
*Tutela jurídica homoparental ao Brasil:
avanços na concretização dos direitos de liberdade,
igualdade e dignidade humana*

*Homoparental family legal protection in Brazil: progress in implementation
of the rights of freedom, equality and human dignity*

Maria Claudia Crespo Brauner*
Ana Carolina da Silveira**

Resumo: O reconhecimento do *status* familiar às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo já é realidade no cenário jurídico brasileiro, fazendo emergir o direito à constituição de vínculos de filiação, seja por meio de adoção ou pelo recurso às modernas tecnologias reprodutivas. Decisões recentes, emitidas pelo Judiciário vêm reconhecendo o caráter familiar das uniões homoafetivas contribuindo à efetivação dos direitos humanos. A legislação de diversos países tem coibido a discriminação por orientação sexual, e muitos já autorizam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adoção por casais homossexuais. No Brasil o tema ainda é bastante controverso embora venha recebendo maior atenção do Judiciário, que tem decidido favoravelmente às demandas dos casais de mesmo sexo, com base nos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana e da proibição de discriminação pelo sexo.

Abstract: The recognition of family status to stable unions between same sex is a reality in the Brazilian legal scenario, giving rise, the right to set up affiliate links, either through adoption, or the use of modern reproductive technologies. And recent decisions issued by the judiciary has recognized the familiar character of gay couples contributing to the realization of human rights. The laws of many countries have curbed discrimination based on sexual orientation and many already allow marriage between same sex and adoption by homosexual couples. In Brazil, the issue is still controversial although it has been receiving increased attention in the judiciary, which has decided in favor of the demands of same-sex couples, based on constitutional principles of equality, human dignity and the prohibition of discrimination by sex.

* Doutora em Direito pela Universidade de Rennes 1 – França. Professora no curso de Direito e no Programa de Mestrado em Direito da UCS. Professora na FURG. Pesquisadora do CNPq. *E-mail:* MCCBraun@ucs.br

** Graduada em Direito pela UCS. Advogada.

Palavras-chave: Família homoparental; direitos homoafetivos; pluralismo familiar.

Keywords: Family homosexual; homosexual rights; pluralism family.

Introdução

A discriminação por orientação sexual é um fato social que não afeta somente homossexuais, mas também as famílias, os amigos e os relacionamentos no trabalho. A homofobia é um comportamento de ódio, agressividade e hostilidade praticado contra pessoas de orientação sexual diversa da heterossexual. Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, pluralista e laico, surge a necessidade de serem implantadas políticas públicas para minimizar os efeitos da homofobia e promover a proteção de direitos de todos os cidadãos.

A legislação de diversos países tem coibido a discriminação por orientação sexual, e muitos já autorizam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adoção por casais homossexuais. No Brasil o tema ainda é bastante controverso embora venha recebendo maior atenção do Judiciário, que tem decidido favoravelmente em relação às demandas dos casais de mesmo sexo. A resistência dos setores conservadores da sociedade tem contribuído para escamotear o impacto da homofobia, havendo urgência em promover ações e punições pela violação dos direitos dos homossexuais.

Esse artigo tem por objetivo destacar a conquista gradual dos direitos dos homossexuais ao ver reconhecidas, na Justiça, suas relações afetivas e a formação de entidades familiares com destaque à união estável e à possibilidade de adoção por casal em que ambos têm o mesmo sexo. Tais avanços são promissores e abrem a via para que o panorama jurídico brasileiro possa ser atualizado para atender às demandas dessa parcela da população.

A emergência da família homoparental no Direito brasileiro

A orientação sexual envolve a intimidade e a vida privada e constitui a identidade de cada indivíduo de modo a integrar um direito de personalidade que deve ser respeitado. Os direitos de personalidade estão dispostos no Código Civil (CC) brasileiro de 2002, considerados enquanto direitos absolutos, intrínsecos, imprescindíveis, irrenunciáveis e naturais à vida de toda pessoa. A identidade sexual faz parte desse direito de personalidade,

sendo facultado ao indivíduo expressar de forma livre, pública e afetiva sua orientação sexual.

Nesse contexto, os direitos fundamentais também estão relacionados como forma de liberdade pública e proteção dos direitos essenciais do homem. (SAPKO, 2005, p. 69). Assim, a sexualidade do indivíduo é um direito essencial e que merece proteção.

Indiscutivelmente, a lei brasileira, marcada pela influência da religiosidade, desafia sua universalidade, sendo omissa e tornando o homossexual invisível na sociedade, retirando da pessoa o direito de expressar sua sexualidade livremente e permitir o exercício de direitos simples e inerentes à vida social.

A reivindicação pelos direitos dos homossexuais constitui um dos principais meios de lutar contra a discriminação. A Constituição Federal do Brasil não deixa qualquer obscuridade, dispondo em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza [...]”.

Embora não esteja inscrita na Constituição a proibição de discriminação em função de orientação sexual, existe a proibição de discriminação pelo sexo que engloba essa questão. Nesse aspecto, percebemos a desigualdade quando se trata de considerar as relações afetivas e a formação de família, pela união estável, pelo casamento ou pela adoção. Se a família constitui um fenômeno da natureza e da cultura e, em decorrência da trama de interesses sociais envolvidos, tem sido institucionalizada pela lei, significando que a família deve ser entendida numa concepção plural, e que qualquer modelo de família deve ser protegido por normas que o Estado impõe, por leis constituídas que representam os interesses sociais, políticos e culturais contemporâneos. (BRAUNER, 2004, p. 255).

Nesse âmbito, podemos perceber que a família passou a ser estabelecida não mais por sua função *reprodutora*, mas pelo afeto recíproco que une os companheiros, pelo amor mútuo e pela vontade de estabelecer vínculos conjugais, compartilhando entre si a vida e os bens. (FUGIÉ, 2002, p. 131). E, nesse direito de escolha, o respeito à autonomia dos indivíduos é preponderante, para que a relação afetiva seja a expressão de liberdade e intimidade dos envolvidos.

As uniões estáveis homoafetivas, por sua vez, podem ser vistas a partir da perspectiva constitucional, estando conformes as normas e os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade,

liberdade e proibição de discriminação de qualquer natureza. Assim, o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*) visa, no âmbito formal, à superação da desigualdade entre as pessoas, mediante a sua universalização. Mas somente a igualdade material é que permitirá a superação das diferenciações, contrapondo os padrões pretensiosamente hegemônicos e imutáveis do modelo heterossexual. A igualdade de tratamento, portanto, se satisfaz com a inexistência de uma fundamentação razoável que permita a diferenciação. (BRAUNER; SCHIOCCHET, 2005, p. 322).

Embora reconhecidas pela Justiça, tais uniões homossexuais não estão amparadas por lei positiva, sendo somente contemplada a união estável de um homem e de uma mulher pela CF/88 (art. 226, § 3º), assim estigmatizando a união estável homoafetiva, sendo esse um sistema jurídico de exclusão, negativo e preconceituoso, que evita a realidade das novas formas de família. (GIORGIS, 2001, p. 138).

Além da união estável, o casamento torna-se ainda mais proibitivo para os laços afetivos e conjugais de um casal homossexual. Essa assertiva pode ser confirmada pelo artigo 1.517 do novo Código Civil Brasileiro, ao referir que a capacidade para o casamento está na união entre um homem e uma mulher maiores de 16 anos.

Assim, a omissão legal (DIAS, 2009, p. 25) acarreta inúmeras consequências às uniões homoafetivas, como questões relativas aos bens patrimoniais e aos direitos previdenciários. Embora reconhecidos na jurisprudência, esses são causadores de muitas controvérsias no Direito Material.

A questão do direito à partilha de bens comuns e dos direitos sucessórios dos companheiros são de grande relevância no âmbito social. O casal homoafetivo que mantém uma relação duradora, com base no afeto e no companheirismo, e que nela constroem um acervo patrimonial, acaba sendo desprotegida pela lei, que afasta o direito à meação, à herança, ao usufruto ou a qualquer outro direito de esfera econômica. Nas palavras de Fabiana Marion Spengler,

não conceder direito à meação dos bens advindos de união homossexual, quando comprovada a soma de esforços no acúmulo de patrimônio, afigura o enriquecimento sem causa. Estar-se-ia diante de um caso explícito de enriquecimento ilícito que nada mais é do que o principal fundamento para o deferimento da partilha de bens aos companheiros [...]. (2003, p.108).

Percebemos que, se um dos parceiros vier a falecer, teremos uma divisão sucessória injusta. O companheiro sobrevivente fica desamparado legalmente, perdendo os bens que ajudou a constituir no convívio como casal. A lei civil brasileira de sucessão deixa na obscuridade os direitos sucessórios do companheiro homoafetivo. Assim, essa situação traz prejuízos, tornando o preconceito por orientação sexual ainda mais visível e rotulado.

Já as questões previdenciárias foram resolvidas por meio de uma norma de cunho administrativo, após decisões judiciais que orientaram o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a editar tal instrução. Avanços nessa esfera estão sendo inseridos também na área privada dos direitos previdenciários. Em decisão recente, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconheceu o pagamento de pensão ao autor, decorrente do falecimento de seu companheiro, participante do plano de previdência privada complementar mantido pelo banco – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

A decisão atentou que casais do mesmo sexo vêm procurando o Poder Judiciário com a necessidade de que esse tutele circunstâncias que não podem mais ser ignoradas. A ministra Nancy Andriighi ressaltou que as uniões homoafetivas não devem mais ser ignoradas, e que a lacuna na lei se resolve pela aplicação analógica ao caso e fundamenta sua decisão nos termos a seguir:

Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. [...] Assim, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento Afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito,

sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. [...]. (STJ, REsp. 1026981/RJ, 3.^a T., j. 04.02.2010, rel. Min. Nancy Andrighi. (INTERNET, 2011).

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou por unanimidade o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, o que faz valer a aplicação analógica dos direitos atribuídos à união estável heterossexual também aos casais de mesmo sexo em todo o País. (STF, ADPF 132 e ADIn 4.277). A referida decisão tem efeito *erga omnes* e vinculante, de modo que tal interpretação deverá ser adotada por todos os tribunais do Brasil para casos semelhantes.

A partir dessa decisão, casais homoafetivos podem converter suas uniões estáveis em casamento, o que é facultado pelo artigo 226, parágrafo 3º da Constituição e o artigo 1.726 do Código Civil, dirigindo-se aos cartórios civis para obter a certidão de casamento, obtendo, assim, acesso ao regime jurídico do casamento civil.

Nesses termos, percebe-se que o afeto encontra acolhida no novo Direito de Família, com base na pluralidade de formas de constituição de família. Como se pode notar, a quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar.

Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam elas entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes (STJ, REsp 1026981/RJ, 3.^a T., j. 04.02.2010, rel. Min. Nancy Andrighi. (INTERNET, 2011).

Nesse contexto, o Poder Judiciário demonstrou mais interesse em assegurar o direito dos companheiros do mesmo sexo, evitando a discriminação, protegendo o indivíduo da miséria e penúria, reconhecendo os laços da união homoafetiva como entidade familiar.

A possibilidade da parentalidade homoafetiva

Com o reconhecimento das novas concepções de família, nos deparamos com uma questão ainda recente e pouco aprofundada no Direito brasileiro, que concerne à possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo. Não

havendo previsão legal, considera-se que se não há proibição expressa em lei, portanto seria permitida. Mas, de fato, a adoção não se realizava pelo motivo de não haver qualquer procedimento para adoção homoafetiva, não sendo regulada por nenhuma lei.

Nesse caso, uma vez mais, o Judiciário foi provocado e autorizou a adoção por casais do mesmo sexo, buscando, nos princípios constitucionais e interpretações analógicas, a fundamentação da decisão favorável.

Em 24 de agosto de 2011, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu em favor dos homossexuais, reconhecendo que o casal pode postular e adotar uma criança ou adolescente conjuntamente. (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011. **No mesmo sentido:** RE 477.554 – AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011).

As leis infraconstitucionais, no caso o Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que regulam a adoção são omissos à possibilidade de adoção pelo par homoafetivo. Mesmo após a reforma recente dessas leis, a via de adoção para esses casais não foi considerada. Esse fato demonstra, novamente, outra discriminação em relação ao afeto entre casais do mesmo sexo.

A adoção somente era acessível à pessoa solteira, casada, viúva ou divorciada, não sendo estendida a um casal de mesmo sexo. Prevalciam fortes resistências em se permitir que um casal homossexual pudesse efetuar a adoção conjuntamente. Essa omissão do legislativo em legalizar a adoção homoafetiva levou a novas demandas judiciais que serviram para romper a muralha do preconceito e permitir a adoção por casal homossexual. A via judicial se tornou o caminho para promover a igualdade e afastar a discriminação.

O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente determinam os direitos básicos para o atendimento das necessidades e dos interesses da criança e do adotante, sendo que ambos não trazem qualquer tipo de restrição, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. (DIAS, 2009, p. 213).

O Código Civil Brasileiro, nos artigos 1.618 a 1.629, versa sobre a idade de 18 anos permissiva para adotar, a diferença entre 16 anos do adotante para o adotado, sobre a administração financeira e que qualquer

adoção respeitará ao processo judicial. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe nos seus artigos 39 a 52 os requisitos para adoção. Parte da doutrina sustentava a impossibilidade da adoção homoafetiva, sendo seus argumentos criticados por Maria Berenice Dias:

Ainda assim, há quem tente encontrar na lei vedação que não existe. Isso porque o ECA determina que, no assento de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pais, eis que ocorre simples substituição da filiação biológica. A alegação de boa parte da doutrina, para sustentar a impossibilidade da adoção por casais de *gays* ou de lésbicas, é que eles não poderiam constar como pais no registro de nascimento. O argumento não convence. Distanciamento da verdade também ocorre quando o registro é levado a efeito somente pela mãe, o que não quer dizer que filho não tem um genitor. Em ambas as hipóteses, o que é consignado não espelha a verdade real. Assim, nessa linha de raciocínio, nenhum impedimento há para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2009, p. 214).

Além disso, a CF/88, no seu artigo 227, § 6º assegura e ampara o direito da criança, visando ao melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que o laço de afetividade prepondera sobre os vínculos de sangue para definição da paternidade. A orientação sexual de um casal não pode servir como argumento de exclusão para a adoção.

A própria CF/88 no artigo supracitado, estatui que o Estado e a sociedade devem assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais para sobrevivência e a exclusão de qualquer tipo de *discriminação*, opressão e crueldade. (SAPKO, 2005, p. 88-91).

A dificuldade em admitir a família homoafetiva é uma forma de discriminação social, tanto para os adotantes, que sofrem enorme dificuldade para o preenchimento dos requisitos, quanto para com os adotandos, que podem ser adotados por um dos membro do casal ficando, assim, excluídos do direito sucessório, da guarda e do direito aos alimentos em relação ao outro companheiro.

Nesse aspecto, as crianças ficavam impedidas de ter uma família com a qual sonharam sendo diferenciadas e oprimidas pelo Estado. O fato de ter dois pais ou duas mães não leva à discriminação, mas à omissão do Estado

em reconhecer a adoção homoafetiva, que se constitui em grande tolhimento de direitos.

Podemos perceber o silêncio do Código Civil, haja vista que o Livro de Direito de Família sequer citou a possibilidade de união do mesmo sexo, reproduzindo ainda um conceito antigo e deixando escancarado o retrocesso e a discriminação ao casal homossexual. (DIAS, 2009, p. 139-141).

As implicações desse comportamento levam até hoje milhares de pessoas a continuarem a viver de modo clandestino, a não poderem exercer de forma livre seus direitos por temor de serem rotuladas, prejudicadas ou mesmo agredidas fisicamente. Para manter o preconceito contra a diversidade sexual, percebemos que as pessoas e grupos buscam justificar a crueldade dos seus atos em algum aspecto valorativo subjetivo.

Nesse sentido, o desrespeito à diversidade e liberdade sexual e à dignidade humana lançam na marginalidade aqueles que não seguem determinados padrões de moralidade.

Princípios, como o da igualdade e do respeito à diversidade, da dignidade da pessoa humana, equidade e liberdade de expressão, ficam na obscuridade quando se fala em crimes decorrentes da homofobia. Esses crimes são, de fato, ofensa à Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo lastimável que, em um país como o Brasil, multicultural e democrático, de tantas crenças e etnias, esses ocorram com tanta frequência e fiquem impunes.

Mesmo ante a inércia do Legislativo em reformar as leis, de modo a explicitar os direitos dos casais homoafetivos, importante é destacar as decisões da Justiça que vêm aos poucos construindo um caminho para o reconhecimento e a efetivação dos direitos dos homossexuais.

Tutela jurídica da diversidade sexual

A atuação do sistema judiciário tem demonstrado o compromisso para com a universalidade dos direitos homoafetivos, fixando bases para o acesso dos homossexuais aos direitos assegurados na Constituição Federal, com fundamento nos princípios constitucionais e com direitos fundamentais, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu preâmbulo, dispõe que o Estado Democrático deve “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

No contexto da literalidade das disposições de núcleo constitucional, encontram-se os fundamentos para a afirmação dos direitos dos homossexuais.

Ainda que permaneçam controvérsias sobre como conduzir os direitos homoafetivos, o Brasil tem aplicado decisões em face das problemáticas apresentadas, baseando-se nos princípios da Constituição Federal, a seguir:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. 1. Os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dentre outros, que retratam direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras regras, inclusive à insculpida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que exige a diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável. 2. Restando devidamente comprovada a existência, por mais de quatro anos, de relação de afeto entre as partes, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência, deve ser mantida a sentença que reconheceu a união estável. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, AC 70016660383, 8ª C. Civ., Rel. Des. CLAUDIR FIDELIS FACCENDA, j. 26.10.2006).

O relacionamento homoafetivo e suas consequências constituem um fato social, que não pode ver negada sua tutela jurídica, e, assim, o Judiciário enlaça a tarefa de proteger e reconhecer esses inúmeros direitos negados. E, através dos princípios fundamentais superiores, como o da construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inc. I), da promoção do “bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, inc. IV), da “dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inc. III e da igualdade (artigo 5º, *caput*), a diversidade sexual vem sendo incluída na sociedade e esses servem para fixar as bases para concretizar os direitos homoafetivos.

O princípio da igualdade está diretamente ligado ao sentido de justiça. É outorgado no inciso IV do artigo 3º, no inciso I, do artigo 5º e no inciso XXX do artigo 7º da Constituição Federal, com significado de expressa

proibição de desigualdade entre os cidadãos brasileiros em relação ao sexo, sendo que “essas normas vedam a discriminação à conduta afetiva do indivíduo em virtude de sua orientação sexual”. (DIAS, 2009, p. 106).

A questão da igualdade na Constituição brasileira tem a tradição de reconhecer os aspectos de igualdade formal e material no princípio da igualdade. Roger Raupp Rios estabelece a diferença entre as duas formas, sendo que a igualdade formal seria a norma jurídica no Direito vigente, descrita no artigo 5º da Constituição Federal:

Inicialmente, pode-se afirmar que a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente; a igualdade na lei (igualdade material), por sua vez, exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem com a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas. A distinção, portanto, radica, de início, no destinatário da norma constitucional da igualdade: a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme lei vigente; a igualdade na lei como dever do legislador considera as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos. (2002, p. 31).

A maior questão no princípio da igualdade é que o legislador deve observar a lei sem desviar o olhar das diferenças e semelhanças entre os seres humanos. Perceber esse princípio na esfera da homossexualidade é tratar o desigual como igual, mas ao contrário, o Brasil, ainda trata os “desiguais como desiguais”.

A igualdade, sendo um direito fundamental do ser humano, deveria ser consagrada com mais respeito e eficácia. No que tange à diversidade sexual, “nem mesmo na forma mais restrita que é a igualdade formal”, vem sendo observada para sua aplicação nos direitos homoafetivos, salvo decisões judiciais, que, cada vez mais, reconhecem as demandas homoafetivas, baseando suas decisões no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (SAPKO, 2005, p.75).

O princípio da igualdade está vinculado à dignidade da pessoa humana, sendo esse consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, irrenunciável e distinta de cada ser humano, sendo ele merecedor de respeito por parte da sociedade e do Estado, implicando direitos e deveres fundamentais que são assegurados a essa pessoa contra qualquer ato ofensivo, degradante, desumano e que lhe garantam as condições fundamentais para uma vida íntegra e saudável. (SARLET, 2001, p. 60).

É nessa esfera que Roger Raupp Rios dispõe sobre a proteção da sexualidade, através dos princípios fundamentais da liberdade e igualdade, cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano, que é merecedor de respeito, na sua sexualidade. (RIOS, 2007, p. 24).

O princípio da dignidade da pessoa humana mostra sua eficácia nos direitos humanos e sua concretização no Poder Judiciário, sendo esse o princípio mais importante para o enfrentamento da discriminação e menosprezo à homossexualidade.

A dignidade é um atributo de todo ser humano, pois qualquer um merece o respeito, independentemente de raça, cor, sexo, religião, idade, condição socioeconômica e orientação sexual. Essa dignidade é um direito fundamental a todos. Valorizar e promover a igualdade e a liberdade de todo ser humano é ter consciência e responsabilidade social e pessoal com o bem-estar de todos. O princípio da dignidade da pessoa humana é supremo e acompanha cada um por toda sua vida. Esse princípio não é somente de ordem jurídica, mas também de ordem cultural, política, econômica e social. (GIORGIS, 2001, p. 138).

Para termos liberdade e igualdade, devemos ter as mínimas condições dignas para a sobrevivência e as relações sociais, sendo indispensável o princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer tipo de relação.

O reconhecimento desse princípio nas relações homoafetivas engloba a legitimidade e a autonomia dessas relações. Todo ser humano tem, como base, ser tratado com dignidade e, nesse conceito, percebemos que o homossexual tem a possibilidade de ter seus direitos reconhecidos e efetivados pela justiça, sendo merecedor da dignidade nas esferas social, econômica e íntima. No Direito brasileiro, esse princípio está normatizado na Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III, tendo esse dispositivo valor fundamental para a ordem do Estado brasileiro.

Enfim, no pluralismo legitimado por princípios, tendo a Constituição Federal brasileira explicitada em seus artigos, é relevante afirmar que o mais importante – o princípio da dignidade da pessoa humana – é composto

pelo respeito ao ser humano, tendo, aqui, o direito à liberdade e à igualdade, o respeito mútuo, o direito à vida e a todos os sentimentos que para ele forem relevantes e, principalmente, o direito de escolher a pessoa com quem quer viver uma vida afetiva e familiar.

Interessa, nesse momento, sobrelevar que o fenômeno *família*, além de normas jurídicas protetoras da sua constituição, está baseado no afeto e no compromisso da legitimidade do pluralismo, demonstrando, aqui, cada um dos princípios constitucionais inscritos na Constituição brasileira. E, no pluralismo, cabe ao Estado resguardar os interesses dessas famílias sem qualquer tipo de discriminação.

Os modelos de família ampliaram-se nas últimas décadas, e um desses modelos é a família homoafetiva, cuja diferença é tão-somente a orientação sexual. O enfrentamento dessa questão, de modo mais corriqueiro e urgente, faz com que o artigo 226 da Constituição Federal, seja usado analogicamente para reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo. Seu parágrafo 3º trata da união estável “entre o homem e a mulher como entidade familiar”, ferindo, assim, os princípios fundamentais da liberdade, dignidade e igualdade do ser humano.

Nessa perspectiva, já nos reportamos esclarecendo que o desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios de resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos. (BRAUNER, 2004, p. 257).

Roger Raupp Rios defende que o “Direito de Família brasileiro requer, com o pluralismo das famílias, o reconhecimento de novas formas de instituições familiares, defendendo assim, a criação de lei especial, para a proteção e resguarda das uniões homoafetivas”. (2001, p. 105-127). O autor é incisivo, pois sustenta que os esquemas já apresentados, como o da união estável, concubinato e casamento, são regulados distintamente, sendo que a união homoafetiva merece uma regulamentação legislativa peculiar.

Indubitavelmente, a entidade familiar homoafetiva está inserida na sociedade brasileira e na mundial. O enfrentamento das questões referentes a casamento e à adoção por casais do mesmo sexo ou pessoas de orientação sexual homossexual tem causado discussões nas mais diversas legislações, mas, muitas delas já editaram leis aprovando o casamento homossexual, com a Argentina, Portugal, a Espanha, a Bélgica, entre outros.

Quem gera o preconceito são as elites conservadoras da sociedade e um Estado omissivo, posto que a interpretação por analogia do artigo 226 da Constituição Federal, a aplicação dos princípios fundamentais pelas decisões judiciais, ou mesmo a criação do Estatuto da Diversidade Sexual, levam ao mesmo fim: a tutela de pessoas humanas, que têm o direito de amar, de se unir com propósitos comuns, de se dedicar ao amor de outrem, de aspirar à felicidade e constituir uma família, digna de visibilidade e respeito. E, nesse sentido, se orienta a consolidação de decisões favoráveis às uniões estáveis e adoções por casais do mesmo sexo, e o Judiciário, cada vez mais, tende a tutelar e a respeitar os novos modelos de família aplicando uma interpretação evolutiva do Direito.

A família homoafetiva apresenta os mesmos requisitos sociais, iguais aos de todas as outras, diferenciada apenas pela orientação sexual, nada mais cabe de diferente às demais.

A jurisprudência demonstra de forma efetiva a equiparação dos direitos homoafetivos, servindo como meio legal para decidir, na obscuridade e na omissão da lei. Nessa consolidação, que atinge atualmente inúmeras decisões, percebemos a equiparação na união estável numa relação homossexual e também em ramos sucessórios, adoção, previdenciário, planos de saúde, entre outros. Não se pode mais deixar de tutelar qualquer ramo do direito homoafetivo por não estarem expressos em legislação. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 10024082560483001. Terceira Câmara Cível, Rel. Desembargador Albergaria Costa. Julgado em: 23 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2>).

Para visualizar esses direitos, o casal precisa apresentar os requisitos estipulados em lei no que tange à união estável. Os acórdãos citados anteriormente mostram que o Judiciário conduz de forma analógica as decisões, baseando-se na equiparação dos direitos, independentemente da orientação sexual. Ainda responde que não se pode mais ignorar a existência da união homoafetiva na sociedade contemporânea.

Nesse pensamento, desmitifica a interpretação positivista da lei, preponderando a analogia, sendo que, se há mútua assistência e convívio entre o casal, não é a identidade biológica desses, mas a existência e a estabilidade da relação que geram como consequências os direitos e deveres da união estável.

Portanto, apesar de o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal mencionar “homem e mulher”, para caracterizar a entidade familiar, a interpretação evolutiva e integradora leva a mudanças e à equiparação de direitos, demonstrando que as entidades familiares têm como primazia o afeto e não mais a distinção dos sexos.

E, nesse aspecto, não foi omissa a *Lei Maria da Penha*, que, no parágrafo único do artigo 5º, reconhece a união homoafetiva entre mulheres:

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

I – [...]

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

III – [...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Essa lei adotou uma postura avançada e merece nossa atenção. Cabe, aqui, lembrarmos que o Código de Processo Civil, no artigo 126, permite que o juiz despache quando houver obscuridade da lei, sendo que, se não possuir, poderá decidir por analogia.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

No mesmo sentido, a Lei de Introdução do Código Civil (LICC) dispõe em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Portanto, o juiz pode e deve colmatar as lacunas e contradições da lei e emitir suas decisões utilizando a interpretação analógica dos casos que geram direitos homoafetivos.

Em contrapartida, Paulo Lôbo entende não haver “necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta” (2008, p. 68), observando que uma união de mesmos sexos seria uma entidade diversa da união estável. Porém, o problema dessa posição é a falta de regulamentação específica, tendo sempre que recorrer ao texto da Constituição. Ainda ressaltamos que a união estável é uma entidade que regula um comportamento cultural da sociedade e não um fator biológico, entretanto, independentemente de orientação sexual do casal, ambos, heterossexual ou homossexual, se encaixam perfeitamente no ordenamento jurídico da união estável.

Além da união homoafetiva e de suas consequências patrimoniais, previdenciárias, sucessórias e demais, podemos aqui incluir o instituto da adoção, que, por sua vez, respeita o ECA. Essa possibilidade é cada vez mais reivindicada pelo casal homossexual, pois esse também pretende constituir uma família com filhos e, assim, poder atribuir todos os efeitos patrimoniais e de afeto aos filhos.

A partir do entendimento de que devemos equiparar os direitos homoafetivos e constatar que a jurisprudência vem considerando a união homoafetiva como entidade familiar, faz-se necessário englobar nesse processo a inclusão completa da criança nesse lar.

No sentido de preservar os interesses da criança e de fazer prevalecer os benefícios ao adotando, utiliza-se a própria lei que não exclui o ser homossexual e, ao observar as decisões judiciais no Brasil, aqui também se recorre à analogia e se equipara à família heterossexual. O indivíduo homossexual pode adotar separadamente do seu parceiro, mas a criança, além de ficar sem vínculo com o outro e ser excluída dos direitos paternos ou maternos, acaba ficando sujeita à discriminação social e estatal. Portanto, as decisões no que tange à adoção por casais homoafetivos devem observar o princípio do melhor interesse da criança, destinando o mesmo tratamento que é exigido aos filhos dos casais heterossexuais.

Nessa esfera, podemos incluir a filiação socioafetiva e o recurso às técnicas de reprodução humana assistida que são meios de exercício da parentalidade, já que ambas geram laços familiares, e o Estado deve proteger e equiparar essas crianças, com todos os direitos inerentes à legislação brasileira, inclusive o direito a alimentos após a separação do casal e à herança, no Direito Sucessório.

A equiparação consiste em respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade de expressão. Pode-se afirmar que o legislador e o profissional do Direito devem atentar para que não exista discriminação ao afeto e à entidade familiar, independentemente do fator sexual dos entes.

Conclusão

Pelo presente estudo, buscou-se analisar a tutela jurídica da família homoparental no Direito patrio. A omissão legislativa, nesse aspecto, dificultou o reconhecimento da família homoafetiva, pois o legislador esqueceu que sua tarefa é resguardar a Constituição Federal e proteger o cidadão brasileiro contra toda discriminação e opressão.

Gradualmente, o Poder Judiciário brasileiro, por meio da consolidação de decisões, começou a repelir a concepção discriminatória e passou a adotar como fundamento os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana e da proibição de discriminação em função do sexo para garantir os direitos homoafetivos. De forma lenta e reconhecendo a entidade familiar homoafetiva, vem emitindo decisões favoráveis à adoção por casais homossexuais, considerando a partilha de bens, equiparando, assim, as relações homoafetivas com as uniões estáveis heterossexuais. O Judiciário utiliza-se da lacuna da lei, da omissão e obscuridade, recorrendo à analogia para igualar as entidades familiares.

A família homoafetiva é uma realidade fática, que tem por base valores como qualquer outra família e qualificada pela existência do amor e do afeto.

O Direito brasileiro está progredindo no reconhecimento dos direitos homoafetivos, todavia parece desejável a intervenção legislativa como forma de atribuir maior segurança e efetividade aos direitos que devem ser reconhecidos a esse contingente importante de cidadãos.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 5, p. 167-178, 2007.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. O reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luís; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controversas no Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 315-334.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 255-278.
- DIAS, Maria Benice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *União homoafetiva: o preconceito e a Justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FUGIÉ, Erika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, n. 15, p. 142, out./dez. 2002.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDF: homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 138-162.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Sites:

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200800251717&dt_publicacao=23/02/2010>. Acesso em: 25 set. 2011).

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200800251717&dt_publicacao=23/02/2010>.