



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

FRANCIANE VIVIAN DA FONSECA COELHO

DUPLA MATERNIDADE

**JUIZ DE FORA
2009**



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

FRANCIANE VIVIAN DA FONSECA COELHO

DUPLA MATERNIDADE

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Fábio de Oliveira Vargas

**JUIZ DE FORA
2009**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Franciane Vivian da Fonseca Coelho

Aluno

Dupla Maternidade

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fábio de Oliveira Vargas

Prof. Esp. Vinícius Corrêa de A

Prof(a) Dr. Luciana Jaciel Braga

Aprovada em 26 / 11 / 2009.

Dedico este trabalho ao meu esposo Harley e meus filhos Harley Jr. e Anna Carolina pela paciência e compreensão.

Aos meus pais pois sempre acreditaram em mim e me encorajaram durante todo o tempo de formação.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus que me possibilitou frequentar os bancos desta Universidade.

Ao meu orientador professor Fábio Vargas pelo zelo e atenção dispensados.

Agradeço a todos que de uma forma ou outra possibilitaram a conclusão deste curso.

Época triste a nossa em que é mais difícil
quebrar um preconceito do que um átomo.
(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo um estudo aprofundado das relações homossexuais e seus reflexos na sociedade, bem como a omissão do direito brasileiro em regular estas situações enquanto entidades familiares formadas com base nos princípios do Direito de Família, no afeto e na vontade de constituir uma vida em comum. A dupla maternidade e a omissão do direito brasileiro em regulamentar esta situação, são os objetos de estudo deste trabalho. É importante ressaltar que não irá se discutir neste trabalho a “união estável”, mas sim as consequências da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tal como a dupla maternidade. Para alcançar os objetivos traçados, seguiremos o seguinte plano de estudo: estudaremos sobre os princípios constitucionais, sobre o que dispõe a Lei de Registros Públicos em relação aos casos de dupla maternidade, conceitos de maternidade e paternidade bem como as consequências para a criança em caso de pais do mesmo sexo. Fazemos um breve estudo sobre o instituto da analogia e demonstrando como ela é perfeitamente aplicável para se resolver o problema jurídico, que é o não reconhecimento dos vínculos homossexuais como entidades familiares. Conclui-se deste estudo, que a homossexualidade não é uma escolha, e sim uma determinação biológica, de origem genética, e, portanto, um direito natural, que deve ter amparo legal e proteção do Estado.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Dupla Maternidade. Igualdade. Adoção. União Estável.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
1.1 Características comuns entre as relações homossexuais e heterossexuais.....	12
1.1.1 O vínculo afetivo.....	12
1.1.2 O vínculo patrimonial	14
2 O DIREITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO.....	16
2.1 A entidade familiar.....	16
2.1.1 A evolução do Direito de Família.....	17
2.2 União estável.....	19
2.2.1 União homoafetiva.....	20
2.2.2 Relacionamento homoafetivo e união estável.....	21
3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	23
3.1 As uniões homossexuais e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	23
3.1.1 As uniões homossexuais e o princípio da igualdade.....	24
3.1.2 As uniões homossexuais e o princípio da isonomia.....	25
3.2 Analogia.....	26
4 OS DIREITOS HUMANOS E A LIVRE OPÇÃO SEXUAL.....	28
4.1 Origem dos Direitos Humanos.....	28
4.1.1 O homossexualismo e os Direitos Humanos.....	28
5 CASAIS HOMOSSEXUAIS E SUA PROLE.....	32
5.1 Adoção.....	32
5.1.1 A adoção nos casos de união homoafetiva.....	32
5.1.2 Inseminação Artificial.....	35
5.2 Estatuto da Criança e do Adolescente.....	37
5.3 Filiação homoafetiva.....	38
5.4 Lei de Registro Público	40
6 CONSTRUÇÕES JURISPRUDENCIAIS.....	44
7 ESTATUTO DAS FAMÍLIAS.....	47
CONCLUSÃO.....	48

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....50

INTRODUÇÃO

O Direito, especialmente o de Família, vem sofrendo grandes transformações nos últimos tempos. Nunca se mudou tanto, em tão pouco tempo a legislação sobre o Direito de Família. A transformação ou cisão dessa estrutura milenar, dá-nos o que pensar e incita-nos a investigar suas consequências no mundo jurídico, onde os reflexos já se fazem presentes.

Na Constituição Federal de 1988 não aparece uma única vez a palavra “homossexual”, o mesmo ocorrendo com o Código Civil Brasileiro em vigor.

O Direito brasileiro é omissos com relação a essa questão e, na sua indiferença, submete os homossexuais ao constrangimento de viverem como cidadãos de segunda classe, tendo seus direitos, na maioria das vezes, negados em franca oposição aos direitos fundamentais explícitos na Carta Magna.

Como promover o bem de todos sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação é objetivo fundamental do Estado, não podemos admitir que o ser humano seja prejudicado por sua opção sexual. Liberdade e dignidade são princípios garantidos a todos os cidadãos brasileiros independente do seu sexo, e a homossexualidade, não é uma escolha e sim um fenômeno natural inerente aos seres humanos, portanto, deverá ser regulamentada juridicamente tanto pela Constituição Federal quanto pela legislação ordinária.

Só assim, todos sem distinção poderão exercer plenamente seus direitos. Pois o que se deve levar em consideração não é o gênero (masculino ou feminino), mas a espécie (ser humano).

As pessoas, em busca da felicidade passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, distanciaram-se da estrutura convencional do casamento.

Não só a família, como também a filiação foram alvo de profunda transformação. Das presunções legais de paternidade, chegou-se a plena liberdade de reconhecimento de filhos e a imprescritibilidade das ações para indagar os vínculos de parentalidade. O afeto é o elemento identificador das entidades familiares, e é esse mesmo sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais.

Com o surgimento dos métodos reprodutivos de fecundação assistida e de manipulação genética, o sonho de ter filhos se aproximou da realidade. Assim, todos, independente da capacidade reprodutiva, vivendo sozinhos ou sendo casados, mantendo união

estável hetero ou homossexual, viram assegurado o direito de constituir uma família. Esse leque de possibilidades impõe que se reconheça que crianças e adolescentes vivam em lares de pessoas do mesmo sexo. Pretender excluir esse direito de gays e lésbicas é postura discriminatória com nítido caráter punitivo.

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas tornam impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar esta possibilidade 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.

A luta pela dupla maternidade vem ganhando força, já que, em dezembro de 2008, o juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga, da 8ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, reconheceu a união estável homoafetiva de duas professoras que viviam juntas há cerca de 10 anos. O juiz também permitiu que constassem o nome das duas no registro de nascimento de um menino e uma menina, também concebidos por inseminação artificial.

Esta decisão abre precedentes uma vez que fica destacado que não se pode esquecer que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo são fatos sociais que geram efeitos jurídicos não só de ordem patrimonial, mas também de ordem pessoal.

1 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Características comuns entre as relações homossexuais e heterossexuais

Relacionamentos homossexuais e heterossexuais não são de todo diferentes. Para que se compreenda a necessidade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, é preciso lembrar que estas, assim como aquelas entre indivíduos de sexos opostos, geram vínculos afetivos e patrimoniais entre aqueles que as constituem. Destarte, ambos os tipos de união merecem a tutela do Estado.

1.1.1 O vínculo afetivo

Para se entender a problemática do não reconhecimento das uniões homossexuais, é preciso antes ter a consciência de que o amor, o afeto e o desejo não são sentimentos passíveis de qualquer controle por parte do ser humano. Partindo desse pressuposto, não se pode afirmar, mesmo juridicamente, que uma conduta homossexual não merece a guarda do Estado Democrático de Direito.

Partindo dessa idéia, abrimos uma gama de possibilidades, pois aceitamos que o que deve servir de base para todas as uniões, sejam elas hetero ou homossexuais, é o afeto e a vontade de constituir uma família.

Oliveira (2002, p. 233) destaca que “realmente, o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão”.¹

Logo, assim como o Direito não tem como criar e muito menos controlar os sentimentos dos que estão sob a sua égide, ele também não pode negar a existência dos mesmos sob a justificativa de não se enquadrar em um padrão que foi estabelecido há séculos atrás. É característica importante do Direito a sua mutação para acompanhar a evolução da sociedade à sua mercê.

Podemos afirmar que todos são iguais perante a lei, e, salvo alguns casos especiais, todos amamos da mesma forma também, mas não aos olhos da mesma. Como diferenciar o amor hetero do homossexual? Baseado em quais informações, sejam elas científicas, sociais

1 Ver. OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ou culturais, se pode afirmar que existe diferença entre os sentimentos apenas por eles serem direcionados a uma pessoa do mesmo sexo?

É fato notório que desde os primórdios da humanidade a homossexualidade se faz presente, em alguns momentos mais notoriamente, em outros mais discreta. E desde sempre se sabe que os homossexuais amam e constroem relacionamentos duradouros.

Vivemos em uma sociedade onde o ser humano só se sente completo quando concretiza uma relação afetivo-amorosa com outra pessoa, ou seja, é impossível ser absolutamente feliz estando sozinho.

Sendo o amor um pressuposto básico para as uniões, e a presença do mesmo sendo incontestável dentro de uma união duradoura e presente mesmo em algumas relações entre duas pessoas do mesmo sexo, passamos ao próximo aspecto inerente a uma relação: o respeito mútuo. Assim como nas relações heterossexuais, o sentimento de reciprocidade do respeito é muito forte dentro das uniões homossexuais, mesmo com todas as dificuldades enfrentadas.

Não devemos definir a identidade de uma pessoa apenas por seu comportamento sexual, mas muitas vezes esse aspecto acaba sendo o mais importante e definidor de caráter, tanto para os próprios homossexuais que se culpam por serem assim, como para os heterossexuais que vêem a homossexualidade como uma característica negativa e depreciadora.

Mesmo assim, se verifica nas uniões homossexuais um esforço acima da média para que as uniões dêem certo e sejam reconhecidas como tal. E uma das principais bases destas é justamente o respeito que se exige de ambas as partes, sendo mais fácil encontrarmos casos de abuso moral e psicológico em casais heterossexuais do que em casais homossexuais. Obviamente existem exceções, e muitas delas decorrem do machismo da nossa sociedade.

Os homossexuais dão particular atenção ao respeito mútuo nas suas relações justamente por já se sentirem extremamente desrespeitados pela sociedade em geral, não admitindo este tipo de comportamento dentro de suas uniões e lares.

Além dos sentimentos, que são interiores, e dos demais aspectos internos de uma união, devemos falar também de um aspecto externo que os relacionamentos devem ter, pois um dos principais requisitos para o reconhecimento de uma união estável é justamente a publicidade da mesma, ou seja, que ela seja de conhecimento de membros da família de ambos, e que a sociedade veja naquela situação específica a existência de um casal.

Pela primeira vez, podemos visualizar uma diferença substancial entre as relações

homossexuais e heterossexuais, mas não por parte da conduta das pessoas que formam o casal, mas sim daquelas que as rodeiam. Quando se trata de um casal formado por um homem e uma mulher, a idéia de que eles formam um casal é imediata e instantânea, então é fácil para um casal heterossexual atingir a plena publicidade do seu relacionamento, pois todos os que vivem ao seu redor reconhecem neles uma entidade familiar. Já no caso dos homossexuais se vive uma situação contrária, quando há a convivência de dois homens ou duas mulheres, a presunção geral é de que se trata de uma relação de amizade ou de parentesco. Muitas vezes isso decorre da própria atitude do casal. Muitos homossexuais apresentam seus companheiros como primos ou colegas de trabalho, com medo da reação das pessoas e de represálias. Mas mesmo quando não há esse disfarce, é difícil que pessoas distantes reconheçam ali um núcleo afetivo, e na maioria das vezes, quando existe esse reconhecimento, a reação é negativa e a sua consequência é o afastamento e a invisibilidade do casal em questão.

Posto isso, podemos concluir que as uniões homossexuais em nada diferem dos casais heterossexuais no que diz respeito à questão material, pois se trata de uma união livre e espontânea, revestida de sentimentos recíprocos, com continuidade e, quando possível, com a publicidade necessária para que ela seja posteriormente reconhecida.

1.1.2 O vínculo patrimonial

Não podemos nos escusar de falar também sobre um outro aspecto muito importante que decorre dos relacionamentos, o patrimônio, tanto o aumento dele, quanto a sua partilha. Durante uma união, um dos objetivos do casal é, via de regra, a construção de um patrimônio em comum.

Quando há a formação de patrimônio por parte do casal, geralmente os bens são postos em nome de uma das partes, dependendo do casal e do regime de bens adotado, se já houve o casamento. No caso de casais heterossexuais que vivem em união estável, muitas vezes não há uma preocupação em relação aos bens, pois há a aplicação integral do artigo 1.725 do Novo Código Civil Brasileiro, onde dispõe que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” Sendo assim, se resolve facilmente a questão patrimonial quando a entidade familiar é reconhecida pela justiça, seja por uma ação promovida para tal reconhecimento, ou por ocasião de separação ou morte de uma das partes.

Obviamente a construção de patrimônio em comum é mais difícil para os homossexuais, pois eles encontram vários empecilhos jurídicos ao longo do processo burocrático. Um exemplo concreto desta situação é abrir uma conta conjunta, que se transforma em problema quando há, por parte do banco, a mínima desconfiança de que se trata de um casal homossexual. Portanto, quando há a aquisição de patrimônio ela se dá de forma vinculada a apenas um dos componentes do casal.

Durante anos, o vínculo patrimonial foi o único aspecto da relação homossexual que o Direito ousou analisar, e, ainda assim, de forma preconceituosa e retrógrada.

Apesar de a maioria da doutrina se afirmar a favor do reconhecimento das uniões homossexuais como entidade de família, contribuindo, assim, para o progresso dos direitos dos homossexuais, ainda há doutrinadores que analisam os casos de maneira bem conservadora.

Não se pode tratar as uniões homossexuais como simples sociedades de fato, pois não se trata apenas de vínculo patrimonial, mas sim de uma união onde este vínculo faz parte de um contexto maior, pois também existe o *animus* de constituir família, com a presença do afeto como característica mais marcante destas uniões.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

2.1 A entidade familiar

Muito se discute a respeito da terminologia entidade familiar. Antes restrita às uniões que provinham do casamento, ela era estabelecida apenas dentro do Código Civil de 1916, ou seja, sob o prisma do conservadorismo que reinava na época. Durante toda a história tivemos conhecimento de casais que optavam por um relacionamento mais livre, sem as formalidades que um casamento exigia. Durante décadas, enquanto vigeu o nosso antigo Código Civil, uniões que não eram oficializadas através do casamento viviam à margem da sociedade e, quando eram parcamente reconhecidas pelo Direito, não se aplicavam a elas as mesmas condições e normas que se aplicariam aos casais cuja relação se enquadrava no padrão da “normalidade”.

Embora sem reconhecimento e previsão legal, as pessoas continuavam a constituir famílias de maneira alternativa, bastando-lhes a convivência contínua e a vontade de permanecer juntas para formalizar a sua união. Muitos casais, quando geravam prole, se sentiam obrigados a casar, mais por uma formalidade exigida nos cartórios do que por vontade própria.

Mas antes da entrada em vigor do novo Código Civil, os brasileiros tiveram uma outra conquista importante para a evolução daquilo que chamamos de entidade familiar, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988. A partir de então se abriram oportunidades de se estabelecer família de uma maneira bem mais simples conforme o disposto no artigo 226, e seus parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal, onde preceitua que a família tem especial proteção do Estado.

Com tal redação, nota-se um avanço extraordinário no sentido da terminologia “entidade familiar”. O Estado democrático de Direito, a partir de então, foi autorizado a analisar as situações fáticas de direito de família de uma maneira mais humana, mais liberal e mais inclusiva. Entendendo-se a união estável e a família monoparental como formadoras de entidades familiares, se incluem dentro da proteção e tutela do Estado todas aquelas pessoas que, apesar de não terem interesse em formalizar a sua união, não vivem à margem da sociedade e precisam do reconhecimento pela lei. Entidade familiar é o mesmo que falar em família, logo, a Constituição Federal serviu de mecanismo para aumentar a gama de situações

fáticas protegidas pelo direito de família.

Com essa evolução trazida pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que houve um fortalecimento da família.

Quanto mais ampla definição podermos dar a entidade familiar, mais o direito de família irá cumprir a sua verdadeira função, que é a de regular todas as situações que envolvam afeto e construção de núcleo familiar, independentemente da formação destes núcleos.

Partindo do pressuposto que a família é a base da sociedade, podemos afirmar que, quanto mais entidades familiares reconhecermos dentro de todas as possibilidades possíveis, mais próximos estaremos da realidade fática da sociedade brasileira. É imperioso, então, que reconheçamos as uniões homossexuais como parte integrante da nova terminologia de entidade familiar, pois estas uniões preenchem todos os requisitos que hoje se pede para a constituição de uma união estável e conseqüente afirmação daquele núcleo afetivo como entidade familiar.

2.1.1 A evolução do Direito de Família

Gomes (2002, p. 01) destaca que “Direito de família é o conjunto de regras aplicáveis às relações ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção”.²

Esta é uma definição clara, porém ainda um pouco conservadora, pois ele considera a família derivada do casamento como a única capaz de constituir o que ele denomina de “família legítima”, sendo as uniões estáveis consideradas como “famílias ilegítimas”, essas merecendo também, o reconhecimento da lei.

Após a entrada em vigor da nova Carta Magna, se equipararam ao casamento, formal e materialmente, as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Sendo assim, descabido é o pensamento do ilustre doutrinador, pois não há mais espaço para se falar em famílias legítimas ou ilegítimas. Todas se equiparam à luz do Direito atual.

O principal ponto de evolução do Direito de Família brasileiro é a dissociação do núcleo familiar da estrutura econômica dominante. Quando foi criado, o instituto do casamento era apenas uma forma de manutenção de riquezas, e se dava para perpetuar o patriarcado ao longo dos séculos.

2 Ver. GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Entendendo os legisladores, na época da Assembléia Constituinte, que já não havia mais a necessidade da manutenção do casamento como forma única de oficializar uma união, pois as pessoas já viviam uma realidade diferente daquela que viviam anteriormente, foi fácil assimilar e inserir novas modalidades de núcleos familiares, pois a sociedade assim se portava e o exigia.

Outra característica importante para que ocorresse a modificação do status do direito de família foi a busca de uma maior laicidade do mesmo. Mesmo sendo o casamento, até hoje, uma instituição totalmente de cunho religioso, foi preciso fazer uma abstração da moral cristã dominante no País para que se pudessem admitir situações como o divórcio e as relações de concubinato, as últimas posteriormente reconhecidas como uniões estáveis. A religiosidade como forma de doutrina jurídica é uma barreira a ser vencida se considerarmos que é necessária a evolução plena do Direito no Brasil.

Por ser a parte do direito onde se regulam as relações familiares, e sendo essas as mais sensíveis de todas as que tratam o ordenamento jurídico, é no Direito de Família que podemos sentir com mais intensidade as mudanças sociais e a necessidade da evolução do direito para acompanhar tais mudanças. Sob pena de ser considerado obsoleto, não pode o direito ser uma ciência imutável.

A evolução do Direito de Família se dá de forma automática e diária, não necessitando para comprovar isto, que se faça um grande estudo no âmbito jurídico. Além da evolução inegável do Direito de Família após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina também se encarregou de acompanhar a evolução da sociedade, hoje já se admite reconhecer uma união estável sem que os companheiros morem na mesma casa. Outra construção doutrinária e também jurisprudencial, é no sentido de que a existência de filhos não é característica definidora da existência de uma união estável.

Hoje vemos uma flexibilização do chamado "instituto da família". O que antes era compreendido como sendo um núcleo rígido, composto apenas pelos pais e sua prole, hoje já conta com as mais diversas interpretações. Para efeitos de existência do vínculo familiar, pode se considerar família uma avó que cria seu neto. Um outro avanço importantíssimo foi o reconhecimento da família monoparental pelos legisladores que escreveram a Constituição de 1988, conforme podemos verificar no parágrafo 4º do artigo 226 da mesma, que também entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Podemos concluir esse ponto afirmando que a evolução do Direito de Família está longe de estar completa. Enquanto houver demandas familiares que estiverem desprotegidas por não serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico vigente, teremos a realidade de mutação constante deste ramo tão importante que é o Direito de Família.

2.2 União estável

Por família devemos entender as formas de convivência de pessoas dentro de um determinado núcleo, podendo ou não ser expandido. Uma das bases da família é a convivência estável. Essa estabilidade pode ser legal ou adquirida através da união estável, conforme previsto no art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, que reconhece a união estável entre homem e mulher.

O art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz que toda criança tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.

Embora a criança tenha direito a ser educado em família substituta, se necessário, nada veda que ela seja adotada por pessoa única. Há de se convir que a partir do momento em que a adoção se concretiza, estabelece-se um vínculo e, portanto, a criação jurídica de uma família. Como a adoção é irrevogável, a estabilidade passa a existir, pelo menos na forma legal.

As principais características da estabilidade derivam da convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família. Temos que falar na estabilidade da união por um motivo simples: a sucessão. Embora ninguém goste de falar em morte, temos que crer que ela é um fato natural e comum a todos. No caso de pares homossexuais é um fato de maior monta ainda, visto que nem sempre a lei reconhece o direito de sucessão.

Se há a vontade de constituir vida em comum, e essa relação é contínua, não pode o ordenamento jurídico se abster de reconhecê-las como legítimas.

Nesse mesmo diapasão temos a natureza jurídica da união estável. Além do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, temos também uma definição legal de união estável no artigo 1º da lei 9.278/96 com a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

No mesmo sentido vai a redação do artigo 1.723 do novo Código Civil que diz ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Também devemos salientar o “status” jurídico que a união estável cria, fala-se sempre em “companheiro” e “companheirismo”, e hoje a doutrina é quase unânime em reconhecer que a união estável não gera os mesmos efeitos jurídicos que o casamento.

Venosa (2007, p. 44) diz que “(...) acentuemos que a natureza jurídica de ambos os fenômenos é diversa: enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico.”³

Na jurisprudência o entendimento é o mesmo, entendendo-se que a união estável deve apenas ser tratada de forma análoga ao casamento para fins da sua dissolução, sob o argumento de que a união nasce e perdura de forma livre, porém necessita da tutela do direito para, quando do seu término, gerar de forma correta seus efeitos patrimoniais.

Nas outras formas consideradas como família também não existe respaldo legal para a união homossexual. Como estas uniões são uma realidade social, podemos dizer que a lei deixou uma lacuna a ser preenchida por legisladores, o que contraria os princípios isonômicos da Constituição Federal e de um Estado de Direito.

Não se trata apenas de aplicação de leis mas sim do vivenciamento do Estado de Direito por todos. Esse vivenciamento somente se concretiza com consciência e atitude generalizadas.

2.2.1 União homoafetiva

Família é uma realidade sociológica, um dos pilares de qualquer sociedade. Tão necessária e sagrada que mereceu ampla defesa e sustentação da Constituição de 88. É uma união marcada pelo afeto, pela vontade que duas pessoas tem de unirem suas existências tendo em vista a afinidade e o amor.

O homossexualismo é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado como entidade familiar, o que não vai transformar a família nem estimular sua prática.

3 Ver. VENOSA, Sílvio de. *Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

É inegável que a sociedade caminha para o reconhecimento da união homoafetiva e que não a discrimina como em tempos menos esclarecidos. A luta desenvolvida por entidades promoveu e ainda promove esclarecimentos e formas para eliminar ou, pelo menos, abrandar comportamentos e sentimentos contrários a essa parcela da população.

Algumas entidades familiares não reprodutivas já são reconhecidas por lei, como as famílias monoparentais.

O choque maior com relação à legalização da união homoafetiva seja o seu enquadramento como “casamento”.

Como esse termo designa uma relação heterossexual voltada para a criação de uma família através de consequente reprodução, fica difícil para as pessoas entenderem ou aceitarem “casamento” entre pessoas do mesmo sexo.

As vezes, uma simples troca de nomenclatura facilitaria a aceitação pela sociedade em geral. Talvez, se existisse um artigo na Constituição Federal que equiparasse as “uniões homoafetivas” como família, existiria menos discriminação.

Não se pode esquecer que as palavras tem um peso muito grande em nosso discernimento. Nossa mente trabalha com elas e nosso pensar deriva da noção que temos delas. Existindo uma dubiedade no que se refere ao seu significado, fatalmente ela se traduziria na nossa forma de pensar.

Devemos considerar que a procriação não é o elemento fundamental das famílias. Muitos pares heterossexuais se abstêm de ter filhos por próprias razões, mas nem por isso deixam de constituir uma família. Carinho, afeto e proteção são elementos de ligam de pessoas a quem denominamos como família. Esses elementos também são encontrados nas uniões homoafetivas porque constituem elos entre pessoas.

2.2.2 Relacionamento homoafetivo e união estável

Enquanto a lei não progride quanto a legalização da união homoafetiva, é necessário que a comparemos a união estável, visto que é o que mais próximo existe em nossa legislação.

Se excluirmos o fato de que a união estável especifica relação entre homem e mulher, as demais características são de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família.

Acreditando que duas pessoas do mesmo sexo se unam para constituir um patrimônio

conjunto, solidarizar-se nos momentos difíceis, aproveitar os momentos juntos de forma gratificante para os dois, é certo dizer que constituem uma união estável, mesmo que não seja atualmente reconhecida por lei.

De certa forma, podemos comparar uma família com uma empresa ou um empreendimento para o qual nos disponibilizamos e juntamos forças para atingir objetivos comuns. Isto é família.

Se nos basearmos nos princípios pétreos da Constituição Federal e na isonomia com a qual ela procura tratar todos, é correto dizer que a não descrição legal de assuntos que envolvem as uniões homossexuais pode ser declarado como uma inconstitucionalidade.

Em consequência da inexistência de lei especial, há que se chamar a atenção para a forma ousada e original com que algumas ações sobre os direitos ao reconhecimento da relação homossexual vem sendo decididas em alguns tribunais brasileiros, com destacada predominância para o do Rio Grande do Sul, conhecido e reconhecido foco de implementação da formulação alternativa na aplicação do Direito justo, transformando-as em decisões jurisprudenciais que passam a conferir força jurídica para suprir a lacuna legal.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

3.1 As uniões homossexuais e o princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins.

Dias (2009, p. 61) destaca que: “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.⁴

O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto assegurar a dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Esse compromisso do Estado assenta-se nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrados já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico. Concede proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Assegura 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.

O art. 5º da Carta Constitucional, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Garante o mesmo dispositivo, modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade.

Mas de nada adianta assegurar respeito a dignidade humana e a liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao judiciário solver os conflitos trazidos,

4 Ver. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Não podemos pensar em causar prejuízo ou desrespeitar um ser humano, em função de sua orientação sexual, nem ignorar a condição pessoal do indivíduo, como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independente de sua orientação sexual.

3.1.1 As uniões homossexuais e o princípio da igualdade

O alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Ou seja, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral.

A idéia da igualdade interessa particularmente ao Direito, pois ela se liga a idéia de justiça, que é a regra das regras de uma sociedade e que dá o sentido ético de respeito a todas as outras regras.

Os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos e a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só privá-los de uma série de direitos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo a sua própria identidade e dignidade.

O princípio da igualdade exige para as uniões homossexuais uma disciplina legal igual a estabelecida para os casos já regulados, fundamentando um dever legislativo de atuação nesse sentido. Dessa forma, quando a disciplina favorecer certos indivíduos esquecendo de outros, impõe-se à jurisdição e à administração que supram a lacuna legal por intermédio da analogia (ou pela interpretação extensiva, na hipótese de situações idênticas), só devendo ser dita lei ser declarada nula quando as vantagens legais não possam ser

estendidas através de aplicação analógica aos casos ou grupos reconhecidos como portadores dos mesmos pressupostos daqueles já contemplados pela disciplina legal.

3.1.2 As uniões homossexuais e o princípio da isonomia

Embora reconhecendo que a homossexualidade não se trata de uma doença, que os relacionamentos homoafetivos merecem amparo legal e que os homossexuais não devem sofrer qualquer tipo de discriminação, acreditamos que o direito brasileiro não reconhece e dá o devido valor para as uniões entre homossexuais.

O objetivo da Constituição quando instituiu o princípio da isonomia foi preservar a igualdade entre pessoas de sexos distintos, sem, contudo, esquecer ou simplesmente ignorar as diferenças biológicas que apresentam e que indubitavelmente entre elas existem. O encargo de promover o bem estar de todos, vedadas ações preconceituosas, inclusive quanto ao sexo, jamais imaginou ou teve por escopo a situação do homossexual, mas sim as relações entre homens e mulheres (e cada homossexual estará também nessa classificação, observada a sua condição natural), tendo em vista especialmente mitigar orientações desfavoráveis à mulher, sempre objeto de discriminação ao longo do tempo, nas mais diversas culturas.

O princípio da isonomia é abrangente e não restritivo. Quanto maior a carga de direito alcançada, maior será a motivação para ampliá-la e jamais restringi-la, desde que traga benefícios para o convívio social harmônico.

A evolução dos costumes e a aceitação de uma nova mentalidade possibilitam a realização de uma sociedade plural, com o respeito devido ao cidadão, independentemente de sua escolha sexual, levando-se em consideração o permissivo legal da isonomia e respeito.

É certo que a meta de todo homem é viver com felicidade, não somente em busca dela, mas fazê-la se concretizar, preenchendo as necessidades de cada um. A felicidade, na realidade, nada mais é do que um projeto individual, mas que necessita do espaço público para se desenvolver.

O Direito deve se tornar um aliado da evolução social, traduzindo as ocorrências humanas em um quadro de conceitos administráveis e aceitáveis, servindo de guia e referência racional e sistemática para qualquer cidadão.

3.2 Analogia

Dias (2009, p. 190) destaca que: “diante da inexistência da lei, a justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há regra jurídica, negam-se direitos”.⁵

A analogia é uma maneira de suprir falhas ou omissões no ordenamento jurídico vigente e está prevista no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução ao Código Civil.

A analogia permite que se enquadre uma situação que não foi objeto de legislação em uma norma direcionada especificamente a outros casos materialmente semelhantes.

Um questionamento constante quando se trata da analogia aplicada nos casos de lacuna da lei é o seguinte: estaria o juiz fazendo o papel de legislador, e por consequência, indo além de suas responsabilidades e atribuições?

Não. Ao aplicar a analogia, o magistrado está apenas inserindo um caso concreto e específico sob o manto da proteção do ordenamento jurídico. É obvio que a jurisprudência não cria legislação, pelo menos não de maneira formal. A repetição de decisões aplicando a analogia, pode, sim, sensibilizar o legislador a respeito daquele tema, e ter como fim a posterior legislação daquele caso que não se encontrava previsto na lei. De um modo ou de outro, o juiz, ao aplicar a analogia para solucionar casos não legislados, além de estar cumprindo pontualmente seu papel enquanto aplicador e defensor da lei, também está sendo muito corajoso ao permitir uma interpretação mais extensiva dos dispositivos legais.

A analogia possui previsão legal no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde preceitua que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Por estar prevista expressamente no ordenamento jurídico, a analogia é a única forma de se preencher as lacunas da lei, mas isso nem sempre acontece. Na maioria das vezes os juízes decidem por extinguir o feito, ou sequer recebê-lo, com a afirmativa de que não existe lei a ser aplicada naquele caso. Por falta de conhecimento do instituto da analogia, ou por entendê-la inadequada, tal forma de resolução e preenchimento das lacunas da lei é pouco utilizada.

Temos como ponto inicial que a analogia pode ser aplicada onde o objeto não seja idêntico, mas onde haja semelhança substancial entre um caso e outro. Aí está a sutil, porém imprescindível característica, a analogia vem a ser aplicada aquelas lides onde há uma causa

5 Ver. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

de pedir que o ordenamento jurídico desconhece, porém apresenta os mesmos pressupostos fáticos de uma outra situação que está, sim, prevista juridicamente.

Para se aplicar a analogia, não basta apenas que o juiz aplique uma norma que ele entenda cabível. Temos que entender tal instituto como uma faculdade dada aos magistrados, por se partir do pressuposto de que tais doutores possuem a sensibilidade e a sensatez de resolver os conflitos jurídicos da melhor forma possível. Deve-se estudar o caso com minuciosa atenção, até para se ter certeza de que realmente não existe norma que regule o pedido. Após este estudo, passa-se a próxima fase, que é a de achar o dispositivo legal que melhor se enquadra e resolve a lide.

Como, na maioria das vezes, o fato gerador é muito anterior a legislação que vai regulá-lo, não podemos concordar que a omissão por parte dos legisladores seja perpetuada pelos magistrados com a desculpa da não existência da norma. A analogia existe, possui previsão legal e deve ser utilizada, sobretudo como maneira de reparar históricas violações a direitos de cidadãos que se encontram desprotegidos do manto da Justiça brasileira.

Por fim, temos que as lacunas da lei, apesar de negativas quando analisadas sob o ponto de vista geral, acabam por trazer algumas evoluções importantes, partindo do judiciário, por meio de suas decisões que alertam para a necessidade da criação da norma legislativa, ou apenas demonstrando para o legislador que tal fato não necessita ser tutelado, pois já se encontra parcialmente inserido na legislação e se pode solucionar o fato com a aplicação da analogia.

O conceito de família não pode ser interpretado de modo restritivo, sendo inviável incluir em seu conteúdo apenas as opções das majorias. Ao contrário, faz-se necessário lançar um olhar diferente, reconhecendo-se a diversidade social e tutelando todas as estruturas familiares, mesmo aquelas eleitas por minorias.

4 OS DIREITOS HUMANOS E A LIVRE OPÇÃO SEXUAL

4.1 Origem dos Direitos Humanos

Os autores de um modo geral, concordam em traçar um paralelo entre o surgimento do constitucionalismo e o surgimento dos Direitos Humanos, uma vez que o objetivo de toda Constituição é, além de dar forma ao Estado, criando os órgãos estatais e descrevendo sua forma de atuação, limitar o Poder estatal, garantindo uma parcela intocável de direitos individuais e/ou sociais, a qual não poderia ser, arbitrariamente, suprimida pelos agentes estatais.

Esta parcela de direitos, a priori insuprimíveis é, justamente, o conteúdo do que hoje é conhecido por Direitos Humanos.

João Baptista Herkenhoff defende a idéia de que o processo de criação dos Direitos Humanos seria fruto da História da Humanidade, iniciando-se nos tempos mais remotos, e ainda hoje em permanente evolução.

4.1.1 O homossexualismo e os Direitos Humanos

Ninguém se sente realizado com ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar.

Quando se fala em Direitos Humanos pensamos em liberdade e igualdade identificados como a primeira geração de direitos humanos.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

São direitos que compõem a dignidade pessoal e constituem a condição humana, cuja valoração resulta nos valores supremos da humanidade.

A evolução dos direitos atingiu o seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva, com o direito de solidariedade, o direito de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo que condiciona a vida humana. Fixa os valores e os bens humanos, como patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que garantam a existência de todos com a dignidade que lhe é própria (DIAS, 2009, p. 98).⁶

Um dos Direitos Humanos de primeira geração, o qual já era posto a salvo das intromissões estatais desde a Magna Charta Libertatum de João Sem Terra em 1218 é o Direito à Liberdade.

⁶ Ver. DIAS, Maria Berenice. **UNIÃO HOMOAFETIVA: O preconceito & a justiça**. 4. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

É possível perceber os traços básicos do moderno direito de liberdade analisando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de agosto de 1789, onde no artigo 4º, declara-se que qualquer indivíduo pode fazer tudo o que não afete a liberdade dos demais.

O direito à liberdade, que no ordenamento jurídico brasileiro está presente na Constituição Federal desde o seu preâmbulo, constituindo-se um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, através do caput do artigo 5º da Carta brasileira, está, também, intimamente ligado ao princípio da legalidade, também estabelecido pela atual Constituição Federal, no inciso II do artigo 5º, o qual estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Uma vez que o legislador é impossibilitado, pela própria natureza intrínseca de ser humano, de prever todas as possibilidades de ações, este mesmo legislador preferiu, implicitamente, reconhecer que tudo o que não for expressamente normatizado através do ordenamento jurídico positivo, enquadra-se na categoria de ações facultativas, as quais, podem, ou não, ser realizadas, de acordo, única e exclusivamente, com a vontade do indivíduo diretamente interessado, posto que é um princípio intimamente ligado com o da liberdade.

Com relação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à liberdade está presente, especialmente, no preâmbulo, nos artigos I a III.

Assim, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos os homens nascem livres, tendo a capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, e tendo, ainda, direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Se o direito à liberdade afirma que toda pessoa humana pode fazer o que bem lhe aprouver desde que, com suas ações, não prejudique ninguém, uma vez comprovado que a união homoafetiva não prejudica ninguém, trata-se, portanto, de parcela, nitidamente, ligada a liberdade pessoal de cada indivíduo.

Assim, a homossexualidade é, indiscutivelmente, parte do Direito de Liberdade, do qual todos os indivíduos são por força internacional e constitucional portadores, não sendo possível que o Estado crie, ou imponha limites a referido direito, exceto em situações extremas, ou de choques com outros direitos fundamentais.

Os direitos a intimidade e a vida privada são meros corolários do direito a liberdade. Não seria possível falar em liberdade sem as garantias do direito a intimidade e/ou vida privada.

Na Declaração dos Direitos Humanos, está previsto no artigo XII que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Nota-se que o direito a vida privada, e a intimidade, são, a muito tempo, considerados como direitos fundamentais do homem, de maneira que é mundialmente reconhecido este direito, inclusive como já visto pela Constituição Federal de 1988.

Frente ao exposto sobre intimidade e vida privada está claro que o indivíduo tem o direito de ser homossexual, pois esta é uma escolha que apenas a ele diz respeito, e ninguém tem o direito de dizer como este ou aquele indivíduo deve viver sua privacidade.

Não parece, por outro lado, contraditório o fato de um indivíduo ter direito de ser homossexual e não poder “exercer” esta homossexualidade através de união juridicamente reconhecida com outro indivíduo homossexual, contrariando assim as reais possibilidades de exercício do direito à liberdade? A igualdade implica no tratamento igualitário de todos os indivíduos, quer sejam hetero ou homossexuais.

Pode ser indicado, ainda, como diretamente ligado à homossexualidade o direito ao casamento, garantido pelo artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos onde diz que os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família.

Tanto pela Declaração de 1948, quanto pela Constituição Federal, o homossexual tem direito a se unir com quem quer que seja dependendo, única e exclusivamente do consentimento de seu parceiro e de, juntos, constituírem uma família digna de proteção pelo Estado, pois, onde o legislador não diferenciou, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Vale lembrar que de uma família nascem os filhos, sejam eles legítimos ou não. A questão é complexa e requer um amplo debate na sociedade, os efeitos ou frutos dos relacionamentos homossexuais que envolvem filhos, ainda é matéria nova quer no âmbito jurídico como no social.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XVI, 3, estabelece que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

O que não se pode admitir é que crianças fruto de uniões homossexuais tenham seus direitos prejudicados devido a falta de leis mais atuais no nosso ordenamento jurídico, o

Estado deve dar juridicidade aos cidadãos que tem direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, acima de tudo, direito a felicidade. Conviver de forma igualitária e livre é viver a plenitude dos direitos humanos, é dar sentido e razão ao dogma maior de nossa Constituição Federal, que é o respeito à dignidade do ser humano, mas que não pode deixar de ser visto também como respeito a diversidade.

5 CASAIS HOMOSSEXUAIS E SUA PROLE

Partiremos do pressuposto de que o tratamento a ser dado as uniões de pessoas do mesmo sexo, tem o condão de construir uma vida familiar sólida e duradoura (até mesmo porque as pessoas se unem por livre e espontânea vontade, onde o alicerce da relação é o afeto e a procura da felicidade) e, sendo reconhecida judicialmente, resta concluir que a essas pessoas lhes é dado o direito de constituir uma família com filhos.

Hoje em dia houve um avanço muito grande em relação aos filhos de uniões homossexuais. Muito se tem falado e discutido a respeito da adoção e do método de reprodução assistida. Pode a criança ser registrada em nome de dois pais ou duas mães? Quais as consequências sofridas por estas crianças? Apesar de conviver com o par, ter dois pais ou duas mães, o filho tem que estar completamente protegido com relação aos seus direitos.

Em face dos modernos métodos de reprodução assistida, novamente voltou a questão da identificação do vínculo de filiação.

5.1 Adoção

A adoção é considerada um ato jurídico no qual uma pessoa é assumida como filho por um casal ou outra pessoa que não são seus pais biológicos. As responsabilidades, direitos e deveres dos adotantes e adotados são os mesmos entre pais e filhos biológicos.

5.1.1 A adoção nos casos de união homoafetiva

O tema da adoção por casal que convive em relação homoafetiva é aquele sobre o qual mais se tem escrito e debatido atualmente. A grande dificuldade que se apresenta neste caso é o fato das posições morais e sociais das pessoas serem extremamente opostas e, neste contexto, não é tarefa fácil apresentar um estudo sobre o assunto. Misturam-se textos acadêmicos, jurídicos, políticos, médicos e muitas vezes religiosos.

A questão legal vai girar em torno da legitimidade das pessoas que convivem em união homoafetiva poder realizar a adoção conjunta de criança ou adolescente. Nesta abordagem geral serão necessários outros questionamentos pertinentes: qual é o conceito jurídico de família no atual ordenamento? Pode a união homoafetiva ser enquadrada em tal

conceito? Como tratar das questões pertinentes as uniões homoafetivas tendo em vista que o direito posto é omissivo quanto a sua existência? De que formas estão sendo garantidos os direitos fundamentais do ser humano no que tange as uniões homoafetivas?

A resposta a tais questões é fundamental, ainda que seja um tabu, principalmente se se considerar a quantidade de pessoas a serem atingidas no mundo todo, caso seja admissível a adoção por pessoas que expressem sua sexualidade de forma diversa da convencional, e, importante salientar, o que não as torna diferentes, melhores ou piores do que aqueles casais convencionais.

Este é um assunto que, ao mesmo tempo em que parece novo, há muitos anos já vem sendo questionado. O problema gira em torno do seguinte questionamento: de que forma o ordenamento jurídico brasileiro discute a adoção conjunta nos casos de união homoafetiva?

Isto porque, apesar de hoje serem conhecidas e reconhecidas como fato social pela maioria da sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece as relações homoafetivas como entidade familiar, e, em tese, a adoção só poderá ser concedida a um dos companheiros e não aos dois concomitantemente.

Tendo em vista a constante evolução havida nas relações sociais, importante verificar a possibilidade de realizar o sonho de constituição de uma família, tanto por parte daqueles que anseiam ser adotados, quanto por parte dos que pretendem cuidar de uma pessoa como se dela tivesse nascido. Compreende-se, cada vez mais, que as pessoas não se unem especialmente com a finalidade de gerar prole, como se pensava em tempos passados. Afeto, este sim é o elemento básico da entidade familiar atual.

A família passou por inúmeras transformações, podendo ser identificada primeiro, como aquela patriarcal, nitidamente hierarquizada, constituída pelo casamento. Aquilo que inicialmente tinha como ponto de partida o vínculo matrimonial, fundamentado no poder e na autoridade, hoje foi ocupado por um terreno afetivo e de liberdade.

A perspectiva em relação a família muda com a Constituição Federal de 1988, porque ela acaba com a idéia de mono solução, onde existe apenas uma igreja, uma lei e um tipo de família no Estado.

O que se vislumbra é uma família vista como um instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana. É uma família despatrimonializada. Vai ser, assim, uma família desierarquizada, onde a gestão da mesma ocorre de forma compartilhada, perde o caráter do homem como centro do poder, como o único chefe e mandante, e deixa tanto o homem como

a mulher em situação de igualdade.

Hoje, se duas pessoas tem uma vida em comum, cumprem seus deveres de lealdade, fidelidade recíproca, comunhão de interesses, respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, é inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo dos seus participantes e do selo do casamento, gera direitos e obrigações que devem ficar protegidos pelo Direito das Famílias. O que se tem nas relações homossexuais não é simplesmente uma relação patrimonial. As pessoas se unem pelos laços de afeto. Falar que tais uniões são apenas sociedades de fato é o mesmo que afirmar que as pessoas homossexuais são incapazes de amar. E isto sim é preconceito.

Desta forma, por evidente é a conclusão de que o sentimento de afeto é o elo entre os seus personagens, pessoas unidas pelo matrimônio ou não, com filhos biológicos ou adotivos, sem filhos, sem mãe ou pai, pessoas do mesmo sexo ou de sexos distintos, enfim, em que pesem não haver no ordenamento jurídico todos estes modelos, de fato eles existem.

A diversidade é o normal, todas as pessoas são diferentes. Por que então não respeitar mais esta diferença?

A Constituição não proíbe as relações entre pessoas do mesmo sexo e garante a opção de livre orientação sexual para cada indivíduo. Então, é certo afirmar que é a homossexualidade implicitamente protegida pela Carta Magna que, apesar de não especificar expressamente, se preocupa e protege a união entre pessoas do mesmo sexo.

Se família é, devem os direitos de família, inerentes a todas as pessoas que fazem parte deste instituto, serem garantidos em sua totalidade. E por que não falar em adoção? Em relação a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais, muitas já foram concedidas, na medida em que a adoção é ato unilateral que não apresenta como requisito para o seu deferimento a heterossexualidade. Entretanto, o impasse está em ser permitida para casais homossexuais.

Apesar de não haver na legislação brasileira a devida tutela para que casais homossexuais adotem crianças, é preciso reconhecer que muitos destes casais criam filhos sim, mas, crianças que apenas tem garantias de forma unilateral. E este talvez seja o ponto de conflito maior, na medida em que com a intenção preconceituosa de proteger, o ordenamento jurídico acabou por desproteger as crianças e os adolescentes.

Muitas são as crianças que vivem em instituições que abrigam menores abandonados ou privados do convívio familiar por motivos outros como abuso sexual, violência e maus

tratos. Permitir a colocação em família substituta foi a solução encontrada pela legislação especial, com o propósito de dar a estas educação e assistência material, moral e intelectual, mas, principalmente oferecer-lhes um ambiente familiar digno, com muito amor e carinho.

Estudos comprovam que o desenvolvimento de crianças educadas por homossexuais é idêntico ao daqueles criados em lares ditos convencionais. O que importa é o papel que cada responsável desempenha diante da educação dada aos seus filhos. Não há ligação que comprove ser o filho de um homossexual também homossexual apenas por causa da opção do pai ou mãe. Afinal, os homossexuais em sua maioria, são filhos de pais heterossexuais.

De fato, se duas pessoas mantem uma convivência pública, contínua e duradoura, sejam elas hetero ou homossexuais, com um lar respeitável alicerçado na lealdade e fidelidade recíproca, respeito mútuo, com comunhão de vida e interesses, estão mais do que aptas a oferecer um ambiente familiar adequado para uma criança ou adolescente.

5.1.2 Inseminação artificial

Os impecilhos quanto a adoção fazem com que outras soluções sejam buscadas por quem quer consolidar uma família com prole.

Com o avanço das técnicas de inseminação artificial, o nexó existente entre a reprodução e o sexo foi afastado. A revolução provocada pela engenharia genética, a concepção não mais decorre, necessariamente, via contato sexual entre um homem e uma mulher.

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.

Agora o sonho de ter filhos e de constituir família 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 o Estado não teve outro jeito senão acompanhar esta evolução. Tanto é assim que o Conselho Federal de Medicina adotou normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. O Código Civil em seu artigo 1.597, III a V, não conseguiu ignorar esses avanços e, ao estabelecer presunções de paternidade, faz referência a elas, ainda que de forma bastante limitada.

A concepção chama-se homóloga quando o material genético utilizado no

procedimento de fertilização é do marido. Por presunção, ele é o genitor. Já na concepção heteróloga, é feito uso de espermatozoides de doador. Havendo a concordância do marido, ele é considerado o pai.

Essas normatizações, no entanto, não são suficientes para atender aos avanços da ciência. Assim, quando surge situação não prevista no ordenamento jurídico, o Poder Judiciário é convocado a decidir. Como se vive em um Estado Democrático de Direito, as decisões dos juízes não podem se afastar dos comandos constitucionais. A lacuna da lei não significa ausência de direito, e a justiça precisa decidir de conformidade com os mandamentos constitucionais.

Com o alargamento do conceito de família não mais se pode admitir presunções de paternidade exclusivamente no casamento. A união estável adquiriu o status de família, e as uniões de pessoas do mesmo sexo passaram a ser reconhecidas como entidade familiar pela jurisprudência. As famílias, todas elas, embalam o sonho de ter filhos e não há como limitar o uso das técnicas reprodutivas aos cônjuges ou a quem vive em união estável. Também as famílias homoafetivas precisam ter acesso a filiação, ainda que, enquanto casal, não consigam procriar.

Como não é possível negar o uso dos meios reprodutivos em face da orientação sexual de quem quer ter filhos, os homossexuais passaram a se socorrer da concepção medicamente assistida.

Foi exercitando este direito que um casal de lésbicas do Estado de São Paulo, resolveram realizar o sonho de aumentar sua família. Uma das parceiras doou os óvulos que, fertilizados em laboratório, foram implantados no útero de sua companheira, que deu à luz a um casal de gêmeos.⁷

Mais uma vez a pergunta. Quem é a mãe? Não cabe outra resposta: ambas são as genitoras. O só fato de ter uma delas ter carregado os filhos no seu ventre, não a autoriza a registrá-lo somente em seu nome. Aliás, a justiça já vem admitindo que, em caso de gestação por substituição, o registro seja feito em nome de quem forneceu o material genético. De outro lado, nada justifica impedir que no registro de nascimento conste também o nome de sua companheira. O exame de DNA comprova ser ela a mãe biológica. Esta é a única solução. Proceder ao registro em nome de ambas, pois as duas são mães, não só por uma ser a mãe gestacional e a outra a mãe biológica. Indiscutivelmente, são elas as mães, porque juntas

7 Ver. <http://www.emdiacomacidadania.com.br/post.php?titulo=bebe-vai-ter-duas-maes-no-registro>

planejaram tê-los e juntas não mediram esforços para que o sonho comum se realizasse.

Diante desta realidade, que se tornou possível graça aos avanços da ciência, outra não poderá ser a resposta da justiça, senão determinar que o registro retrate a verdade. Negar a aos gêmeos o direito de serem reconhecidos como filhos do casal é afrontar o direito a identidade, é desrespeitar o princípio da dignidade humana, é negar-lhes o direito à convivência familiar. Afinal, crianças e adolescentes merecem, com prioridade absoluta, especial proteção do Estado. Para isso indispensável que as duas exerçam o poder familiar e assumam juntas todos os encargos decorrentes desse poder-dever, entre eles, o de criá-los, educá-los e tê-los em sua companhia. Enfim, é de ambas o compromisso de torná-los cidadãos que se orgulhem de terem nascido em um país que sabe respeitar a dignidade de cada brasileiro.

5.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

No Estatuto da Criança e do Adolescente não há qualquer restrição a possibilidade de adoção por homossexuais. Na verdade, o Estatuto sequer faz menção a orientação sexual do adotante. O enunciado do artigo 42 desse diploma legal limita-se a prescrever que podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil. Assim, a faculdade de adotar é concedida a homens e mulheres, em conjunto ou isoladamente, bastando que sejam preenchidos os requisitos exigidos no referido Estatuto.

Para alguns, para que uma criança seja adotada por mais de uma pessoa, há a exigência de que tenham o sexo diferente (art. 42, §§ 2º e 4º do ECA), partindo-se do pressuposto que, para a CF/88, a entidade familiar é formada apenas por pessoas de sexo diferente. Porém, Maria Berenice Dias pensa diferente. Para ela, a adoção por ambos os parceiros não é proibida, uma vez que o art. 28 do ECA não define família substituta ao permitir a colocação da criança em seu seio. A única oposição que poderia ser feita, mas também sem fundamento, seria o art. 29 do ECA onde dispõe que não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça um ambiente familiar adequado. Porém, o simples fato de ser homossexual não implica na impossibilidade de fornecer um ambiente familiar adequado. Deve ser avaliado caso a caso. Como existem homossexuais que tem vida desregrada, também existem heterossexuais que a tem da mesma forma. Não se pode generalizar.

Deve prevalecer, portanto o art. 43 do referido Estatuto, onde consta que a adoção deverá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando, devendo fundar-se em motivos legítimos.

Portanto aí, vemos demonstrada que a real preocupação deverá ser sempre o bem-estar do menor, considerando-se a total inexistência de motivos legítimos para que um menor permaneça fora de um lar. Se os parceiros ainda que do mesmo sexo vivem uma verdadeira “união estável”, havendo, como já foi ressaltado, a existência de um lar respeitável e duradouro, cumprindo aqueles os deveres assemelhados aos dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade e a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de afetos, vidas e interesses, haverá também, legítimo interesse na adoção, não se podendo ignorar a existência de reais vantagens para o menor.

Não podemos esquecer o comando do artigo 227 da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado assegurar a 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 a criminalidade, ao vício e a toda sorte de violências e privações.

No ECA, a principal fonte de suas normas é oferecer o máximo possível de proteção as crianças e adolescentes, inclusive na forma de adoção. Procurando, nesse caso, buscar reais vantagens para o adotando, e encontrando essas vantagens em uniões homoafetivas, não se pode negar a elas o seu direito.

Como podemos ver o que prevalece é o bem estar da criança, sendo assim em caso de uma dupla maternidade não podemos pensar diferente. Existindo um núcleo familiar, identificada uma união estável e estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, imperioso o reconhecimento da dupla maternidade. Para assegurar a proteção do filho, as duas mães precisam assumir os encargos do poder familiar.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela, os filhos são deixados a mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar as mães da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo.

5.3 Filiação homoafetiva

Vale lembrar que nem sempre a filiação decorre de união sexual, pois pode provir de

inseminação artificial homóloga ou heteróloga.

Venosa (2007, p. 205) diz que: “sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua consituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais em relação aos filhos”.⁸

A presença de um elo de afetividade que gera uma entidade familiar a ser abrigada no Direito de Família. Desse conceito de família não podem ser excluídos os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que, com a denominação de uniões homoafetivas, vem sendo reconhecidas pela jurisprudência.

O afeto é o elemento identificador das entidades familiares, e é esse mesmo sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A jurisprudência passou a atentar no melhor interesse da criança e a deferir a filiação a quem ela considera pai e que a ama como filha. Tal fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo a realidade biológica.

A questão da filiação é a que mais divide opiniões entre a sociedade em geral, visto que muitos não vislumbram a possibilidade de parceiros do mesmo sexo realizarem o sonho de serem pais. As controvérsias sobre a homoparentalidade tem por base o preconceito e a discriminação que ainda hoje estão presentes na nossa cultura.

Maria Berenice Dias destaca que:

A restrição à homoparentalidade afeta o mais sagrado de todos os direitos fundamentais, o direito de personalidade, no qual está inserido o direito de ter filhos, pois a maternidade e a paternidade fazem parte do ideário humano, de seu espectro de realização como seres humanos (DIAS, 2009, p. 210).⁹

Existem muitos mitos de que os filhos criados por casais homossexuais teriam a tendência de se tornarem homossexuais, mas vale lembrar que os homossexuais são filhos de relacionamentos heterossexuais, daí, pode-se dizer que não há relação direta entre aquilo que se vive, a formação é uma escolha futura.

Notamos que, independente de opiniões pessoais favoráveis ou desfavoráveis, a convivência de crianças e adolescentes com casais homossexuais está presente no nosso cotidiano, e não há base científica para que se diga ser prejudicial essa convivência.

No caso da dupla maternidade quando é negado o direito à filiação em nome das

8 Ver. VENOSA, Sílvio de. **Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

9 Ver. DIAS, Maria Berenice. **UNIÃO HOMOAFETIVA: O preconceito & a justiça**. 4. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

duas mães, a criança fica em desfavor, principalmente quanto aos aspectos assistenciais e patrimoniais. O filho ao invés de ter todas as prerrogativas inerentes a filiação, como alimentos, direitos sucessórios, em relação as duas pessoas, terá apenas em relação a uma.

A negação do direito a dupla maternidade subtrai da criança a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui, afrontando assim os preceitos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se a criança goza da posse de estado de filho não tem por que não ser reconhecida a filiação socioafetiva com relação a ambos os parceiros, ainda que sejam do mesmo sexo, estabelecendo assim um vínculo jurídico.

Qualquer que seja a filiação, biológica, dentro ou fora do casamento, adotiva, por inseminação artificial ou socioafetiva, não se pode negar o direito de ver declarada a parentalidade da criança envolvida, independentemente da orientação sexual de seus pais. Até porque essa negação seria, além de contrária a realidade da força dos laços construídos, também inconstitucional, pois se todos os filhos são iguais e se a filiação sócio-afetiva tem recebido tutela, não se pode excluir do filho um direito em razão de um atributo de personalidade de seus pais.

Portanto, o desenvolvimento da noção de filiação sócioafetiva tem sido um dos pilares do Novo Direito de Família, a pretender maior comunicação com as relações socialmente relevantes e seus efeitos jurídicos, podendo vir a exercer importante função, ao lado de outras possibilidades, para a relação de parentalidade e filiação nas famílias homossexuais, uma vez que o que se busca é a proteção do menor.

5.4 Lei de Registro Público

Muitas crianças e adolescentes convivem com o companheiro ou companheira homossexual da mãe ou do pai, após a separação destes, ou morte de um deles. Também não há como negar que as técnicas de procriação assistida e o uso de bancos de material reprodutivo possibilitam que alguém, indicando produção independente, possa facilmente criar uma criança na companhia de um parceiro (a) do mesmo sexo.

O registro civil de pessoas naturais é de suma importância pois resguarda direitos que acompanham a pessoa natural desde seu nascimento até sua morte. Com ele é constituído a parentalidade registral, que goza de presunção de veracidade e publicidade, conforme

preceitua artigo 1.603 do CC onde dispõe que a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

A Desembargadora Maria Berenice Dias destaca que:

Embora o valor do liame registral, hoje, seja inferior ao valor do liame socioafetivo, ainda é a principal fonte de direitos e deveres: gera dever de alimentos e de mútua assistência, alicerça o direito sucessório e as limitações legais que regulam atos jurídicos entre ascendentes e descendentes (DIAS, 2009, p. 332).¹⁰

O momento social deve ser acompanhado pelo direito. Se a lei não acompanhar a evolução da sociedade, o direito não pode ficar esperando-a acontecer. Casos concretos surgem para serem julgados e a solução não pode ser baseada em opiniões preconceituosas de julgadores, em posturas individuais, sejam de aceitação ou de discordância.

Para os magistrados concederem a adoção conjunta aos homossexuais ou o registro de dupla maternidade, fundam ou devem se fundar, especialmente, nos princípios. As normas podem ter maior ou menor relevância dentro de um sistema jurídico, sendo que os princípios estão entre as de maior relevância.

Formalmente, os princípios são fonte supletiva, conforme art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, já citado anteriormente. Contudo, substancialmente, os princípios vem em primeiro lugar e constituem a porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito. Ou seja, eles possuem função integradora e interpretativa. Entretanto, nota-se que os critérios tradicionais, como o cronológico, o da especialidade e o hierárquico são de pouca valia na solução dos conflitos principiológicos. O melhor método, portanto, é o da ponderação de bens, ou seja, de valores e interesses, mensurando-os proporcionalmente, diante do caso concreto, desde que haja uma maior consideração pelos direitos fundamentais.

No caso da concessão do registro civil do menor em nome de dois pais ou duas mães, a ausência de permissão legal não impede o seu deferimento, que é possibilitado mediante a aplicação de determinados princípios, partindo de uma atividade interpretativa. Mais do que isso, os princípios não só possibilitam como, de fato, autorizam a concessão da adoção aos casais que vivem em união homoafetiva, salvo se estes não oferecerem ambiente familiar adequado para a criança ou adolescente, fato que não decorrerá da orientação sexual e vale também para os casais heterossexuais.

No caso de inseminação artificial a situação é a mesma visto que mesmo sem previsão legal a criança poderá obter seu registro civil sem maiores problemas. A questão é a

¹⁰ Ver. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ausência do nome de ambos os parceiros no referido documento. A inexistência do registro deixa o filho desprotegido diante da ausência de vínculo jurídico, que não permite a imposição do dever de prestar alimentos, não garante direitos sucessórios nem assegura o direito de visitas. Esta atitude acaba por impedir o exercício de direitos que a criança, de fato, possui.

Alguns afirmam que a doação ou o testamento resolveriam esta situação, contudo, o prejuízo, nestes casos, não é só o econômico. As situações familiares não podem e nem devem ser resolvidas como se fossem meros problemas financeiros. Tal argumentação nem seria necessária, pois qualquer fato social que não seja abarcado pelo sistema jurídico produz consequências e se traduz em restrição de direitos.

A criança que convive com um casal homossexual, quando se vê sem um deles, em razão de separação ou morte, e não possui vínculo jurídico em relação ao outro, passa por um período de instabilidade, visto que sua tutela ou guarda pode ser deferida a terceira pessoa que nada tinha a ver com seu núcleo familiar, além de não poder exigir o cumprimento de certos direitos, como o de visitas. A ausência de vínculo jurídico pode prejudicar a continuidade de uma relação de afeto já existente, fato que não traz benefícios para nenhuma das partes.

Alguns doutrinadores alertam para a inconveniência que é, para as crianças que vivem com pais homossexuais, a referência do nome de dois pais ou de duas mães na certidão de nascimento da criança, por não ser o convencional e porque a lei de Registros Públicos veda tal situação ao determinar o impedimento do nome dos pais, fazendo referência a pai e mãe. Outros, contrariamente, asseveram que a formalidade e o convencionalismo não são argumentos suficientes quando, de outro lado, estão presentes o melhor interesse da criança, a afetividade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

Para Maria Berenice Dias, não há na Lei de Registros Públicos obstáculo nenhum a indicação de duas pessoas do mesmo sexo como genitores, bastando registrar a criança como "filho de", acrescentando o nome dos pais.

Deste ponto de vista, torna-se possível admitir, por completa ficção jurídica, que, aliás, é característica inerente de qualquer adoção, a aposição dos nomes de dois pais ou duas mães no registro civil, sempre que isto resultar na efetivação do princípio do melhor interesse da criança.

Hoje temos em voga o caso de Adriana Maciel e Munira Kalivive, um casal de

lésbicas que deram a luz a gêmeos no dia 29/04/2009.¹¹ A partir daí travou-se uma luta para o reconhecimento da dupla maternidade uma vez que a barriga é de Adriana mas os óvulos fecundados que grudaram no útero dela pertenciam a Munira. Este caso vem gerando muita polêmica, pois, para o direito, mãe biológica é quem carrega a criança no ventre. Mas um exame de DNA mostraria o contrário, existem duas mães, uma de acordo com a lei, outra de acordo com a ciência.

Quando a criança é registrada somente em nome de uma das mães, só dela pode cobrar direitos e buscar deveres, afastando assim, a responsabilidade da companheira.

Em qualquer hipótese, o filho, mesmo antes de seu nascimento, tem o direito de ser registrado em nome de seus genitores. Trata-se de um direito à identidade pessoal e familiar, que é assegurado desde a concepção. Mesmo sendo fruto de uma união homoafetiva, não se pode negar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos direitos personalíssimos.

Infelizmente com o atraso das leis brasileiras o registro no caso de dupla maternidade, assim como no caso da adoção só pode ser feito judicialmente, apesar de não existir na legislação nada que impeça o registro de uma criança por duas mulheres.

Como sabemos, o que prevalece é o vínculo afetivo, que atende, por sua vez, ao mandamento constitucional da máxima proteção ao menor.

O direito, como regulador da vida em sociedade, é por isso mesmo dinâmico, e deve acompanhar e interagir com as relações humanas.

A legitimação jurídica de uma entidade familiar constituída por filhos de dois pais ou duas mães poderia impulsionar uma maior legitimação social destas mesmas entidades, contribuindo para o respeito, contra o preconceito, a favor de uma sociedade livre, justa e solidária.

11 Ver. <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>

6 CONSTRUÇÕES JURISPRUDENCIAIS

O nosso poder judiciário ainda é muito conservador, mas o papel da jurisprudência é antecipar um entendimento a ser transformado em Lei pelo Congresso Nacional. No caso de lacuna na lei, conforme já dito anteriormente, o juiz deve pautar-se usando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Conforme palestra proferida pela desembargadora Maria Berenice Dias:

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de “corretas”. Vivenciar uma situação não prevista na legislação não significa viver à margem da lei. Muito menos a omissão legal quer dizer ausência de direito. Nada justifica a vedação de acesso à Justiça. A falta de lei não pode impedir a busca da tutela jurídica (DIAS, 2002).¹²

Sendo assim, a jurisprudência sempre surge antes da lei. Por isso, torna-se importante dar um passeio sobre a jurisprudência brasileira a respeito da união homossexual e seus reflexos. Em alguns Estados, a jurisprudência vem identificando as uniões homoafetivas como união estável e as incluindo no Direito de Família. Um dos Estados mais avançado é o Rio Grande do Sul.

Em 12/04/2006, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deferiu a adoção de duas crianças a um casal homossexual (Apelação Cível nº 70013801592 – Sétima Câmara Cível). O relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos declara em seu voto:

EMENTA: 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.¹³

Em 21/12/2005, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a união homoafetiva de duas mulheres (Apelação Cível nº 70012836755 – Sétima Câmara

12 Ver. http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=62&isPopUp=true

13 Ver. http://tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php

Cível). A relatora Des. Maria Berenice Dias declara em seu voto:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo.¹⁴

Em 23/09/2008, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu ao companheiro sobrevivente recebimento de benefícios previdenciários (Apelação Cível nº 1.0024.07.776452-0/001 – Comarca de Belo Horizonte). O relator Des. Unias Silva declara em seu voto:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - RECONHECIMENTO DE DIREITO AO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - CONTRATO FIRMADO COM ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - UNIÃO HOMOAFETIVA COMPROVADA - TENTATIVA DE INCLUSÃO DO COMPANHEIRO COMO DEPENDENTE - INÉRCIA DA CONTRATADA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL QUE VEDE A POSSIBILIDADE DO SEGURADO POSSUIR UM COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA - VEDAÇÃO QUE CASO EXISTISSE SERIA NULA DE PLENO DIREITO - PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA QUE NÃO É ACEITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL RESTRITIVA DE DIREITOS DO CONTRATANTE - FRUSTAÇÃO INDEVIDA DE SUAS EXPECTATIVAS - OBRIGAÇÃO DE PAGAR A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA DECORRENTE DA MORTE DO COMPANHEIRO QUE DEVE SER DECRETADA PELO PODER JUDICIÁRIO. - Comprovada a existência de união estável homoafetiva, bem como a dependência entre os companheiros e o caráter de entidade familiar externado na relação, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente o direito de receber benefícios previdenciários decorrentes de plano de previdência privada. Tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício previdenciário, ensejaria o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada, que permitia quando da celebração do contrato que o segurador possuísse companheiro e ainda garantia, que este seria beneficiário do plano quando algum sinistro ocorresse, portanto, o fato de tal companheiro ser do mesmo sexo do contratante (união homoafetiva) jamais enseja um desequilíbrio nos cálculos atuariais a impedir o pagamento pleiteado, prejuízos esses, os quais sequer foram comprovados nos autos.¹⁵

Em dezembro de 2008, o juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga, da 8ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, reconheceu a união estável homoafetiva de duas professoras que viviam juntas há cerca de 10 anos. O juiz também permitiu que constassem o

14 Ver. http://tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php

15 Ver. [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=776452&complemento=1&sequencial=0&palavras)

tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=776452&complemento=1&sequencial=0&palavras
Consulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=

nome das duas no registro de nascimento de um menino e uma menina, também concebidos por inseminação artificial.¹⁶

Conclui sabiamente Maria Berenice Dias:

Merece ser louvada a coragem de ousar, quando se ultrapassam tabus que rondam o tema da sexualidade e rompe-se o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Ainda bem que está havendo verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firme oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou ciência de sua missão de criar o direito. Não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito (DIAS, 2009, p. 194).¹⁷

16 Ver. <http://www.conjur.com.br/2009-jun-07/duplo-registro-maternidade-vira-precedente-judiciario-brasileiro>

17 Ver. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

7 ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

Novos arranjos e composições familiares se materializaram sem que a Lei tivesse tempo de prever e proteger seus direitos. A garantia dessa pluralidade se encontra ameaçada, sendo necessário um ordenamento jurídico mais humanitário e inclusivo. Para minimizar estes efeitos, tramita no Congresso o PL 2285/07 denominado Estatuto das Famílias. Este estatuto propõe a revisão e uma grande reforma em todo o sistema jurídico brasileiro sobre a família. O Projeto de Lei é produto do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que veio instalar novos paradigmas jurídicos para a organização das famílias. Em sua essência ele valoriza o sujeito e não o objeto, isto é, a instituição.

O objetivo foi promover uma revisão ao reunir, em uma legislação única, todos os direitos referentes as novas configurações familiares brasileiras, além de dar suporte aos magistrados brasileiros no que se refere as ações de Direito de Família. É um Estatuto que inclui e legitima todas as formas de famílias conjugais e parentais. Dentre as famílias conjugais estão aquelas constituídas pelo casamento, união estável entre homens e mulheres, e também as homoafetivas. Há lugar e regulamentação para todas, das tradicionais às alternativas. Afinal, Direito é também um instrumento ideológico que vai incluindo ou excluindo pessoas ou categorias do laço social, na medida em que legitima ou ilegítima determinados tipos de família. A razão destas exclusões ou ilegitimidades são puramente de ordem moral, com isso, a do Direito de Família está recheada de injustiças e de exclusões.

O Estatuto das Famílias, além de incorporar vários projetos de lei específicos que tramitam no Congresso Nacional, busca soluções para conflitos e demandas familiares, a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade. Optou-se pela celeridade, simplicidade, informalidade, fungibilidade e economia processual a fim de proporcionar a efetiva concretização dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade e solidariedade familiar.

CONCLUSÃO

Neste trabalho estudamos uma realidade fática que não é legislada no ordenamento jurídico brasileiro, as uniões homossexuais e seus reflexos na sociedade.

Pelo que se pode notar a regularização da parceria civil homossexual e da dupla maternidade trilhará ainda passos tortuosos como trilhou a união estável, a lei do divórcio, a questão do filho tido fora do casamento, que tiveram muita dificuldade para serem aceitos pela sociedade que, em sua maioria, é conservadora e preconceituosa. A evolução da família está se impondo e a sociedade, mais cedo ou mais tarde, terá que aceitar o que já existe em toda esquina, mas que precisa de proteção jurídica para assegurar a dignidade humana.

Escutamos várias justificativas para a não permissão da adoção por pares homossexuais e do registro civil no caso de dupla maternidade. Uma delas é a de que a criança poderá sofrer discriminações na escola e nos demais ambientes em que frequentará. O importante é que ela seja preparada desde cedo para saber enfrentá-las e, quando estiver sofrendo por tais discriminações, ser acolhida e respeitada por seus pais ou suas mães, dando-lhe amparo e segurança. Quem nunca sofreu discriminação na vida? Sofre o negro, o adotado de um modo geral, o pobre, a mulher, o homossexual.

Após todo esse estudo, chega-se a conclusão que o primordial em toda essa história é o bem estar e o desenvolvimento saudável da criança, a possibilidade de ver seu direito constitucional de ter uma família respeitado. É inadmissível privá-la dessa experiência por puro preconceito. Homossexualidade não é doença e não pega. É apenas uma orientação sexual do indivíduo. Ninguém escolhe ser homossexual. Existem pessoas maravilhosas, dignas e respeitáveis que se descobriram homossexuais e merecem ser felizes. A eficiência da criação, o desenvolvimento e o bem-estar das crianças não dependem da orientação sexual dos pais. A jurisprudência deve acompanhar a evolução dos padrões aceitos pela sociedade, mesmo que estes não atendam aos comportamentos desejados. O juiz não pode esquecer sua missão de agente da justiça. No entanto, tem uma opção fundamental, ou se posiciona em conceitos já ultrapassados, ou assume uma posição de maior criatividade, buscando novos conceitos com vista a solução dos novos problemas que surgem a todo instante.

Portanto, se a prole ou capacidade procriativa não é essencial para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica ter deixado de abrigar sob o conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria lei não faz

qualquer distinção entre essas em razão do sexo. Apesar das dificuldades enfrentadas, a utopia de uma sociedade justa, fraterna e igualitária nos alimenta, dá forças a continuar a perseguir um Direito sem excluídos, em um país onde o acesso à justiça ainda não é para todos.

O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Não se vislumbram distúrbios, desvios de conduta ou efeitos danosos à estabilidade emocional, e nada comprova que a falta do modelo heterossexual confunde a identidade de gênero. O que influencia a sexualidade de maneira significativa é a relação que os pais estabelecem entre si e a função que exercem no âmbito familiar, o que independe do gênero.

Podemos concluir que os filhos advindos de uniões homossexuais merecem reconhecimento jurídico. Não se pode negar a criança a proteção jurídica dessa relação. No caso de registro com duas mães o que mudaria? Nada, a diferença é que a criança estaria protegida, já que, juridicamente, ela poderá usufruir da qualidade de filho com relação a ambas. A opção sexual não pode implicar na perda de direitos fundamentais, e a própria CF nos obriga a isso ao estabelecer como um de seus objetivos fundamentais a proteção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além do princípio maior que é o da proteção da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Márcia de. Bebê vai ter duas mães no registro. Disponível em: <<http://www.emdiacomacidadania.com.br/post.php?titulo=bebe-vai-ter-duas-maes-no-registro>>. Acesso em: 15 out. 2009.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015.htm>. Acesso em: 14 jul. 2009.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 14 jul. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 22 out. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 608 p.

_____. *UNIÃO HOMOAFETIVA: O preconceito & a justiça*. 4. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 320 p.

_____. Uniões Homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Palestra proferida no Curso de Extensão em Direito Civil – Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente, de acordo com o novo Código Civil, promovido pelo Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa, com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na data de 16.10.2002, em Brasília-DF. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=62&isPopUp=true>. Acesso em: 20 out. 2009.

FIUZA, César. *Direito Civil Curso Completo*. 8. ed. São Paulo: Del Rey, 2004. 1.028 p.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 474 p.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 179 p.

JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Acórdão, Apelação Cível nº 70013801592. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Bagé, 12 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 26 out. 2009.

JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. União Homoafetiva. Reconhecimento. Acórdão, Apelação Cível nº 70012836755. Relatora Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 21 de dezembro de 2005. Disponível em:

- <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 26 out. 2009.
- JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Reconhecimento de direito ao recebimento de benefício previdenciário. Acórdão, Apelação Cível nº 1.0024.07.776452-0/001. Relator Des. Unias Silva. Belo Horizonte, 10 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=776452&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical>. Acesso em: 27 out. 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito de Família*. Vol 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 525 p.
- LIMA, Francine. Estou grávida da minha namorada. Revista Época on line. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>>. Acesso em: 03 set. 2009.
- MILÍCIO, Gláucia. Duplo registro de maternidade vira precedente. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-07/duplo-registro-maternidade-vira-precedente-judiciario-brasileiro>>. Acesso em: 08 out. 2009.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 28 set. 2009.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 384 p.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *PATERNIDADE: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial*. Belo Horizonte, 2001. 348 p.
- VENOSA, Sílvio de. *Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 459 p.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética: Temas Atuais e seus Aspectos Jurídicos*. Brasília: Ed. Consulex, 2006. 145 p.
- WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 756 p.