long-repealed marriage statutes subordinated women to men within the marital relation. It is quite another to demonstrate that the authors of the marriage laws excluded same-sex couples because of incorrect and discriminatory assumptions about gender roles or anxiety about gender-role confusion. That evidence is not before us. Accordingly, we are not persuaded that sex discrimination offers a useful analytic framework for determining plaintiffs' rights under the Common Benefits Clause.

VAN DYCK v. VAN DYCK

No. S92A1279

Supreme Court of Georgia

262 Ga. 720; 425 S.E.2d 853; 1993 Ga. LEXIS 198; 93 Fulton

County DR P405

February 8, 1993, Decided

PRIOR HISTORY: [***1]

Granted interlocutory application. DeKalb Superior Court. Before Judge Hunter. DATE OF JUDGMENT APPEALED: 05-04-92. NOTICE OF APPEAL DATE: 06-18-92. LOWER CT#:91119048

DISPOSITION: Judgment reversed.

COUNSEL: Frankel, Hardwick, Tanenbaum & Fink, Martha J. Kuckleburg, for appellant.

Winburn, Lewis & Barrow, Gene Mac Winburn, John J. Barrow, Albert M. Pearson III, for appellee.

JUDGES: Hunt, Presiding Justice. Clarke, C. J., Benham, Fletcher, Sears-Collins, Hunstein, JJ., and Judge Dewey Smith concur.

OPINIONBY: HUNT

OPINION: [*720] [**854] We granted this application for interlocutory appeal to determine [*721] whether OCGA § 19-6-19 (b) (the "live-in lover" statute) permits the modification of alimony when a former spouse is living in a meretricious relationship with a person of the same sex. We find the plain language of the statute does not permit modification in these circumstances. Accordingly, we reverse the trial court's denial of the former wife's motion to dismiss the former husband's complaint for modification.

In his complaint, the former husband sought termination, under OCGA § 19-6-19 (b), of his alimony obligation, alleging only that the former wife [***2] was involved in a homosexual meretricious relationship. The trial court denied the wife's motion to dismiss the complaint for failure to state a claim. The trial court, relying on legislative goals and intent, concluded that OCGA § 19-6-19 (b) permits modification where an alimony recipient is sharing living quarters and, therefore, expenses, with another person of either sex. The trial court concluded, as well, that any other construction of the statute would render it unconstitutional as a violation of the Equal Protection Clause of the United States Constitution.

OCGA § 19-6-19 (b) provides, in pertinent part:

Subsequent to a final judgment of divorce awarding periodic payment of alimony for the support of a spouse, the voluntary cohabitation of such former spouse with a third party in a meretricious relationship shall also be grounds to modify provisions made for periodic payments of permanent

alimony for the support of the former spouse. As used in this subsection, the word "cohabitation" means dwelling together continuously and openly in a meretricious relationship with a person of the opposite sex. (Emphasis supplied.)

Thus, the plain language of [***3] the statute does not apply where the former spouse is involved in a homosexual relationship.

"It is, of course, fundamental that "the cardinal rule to guide the construction of laws is, first, to ascertain the legislative intent and purpose in enacting the law, and then to give it that construction which will effectuate the legislative intent and purpose." [Cits.]" Although "the legislative intent prevails over the literal import of words" [cit.] "where a constitutional provision or statute is plain and susceptible of but one natural and reasonable construction, the court has no authority to place a different construction upon it, but must construe it according to its terms. [Cits.]" [Cit.] "In other words the language being plain, and not leading to absurd or wholly impracticable consequences, it is the sole evidence [*722] of the ultimate legislative intent." [Cits.]

Hollowell v. Jove, 247 Ga. 678, 681 (279 S.E.2d 430) (1981). In light of the clear and unambiguous language of the statute, which allows modification on a finding of a meretricious relationship between the alimony recipient and "a person of the opposite sex," the trial court was [***4] not authorized to construe the language of the statute otherwise. If, in fact, the legislature intended the statute to allow modification on [**855] the finding of the alimony recipient's cohabitation with a person of either sex, but see *Sims v. Sims*, 245 Ga. 680 (266 S.E.2d 493) (1980), it is the duty of the legislature, rather than the courts, to amend the statute.

Nor does the statute, construed as required by its plain language, violate the Fourteenth Amendment of the United States Constitution, under the U. S. Supreme Court's holding in *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (99 S. Ct. 1102, 59 L. Ed. 2d 306) (1979). Following the Supreme Court's ruling in that case, and our holding in *Sims v. Sims*, 243 Ga. 275 (253 S.E.2d 762) (1979), the legislature amended the former "live-in lover" statute -- which allowed modification based only on a former wife's cohabitation with a man -- to its present form, allowing modification of alimony payments to either former spouse, where the former spouse is cohabiting in a meretricious relationship with a person of the opposite sex. Ga. L. 1979, pp. 466, 483, § 23. Thus, the statute applies equally to former spouse/alimony recipients [***5] of either sex, and is not unconstitutional under *Orr v. Orr*, *supra*.

Judgment reversed.

CONCURBY: SEARS-COLLINS

CONCUR: Sears-Collins, Justice, concurring.

Alimony is based on an ex-spouse's need, and if in reality that need decreases, alimony probably should be reduced or even terminated. Logically, it should make no difference whether the ex-spouse has remarried, is living in a meretricious relationship with a person of the opposite sex or is living with a gay partner. In a perfect world it ought to be the financial reality that counts.

But this is not yet a perfect world. While the relationships of married couples are clearly defined by law, lesbian and gay couples in America today cannot legally marry, no matter how deep their love and how firm their commitment. Thus, unlike those couples of the opposite sex who live together but are not married, they are forever denied the numerous legal rights that come with marriage. These rights include the right to: a) file joint income tax returns; b) create a marital life estate trust;

c) claim estate tax marital deductions; d) claim family partnership tax income; e) recover damages based on injury to a partner; f) receive survivor's [***6] benefits; g) enter hospitals, jails and other places restricted to "immediate family"; h) live in neighborhoods [*723] zoned "family only"; i) obtain "family" health insurance, dental insurance, bereavement leave and other employment benefits; j) collect unemployment benefits if they quit their job to move with their partner to a new location because he or she has obtained a new job; k) get residency status for a noncitizen partner to avoid deportation; l) automatically make medical decisions in the event a partner is injured or incapacitated; m) and automatically inherit a partner's property in the event he or she dies without a will. Many of the other legal consequences of gay "coupling" are not so immediately apparent, but surface only at times of stress -- misunderstandings, separation and death. n1

n1 H. Curry and D. Clifford, A Legal Guide for Lesbian and Gay Couples 1:2 (1991).

In view of the foregoing, it is clear that the law does not encourage permanent gay "coupling" arrangements by providing [***7] them either the same acceptance and support or the same governmental, legal or social service benefits or the many tax and other economic benefits accorded married couples.

It would not be fair to expand OCGA § 19-6-19 through judicial interpretation so as to saddle gay and lesbian couples with a penalty accorded unwed heterosexual couples who live together who have the choice of taking advantage of the benefits of marriage without according homosexual couples who live together the benefits of a relationship that for them can never happen under the law. To do so would only appear to be fair. In truth and in practice, however, it would not be fair at all.

Supreme Court of Minnesota

Richard John Baker and Another v. Gerald R. Nelson

291 Minn. 310; 191 N.W.2d 185; 1971 Minn. LEXIS 1032

October 15, 1971

PRIOR HISTORY:

[***1]

Mandamus in the Hennepin County District Court to compel the clerk of said court to issue a marriage license to petitioners, Richard John Baker and James Michael McConnell. The court, Tom Bergin, Judge, ordered the alternative writ quashed and ordered said clerk not to issue the license, and petitioners appealed from said orders.

DISPOSITION:

Affirmed.

HEADNOTES:

Marriage -- statute prohibiting same-sex marriage -- constitutionality.

Minn. St. c. 517, which prohibits the marriage of persons of the same sex, does not offend the First, Eighth, Ninth, or Fourteenth Amendments to the United States Constitution.

COUNSEL:

R. Michael Wetherbee, for appellants.

George M. Scott, County Attorney, and *David E. Mikkelson* Assistant County Attorney, for respondent.

JUDGES:

En Banc. Peterson, Justice.

OPINIONBY:

PETERSON

OPINION:

[*311] [**185] The questions for decision are whether a marriage of two persons of the same sex is authorized by state statutes and, if not, whether state authorization is constitutionally compelled.

Petitioners, Richard John Baker and James Michael McConnell, both adult male persons, made application to respondent, Gerald R. Nelson, clerk of Hennepin County [***2] District Court, for a marriage license, pursuant to Minn. St. 517.08. Respondent declined to issue the license on the sole ground that petitioners were of the same sex, it being undisputed that there were otherwise no statutory impediments to a heterosexual marriage by either petitioner.

The trial court, quashing an alternative writ of mandamus, ruled that respondent was not required to issue a marriage license to petitioners and specifically directed that a marriage license not be issued to them. This appeal is from those orders. We affirm.

1. Petitioners contend, first, that the absence of an express statutory prohibition against same-sex marriages evinces a legislative intent to authorize such marriages. We think, however, that a sensible reading of the statute discloses a contrary intent.

Minn. St. c. 517, which governs "marriage," employs that term as one of common [**186] usage, meaning the state of union between persons of the opposite sex. n1 It is unrealistic to think that the original draftsmen of our marriage statutes, which date from territorial days, would have used the term in any different sense. The term is of contemporary significance as well, for the [***3] present statute is replete with words of heterosexual import such [*312] as "husband and wife" and "bride and groom" (the latter words inserted by L. 1969, c. 1145, § 3, subd. 3).

-----Footnotes-----

n1 Webster's Third New International Dictionary (1966) p. 1384 gives this primary meaning to marriage: "1 a: the state of being united to a person of the opposite sex as husband or wife."

Black, Law Dictionary (4 ed.) p. 1123 states this definition: "Marriage * * * is the civil status, condition, or relation of one man and one woman united in law for life, for the discharge to each other and the community of the duties legally incumbent on those whose association is founded on the distinction of sex."

-----End Footnotes-----

We hold, therefore, that Minn. St. c. 517 does not authorize marriage between persons of the same sex and that such marriages are accordingly prohibited.

2. Petitioners contend, second, that Minn. St. c. 517, so interpreted, is unconstitutional. There is a dual aspect to this contention: The prohibition of a same-sex marriage [***4] denies petitioners a fundamental right guaranteed by the Ninth Amendment to the United States Constitution, arguably made applicable to the states by the Fourteenth Amendment, and petitioners are deprived of liberty and property without due process and are denied the equal protection of the laws, both guaranteed by the Fourteenth Amendment. n2

-----Footnotes-----

n2 We dismiss without discussion petitioners' additional contentions that the statute contravenes the First Amendment and Eighth Amendment of the United States Constitution.

-----End Footnotes-----

These constitutional challenges have in common the assertion that the right to marry without regard to the sex of the parties is a fundamental right of all persons and that restricting marriage to only couples of the opposite sex is irrational and invidiously discriminatory. We are not independently persuaded by these contentions and do not find support for them in any decisions of the United States Supreme Court.

The institution of marriage as a union of man and woman, uniquely involving the procreation [***5] and rearing of children within a family, is as old as the book of Genesis. *Skinner v.*

Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535, 541, 62 S. Ct. 1110, 1113, 86 L. ed. 1655, 1660 (1942), which invalidated Oklahoma's Habitual Criminal Sterilization Act on equal protection grounds, stated in part: "Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race." This historic institution manifestly is more deeply founded than the asserted contemporary concept of marriage and societal interests for which petitioners contend. The due process clause of the Fourteenth [*313] Amendment is not a charter for restructuring it by judicial legislation.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. ed. 2d 510 (1965), upon which petitioners rely, does not support a contrary conclusion. A Connecticut criminal statute prohibiting the use of contraceptives by married couples was held invalid, as violating the due process clause of the Fourteenth Amendment. The basic premise of that decision, however, was that the state, having authorized marriage, was without power to intrude upon the right of privacy inherent in the marital relationship. Mr. Justice [***6] Douglas, author of the majority opinion, wrote that this criminal statute "operates directly on an intimate relation of husband and wife," 381 U.S. 482, 85 S. Ct. 1680, 14 L. ed. 2d 513, and that the very idea of its enforcement by police search of "the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives * * * is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship," 381 U.S. 485, 85 S. Ct. [**187] 1682, 14 L. ed. 2d 516. In a separate opinion for three justices, Mr. Justice Goldberg similarly abhorred this state disruption of "the traditional relation of the family -- a relation as old and as fundamental as our entire civilization." 381 U.S. 496, 85 S. Ct. 1688, 14 L. ed. 2d 522. n3

-----Footnotes-----

n3 The difference between the majority opinion of Mr. Justice Douglas and the concurring opinion of Mr. Justice Goldberg was that the latter wrote extensively concerning this right of marital privacy as one preserved to the individual by the Ninth Amendment. He stopped short, however, of an implication that the Ninth Amendment was made applicable against the states by the Fourteenth Amendment.

-----End Footnotes----- [***7]

The equal protection clause of the Fourteenth Amendment, like the due process clause, is not offended by the state's classification of persons authorized to marry. There is no irrational or invidious discrimination. Petitioners note that the state does not impose upon heterosexual married couples a condition that they have a proved capacity or declared willingness to procreate, posing a rhetorical demand that this court must read such condition into the statute if same-sex marriages are to be prohibited. [*314] Even assuming that such a condition would be neither unrealistic nor offensive under the *Griswold* rationale, the classification is no more than theoretically imperfect. We are reminded, however, that "abstract symmetry" is not demanded by the Fourteenth Amendment. n4

-----Footnotes-----

n4 See, *Patson v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138, 144, 34 S. Ct. 281, 282, 58 L. ed. 539, 543 (1914). As stated in *Tigner v. Texas*, 310 U.S. 141, 147, 60 S. Ct. 879, 882, 84 L. ed. 1124, 1128, 130 A.L.R. 1321, 1324 (1940), and reiterated in *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 540, 62 S. Ct. 1110, 1113, 86 L. ed. 1655, 1659, "[t]he Constitution does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same."

-----End Footnotes----- [***8]

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817, 18 L. ed. 2d 1010 (1967), upon which petitioners additionally rely, does not militate against this conclusion. Virginia's antimiscegenation statute, prohibiting interracial marriages, was invalidated solely on the grounds of its patent racial discrimination. As Mr. Chief Justice Warren wrote for the court (388 U.S. 12, 87 S. Ct. 1824, 18 L. ed. 2d 1018):

"Marriage is one of the 'basic civil rights of man,' fundamental to our very existence and survival. *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942). See also *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888). To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations." n5 [*315] *Loving* does indicate that not all state restrictions upon the right to marry are beyond reach of the Fourteenth Amendment. But in commonsense [***9] and in a constitutional sense, there is a clear distinction between a marital restriction based merely upon race and one based upon the fundamental difference in sex.

-----Footnotes-----

n5 See, also, *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 85 S. Ct. 283, 13 L. ed. 2d 222 (1964), in which the United States Supreme Court, for precisely the same reason of classification based only upon race, struck down a Florida criminal statute which proscribed and punished habitual cohabitation only if one of an unmarried couple was white and the other black.

-----End Footnotes-----

We hold, therefore, that Minn. St. c. 517 does not offend the First, Eighth, Ninth, or Fourteenth Amendments to the United States Constitution.

Affirmed.

Marjorie JONES et al., Appellants, v. James HALLAHAN, Clerk
of the Jefferson County Court, Appellee

[NO NUMBER IN ORIGINAL]

Court of Appeals of Kentucky

501 S.W.2d 588; 1973 Ky. LEXIS 139; 63 A.L.R.3d 1195

November 9, 1973

CORE TERMS: marriage, license, woman, sex, wedlock, clerk, authorize, issuance, married, female, marry

COUNSEL: [**1]

David Kaplan, Stuart L. Lyon, Louisville, for appellants.

J. Bruce Miller, Louisville, for appellee.

JUDGES: Vance, Commissioner.

OPINIONBY: VANCE

OPINION: [*589] The appellants, each of whom is a female person, seek review of a judgment of the Jefferson Circuit Court which held that they were not entitled to have issued to them a license to marry each other.

Appellants contend that the failure of the clerk to issue the license deprived them of three basic constitutional rights, namely, the right to marry; the right of association; and the right to free exercise of religion. They also contend that the refusal subjects them to cruel and unusual punishment.

The sections of Kentucky statutes relating to marriage do not include a definition of that term. It must therefore be defined according to common usage.

Webster's New International Dictionary, Second Edition, defines marriage as follows:

"A state of being married, or being united to a person or persons of the opposite sex as husband or wife; also, the mutual relation of husband and wife; wedlock; abstractly, the institution whereby men and women are joined in a special kind of social and legal dependence, for the purpose [**2] of founding and maintaining a family."

The Century Dictionary and Encyclopedia defines marriage as:

"The legal union of a man with a woman for life; the state or condition of being married; the legal relation of spouses to each other; wedlock; the formal declaration or contract by which a man and a

woman join in wedlock."

Black's Law Dictionary, Fourth Edition, defines marriage as:

"The civil status, condition or relation of one man and one woman united in law for life, for the discharge to each other and the community of the duties legally incumbent upon those whose association is founded on the distinction of sex."

Kentucky statutes do not specifically prohibit marriage between persons of the same sex n1 nor do they authorize the issuance of a marriage license to such persons.

n1 KRS 402.020(5) and KRS 402.210 do contain references to the male and female of the species.

Marriage was a custom long before the state commenced to issue licenses for that purpose. For a time the records [**3] of marriage were kept by the church. Some states even now recognize a common-law marriage which has neither the benefit of license nor clergy. In all cases, however, marriage has always been considered as the union of a man and a woman and we have been presented with no authority to the contrary.

It appears to us that appellants are prevented from marrying, not by the statutes of Kentucky or the refusal of the County Court Clerk of Jefferson County to issue them a license, but rather by their own incapability of entering into a marriage as that term is defined.

A license to enter into a status or a relationship which the parties are incapable of achieving is a nullity. If the appellants had concealed from the clerk the fact that they were of the same sex and he had issued a license to them and a ceremony had been performed, the resulting relationship would not constitute a marriage.

This is a case of first impression in Kentucky. To our knowledge, only two other states have considered the question and both of them have reached the same result that we reach in this opinion. *Baker [*590] v. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971), appeal dismissed for want of a substantial [**4] federal question, 409 U.S. 810, 93 S. Ct. 37, 34 L. Ed. 2d 65; *Anonymous v. Anonymous*, 67 Misc.2d 982, 325 N.Y.S.2d 499.

Baker v. Nelson considered many of the constitutional issues raised by the appellants here and decided them adversely to appellants. In our view, however, no constitutional issue is involved. We find no constitutional sanction or protection of the right of marriage between persons of the same sex.

The claim of religious freedom cannot be extended to make the professed doctrines superior to the law of the land and in effect to permit every citizen to become a law unto himself. *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 25 L. Ed. 244. We do not consider the refusal to issue the license a punishment.

In substance, the relationship proposed by the appellants does not authorize the issuance of a marriage license because what they propose is not a marriage.

The judgment is affirmed.

All concur.

IN RE THE ADOPTION OF: JAMES A. SWANSON, an adult.

No. 484, 1992

SUPREME COURT OF DELAWARE

623 A.2d 1095; 1993 Del. LEXIS 201

April 27, 1993, Decided

SUBSEQUENT HISTORY: [**1] Mandate Issued May 17, 1993. Released for Publication May 13, 1993.

PRIOR HISTORY: Court Below: Family Court of the State of Delaware in and for Sussex County. Petition No. 91-09-02-A

DISPOSITION: REVERSED.

CORE TERMS: adult, parent-child, inheritance, adoptee, motive, statutory construction, adoption process, pre-existing, public policy, unmarried, sexual relationship, reasonable to infer, legislative policy, adoption statute, adult woman, formalization, unambiguous, nonrelated, conformity, emotional, apartment, ascertain, patently, omission, confer, sexual, incest, decree, wisdom, woman

COUNSEL: Robert E. Schlusser, Esquire, (argued), Joanna Reiver, Esquire, Charles J. Veith, Esquire, Schlusser, Reiver, Hughes & Sisk, Wilmington, Attorneys for Appellant.

Brenda L. Sammons, Esquire, (argued), Lisa M. Fitzgerald, Esquire, Peter S. Feliceangeli, Esquire, Department of Justice, Wilmington, Attorneys for the State.

JUDGES: Before MOORE, WALSH and HOLLAND, Justices.

OPINIONBY: MOORE

OPINION:

[*1095] MOORE, Justice.

Richard Sorrels appeals the denial of his petition in the Family Court to adopt James A. Swanson, n1 a consenting adult. n2 We confront an issue of first impression: Is a pre-existing parent-child relationship required under our adult adoption statutes, 13 Del. C. §§ 951-56, in order for one adult to adopt another? Although the statutes do not contain that requirement, the Family Court implied such a condition in our law, and denied the adoption petition. Based on principles of statutory construction, and in the absence of any countervailing public policy, [**2] we conclude that it was an error of law to have appended the foregoing condition [*1096] to an adult adoption. Accordingly, we reverse.

n1 Pseudonyms have been used for both parties to this adoption proceeding.

n2 Although not required by Delaware law, Mr. Swanson's natural father also consented to the adoption.

I

When Richard Sorrels sought to adopt James Swanson, his companion of 17 years, they were, respectively, 66 and 51 years of age. The adoption had two purposes -- to formalize the close emotional relationship that had existed between them for many years and to facilitate their estate planning. Apparently, they sought to prevent collateral claims on their respective estates from remote family members, and to obtain the reduced inheritance tax rate which natural and adopted children enjoy under Delaware law. Admittedly, there was no pre-existing parent-child relationship between them, and on that basis the Family Court denied the petition.

II

Adult adoptions in Delaware are governed by our Domestic Relations [**3] Law, 13 Del. C. §§ 951 through 956. Section 943 provides that "if the petition complies with the requirements of §§ 951 and 952 of this title, and if the person or persons to be adopted appear in court and consent to the adoption, the Family Court may render a decree ordering the issuance of a certificate of adoption to the petitioner." n3 13 Del. C. § 953 (emphasis added). Although the statute mentions no other requirements beyond those listed in Sections 951-952, the Family Court sua sponte concluded that approval of an adult adoption was contingent upon a pre-existing family relationship:

Indisputably, the legislature, by providing for adoption of minors, intended to allow for the creation and formalization of parent-child relationships between nonrelated adults and children. It is reasonable to infer that the legislature, by providing for adult adoptions, sought to extend this principle to those situations where no adoption occurred before the age of majority or where the parent-child relationship developed during adulthood. It is reasonable to infer that the legislature, by providing for adult adoptions, intended to allow for the formalization of the parent-child [**4] relationship where there is an existing parent-child relationship between nonrelated individuals It is simply illogical that the legislature enacted the adult adoption statute to make familial inheritance rights available to all. Furthermore, it is unlikely that the legislature intended to extend adoption to all other kinds of relationships, including friendships and sexual relationships. Petitioner's interpretation of the statute would lead to these results.

In re the Adoption of [James A. Swanson], Del. Fam. Ct., No. 91-09-02-A, Robinson, J., slip op. at 5 (October 5, 1992). Thus, the Family Court implied a new requirement into the adult adoption process. As a result, we are faced with a simple question of statutory construction - did the Family Court err as a matter of law in formulating or applying legal principles when it interpreted Section 953 to require a preexisting parent-child relationship? *Hercules, Inc. v. Leu Trust and Banking, Del. Supr., 611 A.2d 476, 480 (1992)*.

- n3 13 Del. C. § 951 provides that:

Any person, or any husband and wife jointly, desiring to adopt any person or persons upwards of 18 years of age, shall file a petition in the Family Court of the county in which the petitioner or the person to be adopted resides.

13 Del. C. § 952 describes the contents of the petition:

The petition shall state the name, sex and date of birth of the person or persons whose adoption is sought and that the petitioner or petitioners desire to adopt such person or persons. The petition shall be signed by the petitioner or petitioners.

[**5]

We begin with the basic rule of statutory construction that requires a court to ascertain and give effect to the intent of the legislature. *Coastal Barge Corp. v. Coastal Zone Indus. Control Bd.*, Del. Supr., 492 A.2d 1242, 1246 (1985). If the statute as a whole is unambiguous and there is no reasonable doubt as to the meaning of the words used, the court's role [*1097] is limited to an application of the literal meaning of those words. *Id.* at 1244. However, where, as here, the Court is faced with a novel question of statutory construction, it must seek to ascertain and give effect to the intention of the General Assembly as expressed by the statute itself. *Kofron v. Amoco Chemicals Corp.*, Del. Supr., 441 A.2d 226, 230 (1982); *Giuricich v. Emtrol Corp.*, Del. Supr., 449 A.2d 232, 238 (1982).

There is no reference in Section 953 to any condition of a pre-existing parent-child relationship. Instead, the statute only compels a person seeking an adult adoption to sign and file a petition containing certain basic personal data. 13 Del. C. § 952. If, after having done [**6] so, the adoptee appears in court and consents to the adoption, the Family Court may grant the petition for adoption. 13 Del. C. § 953. n4

n4 Although the use of the verb "shall" in legislation generally connotes a mandatory requirement, while the verb "may" is deemed permissive, we have cautioned that use of this test is contextual, and thus, mere use of the term "may" does not control legislative intent where, as here, the full setting of the statute suggests a different construction. *Miller v. Spicer*, Del. Supr., 602 A.2d 65, 67 (1991).

When statutory language is clear, unambiguous, and consistent with other provisions of the same legislation, the court must give effect to its intent. *Seth v. State*, Del. Supr., 592 A.2d 436, 440 (1991). Moreover, 13 Del. C. § 953, the relevant adult adoption statute, has existed in equivalent form since 1915, without any material change by the General Assembly. That is indicative of legislative satisfaction with [**7] the provisions of the statute. *Watson v. Burgan*, Del. Supr., 610 A.2d 1364, 1368 (1992).

Regardless of one's views as to the wisdom of the statute, our role as judges is limited to applying the statute objectively and not revising it. *In re Panoussieris' Will*, Del. Orph., 52 Del. 21, 151 A.2d 518, 523 (1959). A court may not engraft upon a statute language which has been clearly excluded therefrom. *Giuricich*, 449 A.2d at 238. Thus, where, as here, provisions are expressly included in one part of a statute, but omitted from another, it is reasonable to conclude that the legislature was aware of the omission and intended it. *Id.* As a result, the omission from the adult adoption procedure for investigation and supervision of prospective placements, found in the requirements for adopting minors, persuades us that it was not the result of an accident. If anything, it is the best evidence of a legislative policy against imposing unnecessary conditions upon the adult adoption process.

III

Many jurisdictions limit inquiry into the motives or purposes of an adult adoption. However, most recognize that [**8] adult adoptions for the purpose of creating inheritance rights are valid. K. M. Potraker, Annotation, Adoption of Adult, 21 A.L.R.3d 1012, 1029-1030 (1968). In one of the earliest cases, the Supreme Judicial Court of Massachusetts upheld an adoption of three adults, aged 43, 39 and 25 respectively, by a 70 year old person who intended the adoption to operate in lieu of a will. *Collamore v. Learned*, Mass. Supr., 171 Mass. 99, 50 N.E. 518 (1898). The court

ruled that motive, although proper in that case, had no effect on the validity of the adoption. *Id.* at 519.

A similar result obtained in *Sheffield v. Franklin*, *Ala. Supr.*, 151 *Ala.* 492, 44 *S.O.* 373 (1907). The court concluded that the law placed no limit on the age of the person to be adopted even if it altered inheritance rights. Likewise, in *Ex parte Libertini*, *Md.*, 244 *Md.* 542, 224 *A.2d* 443 (1966), the Maryland Court of Appeals permitted the adoption of an unmarried thirty-five year old woman by an unmarried fifty-six year old woman, initiated for reasons of inheritance and maternal feelings. The court rejected outright [**9] the lower court's conclusion that granting the adoption would pervert the entire adoptive process. *Libertini*, 224 *A.2d* at 444. The court noted that an adoption for the purpose of inheritance does not change the social or domestic relationship of the parties. Rather, its purpose and effect bestows [*1098] on the adoptee the right of a natural heir to inherit property. *Id.* at 444. n5 This motive was not improper, the court concluded, and therefore had no bearing on a determination of the adoption's propriety. *Id.*

n5 The same is true in Delaware. See 13 *Del. C.* § 954.

Cases upholding adoptions for the purpose of improving the adoptee's inheritance rights continue to grow. In *Berston v. Minnesota Dept. of Public Welfare*, *Minn. Supr.*, 206 *N.W.2d* 28 (1973), the trial court denied the adoption of an adult woman by her natural son on the public policy ground that the purpose of the adoption -- to make the petitioner's mother [**10] his heir in order to bring her into the terms of a trust established by the petitioner's father after he divorced the mother - would thwart the intent of the settlor of the trust. *Id.* at 29. The Minnesota Supreme Court ruled that the broad language of the adult adoption statute unequivocally foreclosed any limiting construction. n6 Thus, considerations of public policy were matters for reappraisal by legislative amendment. *Id.* at 30 (emphasis added). See also *Harper v. Martin*, *Ky. App.*, 552 *S.W.2d* 690 (1977) (approving of the adoption of a forty-seven year old male by a terminally ill petitioner for the express purpose of making him the heir at law of a third person); *Matter of Fortney's Estate*, *Kan. App.*, 5 *Kan. App. 2d* 14, 611 *P.2d* 599, 604-05 (1980) (upholding an adult adoption originally effectuated for purposes of inheritance); but see *Matter of Griswold's Estate*, *N.J. Super.*, 140 *N.J. Super.* 35, 354 *A.2d* 717 (1976) (ruling that an adoption to make an adoptee a beneficiary of a trust was an abuse of the adoption process). If anything, *Griswold's Estate* is contrary [**11] to well established Delaware law. See *Haskell v. Wilmington Trust Co.*, *Del. Supr.*, 304 *A.2d* 53, 54-5 (1973); *Riggs Nat. Bank v. Zimmer*, *Del. Ch.*, 304 *A.2d* 69, 74, *aff'd sub nom Jackson v. Riggs Nat. Bank*, *Del. Supr.*, 314 *A.2d* 178, 182 (1973).

n6 *Minn. St.* 259.21 to 259.32 governed adoption in Minnesota at that time. There were only two references to adult adoptions in these sections. Section 259.22 stated in part that any person who resided in the state for one year or more may petition to adopt a child or an adult. Section 259.24, which dealt with consent, provided that in the adoption of an adult, written consent only shall be required. As in Delaware, the other sections of the statute dealing with notice, investigation and a hearing on the petition, referred only to the adoption of a minor.

The general disinclination to examine the motives of the petitioner has been extended beyond the area of inheritance rights. In [**12] 333 *East 53rd Street Associates v. Mann*, *N.Y.A.D. 1st Dept.*, 121 *A.D.2d* 289, 503 *N.Y.S.2d* 752 (1986), a petitioner adopted an adult woman in order to ensure that she would succeed to the tenancy of a rent controlled apartment. *Id.* at 754. The building's owner sought a declaratory judgment that the adoptee had no rights in the apartment. *Id.* at 753. The appellate court found nothing inherently wrong with an adoption intended to confer an economic benefit on the adopted person. *Id.* at 754.

IV

On the other hand, the New York Court of Appeals ruled that a fifty-seven year old man could not adopt a fifty year old male with whom he shared a homosexual relationship. *Matter of Adoption of Robert Paul P.*, N.Y., 63 N.Y.2d 233, 481 N.Y.S.2d 652, 471 N.E.2d 424 (1984). The court reasoned that adoption is not a quasi-matrimonial device to provide unmarried partners with a legal imprimatur for their sexual relationship. n7 Id. at 653. The court also determined that New York's adult adoption process requires the adoption to be in the best interests of the [**13] adoptee, and thus, the financial and emotional condition of the petitioner must still be investigated. Delaware's adult adoption process clearly abandons the [*1099] requirement for such an investigation. It suggests no corresponding need to determine that an adult adoption be in the best interests of the adoptee. We also note the compelling dissent in *Matter of Adoption of Robert Paul P.*, 481 N.Y.S.2d at 656 (Meyer, J. dissenting), taking the majority to task for imposing limitations on the process that are not found in New York's adult adoption statute.

n7 There remains, however, an active debate, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 92 L. Ed. 2d 140, 106 S. Ct. 2841 (1986), notwithstanding, whether such relationships enjoy constitutionally protected status under the Equal Protection Clause. See Symposium, *Life After Hardwick*, 27 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 531 (1992); Tracey Rich, Note, *Sexual Orientation in the Wake of Bowers v. Hardwick*, 22 Ga. L. Rev. 773 (1988).

[**14]

There are, of course, common sense limitations on any adult adoption. That is why our statute, 13 Del. C. § 953, appears to confer reasonable discretion upon the Family Court's approval of an adult adoption. Solely by way of example, no court should countenance an adoption to effect a fraudulent, illegal or patently frivolous purpose. See, e.g., *In re Jones*, R.I. Supr., 122 R.I. 716, 411 A.2d 910 (1980), where an older married man sought to adopt his 20 year old paramour to the economic detriment of his wife and family. Delaware law is not necessarily inconsistent with the results in *Adoption of Robert Paul P.* and *In re Jones*, supra. Adult adoptions intended to foster a sexual relationship would be against public policy as violative of the incest statute. See 11 Del. C. § 766(b), which defines the crime of incest to include sexual intercourse between a parent and child "without regard to . . . relationships by adoption."

A statute cannot be construed to produce an absurd, meaningless or patently inane result. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Krongold*, Del. Supr., 318 A.2d 606, 608 (1974); *Opinion of the Justices*, Del. Supr., 295 A.2d 718, 721-22 (1972). [**15] However, where, as here, the petition contemplates an adoption that is not only within the scope of the statute, but which is also widely recognized as a proper exercise of the authority granted by the statute, we can divine no reason why this petition should be denied.

Since the primary object of statutory construction is to reach a result in conformity with legislative policy, once that policy is determined we need only test the construction by the rules of reasonableness and conformity with that policy. *E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. Clark*, Del. Supr., 88 A.2d 436, 439 (1952). In this case, our construction of the statute -- permitting the adoption of one adult by another for economic reasons -- is consistent with a policy promoting limited judicial inquiry into the purposes or motives behind such a relationship.

We have long held that our courts do not sit as a superlegislature to eviscerate proper legislative enactments. *Public Service Commission of the State of Delaware v. Wilmington Suburban Water*

Corporation, Del. Supr., 467 A.2d 446, 451 (1983). It is beyond the province of courts to question the policy or **[**16]** wisdom of an otherwise valid law. Id. Instead, each judge must take and apply the law as they find it, leaving any changes to the duly elected representatives of the people. Id. Accordingly, the order of the Family Court dismissing the petition is REVERSED. The Family Court is directed to issue an appropriate decree of adoption.

IN THE SUPERIOR COURT FOR THE STATE OF ALASKA THIRD JUDICIAL DISTRICT AT ANCHORAGE
JAY BRAUSE and GENE DUGAN, Plaintiffs,

vs.

BUREAU OF VITAL STATISTICS, ALASKA DEPARTMENT OF HEALTH & SOCIAL SERVICES, and the ALASKA COURT SYSTEM, Defendants.

Case No. 3AN-95-6562 CI

MEMORANDUM AND ORDER

Plaintiffs Jay Brause and Gene Dugan are men who sought and have been denied a license to marry each other by the State of Alaska. They subsequently filed a complaint against the Bureau of Vital Statistics, the Alaska Department of Health and Social Services, and the Alaska Court System. Plaintiffs' action seeks a declaration establishing that the relevant statutes prohibiting same-gender marriage violate Alaska's Constitution, and an injunction that prevents the state from applying or enforcing the statutes. The parties both move for summary judgment. The plaintiffs seek a ruling on the level of scrutiny to be applied in review of the Marriage Code; the defendants move for complete summary judgement. The parties agree that the decisions before the court are purely issues of law. The plaintiffs' present motion for summary judgment seeks a decision that the Code's prohibition implicates the privacy and equal protection provisions of the Alaska Constitution, thus requiring a showing of a compelling state interest to withstand plaintiffs' claim that the Code's ban on same-sex marriage is unconstitutional. The court finds that marriage, i.e., the recognition of one's choice of a life partner, is a fundamental right. The state must therefore have a compelling interest that supports its decision to refuse to recognize the exercise of this fundamental right by those who choose same-sex partners rather than opposite-sex partners.

STATEMENT OF FACTS

On August 4, 1994, Mr. Brause and Mr. Dugan completed and filed an application for a marriage license. The Office of Vital Statistics denied the application. Presiding Judge Karl Johnstone had previously issued a policy directive stating that "a marriage license shall not be issued for the purpose of marrying two persons of the same sex" since "marriage between two persons of the same sex is not contemplated by our statutory scheme." The parties agree that the directive correctly interpreted the Marriage Code as it existed at the time and that it is consistent with recent amendment of the Code. Except for being of the same sex, plaintiffs have met all statutory requirements for obtaining a marriage license.

DISCUSSION

The current provision of the Alaska Marriage Code, A.S. 25.05.011 (a), states: "Marriage is a civil contract entered into by one man and one woman that requires both a license and a solemnization." A.S. 25.05.013 adds: (a) A marriage entered into by persons of the same sex, either under common law or under statute, that is recognized by another state or foreign jurisdiction is void in this state, and contractual rights granted by virtue of the marriage, including its termination, are unenforceable in this state. (b) A same-sex relationship may not be recognized by the state as being entitled to the benefits of marriage.

Brause and Dugan argue that the statutory ban on same-sex marriage violates the Alaska

Constitution's guarantee of the right to privacy and equal protection. The plaintiffs' motion challenges the very definition of marriage found in the Code. Though that definition contains notions with which many are familiar, for example, that marriage means the union of one man and one woman, that is not the end of the inquiry. Indeed, it is the definition of marriage itself which the court must test as a result of plaintiffs' challenge. It is not enough to say that "marriage is marriage" and accept without any scrutiny the law before the court. It is the duty of the court to do more than merely assume that marriage is only, and must only be, what most are familiar with. In some parts of our nation mere acceptance of the familiar would have left segregation in place. In light of Brause and Dugan's challenge to the constitutionality of the relevant statutes, this court cannot defer to the legislature or familiar notions when addressing this issue.

Before addressing the privacy and equal protection claims presented, it is useful to first review the basic role of the state in marriage. The state issues marriage licenses, solemnizes marriages and keeps a docket of applications for marriage licenses available for public review. The state also distributes basic information to applicants about the effects of alcohol, drugs and battering can have upon a fetus. Other than that, the state does not become involved, except to require that the applicants be at least 18 years of age or, if minor, have the proper consents or be on active duty with the armed services. The Marriage Code now specifically prohibits same-sex marriage, bigamy and marrying anyone closer than one's first cousin. Applicants for marriage are under a duty to swear that the contemplated marriage meets the requirements of the law, give their names, relationship, occupations, ages (and, where appropriate, guardians), and give descriptions of any prior marriages and their dissolutions. The issuing officer has a duty to issue the license if "all requirements are met and there is no legal objection to the contemplated marriage, and neither party is under the influence of intoxicating liquor or otherwise incapable of understanding the seriousness of the proceeding . . ." A.S. 25.05.111. The license is to issue after a three day waiting period and is good for three months thereafter. A.S. 25.05.091; A.S.25.05.121. This description of the state's role in marriage focuses on the establishment of the marriage itself and is not inclusive, nor is it intended to be, of the many rights and consequences established by the state on behalf of those who are married. Once married, the state provides benefits and imposed duties that are significant and valuable to society as well as to the individual members of the marriage. For a list of statutory benefits of marriage, see the appendix to plaintiffs' reply brief identified as "Revised Exhibit 4." Further evidence of the importance of marriage and the issuance of marriage licenses is found in A.S. 25.05.331 which makes it a misdemeanor to willfully and wrongfully refuse to issue a license.

Once the role of the state in creating and acknowledging marriage is recognized, the next step is to determine whether the state is infringing constitutionally protected rights in the way it exercises its power over marriage. The court must now test the legal definition of marriage to determine whether the definition itself, a definition that excludes persons of the same sex who want to marry, is constitutional. As further discussed below, the same principle that requires the state to have a compelling purpose before it can dictate choices related to personal appearance, requires the state to have a compelling purpose before it can define marriage to exclude partners of the same sex.

A. Right to Privacy

Alaska amended its Constitution in 1972 to explicitly guarantee the right to privacy. Article I, Section 22 reads in part: "The right of the people to privacy is recognized and shall not be infringed." Brause and Dugan contend that, insofar as the above cited statutes prevent same-sex marriage, they violate Alaska's guarantee of the right to privacy.

Brause and Dugan cite two primary cases for their argument that a prohibition of same-sex

marriage implicates an Alaskan's constitutional right to privacy. In *Breese v. Smith*, 501 P.2d 159 (Alaska 1972), the Alaska Supreme Court invalidated a high school hair length limitation and stated that the core of the concept of liberty is the right to control one's personal appearance or, more broadly, the right to be let alone. 501 P.2d at 166-67. Because the hair length requirement implicated such an important right, the Supreme Court required the school to show a compelling interest for its existence. When the school was unable to do so, the limitation was struck down. Secondly, Brause and Dugan cite *Ravin v. State*, 537 P.2d 494 (Alaska 1974). The court in *Ravin* recognized a fundamental right to privacy in one's home and declared unconstitutional a state statute that prohibited marijuana possession by an adult for personal use in the home.

The plaintiffs' contention that their privacy is violated by a refusal of the State of Alaska to recognize and allow their marriage may not instinctively conform to common connotations of privacy, since, after all, they seek public recognition of a same-sex marriage. Privacy is commonly understood to mean seclusion, secrecy, or being left to one's personal affairs. These connotations of privacy may seem to make plaintiffs' claim of violation of privacy self-defeating, as the making public a relationship is not what one thinks of as the right to be let alone. Here Brause and Dugan claim a right to state recognition of their relationship. What they seek is clearly a public act and important for its public nature as much as for the other legal consequences which attend it.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), demonstrates how government regulation can intrude improperly into the personal zone of intimacy protected by privacy. There the Supreme Court found that the state's prohibition of the distribution of information regarding contraceptives interfered with the right of marital partners to make intimate personal decisions about conceiving children and practicing birth control. The Court struck down the law for being an impermissible encroachment on the right to privacy. However, in Alaska, the history of the cases interpreting the right to privacy demonstrate that very public conduct may also be protected by the right to privacy, and that the right to privacy reaches beyond simple protection from government intrusion into one's intimate affairs.

Breese is an example of how government regulation improperly encroached on the exercise of the right to privacy and the public ramifications of that right. The Court held that hair length requirements of a public school interfered with the fundamental right of the student to determine his own personal appearance. According to the Court, the government could not interfere with the fundamental right to determine one's personal appearance - - a right protected by privacy - without demonstrating a compelling state interest. Though how one looks is a very public fact, the decision about one's personal appearance is personal, and therefore protected by the right to privacy. At stake here is whether same-sex marriage can be denied by the state without violating fundamental rights, including the fundamental right to privacy. It is undisputed that marriage between persons of opposite gender is a fundamental right. See, e.g., *Griswold*; *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). The question presented by this case is whether the personal decision by those who choose a mate of the same gender will be recognized as the same fundamental right.

Clearly, the right to choose one's life partner is quintessentially the kind of decision which our culture recognizes as personal and important. Though the choice of a partner is not left to the individual in some cultures, in ours it is no one else's to make. Indeed, the marriage license and the marriage ceremony themselves make clear that this must be a choice freely made by the individual. Certainly the choice of a life partner is as important and personal as the choices involved in determining one's personal appearance.

When the Supreme Court of Hawaii in *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Hawaii 1993), addressed

same-sex marriage, it noted that: [W]e do not believe that a right to same sex marriage is so rooted in the traditions and collective conscience of our people that failure to recognize it would violate the fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions. . . 852 P.2d at 57.

The Hawaii court could reach such a conclusion because of the question it chose to ask. It is self-evident that same-sex marriage is not "accepted" or "rooted in the traditions and collective conscience" of the people. Were this not the case, Brause and Dugan and the plaintiffs in Baehr would not have had to file complaints seeking precisely this right. The relevant question is not whether same-sex marriage is so rooted in our traditions that it is a fundamental right, but whether the freedom to choose one's own life partner is so rooted in our traditions.

Here the court finds that the choice of a life partner is personal, intimate, and subject to the protection of the right to privacy. Failure of the state to provide public recognition of that private choice, whether it is the choice of a life partner of the opposite sex or of the same sex, is analogous to the unwillingness of the school in Breese to allow the presence of a student who made a personal choice to wear long hair.

Government intrusion into the choice of a life partner encroaches on the intimate personal decisions of the individual. This the Constitution does not allow unless the state can show a compelling interest "necessitating the abridgement of the . . . constitutionally protected right." Breese at 501 P.2d at 170.

B. Equal Protection

Brause and Dugan also assert that the relevant statutes deny them their rights as Alaskans to equal protection under the laws. Article I, Section 1 of the Alaska Constitution provides:

Inherent Rights. This constitution is dedicated to the principles that all persons have a natural right to life, liberty, the pursuit of happiness, and the enjoyment of the rewards of their own industry; that all persons are equal and entitled to equal right, opportunities, and protection under the law; and that all persons have corresponding obligations to the people and to the State.

Article I, Section 3 goes on to prohibit the denial of civil rights on the basis of certain classifications: **Civil Rights.** No person is to be denied the enjoyment of any civil or political right because of race, color, creed, sex or national origin.

Whether a law violates the equal protection guarantees of the Alaska Constitution is determined by using the "'sliding scale" test explained in *State Dep't of Revenue v. Cosio*, 858 P.2d 621, 629 (Alaska 1993):

[W]e apply a sliding scale under which the applicable standard of review for a given case is to be determined by the importance of the individual right asserted and by the degree of suspicion with which we view the resultant classification scheme. As the right asserted becomes more fundamental or the classification scheme employed becomes more constitutionally suspect, the challenged law is subjected to more rigorous scrutiny at a more elevated position on our sliding scale. [Citations omitted].

Brause and Dugan argue that the statutes prohibiting same-sex marriage should be at the highest end of the sliding scale, and therefore require the most rigorous scrutiny, because they implicate the fundamental right to marry and because the classification scheme is based on sex.

1. The Fundamental Right to Choose One's Life Partner.

There is no dispute that the right to marry is recognized as fundamental. Today the court has recognized that the personal choice of a life partner is fundamental and that such a choice may include persons of the same sex. When the United States Supreme Court first characterized the right to marry as fundamental in *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942), it linked the right to marry to the right to procreate, being faced, as it was, with a case involving the sterilization of prisoners. Similarly, in *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1977), the court was faced with a law that required a marriage applicant to prove he was up to date on his child support for children of his previous marriage before he could obtain a marriage license. The court focused on the decision to marry and have children as deserving of at least the protection allowed a woman in deciding whether to seek an abortion or to raise a child in illegitimacy: Surely, a decision to marry and raise a child in a traditional family setting must receive equivalent protection. 434 U.S. at 385.

The court thus recognized that procreation has been an important part of the U.S. Supreme Court's decisions that have found the right to marry fundamental.

However, just as the "decision to marry and raise a child in a traditional family setting" is constitutionally protected as a fundamental right, so too should the decision to choose one's life partner and have a recognized nontraditional family be constitutionally protected. It is the decision itself that is fundamental, whether the decision results in a traditional choice or the nontraditional choice Brause and Dugan seek to have recognized. The same constitution protects both.

Thus, today's decision finds a person's choice of life partner to be a fundamental right. The consequence of this decision is that any limitations on this right are subject to the strict scrutiny standard established by the Alaska Supreme Court.

2. Classification Based on Sex

The court, having found the decision to choose one's life partner to be a fundamental right, has concluded that the strict scrutiny test applicable to fundamental rights applies to its review of the State's prohibition of same-sex marriages.

Were the right to choose one's life partner not fundamental, the court would need to determine whether the Code raised classification issues. Were this issue not moot, the court would find that the specific prohibition of same-sex marriage does implicate the Constitution's prohibition of classifications based on sex or gender, and the state would then be required to meet the intermediate level of scrutiny generally applied to such classifications. That this is a sex-based classification can readily be demonstrated: if twins, one male and one female, both wished to marry a woman and otherwise met all of the Code's requirements, only gender prevents the twin sister from marrying under the present law. Sex-based classification can hardly be more obvious.

CONCLUSION

Having found that the Marriage Code implicates constitutional provisions, the court grants the plaintiffs' motion for summary judgment. The state's motion for summary judgment is denied. The parties are directed to set necessary further hearings to determine whether a compelling state interest can be shown for the ban on same-sex marriage found in the Alaska Marriage Code.

IT IS SO ORDERED.

DATED at Anchorage, Alaska this 27th day of February, 1998.

PETER A. MICHALSKI

Superior Court Judge