

Família homoafetiva: novas formas de família e o olhar do judiciário

Heloísa Helena de Farias Rosa
(Universidade São Judas Tadeu)

INTRODUÇÃO

A família tradicional arcaica descrita por Gilberto Freire em Casa Grande e Senzala, entrou em colapso, há muito. A família contemporânea passa por um momento de transição, tendo de absorver a existência de novas formas de família, com profunda influência de mudanças sociais, econômicas e biológicas. A instituição família se adequou de acordo com as necessidades do momento social em que se encontra. Hoje as famílias são consideradas um valor e podem ser legitimadas pela existência das relações sócio-afetivas, unidas voluntariamente e por laços de afetividade, ultrapassando vínculos biológicos de parentesco, bem como a hierarquização do poder patriarcal legitimado pelo casamento heterossexual.

É certo que o princípio da afetividade compreende a evolução do direito, fazendo com que ele seja aplicado a todas as formas de família, mesmo as que não são alcançadas pela legislação codificada.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o conceito de família no Brasil ficou mais abrangente. A família antes prevista apenas como advinda do casamento civil, nessa nova constituição é tida como aquela constituída pelo casamento civil, a união estável, constituída pela união do homem e da mulher sem casamento civil e a monoparental, constituída por um ascendente, homem ou mulher, e seus descendentes. Essa inovação quebrou o monopólio do casamento civil como único meio legitimador da formação da família.

O novo código civil de 2002 também recepcionou as novas formas de família. Contudo este último instituto, mais recente, manteve a visão retrógrada do constituinte ao manter a previsão de que a união estável se equipara ao casamento entre homem e mulher, justamente para evitar que haja casamento entre homossexuais.

A união homoafetiva é uma realidade na maior parte do mundo e não só esse tipo de união, mas também os novos tipos de família que vieram a se formar, principalmente após a instituição do divórcio em 1977, estão desamparadas pelo nosso sistema legal. Por certo os avanços instituídos pela promulgação da Constituição Federal de 1988 com a previsão da união estável e da família monoparental atenderam em boa parte as demandas da realidade

social à época, contudo, conforme já mencionado, propositalmente o constituinte se recusou a admitir a união homossexual ao prever a união estável exclusivamente *entre homem e mulher como entidade familiar*. Deveria o constituinte, livre de hipocrisia, simplesmente reconhecer a *união estável entre pessoas como entidade familiar* diante da realidade fática, se exigindo uma reavaliação do tratamento jurídico acerca do tema.

Hoje a família é composta não só de pai e mãe, mas também de mães ou pais criando sozinhos seus filhos, de dois pais e uma mãe, duas mães e um pai, de tios e sobrinhos, avós e netos, de amigos que se cuidam entre si, muitas vezes melhor que a própria família consanguínea. Há ainda, hipóteses em que ocorre a guarda compartilhada onde a criança acaba por vezes tendo dois núcleos familiares, com novas mães, pais, avós e criando vínculos de afeto, bem como as famílias formadas por casais homossexuais. Como muito bem observou Jeni Vaitsman¹, entre grupos sociais onde predominavam normas mais rígidas de comportamentos, papéis sexuais dicotômicos, a heterogeneidade e a *diversidade* impuseram-se, como práticas e como discurso. O casamento moderno e a família conjugal moderna, cada vez mais, passaram a conviver legitimamente com uma pluralidade de outros padrões de casamento e de família.

A lei tem se atrasado e negligenciado boa parte da sociedade ao manter esses novos tipos de família à margem da proteção legal. A mutabilidade é o que caracteriza o direito e as leis e a evolução da sociedade não faria sentido sem que o direito, uma ciência dinâmica e evolutiva, não acompanhasse essa evolução. É nesse sentido que deve haver a adaptação das leis às necessidades atuais. É função primordial do direito acompanhar as evoluções sociais e, em favor delas, *afastar o preconceito* e criar leis compatíveis com os reais anseios da sociedade.

DA EFETIVIDADE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A Carta Magna é o alicerce de todas as previsões legais em voga. E é sob este manto que se encontra protegido o direito do reconhecimento legal das famílias homoafetivas e suas conseqüências. Basta observarmos os princípios basilares desse diploma, principalmente aquele previsto logo em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana. Ainda, em conseqüência do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafos 3º e 4º, como vimos, ampliou o conceito de família levando em

¹ VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família e, circunstâncias pós-modernas*. Editora Rocco. Rio de Janeiro. 1994. p. 52

consideração não somente o patrimônio, como ocorria antigamente, como também o afeto. O elemento afeto foi primordial para o reconhecimento dos novos tipos de família.

O princípio da dignidade da pessoa humana garante todos os direitos à felicidade, sempre de acordo com suas opções e características, ressaltando que a sexualidade não constitui escolha, mas mera característica humana. Sob esse prisma, se percebe que todas as pessoas humanas devem ter exatamente os mesmos direitos.²

Como bem observa José Reinaldo de Lima Lopes³ *na afirmação universal de direitos é preciso contar com a constituição de um sujeito humano universal, em que está incorporado o valor que não pode ser trocado, e por definição, não tem preço, que é a dignidade.*

Por mero descaso do legislador, o plano infraconstitucional é carente de previsões legais acerca da família homoafetiva. Dessa forma, os operadores do direito, dentre eles o judiciário, tiveram de utilizar todas os meios legais para fazer valer este direito ainda não efetivamente positivado, se utilizando principalmente das diversas formas de interpretação das leis.

Dessa forma, com a interpretação do artigo 226 daquele diploma legal, nasceu o *intuito familiae*, ou seja, o afeto como elemento original da constituição de uma família. Daí pode-se concluir que o *intuito familiae* não se restringe à previsão expressa nos mencionados parágrafos do artigo 226, mas também a toda e qualquer família constituída originalmente pelo afeto, como é o caso das famílias homoafetivas.

Nesse viés, a Constituição Federal em seu artigo 5º, II, assevera que *ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei*. Ora, se a lei, não exclui de forma expressa a proteção das uniões homoafetivas, temos o que Bobbio⁴ classificou como Norma Geral Exclusiva, que afirma *que tudo o que não está explicitamente proibido, está implicitamente permitido*. Cumpre ressaltar, que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não faz parte do rol impeditivo do artigo 1.521 do Código Civil Brasileiro. Nessa esteira, podemos concluir que o não reconhecimento legal das uniões homoafetivas é fruto exclusivo do preconceito e da má vontade dos legisladores em regulamentar uma realidade social cada dia mais evidente. Tanto é assim, que em diversos países como a Suécia, Noruega,

² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Grupo Editora Nacional/Editora Método. 2008. p. 347/348

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: Fundamentos, Proteção e Implementação, Perspectivas e Desafios Contemporâneos*, Vol.II. Curitiba: Editora Juruá. 2009, in *O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. P. 950.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

Holanda entre outros, reconhecem o casamento entre homossexuais. Não há qualquer justificativa plausível para a negativa desse reconhecimento. Se houvesse, porque freqüentemente outras nações vêm absorvendo essa realidade em suas constituições e leis locais?

O Brasil, aos poucos vêm caminhando, mesmo que muito lentamente, no reconhecimento da família homoafetiva. Além da ADPF 32 e ADPF 178, que serão tratadas mais adiante, uma lei já sancionada e em vigor no Brasil que reconhece a união homoafetiva é a Lei Maria da Penha (11.340/2006) que prevê em seu artigo 5º, II e parágrafo único o patente reconhecimento da família homoafetiva, senão vejamos:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

(...)

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” (grifos nossos)

Por certo que com a aplicação da analogia, mesmo com a expressão “para os efeitos dessa lei”, há de forma cristalina o reconhecimento de uma família homoafetiva. Ainda, pelo princípio da igualdade, mesmo que o foco da lei seja a mulher, essa previsão deve ser aplicada para ambos os gêneros.

Maria Berenice Dias⁵, de forma bastante esclarecedora elucida que a partir da nova definição de entidade familiar trazida pela Lei Maria da Penha, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. *É família*. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos. *Há um novo conceito de família*.

Ainda, para corroborar este entendimento, cabe mencionar a Instrução Normativa 25/2000 do INSS que estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem

⁵ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva. O preconceito & a justiça. 4º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 141 e 142

adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual e a Circular 257/2004 da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda, de 21 de junho de 2004 que regulamenta o direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não - Seguro DPVAT. Todas essas normatizações geradas pela realidade social atual, deixam bastante claro o fato de que a família homoafetiva deve ser amparada pela lei de forma clara e expressa, principalmente na Carta Magna e nos códigos brasileiros.

No direito comparado, existem diversas decisões no sentido do reconhecimento das famílias homoafetivas, bem como do casamento entre homossexuais, como cita Paulo Roberto Vecchiatti: *No Canadá a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu, no julgamento do caso M. v. H., que a norma que permitia a concessão de alimentos a parceiros em uniões estáveis entre pessoas do sexo oposto, mas não estendia a possibilidade a companheiros do mesmo sexo, era inconstitucional, por violar o direito à igualdade. (...) O mais conhecido e importante desses precedentes foi o caso Halpern v. Attorney General of Canadá, julgado em 2003 pela Corte de Apelações de Ontário. Nesse julgamento, depois de reconhecer a importância do casamento para os cônjuges, não apenas pelos benefícios que envolve, mas por representar “uma expressão de reconhecimento público da sociedade das expressões de amor e compromisso entre indivíduos, conferindo a elas respeito e legitimidade”, o Tribunal canadense afirmou que a exclusão das uniões homossexuais do âmbito da instituição representaria discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada.*⁶

Com relação às uniões homoafetivas, o judiciário brasileiro, apesar da grande e maciça resistência, vem, aos poucos, reconhecendo essas uniões e fazendo valer os direitos das pessoas que se encontram em uma família homoafetiva. A jurisprudência começou a se formar no Estado do Rio Grande do Sul, onde foi desembargadora a atual advogada militante em direitos homoafetivos Dra. Maria Berenice Dias. Muitas das primeiras jurisprudências têm sua subscrição. O Estado do Rio de Janeiro seguiu nesta mesma esteira e também reconheceu uma série de direitos à essas famílias. Infelizmente muitos Tribunais ainda são formados por

⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Grupo Editora Nacional/Editora Método. 2008. p. 574

juízes retrógrados e conservadores que ignoram a formação dessas novas famílias e a necessidade de reconhecimento dessa realidade social. Podemos incluir aí, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que com relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas, na grande maioria de suas decisões, indefere por completo os pedidos das famílias homoafetivas, mantendo essas pessoas às margens do direito.

Deve-se observar ainda, que muitos juízes, infelizmente, julgam com um olhar preconceituoso, não somente as demandas na esfera da família como também em outras áreas jurídicas, em que envergonhando a classe e atuando com visível inconstitucionalidade, consideram em suas decisões a orientação sexual das partes envolvidas nos processos.

Para que se tenha uma idéia do atual olhar do judiciário com relação ao reconhecimento das uniões homossexuais, seguem algumas jurisprudências nesse sentido:

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

1. Os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dentre outros, que retratam direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras regras, inclusive à insculpida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que exige a diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável.

2. restando devidamente comprovada a existência, por mais de quatro anos, de relação de afeto entre as partes, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência, deve ser mantida a sentença que reconheceu a união estável. (TJ/RS. Apelação Civil nº 70015169626, 7ª Câmara)

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes

acolhidos, por maioria. (TJRGS, 4ª G.C. Cív., EI 70003967676, Redatora para acórdão Desª. Maria Berenice Dias, j. 09.05.2003). (Grifos nossos)

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE E PARTILHA DE BENS. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. Reconhecimento de união estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da igualdade entre todos. Uso da analogia autorizado pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Perseguição dos objetivos de construção de uma sociedade justa, com o bem de todos. Reconhecimento do direito como instrumento garantidor da paz social. Verificação de elementos característicos da união estável, excetuando-se a relação homem mulher. Direitos constituídos. Reforma da sentença. Provimento do recurso. (TJRJ, 17ª C. Cív., AC 30.315, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j.24.11.2004). (Grifos nossos)

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. Alegada inconstitucionalidade do artigo 1º da lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do artigo 1.723 do novo Código civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (CF, Art. 226, §3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: Matéria a ser veiculada em sede de ADPF. (STF, ADI 3300MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2006). (Grifos nossos)

UNIÃO HOMOAFETIVA. INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. (STJ, 3ª T. REsp 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, j. 07.03.2006).

FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. RELAÇÃO HOMOFETIVA. Artigo 3º, inc. IV, da CF. A Constituição Federal é expressa no sentido de que constitui objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, tornando defeso qualquer tipo de preconceito ou discriminação ligada a condições que sejam inerentes à pessoa humana. (TJRJ, AC 2006.001.06195, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, j. 04.07.06). (Grifos nossos)

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (TJ/RS. Embargos Infringentes nº 70011120573. 4º Grupo Civil)

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL ESTÁVEL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. **É juridicamente possível o pedido de reconhecimento e dissolução de união homossexual estável,** bem como o pedido de partilha de bens móveis e indenização por dano moral. Contudo, mantém-se o indeferimento da petição, por falta de interesse jurídico da autora, quanto **aos pedidos de posse e propriedade de um animal** e manutenção no imóvel locado, onde residia com a ré. Apelação parcialmente provida, por maioria. (TJ/RS. Apelação Civil nº 700170739332006, 8ª Câmara) (Grifos nossos)

CASSAÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Necessidade de conferir regular processamento ao feito. **É da vara de família a competência para processar e julgar ação declaratória de união homoafetiva** por meio da qual as autoras pretendem assegurar-se direitos patrimoniais como entidade familiar. A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, consiste na averiguação abstrata a respeito da viabilidade da pretensão deduzida frente ao ordenamento vigente. Afastados os argumentos, nos quais se

pautou o Juiz 'a quo' para indeferir a inicial, e uma vez evidenciada a possibilidade jurídica dopedido, cassa-se a sentença, determinando o regular processamento do feito, para que seja aferido o mérito da questão litigiosa. (TJMG, Proc. 1002405817915-1. Rel. Des. Egdard Penna Amorim, j. 25.01.2007). (Grifos nossos)

INVENTÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. NOMEACÃO DO SEDIZENTE COMPANHEIRO COMO INVENTARIANTE. *Possibilidade no caso concreto. **Ainda que a alegada união homoafetiva mantida entre o recorrente e o de cujus dependa do reconhecimento na via própria,** ante a discordância da herdeira ascendente, o sedizente companheiro pode ser nomeado inventariante por se encontrar na posse e administração consentida dos bens inventariados, além de gozar de boa reputação e confiança entre os diretamente interessados na sucessão. Deve-se ter presente que inventariante é a pessoa física a quem é atribuído o múnus de representar o Espólio, zelar pelos bens que o compõem, administrá-lo e praticar todos os atos processuais necessários para que o inventário se ultime, em atenção também ao interesse público. **Tarefa que, pelos indícios colhidos, será mais eficientemente exercida pelo recorrente.** Consagrado o entendimento segundo o qual a ordem legal de nomeação do inventariante (art. 990, CPC) pode ser relativizada quando assim o exigir o caso concreto. Ausência de risco de dilapidação do patrimônio inventariado. Recurso Provido (CPC, 557, §1º-A, CPC). (TJRS, 7.ª C.Cív., AC 70022651475, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 19.12.2007). (Grifos nossos)*

DA HOMOPARENTABILIDADE

Uma vez entendida a união homoafetiva como uma nova forma de família que pode e deve ser reconhecida, por certo essa família além da união entre os pares, abarca os filhos. Como veremos nas jurisprudências mencionadas, a adoção por casais homoafetivos já é bastante comum. Ao formar uma família, muitos desses casais pela limitação na reprodução optam pela adoção dos filhos que farão parte dessa família. **Não há qualquer impedimento legal para que isso ocorra.**

A idéia de algumas pessoas de que a homossexualidade dos pais adotivos poderia afetar o desenvolvimento da sexualidade do menor adotando é totalmente descabida. Primeiramente porque a heterossexualidade não é a única forma sadia de sexualidade, segundo porque a própria OMS (Organização Mundial de Saúde) consagrou a homossexualidade como uma das *livres manifestações* da sexualidade humana, e em terceiro,

sem extinguir outras justificativas, se assim fosse, não haveria como se explicar a homossexualidade de filhos de casais heterossexuais.

Assim como os casais heterossexuais, os homossexuais devem obedecer aos critérios legais para adoção, principalmente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deve prevalecer o princípio contido no artigo 43 desse Estatuto, segundo o qual *a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos*. Fácil de verificar que a intenção do legislador é a preservação do bem-estar do menor, sendo certo que não se configura um motivo legítimo a orientação sexual da pessoa ou casal adotante, para que um menor permaneça fora de um lar. Se os pares vivem uma *união estável*, com existência de um lar respeitável e duradouro, vivendo uma *verdadeira comunhão de afetos*, vidas e interesses, haverá também, legítimo interesse na adoção. Obedecidos os devidos critérios para adoção, o impedimento de exercício desse direito por companheiros homossexuais é patente inconstitucionalidade, uma vez que se estaria levando em conta a opção sexual do adotante como requisito abonador ou desabonador no processo de adoção ferindo o previsto no artigo 3º, IV da Constituição Federal. Por certo esta é uma questão de foro íntimo e sua invasão iria de encontro ao direito à intimidade (artigo 5º, X da CF). Ainda, deve ser observada a previsão do artigo 227 da Constituição Federal, que aduz como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, direitos que, por certo, não lhes são assegurados enquanto se encontram em situação de abandono, entregues à criminalidade, ao vício e a toda sorte de violências e privações.

Há de se considerar ainda, que assim como nas novas famílias formadas por casais heterossexuais em que um dos componentes do casal, ou as vezes os dois, vêm com filhos frutos da união anterior, o bom e velho “os seus, os meus e os nossos”, o mesmo ocorre com casais homossexuais. Não há razão para negar a adoção pelo novo pai/mãe ou a guarda do menor quando da morte de um dos companheiros.

As conseqüências do não reconhecimento dos filhos gerados das uniões homossexuais, sejam biológicos ou adotivos, podem gerar uma desigualdade muito grande no exercício dos direitos dessas crianças, que ficarão desamparadas, estendendo uma cadeia de discriminação e desigualdade já sofrida por seus *pais* sem mencionar a desigualdade social e os danos psicológicos.

Não reconhecer as novas famílias formadas, é negar a proteção jurídica do Estado o que, conforme demonstrado, é inconstitucional.

Verifica-se a construção cultural de um arquétipo que coloca como situação ideal de vivência humana a vida amorosa a dois que seja complementada pela existência de filhos,

sejam eles biológicos ou adotivos.⁷ A consciência coletiva das pessoas de que elas somente serão felizes com o modelo de família casal e filhos, faz com que consideremos que tais pessoas somente alcançarão a felicidade por meio da parentabilidade, configurando-se dessa forma um direito humano fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda com relação à adoção, é de extrema importância mencionar que a Corregedoria Nacional de Justiça editou o provimento nº02/2009 regulamentando a padronização das certidões de nascimento, casamento e óbito em todo o território nacional. Com a oportunidade de atender às necessidades das novas famílias, a Corregedoria simplesmente ignorou esse fato e manteve os termos “pai” e “mãe”. Essa certidão deveria ter somente o campo de filiação para ser preenchido com o nome de seus pais, sejam pai e pai, mãe e mãe ou mãe e pai. Seria um grande passo para o reconhecimento das novas famílias a mera exclusão dos termos “pai” e “mãe” da nova certidão *padrão*.

O legislativo deve estar preparado para atender às necessidades da sociedade e cumprir sua função ao positivar a maturação de uma determinada situação social, fazendo com que cada dia menos haja disparidade de direitos e com que a lei alcance efetivamente à toda população. Nas palavras de Maria Berenice Dias⁸, impõe-se a desconstrução e a edificação de um novo senso comum, baseado em um conhecimento emancipatório e uma nova compreensão da realidade, superando a tendência legislativa de proibir que homossexuais possam legalizar suas uniões, adotar crianças e adolescentes ou lançar mão das técnicas de reprodução artificial para concretizar seu projeto parental.

No direito comparado, podemos celebrar as decisões tomadas por países como a Dinamarca, que foi o primeiro país, há 10 anos, a admitir a adoção entre homossexuais. No início de 2008 o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou a França por ter recusado a um homossexual o direito de adotar uma criança. Assim como aceitam o casamento homossexual, países como Holanda, Canadá e Noruega, não restringem a adoção à esses casais.

No Brasil, o caso mais complexo com relação à homoparentabilidade não diz respeito à adoção, mais sim **ao reconhecimento de duas mães biológicas** de gêmeos. É o caso de Adriana e Munira, um casal homoafetivo que decidiu ter um filho biológico, uma

⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Grupo Editora Nacional/Editora Método. 2008. p. 532

⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva. O preconceito & a justiça*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p 210

doando o óvulo e a outra gestando a criança, caso divulgado pela revista Época em 13 de março de 2009. Essa decisão partiu da notícia de que Adriana, em razão de uma endometriose, se quisesse ter filhos, deveria tê-los logo, pois poderia perder essa oportunidade em poucos anos. Descobriu quando da inseminação artificial que já não tinha óvulos suficientes para fecundar. Foi quando tiveram a idéia de terem filhos juntas e de Munira fornecer os óvulos para fecundação e posterior gestação na barriga de Adriana.

Ultrapassada a barreira da ética médica com relação à questão da denominada barriga de aluguel, que só pode ser realizada entre parentes, **e nesse caso elas foram consideradas efetivamente como um casal (família)**, restou a questão do registro das crianças. Apesar de não existir na legislação brasileira nada que impeça o registro de uma criança por duas mulheres, a lei também não prevê o exercício ou dá condições para essa prática que ainda é vista com preconceito de conservadores que atravancam nosso legislativo e judiciário. O caso é patrocinado pela Dra. Maria Berenice Dias, que ingressou com ação competente para o registro, fazendo com que conste o nome das duas mães. A liminar (medida de urgência) solicitada pela patrona do casal requerendo o registro das crianças em nome de ambas as mães foi indeferida e o caso ainda não foi julgado pela justiça paulista.

Pela lei brasileira, mãe é aquela que gestou, ou seja, Adriana. Foi sugerido à Munira que entrasse com processo de adoção das crianças, o que foi considerado um absurdo pelo casal e sua advogada, uma vez que ela é mãe biológica das crianças. Ela tem o direito à esse reconhecimento. O que buscam Adriana e Munira, é simplesmente o *status* de existência e legitimidade, na nação, das comunidades morais que endossam o fato de serem ambas mães das crianças e as conseqüências disso, gerando direitos.

Afora casos muito específicos como o supramencionado, o judiciário brasileiro vem, surpreendentemente, admitindo a adoção por famílias homoafetivas, desde que obedecidos os critérios legais, como podemos ver por algumas jurisprudências colhidas:

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de

conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. **A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor**, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação:Unânime Resultado: Apelo improvido TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível. (Grifos nossos)

APELAÇÃO CÍVEL. **ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar.** Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME." (Apelação Cível Sétima Câmara Cível nº 70013801592 Comarca de Bagé - Desa. Maria Berenice Dias - Presidente - Apelação Cível nº 70013801592, Comarca De Bagé: "Negaram Provimento. Unânime." Julgador(A) de 1º Grau: Marcos Danilo Edon Franco) (Grifos nossos)

Adoção – pedido efetuado por pessoa solteira com a concordância da mãe natural – possibilidade – hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições novas e materiais da requerente para assumir o mister, **a despeito de ser homossexual – circunstância que por si só, não impede adoção**, que constitui medida que atende aos superiores interesses da criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante – Recurso

não provido. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo- (Apelação Civil n.º 51.111-0 – Câmara Especial – Relator: Oetterer Guedes – 11. 11. 99 – v.g.). (Grifos nossos)

O requerente postula a adoção da menor T., filha adotiva de V.P.G.F., com quem mantém um relacionamento aos moldes de entidade familiar, união estável, há mais de quatorze anos. (...) E sob esse aspecto é necessário que se verifique, neste caso concreto, sobre a conveniência do deferimento ou não da adoção, observando-se o disposto no art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Em primeiro lugar, é preciso anotar que não existe nenhum estudo especializado que indique qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, ao contrário, os estudos demonstram que o que efetivamente importa é a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar, os vínculos afetivos que ligam as crianças aos pais adotivos ou mães adotivas.** (...) Tudo o que o requerente pretende é criar também um vínculo jurídico, assumir também a responsabilidade decorrente da paternidade, já que a menor vem sendo criada por ambos e reconhece-os como pais. De todo o exposto, visando atender ao comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes, defiro o pedido. Posto isso julgo procedente o pedido de adoção e, em conseqüência, **defiro a Dorival P.C.J. a adoção de Theodora R.G. e determino que conste no Registro de Nascimento da criança que é filha de Vasco P.G.F. e Dorival P.C.J., sem declinar condição de pai ou mãe e, da mesma forma, a relação dos avós sem explicitar a condição materna ou paterna.** A menor passará a se chamar Theodora R.C.G.. Com o trânsito em julgado, expeça mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil com a recomendação de que seja mantida a observação feita quando da primeira adoção. Sem custas, nos termos do art. 141, parágrafo segundo do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Comarca de Catanduva-SP, 2ª V. Infância e Juventude, Proc. n. 234/2006, Rel. Drª. Sueli Juarez Alonso, j. 30.10.2006). (Grifos nossos)

CONCLUSÃO

Diante da realidade fática de que o casamento deixou de ser um instituto destinado à reprodução para constituir um espaço de companheirismo baseado no afeto, ou seja, no *intuitio familiae*, é natural que se reconheça legalmente a união entre pessoas do mesmo sexo. O judiciário apesar de eivado de preconceitos e conservadorismo vem se renovando e, aos poucos, reconhecendo os direitos da família homoafetiva. É o caso da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 32, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro no sentido de reconhecer a união homoafetiva com finalidade de concessão de benefícios

previdenciários para os funcionários daquele governo, que já teve parecer favorável da Advocacia Geral da União e da ADPF 178, proposta pela Procuradoria Geral da União, por meio da festejada procuradora interina Deborah Duprat, recentemente transformado em ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) para que seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Tendo em vista a enorme quantidade de previsões constitucionais basilares, formadoras de princípios, é prudente observar que os direitos fundamentais são as estruturas elementares dos direitos humanos no Brasil. Os operadores do direito devem observar, não somente a legislação civil, mas principalmente os direitos fundamentais ao tratar das questões dessas novas famílias que surgem. E o direito de reconhecimento das uniões homoafetivas é um direito humano! É obrigação do direito promover mudanças e extirpar todas as injustiças para com os grupos estigmatizados, tais como os homossexuais.

Somente com o reconhecimento legal da família homoafetiva esta instituição estará protegida dos preconceitos, podendo ser suas demandas julgadas de forma adequada.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva. O preconceito & a justiça*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Edições Graal. 2006.

MALINOWSKI, Bronislaw. *A Vida Sexual dos Selvagens*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora. 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: Fundamentos, Proteção e Implementação, Perspectivas e Desafios Contemporâneos*, Vol.II. Curitiba: Editora Juruá. 2009.

VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família e, circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Editora Rocco. 1994.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Grupo Editora Nacional/Editora Método. 2008.