



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A União Homoafetiva como entidade familiar

Maria de Fátima Diaz Perez da Silva

Rio de Janeiro

2009

MARIA DE FÁTIMA DIAZ PEREZ DA SILVA

A União Homoafetiva como entidade familiar

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof^º. Nelson Tavares

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro

2009

A União Homoafetiva como entidade familiar

Maria de Fátima Diaz Perez da Silva

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que toda pessoa tem o direito de se relacionar afetivamente com quem escolher, independentemente de opção sexual, uma vez que são direitos inerentes do ser humano a vida privada, dignidade, igualdade, liberdade, entre outros. Não é admissível que um Estado Democrático de Direito aceite, mesmo que de forma implícita, a discriminação por qualquer motivo. Conceitos morais, éticos e religiosos não devem interferir na aplicação da Justiça. No Brasil ainda não há regulamentação específica de forma a assegurar uma série de direitos às relações homoafetivas, bem como o seu reconhecimento como entidade familiar.

Palavras chave: Direito Civil (Direito de Família), União homoafetiva, efeitos, e regulamentação.

Sumário: Introdução; 1. A família no direito brasileiro após CRFB DE 1988; 1.1. O novo conceito de família; 1.2. Princípios e garantia fundamentais norteadores das relações familiares; 2. Conseqüências do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar; 3. Os benefícios concedidos e os direitos sucessórios nas relações homoafetivas; 4. A guarda de filhos e a adoção por homossexuais; 5. O direito a dupla filiação; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Trabalho, ora proposto, tem por objetivo expor a questão da união homoafetiva e o seu reconhecimento como entidade familiar, abordando especificamente alguns efeitos advindos dessa relação, como a questão da adoção e dupla filiação, citando um caso raro diante da justiça brasileira que é o direito ao registro civil da dupla maternidade.

O conceito de família precisou ser reinventado. As relações extramatrimoniais dispõem de assento constitucional, e as uniões homoafetivas, embora ainda não tenha regulamentação específica, vem sendo a ela atribuídos alguns efeitos jurídicos, que antes só eram reconhecidos as relações matrimoniais e a união estável. A família desvinculou-se do modelo originário.

O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética romperam o paradigma: casamento, sexo e procriação. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade.

A visão pluralista das relações interpessoais levou à necessidade de buscar a identificação de um diferencial para definir família. Não se pode deixar de ver no afeto o elo que enlaça sentimentos, compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, a merecer abrigo no Direito de Família.

Busca-se tratar das relações homoafetivas, sob a nova concepção de família e as profundas transformações ocorridas, principalmente em relação à dupla filiação, o que levou a repensar as relações materno e paterno-filiais e os valores que as moldam.

Dessa forma, tendo como princípio fundamental e finalidade a promoção da dignidade da pessoa humana, merece tutela jurídica e especial proteção do Estado e o seu reconhecimento jurídico como entidade familiar e o direito ao Registro Civil de pessoas advindas de uniões homoafetivas.

Objetiva-se fazer um paralelo da antiga concepção de família e o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas que reflete, por exemplo, no rompimento da unidade biológica, atentos para a renovação contínua do conceito de família e a relativização da família nuclear tradicional.

Atualmente a família em si, deve ser funcionalizada e o que importa é o exercício da função parental de papéis maternos e/ ou paternos predefinidos. A filiação não é mais produto unicamente da reprodução biológica; a família não é mais constituída por pessoas que moram na mesma casa; a adoção ou a miscigenação de casais forma famílias multirraciais e a diversidade religiosa demanda tolerância e laicização integral do estado.

Ao longo do artigo será analisado o conceito de família adotado após a Constituição Federal de 88, o reconhecimento como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo e os efeitos jurídicos advindos dessa união e a constituição de famílias formadas por indivíduos homossexuais que adotam ou que se utilizam de reprodução assistida ou por meio de outras técnicas da medicina colocadas a disposição da sociedade.

Por fim, será abordado o direito ao registro civil de dupla maternidade ou paternidade de filhos advindos de uniões homoafetivas abordando seus aspectos e reflexos no mundo jurídico.

1. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A CRFB/1988

A Carta Magna de 1988 garantiu ampla proteção à família, definindo outras espécies de entidade familiar, ou seja, o casamento deixou de ser a única forma de se constituir família e a união estável passou a ser reconhecida pela Lei Maior e a ter a tutela do Estado.

Além disso, entende-se que a expressão “entidade familiar” deve definir a nova família que surgiu, e que não é mais aquela formada apenas por marido, mulher e seus filhos, também é aquela composta por somente um dos genitores e sua prole, tios ou avós que criam sobrinhos ou netos, dentre outros.

Segundo ROSENVALD (2010) os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família, que tem seu quadro evolutivo atrelado ao avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo admissível que esteja presa a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva adaptada a valores vigentes.

Dessa forma, tanto a união estável como a família monoparental perderam o caráter da ilegitimidade e agora são protegidas legalmente.

Ao observar o artigo 226, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal verifica-se que não há disposição expressa à necessidade das pessoas terem sexos diferentes para se casar, porém constata-se que o Código Civil de 2002 embora não defina casamento, deixa evidenciado que é ato a ser consumado entre um homem e uma mulher, pois a todo instante faz referência a homem e mulher ou a marido e mulher (arts.1514, 1517, 1565, 1567).

Com relação à união estável, a Lei Maior dispõe expressamente no §3º do artigo supra citado a exigência de diversidade de sexo. Para se configurar a união estável deve-se ter também convivência dos companheiros como se casados fossem de forma duradoura, contínua, pública com assistência moral e material recíproco.

No Direito brasileiro, a convivência entre pessoas do mesmo sexo não tem nenhuma regulamentação. A jurisprudência brasileira tem procurado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos às relações entre essas pessoas como uma legítima entidade familiar, como é reconhecido à união estável pela carta magna de 1988.

Se para a união estável o texto constitucional passou a identificá-la como uma legítima entidade familiar (art. 226,§ 3º), somente por sentença, mesmo que homologatória, poderá a sociedade homoafetiva ser reconhecida de forma que os pares não possam mais discutir aquilo que ficar resolvido e homologado judicialmente.

A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão, diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988, abrigando generosamente todas as formas de convivência existentes na sociedade. As explicitações do casamento, da união estável e da família monoparental não excluem as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, de modo público e contínuo. Em momento algum a Constituição veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. Tratar essas relações como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição. Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do País, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais.

Todavia, apesar da falta de previsão legal, os casais homossexuais têm alguns direitos assegurados pelo entendimento dos tribunais, visto que já é possível encontrar jurisprudência a respeito do tema.

1.1. O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

Até muito recentemente, a família era entendida como a união, por meio do casamento, de homem e mulher, com o objetivo de constituir uma prole e educar os filhos; mas não foram apenas essas mudanças em nível constitucional que marcaram a última década. No plano social, o tamanho das famílias e sua composição também vem sofrendo um rápido processo de transformação.

Com a industrialização dos grandes centros urbanos, há a explosão do êxodo rural. As famílias antes numerosas, agora vivendo nas cidades, em pequenos espaços, começaram a diminuir de tamanho.

Além disso, em decorrência dos problemas sociais, do desemprego, da violência urbana, da falta de segurança, grande é o número de pessoas que não constituiu família própria, nos moldes tradicionais. Essas pessoas vivem sozinhas, ou com parentes, com amigos, companheiros.

O modelo de família constituído por um homem e uma mulher, casados civil e religiosamente, eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideário de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que se reproduzem biologicamente com vistas à perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da felicidade pessoal dos pais não esgota o entendimento do que seja uma família.

A família é conceituada em sentido amplo como a comunidade de pessoas que se unem pelo vínculo do casamento, da união estável e do parentesco natural, que decorre da consanguinidade ou civil, que decorre de outras origens em que não há identidade biológica.

Um conceito restrito de família é a comunidade formada pelos pais, cônjuges ou companheiros e a sua prole ou por qualquer deles com a sua prole ou descendentes. Desse conceito, extrai-se como espécies de família a matrimonializada, que decorre do casamento; convivencial decorre da união estável e monoparental, surge pela presença de qualquer dos pais com seus filhos.

A doutrina moderna conceitua família como o grupo de pessoas que se une pelo afeto, afinidade e solidariedade, com o objetivo de comunhão de vida e projetos comuns.

1.2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A regulamentação das relações familiares passa a ser exercida pela principiologia constitucional por meio dos princípios da igualdade; isonomia; legalidade; da afetividade e, primordialmente, da dignidade da pessoa humana que, por ser um valor nuclear, confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucional.

A Constituição Federal no art. 5º, *caput* estabelece que o princípio da igualdade, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Segundo MORAES (2007), de acordo com esse princípio, são vedadas as diferenciações arbitrárias, tornando-se indispensável uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, para que as diferenças normativas não sejam discriminatórias, devendo estar presente uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais protegidos.

O código civil no art. 1511 prevê a igualdade jurídica entre os cônjuges. Esse princípio acabou de vez com a autoridade do marido e trouxe para a mulher a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal. A mulher também passou a ter o dever de sustento da família, dever de assistência material entre os cônjuges

O princípio de isonomia implica tratamento igualitário de todos os indivíduos, quer sejam heterossexuais ou homossexuais, isto é, como seres humanos têm o direito de se unir com quem desejarem, não importando a sua preferência sexual, pois os homossexuais

possuem o mesmo direito que os heterossexuais de conviver com outro indivíduo afetivamente, e ter esta união juridicamente protegida.

Com base neste princípio, os homossexuais poderiam ter os mesmos direitos das uniões estáveis entre heterossexuais, bastando que cumpram os requisitos para a constituição e reconhecimento de uma união estável, quais sejam convivência, mútua assistência, notoriedade da relação, relação relativamente duradoura e estável.

Entende-se que, mediante este princípio, os homossexuais, por serem minoria na população, devem ter até certo ponto tratamento desigual, tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigalam, do resto da sociedade, mas não se justifica que eles fiquem à margem do ordenamento jurídico. O que deve ser feito é um tipo de norma específica para eles, que regulamente a união de acordo com a peculiaridade desse tipo de relação.

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, assegura ao particular a prerrogativa de repelir eventuais proibições ou limitações que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei.

O Direito Brasileiro não regulamentou a união entre pessoas do mesmo sexo, mas também não a proibiu, portanto nenhum homossexual poderá ser privado de unir-se a outro como o intuito de conviver afetivamente constituindo uma família ou de construir um patrimônio junto ao seu parceiro. Como não foi a união entre homossexuais expressamente vedada pelo constituinte, cumpre concluir pela possibilidade jurídica do reconhecimento deste tipo de união.

A Carta Constitucional tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa,

constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a estima que merecem todos os seres humanos.

2. CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIDADE FAMILIAR

As relações homoafetivas são uma realidade no Brasil e no mundo. A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união de homossexuais, em 1989. A Constituição da África do Sul, de 1996, foi a primeira a proibir, explicitamente, a discriminação em razão da orientação sexual. A Holanda foi o primeiro país a autorizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, em 2001.

A legislação pátria não trata dos relacionamentos entre homossexuais, os dispositivos legais são referentes ao casamento e a união estável e exigem que a sejam relações entre homem e mulher, porém a forma como os tribunais tem visto as questões homossexuais tem mudado ao longo dos anos. Inicialmente as relações homoafetivas eram vistas pelos nossos magistrados como inexistentes por não envolverem pessoas de sexos opostos.

Perante o aumento de demandas, versando acerca dos direitos dos casais homossexuais, os julgadores foram levados a rever seus posicionamentos. Os conflitos, em sua maioria, envolviam e ainda envolvem bens patrimoniais.

Os tribunais passaram a notar a injustiça que cometiam não permitindo a partilha de bens, o direito a benefícios previdenciários, entre outros, apenas por falta de normas legais e passaram a analisar as relações homossexuais como “sociedade de fato”, ou seja, começaram a entender que se tratava de uma reunião de pessoas que reciprocamente se obrigam a

contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981 do Código Civil).

A súmula 380 do Supremo Tribunal Federal tem sido aplicada ainda em muitas decisões judiciais analogicamente aos casais homossexuais. Assim, entendida como uma sociedade de fato, deve haver a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, quando dissolvida a sociedade, por separação ou por morte.

Por ser entendida como sociedade de fato, que está prevista no Direito das Obrigações, mas por analogia, as disposições sobre ela passaram a ser aplicadas aos homossexuais, a competência para julgar as ações acerca de partilha de bens de homossexuais era das Varas Cíveis, sendo tratadas como relações estritamente comerciais.

Contudo, com o passar dos anos, a sociedade assim como os julgadores passaram a perceber que as relações homoafetivas envolviam sentimentos, assim como ocorre nas relações entre heterossexuais e que não poderiam ser tratadas como mera transação comercial, por isso começaram a entender que deveriam ser tratadas nas Varas de Família.

Ocorre que, de forma bastante conflitante, ao mesmo tempo que se passou a entender que as causas acerca das relações homossexuais devem ser julgadas pelos juízes de família, a maior parte deles mantêm o posicionamento de que o relacionamento homoafetivo continua sendo análogo à sociedade de fato.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passou a reconhecer alguns desses relacionamentos como união estável. É bem verdade que são decisões isoladas e proferidas pelo tribunal cujas decisões são de certo modo polêmicas e inovadoras, mas são decisões abrem precedentes e que vêm sendo adotadas pelos demais tribunais do país. A possibilidade do reconhecimento das relações homossexuais como união estável dá-se ante os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República.

A realidade social tem revelado a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais.

O princípio da igualdade consagrado nos artigos 3º, inciso IV e 5º da Constituição Federal, aboliu definitivamente, qualquer forma de discriminação. Um dos objetivos presentes na disciplina dos direitos fundamentais, dentre os mais acentuados pela doutrina, é o de assegurar a não discriminação, desta forma, o preceito constitucional se aplica a todos os direitos, abarcando, ainda, as liberdades e garantias pessoais.

A igualdade caminha juntamente com princípios de idêntica relevância, não podendo estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro. Ao se negarem direitos fundamentais a pessoas, que se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.

A inexistência de normatização não pode ser elevada a categoria de barreira para o reconhecimento de efeitos jurídicos emergentes de fato notório e reconhecido pela sociedade. Nem sempre a evolução legislativa acompanha a rapidez das mutações da sociedade. Incumbe ao Judiciário, utilizando-se dos princípios hermenêuticos, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-as às necessidades sociais.

O STJ em agosto de 2008 proferiu decisão em que admitiu a possibilidade de análise pela justiça do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para muitos casais já é um grande passo, já que a legislação brasileira não vê na união homoafetiva uma família.

3. OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS E A SUCESSÃO NAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS

Em relação à concessão de benefícios aos homossexuais os planos de saúde têm aceitado a inclusão dos parceiros como dependentes. Existe Resolução da Agência de Saúde Suplementar estabelecendo que podem ser incluídos no plano familiar os dependentes ou grupo familiar do contratante, entendendo por dependente aquele aceito pela Receita Federal e INSS como tal.

O STF a partir do Ato deliberativo 27/2009, passou a permitir que seus funcionários que vivem relações homoafetivas estáveis incluam seus parceiros como dependentes do plano de saúde do Tribunal, STF Med.

Para a Receita Federal, para efeitos de declaração de imposto de renda, são considerados dependentes o cônjuge, o parceiro desde que mantenham vida comum por aproximadamente cinco anos, ou tempo inferior se tiverem filhos.

Considerando que para efeitos legais os companheiros são aqueles que vivem em união estável e se a união estável não é possível entre pessoas do mesmo sexo, teria, em tese, a impressão de que não é possível que um parceiro mencionasse em sua declaração de imposto de renda seu parceiro como dependente.

No entanto, como existem decisões reconhecendo a existência de união estável entre homossexuais, passando a considerá-los companheiros, conclui-se que os parceiros homossexuais podem ser incluídos mediante determinação judicial, como dependentes do outro na declaração de imposto de renda.

Com relação ao INSS, considera-se dependente do segurado o companheiro homossexual para fins de concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão. Tal aceitação

decorrente de determinação judicial que tem abrangência nacional e possibilita ao parceiro pleitear o benefício em qualquer agência do INSS, pois houve uma equiparação entre homossexuais e heterossexuais com relação aos direitos previdenciários. Nenhuma medida judicial é necessária para ser concedido o benefício, bastando que o requerimento seja feito diretamente em umas das agências do INSS.

Ressalta - se que o próprio INSS regulou a matéria por meio da Instrução Normativa nº 25/2000, com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender determinação judicial em medida liminar em ação civil pública com eficácia *erga omnes*, ao fundamento de garantir o direito de igualdade previsto na Constituição. Posteriormente, o INSS também dispôs sobre a matéria, editando nova instrução normativa (INSS/DC n. 50 de 8/5/2001), por força da mesma ação civil pública nº. 2000.71.00.009347-0 proposta pelo MPF do Rio Grande do Sul.

A questão da sucessão entre casais homossexuais é de maior complexidade principalmente depois do Novo Código Civil, pois caso a união estável não seja reconhecida o direito sucessório não caberá para o parceiro sobrevivente e sendo a relação tratada como sociedade de fato, assim como ocorre na partilha de bens, seria uma parceria havida entre eles como uma sociedade comercial e em uma sociedade os sócios não são herdeiros um do outro, não existindo qualquer direito de herança.

Assim o parceiro poderá reaver a sua parte do patrimônio, devendo provar que contribuiu para a aquisição de bens durante a parceria, sendo observado o critério da proporcionalidade, podendo ser a metade do valor dos bens ou ser menos ou mais da metade. Poderá ser provado por testemunhas e documentos e estabelecido o período pelo qual a relação perdurou e a data da aquisição dos bens.

A contribuição poderá ser direta ou indireta. A direta advém da renda do trabalho produtivo ou fornecimento de recursos próprios (dinheiro, imóvel) e a indireta é dada na forma de prestação de serviços.

A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal determina que comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. A súmula mencionada deixou claro que para partilhar o patrimônio não basta apenas existência do relacionamento afetivo. A ideia predominante da súmula é a da sociedade de fato entre os parceiros, donde resulte um patrimônio ou aumento do mesmo já existente, que derivou do esforço de ambos.

Entende-se que a melhor forma dos homossexuais terem seus direitos patrimoniais garantidos, tanto na partilha quanto na sucessão, enquanto não há lei protegendo sua relação é ao adquirirem um bem imóvel mencionarem na escritura que o bem foi adquirido por ambos, indicando a exata proporção de contribuição de cada um ou fazer um contrato estabelecendo entre eles quais bens foram adquiridos durante a relação e qual parte cabe a cada um ou fazer testamento dispondo sobre os bens observando os limites impostos por lei.

Exemplificando, havendo herdeiros necessários será reservada a eles metade dos bens da legítima e apenas a outra metade estará disponível para o parceiro.

4. A GUARDA E A ADOÇÃO FEITA POR HOMOSSEXUAIS

No que se refere ao poder familiar o Novo Código Civil dispõe no artigo 1.638 que o perderá aquele que castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. O problema está no conceito de atos contrários à moral e aos bons costumes, pois se trata de algo bastante subjetivo que fica a critério do

magistrado, cabendo a ele não agir de forma discriminatória e não deixar de dar a guarda de uma criança a um homossexual baseando-se somente em sua orientação sexual.

Em janeiro de 2002, com a morte da cantora Cássia Eller (2002), o Brasil acompanhou pela imprensa o processo judicial pela guarda de seu filho, Chicão, cuja decisão final deferiu a guarda à Eugênia, ex-companheira da cantora, que era homossexual.

Pode-se verificar que não foi na preferência sexual da guardiã que o juiz se fundou para atribuir a guarda e, sim, nas qualidades morais e nas condições materiais de quem a pretendia. Se Eugênia não tivesse condições adequadas para criar uma criança, Chicão teria de ser afastado de sua companhia.

Ocorre que o menor vivia desde que nasceu com a mãe e sua companheira e aquele era o seu núcleo familiar e esse caso demonstra a real existência da família homossexual.

Quanto à adoção por homossexuais alguns óbices que devem ser esclarecidos para que ela possa ser efetivamente aceita na sociedade brasileira, a respeito do tema ensina DIAS (2007) que como o registro traz a identificação dos genitores e o § 1º do artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, no assento de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pai, conclui-se que o legislador supôs a diversidade de sexo do casal adotante.

Na adoção, ocorrendo simples substituição da filiação biológica, parece impossível que os pais registrais sejam do mesmo sexo e isso, poderia impossibilitar a adoção por dois homens ou duas mulheres, porque não poderiam constar como pais no registro de nascimento, porém a adoção é um instituto com caráter de ficção jurídica, pelo qual se cria um vínculo parental que não corresponde à realidade biológica.

Segundo a referida autora, deve-se levar em conta as seguintes questões: o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a colocação do menor no que chama de “família substituta”, não definindo qual a conformação dessa família.

Limitou-se a lei, em seu artigo 25, a conceituar a família natural que é a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes. Com essa definição, não se pode obrigar que a família substituta tenha a mesma estrutura da família natural; portanto, não há vedação para um casal homossexual ser reconhecido como uma família substituta apta a abrigar uma criança.

A única oposição seria com relação ao artigo 29 do mesmo diploma legal, onde dispõe que não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Contudo, não se pode declarar ser o ambiente familiar inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja incompatível, porque seria preconceito, pois as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, inclusive com parceiro fixo e fidelidade, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores.

Aqueles que são contra a adoção por homossexuais alegam que a ausência de referência de ambos os sexos poderia tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o menor tornar-se homossexual. Se este argumento for suficiente para se impedir a adoção por homossexuais, então também deveria ser argumento para impedir o divórcio, uma vez que, com a separação dos pais, a criança passará a viver com apenas um dos genitores, sem referência do outro sexo.

Outro argumento contrário é a possibilidade de a criança ser alvo de repúdio ou vítima de “brincadeiras”, podendo acarretar perturbações psicológicas, porém a Constituição Federal impede a discriminação de qualquer natureza, não sendo aceitáveis tais atitudes.

Entende-se, ainda, que, ao decidir sobre uma possível adoção, o juiz deve levar em conta as reais vantagens para o menor, conforme o artigo 43 da Lei 8069/90, decidindo, sempre, pelo seu bem-estar.

A nova lei de adoção, Lei 12.010/09, com a nova redação dada ao art. 42 do Estatuto da Criança e do adolescente não estabelece qualquer impedimento para o adotante homossexual, e sim apenas dispõe que maiores os de 18 (dezoito) anos, independentemente de estado civil, podem adotar. No §1º dispõe que não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando e no §3º diz que adotante deverá ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho do que o adotando.

Contudo, embora pareça inicialmente que a Lei 12.010/09 não dispôs de nenhum obstáculo para que seja feita a adoção por homossexuais, alguns dispositivos por ela alterados estabelecem algumas regras, que ensejam a sua proibição.

No art. 42, parágrafo 2º da nova lei da adoção, estabelece que a adoção quando for feita conjuntamente, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Diante do dispositivo acima citado, conclui-se que enquanto não reconhecida a união homossexual como entidade familiar, fica proibida a adoção conjunta por esses casais, o que contraria os ditames criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que tem como diretriz e base o princípio do melhor interesse do menor.

As jurisprudências dos tribunais brasileiro vem entendendo, na maioria das vezes, pela possibilidade de adoção por casais homossexuais, em razão do princípio acima mencionado, bem como pelas circunstâncias e provas apresentadas no casos em concreto.

Também existe o aspecto constitucional da criação de crianças por homossexuais, pois não é possível excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção garantido a todo cidadão apenas por sua preferência sexual, sob pena de infringir-se o respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

Não se deve esquecer que o artigo 227 da Constituição Federal atribuiu ao Estado o dever de assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, direitos que certamente as crianças não encontrarão na rua ou em orfanatos.

Pelos fins sociais do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Carta Magna, fica ainda mais clara a possibilidade da adoção por homossexuais, uma vez que a lei busca resguardar a dignidade da criança e do adolescente, procurando garantir-lhe um lar seguro, que lhe ofereça amor e carinho, independentemente da orientação sexual daqueles que a acolhem.

Os filhos inseridos em famílias homoafetivas, em razão do princípio do melhor interesse do menor e com base no princípio da igualdade entre os filhos, não podem sofrer exclusão por razões que não deram causa ou por moralismos da sociedade que tem preconceitos, independente da orientação sexual dos pais.

No que tange à adoção, no Brasil, é admissível o homossexual solteiro adotar, mas a adoção por casal homossexual, a princípio, não é permitida diante da letra fria da lei e sem uma interpretação do art. 1.618 do Código Civil.

Os indivíduos homossexuais que, sozinhos, adotam ou cuidam de seus filhos advindos de uma relação heterossexual, cativando além de laços sanguíneos, laços de afeto, coincidindo a filiação biológica com a socioafetiva, constituem famílias monoparentais, protegidas constitucionalmente.

Entretanto, no caso de famílias composta pelo casal homossexual, não se pode deixar de pensar na relação afetiva do parceiro homossexual com o enteado, e na possibilidade de uma adoção unilateral pelo mesmo, mantendo – se no registro civil do adotado o nome do pai ou da mãe que sejam do mesmo sexo do adotante.

Muitos pais trazem filhos de relações heterossexuais para suas relações homoafetivas e a proibição do casal adotar, ou do reconhecimento do vínculo afetivo que pode existir quando um dos parceiros cria o filho do outro, com a morte ou separação do que efetivamente ajuda o adotante ou pai, pode vir a deixar o enteado sem respaldo de pensão previdenciária ou alimentícia e se a morte for do adotante ou pai, dificulta – se que seu parceiro com quem o enteado tem vínculos afetivos obtenha a guarda, o que mais desampara do que protege.

O perigo de a criança sofrer abusos e violências sexuais advém, e com grande incidência, de parentes heterossexuais. A capacidade de serem bons pais não está associada à opção sexual. A dificuldade de inserção social e a questão de ter que lidar com o preconceito social, também têm que ser enfrentada por famílias com pessoas afrodescendentes, gordas, de determinadas religiões, o que demonstra que esse preconceito deve ser superado.

5. O DIREITO À DUPLA FILIAÇÃO

Nos últimos anos, as conquistas dos homossexuais para o reconhecimento de seus direitos têm sido visíveis. Ressalta – se que tramita no Supremo Tribunal Federal uma ação movida pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, na qual pleiteia a equiparação do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do estado. Com isso, casais *gays* teriam os mesmos direitos dos heterossexuais, como tirar licenças e benefícios. O relator da referida ação é o Ministro Carlos Ayres Britto (2008), e se a mudança for aprovada terá efeito imediato em todo o país; mas, o caminho é longo. Embora haja decisões no judiciário favoráveis aos casais homossexuais, há também aquelas contrárias aos seus interesses e, infelizmente, estas últimas em número muito maior.

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

Uma opção cada vez mais comum é um do par se submeter à reprodução assistida. Este será o pai ou a mãe. O parceiro ou parceira, que não participou do processo reprodutivo, fica excluído da relação de parentesco, ainda que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos. Nessas hipóteses, o pai ou a mãe biológica é somente um deles, ainda que o filho tenha sido concebido por amor, processo do qual participaram os dois.

O importante é o exercício da função paterna independente de um referencial tradicional de pai ou mãe, ligados ao sexo dos mesmos. Não há óbices para que se tenha dois pais ou duas mães.

Aliás, não é estranho à cultura brasileira ouvir falar em “pais de criação”, “mãe de leite” ou “segunda mãe”, por exemplo.

A heterossexualidade não é um valor do Estado Democrático de Direito, como é a dignidade da pessoa humana. Se fosse teria que assumir esta posição de modo que este assunto pudesse ser amplamente debatido para ver se o Estado teria ou não que promover a heterossexualidade, a homossexualidade ou a bissexualidade.

Atualmente 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 (Resolução 1.358/92).

O Código Civil não conseguiu ignorar esses avanços e, ao estabelecer presunções de paternidade, faz referência a elas, ainda que de forma bastante limitada (art. 1.597, incisos III a V). A concepção chama-se homóloga quando o material genético utilizado no procedimento de fertilização é do marido. Por presunção, ele é o genitor. E concepção heteróloga, é aquela em que é feito uso de esperma de doador. Havendo a concordância do marido, ele é considerado o pai.

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.

Os casais masculinos têm se utilizado do esperma de um ou de ambos, e, realizada a fecundação *in vitro*, a gestação é levada a termo por meio do que se passou a chamar de barriga de aluguel.

Outra forma, adotada, no caso pelos casais femininos, é pela utilização do óvulo de uma, que, fecundado em laboratório, é introduzido no útero da outra, que leva a gestação a termo.

Merece destaque um caso raro na justiça brasileira das lésbicas que tiveram gêmeos por inseminação artificial. O primeiro passo foi buscar um doador anônimo no banco de sêmem. Posteriormente uma delas cedeu os óvulos que foram fecundados em laboratório e implantados por inseminação artificial no útero da companheira.

Durante a gestação elas pleitearam na justiça para que houvesse uma mudança no preenchimento da certidão de nascimento. O campo reservado para o pai ficaria em branco e constaria o nome das duas mães.

O caso é especial, pois os filhos foram gestados por uma delas, porém os óvulos que foram implantados nela por inseminação artificial são da companheira e se for feito um exame de DNA os filhos serão desta última, que doou os óvulos.

Como não é possível a adoção do próprio filho, não cabe outra resposta que não seja de que ambas são genitoras. O só fato de ter uma delas 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 da companheira que no caso cedeu os óvulos. O exame de DNA comprova ser ela a mãe biológica.

A única solução seria proceder ao registro em nome de ambas, pois as duas são mães, não só por uma de elas serem a mãe gestacional e a outra a mãe biológica. Indiscutivelmente, são elas as mães, porque juntas planejaram tê-los e juntas não mediram esforços para que o sonho comum se realizasse.

Diante desta realidade, que se tornou possível graças aos avanços da ciência, outra não poderá ser a resposta da Justiça, senão determinar que o registro retrate a verdade. Negar aos bebês o direito de serem reconhecidos como filhos do casal homossexual é afrontar o direito à identidade, é desrespeitar o princípio da dignidade humana, é negar-lhes o direito à convivência familiar.

Ademais, crianças e adolescentes merecem, com prioridade absoluta, especial proteção do Estado. Para isso indispensável que os casais exerçam junto o poder familiar e assumam juntos todos os encargos decorrentes desse poder-dever, entre eles, o de criá-los, educá-los e tê-los em sua companhia (CC 1.634). Enfim, é de ambos o compromisso de torná-los cidadãos que se orgulhem de terem nascido em um país que sabe respeitar a dignidade de cada brasileiro.

Contudo, o judiciário não agiu dessa forma. Para que pudesse ser feito o registro dos bebês em nome do casal homossexual, foi proposta uma ação no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, requerendo liminarmente para que pudesse ser feito o Registro Civil no qual constasse o nome das duas mães, sendo apenas garantido o direito de constar o sobrenome das duas mães nos bebês, porém foi negado o pedido de registro em nome de duas mães.

Por outro lado, no dia 12/12/2008, o juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga da 8ª Vara de família e sucessões de Porto Alegre, permitiu ao casal homossexual Michele e Carla, que alterassem o registro de nascimento do casal de gêmeos gerados por inseminação artificial, para que contasse o nome das duas mães.

A sentença é histórica. Pela primeira vez foi reconhecido na justiça o direito de uma mulher sem vínculo biológico com seus filhos, ocupar o lugar parental. A justiça gaúcha, conhecida por decisões de vanguarda, reconheceu e legitimou um vínculo afetivo, amparado

por um relacionamento de 11 anos entre duas mulheres comprovadas por vídeos, fotos, documentos e testemunhas.

A história se distingue pelo fato de ter sido a inseminação artificial feita por sêmen de doador anônimo e óvulo da própria mãe que gerou, mais ainda teria motivos para aquela que doou os óvulos para que a parceira gerasse em seu útero, obter o direito ao registro da dupla maternidade.

A estas realidades precisa atentar a lei, pois está na hora de acabar com descabidas presunções e se privilegiar a realidade da vida. Em face da inércia do legislador, a responsabilidade, como sempre, precisa ser assumida pelo juiz que, ao arrostar com a situação que lhe é trazida, não pode escudar-se na omissão legal para negar direitos.

É indispensável assegurar também à genitora que participou da formação dos bebês, com o fornecimento de material genético, o direito de registrar o filho quando do seu nascimento. Também não é razoável conceber que apenas aquela que carregou e deu à luz aos bebês efetue o registro apenas em seu nome, pois os filhos não são somente dela.

Como a lei assegura o direito do nascituro, não há como lhe negar, mesmo antes do nascimento, o direito à filiação. Aliás, este não é um direito dos pais, mas um direito do próprio filho de, ao nascer, ser registrado em nome do par que, com mútua participação, o trouxeram ao mundo.

O nome sinaliza o atributo maior da personalidade, pois diz com o direito à identidade. Indispensável que, em respeito à dignidade da pessoa humana, seja assegurado ao filho o direito de orgulhosamente dizer que tem o privilégio de ser alvo do amor de mais de uma mãe.

A partir daí, pode-se dizer que a relação de filiação se constrói com a atenção compartilhada que se intensifica no contato cotidiano. O amor é construído, o que legitima a parentalidade psicológica, social e afetiva. Portanto, o que deve ser estimulado são os

compromissos e as responsabilidades de quem cotidianamente coopera nos cuidados de menores que se criam e se educam no seio desses novos núcleos de afeto e companheirismo para que não sejam excluídos da proteção Estatal.

CONCLUSÃO

O tema abordado ainda é considerado polêmico em nossa sociedade, porém não se pode negar sua relevância e os estudiosos do Direito devem ficar atentos às mudanças sociais para que o Direito possa suprir às carências da coletividade.

Não é justo que após uma união duradoura da qual se adquiriu bens, no futuro havendo rompimento desta união ou falecimento de um dos parceiros que o outro que o auxiliou a construir um patrimônio não seja contemplado na partilha ou na sucessão que lhe pertence por direito, mesmo que não tinha lei que o estipule.

A concessão de alguns direitos atualmente permitidos, como a inclusão do parceiro no plano de saúde, não traz nenhum malefício à sociedade ou ao Estado, e para eles representa um grande benefício, mesmo porque eles são cidadãos e devem ter todos os direitos e obrigações assegurados como qualquer outro.

Outro aspecto importante é com relação à guarda de filhos e adoção, pois em alguns casos os juízes confundem homossexualismo com promiscuidade e concedem a guarda à pessoa com condições de educar uma criança inferiores a do homossexual, sejam essas condições afetivas, financeiras ou de caráter, apenas por sua opção sexual.

Embora esteja expresso na Constituição Federal que a união estável é entre homem e mulher, nela também encontra-se uma série de princípios que devem ser respeitados e caso o Poder Legislativo não queira equiparar a união estável entre heterossexuais com uma

possível união estável entre homossexuais caberia ao menos o reconhecimento da parceria civil registrada.

Torna-se inevitável uma normatização da união entre pessoas do mesmo sexo e de nada adianta a parte conservadora da sociedade e os governantes tentarem ocultar a necessidade desta norma, pois assim as partes interessadas, no caso de uma lide, teriam seu direito declarado com fulcro na lei, o que facilitaria a prova processual ou diminuiria o grande número de demandas versando acerca do tema, aliviando o Poder Judiciário, pois tendo uma lei específica tudo o que nela estiver estabelecido deverá ser respeitado.

REFERÊNCIAS

BRÍGIDO, Carolina. Decisões de tribunais legitimam direito gay. O GLOBO. Publicada em 29 de novembro de 2009. Caderno principal. p.14

DIAS, Maria Berenice. Direito de família e o novo código civil, 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/homoafetividade>> Acesso em 29/07/09

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5 ed. Vol.6. São Paulo: Saraiva 2008

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos. Homoparentalidade: Um novo paradigma de família. Artigo - Publicado em: 17 de outubro de 2009. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 20/08/2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RABELO, Carina. Cidadania gay. revista ISTOÉ. Publicada em 20 de maio de 2009. Exemplar nº 2062. Ano 32. p.80/81

ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.