

A família homoafetiva

Maria Berenice Dias
www.mbdias.com.br
www.mariaberenice.com.br
www.direitohomoafetivo.com.br

SUMÁRIO: 1. O direito à igualdade; 2. O direito a uma família; 3. O direito à homoafetividade; 4. As uniões homoafetivas; 5. A homoafetividade na justiça; 6. A homoparentalidade.

1. O direito à igualdade

A igualdade é almejada por todos e em todos os tempos. Não é por outro motivo que está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, *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 (...)*.

A igualdade é o princípio mais reiteradamente invocado na Carta Magna. De modo expresso,¹ é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Também ao elencar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O art. 5º começa dizendo: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*. Esse

¹ CF, art. 3º, inc. IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

verdadeiro dogma é repetido já no seu primeiro inciso,² ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo.

No entanto, de um fato não se pode escapar: ainda que buscada de maneira incansável, a igualdade não existe. De nada adianta a Lei Maior assegurar iguais direitos a todos perante a lei, dizer que os homens e as mulheres são iguais, que não se admitem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver tratamento desigualitário em razão do gênero e a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado que respeita a dignidade humana, tendo a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais.

Mesmo tendo havido uma acentuada evolução da sociedade, a igualdade formal ainda não se tornou igualdade material, real. As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à inclinação sexual. Com efeito, a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual.³ Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo seja.

2. O direito a uma família

A família consagrada pela lei tinha um modelo conservador, era uma entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. Pelas regras do Código Civil de 1916, os relacionamentos que fugissem ao molde legal, além de não adquirirem visibilidade, estavam sujeitos a severas sanções.

² CF, art. 5º, inc. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

³ RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. nº 6. p. 29.

No âmbito das relações familiares, é onde mais se evidencia a tendência de engessar os vínculos afetivos segundo os valores culturais dominantes em cada época. Por influência da religião, o Estado limitava o exercício da sexualidade ao casamento, como instituição inicialmente indissolúvel, que regula não só sequelas de ordem patrimonial, mas a própria postura dos cônjuges, impondo-lhes deveres e assegurando direitos de natureza pessoal.⁴ O vínculo que nasce por vontade dos nubentes historicamente era mantido após a dissolução do matrimônio independente e até contra a vontade dos cônjuges.

Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, o fim do casamento sempre esteve condicionado ao decurso de determinados prazos ou mediante a identificação de um culpado, a evidenciar a intenção de punir quem simplesmente não mais queria manter o casamento.

Chamados de marginais, os vínculos afetivos extramatrimoniais nunca foram reconhecidos como família. Primeiro se procurou identificá-los com uma relação de natureza trabalhista, e só se via labor onde existia amor. Depois, a jurisprudência passou a permitir a partição do patrimônio, considerando uma sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto.

A dificuldade de identificar as relações extramatrimoniais como verdadeiras famílias revelava a sacralização do conceito de família. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a negativa sistemática de estender a estes novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem sequer por analogia, mostrava a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais.

Foi a Constituição Federal que albergou no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. *Num único dispositivo o constituinte*

⁴ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A filiação socioafetiva e seus reflexos no direito sucessório*. São Paulo: Fiúza, 2008. p. 28.

*espancou séculos de hipocrisia e preconceito.*⁵ Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.⁶

A Constituição, ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. Mister reconhecer que é meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. Conforme afirma Paulo Lôbo, *o caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.*⁷

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Assim, não há como afirmar que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é mera recomendação em transformá-la em casamento. Não é dito que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer *distinção odiosa*,⁸ postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

O impedimento de postura discriminatória não tem exclusivamente assento constitucional. Está posto na Convenção Internacional dos Direitos

⁵ VELOSO, Zeno. *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 41.

⁷ LÔBO, Paulo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95.

⁸ SUANNES, Adauto. *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999. p. 32.

Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San Jose da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário. Como preceituam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objeto de referendo, sendo equivalentes às emendas constitucionais. Ante tais normatizações, a ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade.⁹

3. O direito à homoafetividade

Afirmando a Constituição a existência de um Estado Democrático de Direito, consagra como núcleo do sistema jurídico o respeito à dignidade humana. Esse valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. *A dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana.*¹⁰ A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa bem como com o direito à livre orientação sexual.¹¹

No entanto, a sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da sexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional. *Por ser fato diferente dos estereótipos, o que*

⁹ RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, dez. 1998. n° 6. p. 35.

¹⁰ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

¹¹ NAHAS, Luciana Fáisca. *União homossexual*. Proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 136.

*não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.*¹²

Em virtude do próprio preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas, à intolerância social, deve-se contrapor a higidez dos conceitos jurídicos. Imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo.

O direito à homoafetividade,¹³ além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é *a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.*¹⁴

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.

A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e essa escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.

¹² DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17.

¹³ Expressão por mim cunhada pela autora na obra intitulada *União Homossexual: o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito das Famílias: Curso de Direito Civil*, Rio De Janeiro: Renovar, 1999. p. 95.

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política que retrata a vontade geral do povo. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.

4. As uniões homoafetivas

A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como protegidos pela Constituição Federal os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. A orientação sexual integra esfera de privacidade e não admite restrições, o que configura afronta a liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida. Ainda que, quase intuitivamente, se conceitue a família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

Preconceitos de ordem moral ou de natureza religiosa não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o medo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não tenham a diferença de sexo como pressuposto.¹⁵ É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homoafetivas é condenar situações existentes à invisibilidade, é ensejar a consagração de injustiças e o enriquecimento sem

¹⁵ COSTA, Igor Sporch. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: UFV, 2007. p. 56.

causa. Nada justifica, por exemplo, deferir uma herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida a outrem, participando da formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve se cingir às questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo.

Descabido estabelecer como pressuposto a distinção de sexos para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, é exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador constituinte reconheceu como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Ante essa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por consequência, não há como só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Hoje não mais se diferencia a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois a falta de filhos não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar de abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas. Excepcionar onde a lei não distingue é forma perversa de excluir direitos.

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, não há como deixar de identificar ambas as situações como geradoras de efeitos jurídicos.¹⁶ Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir o comando legal e atender à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se valer da analogia,

¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

costumes e princípios gerais de direito.¹⁷ Nada diferencia as uniões hétero e homossexuais de modo a impedir que sejam ambas definidas como família. Enquanto não existir um regramento legal específico, impositiva a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

A aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária a socorrerem-se das leis que regem a união estável ou o casamento tem levado singelamente ao reconhecimento de uma sociedade de fato. Sob o fundamento de se evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o Direito das Obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade da concessão de um leque de direitos que só existem na esfera do Direito das Famílias.

O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais. Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para emprestar efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito das Famílias. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário conferir direitos e impor obrigações mútuas, independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

O tratamento diferenciado a situações análogas acaba por gerar profundas injustiças. Como bem adverte Rodrigo da Cunha Pereira, *em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O*

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Lei de Introdução e parte geral. São Paulo: Método, 2008. p. 46.

*Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.*¹⁸

Totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, “pré-conceitos”, ou seja, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado, que ainda se encontram encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. As relações sociais são dinâmicas, e é necessário pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura dos tempos de hoje.

A homossexualidade é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado no conceito de entidade familiar. Para isso, é necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social seja alijado de efeitos jurídicos. Não se pode impor a mesma trilha percorrida pelas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, e que levaram 60 anos para impor o alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável. Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei. Não é ignorando a realidade, deixando-a à margem da sociedade e fora do Direito, que irá desaparecer a homossexualidade. Impositivo é visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Bem questiona Paulo

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *A Sexualidade Vista pelas Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 281.

Luiz Lôbo: *Afinal, que “sociedade de fato” mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?*¹⁹

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém pode, muito menos os aplicadores do Direito, fechar os olhos, assumindo uma postura preconceituosa ou discriminatória, confundindo as questões jurídicas com questões morais e religiosas.

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.²⁰

5. A homoafetividade e a justiça

A garantia da justiça é o dever maior do Estado, que tem o compromisso de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, dogma que se assenta nos princípios da liberdade e da igualdade.

O fato de não haver previsão legal para específica situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da tutela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento.

O movimento libertário que transformou a sociedade e mudou o conceito de família também emprestou visibilidade aos relacionamentos homossexuais,

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 100.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 45.

ainda que o preconceito faça com que essas relações recebam o repúdio de segmentos conservadores. Mas a homossexualidade existe, sempre existiu; e em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo da exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade do juiz. No entanto, preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais. Igualmente não pode ser invocado o silêncio da lei para negar direitos àquele que escolheu viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agride a ordem social e merece a tutela jurídica.

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez a Justiça foi chamada a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo *iter* imposto às uniões extramatrimoniais. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato a dar ensejo a mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição.²¹

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à ideia da procriação e, por consequência, à heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias. Havia dificuldade de reconhecer que a convivência está centrada no vínculo de afeto, o que impedia fazer a analogia dessas uniões com o instituto da união estável, que tem as mesmas características e a mesma finalidade que a família. Afastada a identidade familiar, nada mais era concedido além de uma

²¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 300.

pretensa repartição do patrimônio comum. Alimentos, pretensão sucessória, eram rejeitados sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

As uniões homossexuais, quando reconhecida sua existência, eram relegadas ao Direito das Obrigações. Chamadas de sociedades de fato, limitava-se a Justiça a conferir-lhes sequelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição dos bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros. Reconhecidas como relações de caráter comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis. Os recursos igualmente eram distribuídos às câmaras cíveis que detêm competência para o julgamento de matérias cíveis não especificadas.

A mudança começou no ano de 1999, pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juzados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, as inseriu no âmbito do Direito das Famílias e as reconheceu como entidades familiares. De enorme significado do deslocamento das ações das varas cíveis para os juízos de família, o que provocou a remessa de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as câmaras que detêm competência para apreciar essa matéria. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência.²²

Proposta a ação trazendo por fundamento jurídico as normas de Direito das Famílias, a tendência era o indeferimento da petição inicial. Decantada a impossibilidade jurídica do pedido, era decretada a carência de ação. O processo era extinto em seu nascedouro, por ser considerado impossível o pedido do autor. No ano de 2000 a justiça gaúcha²³ reconhecendo a existência

²² 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. (TJRS - AI 599 075 496, 8ª C. Cív., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/6/1999).

²³ Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na

de um vínculo familiar, afirmou a possibilidade jurídica do pedido. Esta orientação foi consagrada, no ano de 2008, pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁴

Esta decisão sinalizou o caminho para a inserção, no âmbito do Direito das Famílias, das uniões homoafetivas como entidade familiar, invocando a vedação constitucional de discriminação em razão do sexo.

A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo também é da justiça do Rio Grande do Sul.²⁵ A mudança de rumo foi de enorme repercussão, pois retirou o vínculo afetivo homossexual do Direito das Obrigações, em que era visto como simples negócio, como se o relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial

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 preceitos 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 coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS AC 598 362 655, 8ª C.Cív., Rel.: Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000).

²⁴ Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da Lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 4.ª T., REsp 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2008).

²⁵ 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 consequências 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. (TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Civ. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/3/2001).

e fins meramente lucrativos. Esse equivocado enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Fazer analogia com o Direito das Famílias que se justifica pela afetividade, significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pela primeira vez, a Justiça emprestou relevância ao afeto o elegendo como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas. O Relator, Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em longo e erudito voto, invocou os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, concluindo que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a seu reconhecimento.

A ação mais emblemática foi a que levou o companheiro sobrevivente a disputar a herança que, na iminência de ser declarada vacante, em face da ausência de herdeiros sucessíveis, seria recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal.²⁶ Desta decisão o Ministério Público opôs recurso tanto ao Superior Tribunal de Justiça como ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não foram alvo de julgamento.

Na esteira dessas decisões, encorajaram-se outros tribunais e, com significativa frequência, se tem notícias de novos julgamentos adotando posicionamento idêntico, atribuindo efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.²⁷

²⁶ 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 que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (TJRS – EI 70003967676, 4º Grupo de C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09/5/2003).

²⁷ Ação de reconhecimento de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha. Demanda julgada procedente. Recurso improvido. Aplicando-se analogicamente a Lei 9.278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que tratando-se de pessoas do mesmo sexo, desde que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras relações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso Improvido. (TJBA, 3.ª C. Cív., AC 16313-9/99, Rel. Des. Mário Albiani, j. 04/04/01).

Os Tribunais Superiores também já se pronunciaram sobre o tema. Ainda que não reconhecendo expressamente as uniões, sinalizam neste sentido.²⁸ Inclusive o Superior Tribunal Eleitoral ²⁹ proclamou a inelegibilidade

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).

União homoafetiva. Pensão. Sobrevivente. Prova da relação. Possibilidade. À união homoafetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana. (TJMG, AC 1.0024.05.750258-5, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. 04/09/07).

Ação declaratória e constitutiva incidental em autos de inventário. Pretensão de reconhecimento da existência de união homoafetiva entre a autora e a inventariada. Pedido de antecipação da tutela para determinar a expedição de ofícios para bloqueio de bens e outras providências. Indeferimento pela julgadora singular. Recurso conhecido e provido em parte, para o parcial atendimento dos pleitos formulados pela autora. (TJPR, 11.ª C.Cív. AI 404.392-7, Rel. Des. Mário Rau, j. 01/08/2007).

Conflito negativo. Cível e família. União homoafetiva. Pedido declaratório. Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários. Ausência de discussão patrimonial. Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito. Aplicação do art. 4o da lei de introdução ao código civil. Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Art. 227, § 3o, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva Proteção à família, em suas diversas formas de constituição. Matéria afeta ao Juízo da Família. Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado. (TJSP; CC 170.046.0/6; Ac. 3571525; São Paulo; Câmara Especial; Relª Desª Maria Olívia Alves; Julg. 16/03/2009; DJESP 30/06/2009).

²⁸ 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).

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. Doutrina. 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).

²⁹ Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE, REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004).

(CF 14 § 7º) nas uniões homossexuais. Deste modo, está reconhecido que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que sujeita à vedação que só existe no âmbito das relações familiares. Ora, se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, mister que sejam assegurados também todos os direitos e garantias a essas uniões, no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório.

Há que reconhecer a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

A postura da jurisprudência, inserindo no âmbito do Direito das Famílias as relações homoafetivas, como entidades familiares, é um marco significativo. Quem sabe acabe motivando o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da juridicidade. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.³⁰

O caminho está aberto, e imperioso que os juízes cumpram com sua verdadeira missão, que é fazer Justiça. Acima de tudo precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais sensibilidade e menos preconceito. Ou seja, com mais atenção aos princípios de justiça, de igualdade

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 18.

e de humanismo, que devem presidir as decisões judiciais. Necessário ter visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar.

6. A homoparentalidade

Não só a família, mas também a filiação foi alvo de profunda transformação, o que levou a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as moldam.³¹ Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais. Tais foram as mudanças, que a Constituição acabou com a perversa classificação dos filhos, diferenciação hipócrita e injustificável, enfatiza Zeno Veloso, como se as crianças inocentes fossem mercadorias expostas em prateleiras de mercadorias, umas de primeira, outras de segunda, havendo, ainda, as mais infelizes, de terceira classe ou categoria.³²

Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.³³

De outro lado, a facilidade de descobrir a verdade genética, com significativo grau de certeza, desencadeou verdadeira corrida na busca da verdade real, atropelando a verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções legais. À Justiça coube a tarefa de definir o vínculo paterno-filial quando a estrutura familiar não reflete o vínculo de consanguinidade. No confronto entre a verdade biológica e a realidade vivencial, a jurisprudência passou a atentar ao melhor interesse de quem era disputado por mais de uma

³¹ ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179.

³² VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 90.

³³ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Anais do I Congresso de Direito das Famílias*, Belo Horizonte, 1988, p. 486.

pessoa. Prestigiando o comando constitucional, que assegura com absoluta prioridade o interesse de crianças e adolescentes - regra exaustiva e atentamente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente -, passaram os juízes a investigar quem a criança considera pai e quem a ama como filho. O prestígio à afetividade fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica.

A moderna doutrina não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. A valiosa interação do Direito com as ciências psicossociais ultrapassou os limites do direito normatizado e permitiu a investigação do justo buscando mais a realidade psíquica do que a verdade eleita pela lei. Para dirimir as controvérsias que surgem – em número cada vez mais significativo – em decorrência da manipulação genética, prevalece a mesma orientação. Popularizaram-se os métodos reprodutivos de fecundação assistida, cessão do útero, comercialização de óvulos ou espermatozóides, e todos viram a possibilidade de realizar o sonho de ter filhos.

Nesse caleidoscópio de possibilidades, os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege.³⁴

Para evitar confronto ético, acabou sendo imposto o anonimato às concepções heterólogas, o que veda identificar a filiação genética. Mas essa verdade não interessa, pois o filho foi gerado pelo afeto, e não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas sim, o cordão umbilical do amor. A paternidade é reconhecida pelo vínculo de afetividade, fazendo nascer a filiação socioafetiva. Ainda segundo Fachin, a verdadeira paternidade não é um

³⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói*: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

fato da Biologia, mas um fato da cultura, está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.³⁵

Se a família, como diz João Baptista Villela, deixou de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, o que imprimiu considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade,³⁶ imperioso questionar os vínculos parentais nas estruturas familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Está-se à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.

As situações são várias, cabendo lembrar as que surgem com mais frequência. Após a separação com prole, o pai ou a mãe que tem a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação sexual e passa a viver com alguém do mesmo sexo. O companheiro do genitor não é nem pai nem mãe dos menores, mas não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Não raro o parceiro participa da criação, desenvolvimento e educação das crianças, passando a exercer a função parental.

Outra opção cada vez mais comum é um do par se submeter à reprodução assistida. Este será o pai ou a mãe. O parceiro ou parceira, que não participou do processo reprodutivo, fica excluído da relação de parentesco, ainda que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos. Os gays utilizam esperma de um ou de ambos, e, realizada a fecundação *in vitro*, a gestação é levada a termo por meio do que se passou a chamar de barriga de aluguel. As

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Família hoje. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

³⁶ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404.

lésbicas muitas vezes optam pela utilização do óvulo de uma, que, fecundado em laboratório, é introduzido no útero da outra, que leva a gestação a termo. Nessa hipótese, uma é a mãe gestacional e a outra a mãe biológica, mas o filho foi concebido pelo amor de ambas, processo do qual participaram as duas.

A adoção vem sendo incentivada por campanhas, como modalidade de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas ou institucionalizadas. A esse apelo só pode responder um dos parceiros. No entanto, mesmo sendo adotada por um, a criança vai ter dois pais ou duas mães.

Em todas essas hipóteses, permitir que exclusivamente o pai (biológico ou adotante) tenha um vínculo jurídico com o filho é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo: a tutela jurídica dos vínculos afetivos, pois não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe.

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas torna impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais precisam assumir os encargos do poder familiar. Como lembra Zeno Veloso, o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito das Famílias é fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor.³⁷

³⁷ VELOSO, ZENO. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180.

A enorme resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa idéia de que são relações promíscuas, não oferecendo um ambiente saudável para o bom desenvolvimento de uma criança. Também é alegado que a falta de referências comportamentais pode acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho. Mas estudos realizados a longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.

Está na hora de acabar com a hipocrisia.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados a mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que reconhecer como atual e adequada a observação de Clovis Bevilacqua³⁸ ao visualizar um misto de cinismo e de iniquidade, chamando de absurda e injusta a regra do Código Civil de 1916 que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.

Outra não é a adjectivação que merece a Lei da Adoção ao tentar restringir a adoção aos casados civilmente e a quem mantém união estável, comprovada a estabilidade da família.³⁹ Cabe repetir as palavras indignadas de Cimbali: *Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cinismo, subvertem, por completo, os mais sagrados princípios da responsabilidade humana.*⁴⁰

Agora, pelo jeito, se está chamando de espúrio o filho pelo simples fato de, em vez de um pai e uma mãe, ter dois pais ou duas mães. Quem sabe a intenção é arrancá-lo de sua família, que, como toda família, é amada, sonhada

³⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941, v. II, p. 329.

³⁹ Lei 12.010, de 3/8/2009.

⁴⁰ In BEVILAQUA, op. loc. cit.

e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.⁴¹

Para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, basta que se identifique quem desfruta da condição de pai, quem o filho considera seu pai, sem perquirir a realidade biológica, presumida, legal ou genética. Também a situação familiar dos pais em nada influencia na definição da paternidade, pois família, como afirma Lacan, não é um grupo natural, mas um grupo cultural, e não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos, conforme bem esclarece Rodrigo da Cunha Pereira: a família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Assim, nada significa ter um ou mais pais, serem eles do mesmo ou de sexos diferentes.⁴²

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva, pois, como diz Giselle Groeninga, a criança necessita de pais que transmitam a verdade dos afetos.⁴³ Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida em 1988 pela Constituição Federal.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. As relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe,⁴⁴ e a negativa de reconhecimento da paternidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais, como o respeito à dignidade, à igualdade, à identidade.

⁴¹ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003, p. 198.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 47.

⁴³ GROENINGA, Giselle. *O segredo dos afetos – a mentira*. Boletim do IBDFAM, nº 19, mar/abr 1993, p. 7.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito das Famílias e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed. 2001, p. 93.

Não se pode esquecer que crianças e adolescentes têm, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, e negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família: lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade.⁴⁵

A primeira decisão é do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,⁴⁶ que reconheceu o direito à adoção a um casal formado de pessoas do mesmo sexo. Os filhos haviam sido adotados por uma das parceiras vindo à outra a pleitear a adoção em juízo. O Tribunal do Paraná habilitou um casal de homens à habilitação.⁴⁷ Um punhado de Estados também vêm reconhecendo o direito homoparental.⁴⁸

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.

⁴⁶ 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. (TJRS – AC 70013801592 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5/5/2006).

⁴⁷ Apelação cível. Adoção por casal homoafetivo. Sentença terminativa. Questão de mérito e não de condição da ação. Habilitação deferida. Limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Inadmissível. Ausência de previsão legal. Apelo conhecido e provido. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. Paraná – TJPR – 2ª Câmara Cível – AC 529.976-1 – Rel. Juiz Conv. D'Artagnan Serpa Só – j. 11/03/2009.

⁴⁸ São Paulo – Comarca de Catanduva – 2ª Vara da Infância e Juventude – Proc. n. 234/2006 - Dra. Sueli Juarez Alonso – j. 30/10/2006).

Pernambuco – 2ª Vara da Infância e Juventude de Recife – Proc. 298/09/200826 – Dr. Elio Braz Mendes – j. 26/09/2008.

Acre – Comarca de Senador Guionard – Juíza Cláudia de Albuquerque Campos - j. 14.5.2009.

Goiás – Vara da Infância e Juventude de Goiânia – Juiz Maurício Porfirio Rosa – j. 9/6/2009.

Mato Grosso – Comarca de Juara – Juiz Douglas Romão - DJ 23.07.2009.

Paraná – Comarca de Curitiba – 2ª Vara da infância e da juventude e adoção - Juíza Maria Lúcia de Paula Espindola – Proc n. 2007.000475-0 - j. 20/04/09.

Quando a ciência aprendeu a fazer a fertilização de um óvulo em laboratório e conseguiu implantá-lo no ventre feminino, ocasionou a maior revolução que o mundo teve a oportunidade de presenciar no campo da genética. Em face dessa evolução, a concepção não mais decorre, necessariamente, de um contato sexual entre um homem e uma mulher. Agora o sonho de ter filhos está ao alcance de qualquer um. Ninguém precisa ter par, manter relações sexuais, ser fértil para tornar-se pai ou mãe.

Os métodos se sofisticaram, e não é possível negar o uso dos meios reprodutivos em face da orientação sexual de quem quer constituir uma família, ter filhos. O fato é que os homossexuais passaram a se socorrer da concepção medicamente assistida.

Também é gaúcha a pioneira decisão que reconheceu a dupla maternidade, ao deferir o registro dos filhos concebidos por inseminação artificial por uma das parceiras, mas ambas haviam decidido pela filiação.⁴⁹

Essas decisões demonstram que a Justiça está deixando o preconceito de lado e concedendo aos casais homoafetivos o direito à prole, mediante a adoção. Com esses precedentes fica evidenciada a possibilidade jurídica de duas pessoas do mesmo sexo adotarem conjuntamente, o que dá efetividade aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14.

_____. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁴⁹ Rio Grande do Sul - Comarca de Porto Alegre – 8ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central – Proc. n. 10802177836 – Dr. Cairo Roberto Rodrigues Madruga – j. 12/12/2008.

- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941. v. II.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Anais do I Congresso de Direito das Famílias*, Belo Horizonte, 1988.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- COSTA, Igor Sporch. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: UFV, 2007.
- DIAS Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Manual do Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito das Famílias: Curso de Direito Civil*, Rio De Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. Família hoje. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito das Famílias e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed. 2001.
- GROENINGA, Giselle. *O secreto dos afetos – a mentira*. Boletim do IBDFAM, nº 19, mar/abr 1993.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual. Proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

_____. *A Sexualidade Vista pelas Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. nº 6.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. nº 6.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A filiação socioafetiva e seus reflexos no direito sucessório*. São Paulo: Fiúza, 2008.

SIQUEIRA, Chico. *Justiça autoriza adoção por casal homossexual masculino*.

SUANNES, Aduino. *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Lei de Introdução e parte geral*. São Paulo: Método, 2008.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, 1979.