

A HOMOPARENTALIDADE COMO FATO E VALOR CARENTES DE NORMATIVIDADE

THE LGBT PARENTING AS FACT AND VALUE DEVOID OF NORMATIVITY

THIAGO SERRANO PINHEIRO DE SOUZA¹

RESUMO

No presente artigo, o objeto precípua é a carência de normatividade referente ao exercício da homoparentalidade, seus antecedentes, fatores sócio-ideológicos determinantes e perspectivas de avanço, no contexto da sociedade brasileira contemporânea. Especificamente, a pesquisa procurou alcançar os seguintes propósitos: examinar a redefinição de valores sócio-culturais na atualidade, bem como sublinhar possibilidades de suprir a carência de normatividade no direito brasileiro, não obstante a homoparentalidade tenha suporte constitucional, particularmente sob o enfoque da dignidade da pessoa, do reconhecimento do afeto nas relações parentais e do melhor interesse de crianças e adolescentes. Em termos gerais, a conclusão indica a necessidade de construção de um sistema normativo baseado na ética, no humanismo, na dignidade da pessoa humana, para que se ajuste à paternidade/filiação homoparental, a partir de princípios consagrados na Constituição vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Família contemporânea; Direitos dos homossexuais; Homoparentalidade.

ABSTRACT

In this article, the foremost object is the lack of regulations regarding the exercise of LGBT parenting, their background, socio-ideological determining factors and prospects of advancement in the context of contemporary Brazilian society. Specifically, the research sought to achieve the following purposes: examine the socio-cultural values reset today as well as underline the lack of possibilities for normativity in Brazilian law, notwithstanding the LGBT parenting has constitutional support, particularly under the focus of the dignity of the person, the recognition of affection parental relations and of the best interests of children and adolescents. In general terms, the conclusion indicates the need of building a regulatory system based on ethics, humanism, dignity of the human person, to fit the paternity/parentage homoparental, from principles enshrined in the current Constitution.

KEYWORDS: Contemporany family; Gay rights; LGBT parenting.

¹ Professor de Direito Civil e de Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola de Magistratura do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro. Email: thiagoserrano@ymail.com

INTRODUÇÃO

Este estudo tem o objetivo de analisar a evolução sócio-jurídica da identidade homossexual e do direito à correlata parentalidade. Não obstante avanços significativos que resultam de luta persistente e organizada contra preconceitos os mais desumanos, subsistem evidentes lacunas quanto à legislação referente ao exercício da homoparentalidade, no direito brasileiro.

Como cediço, a origem do ordenamento remete ao ideário burguês, estruturado na esteira do individualismo ortodoxo, cuja finalidade precípua era estimular a livre iniciativa, favorável à acumulação, preservação e transferência do patrimônio. Nessa senda, a vertente individualista fundamentou um sistema jurídico apoiado basicamente nas dimensões materiais, sem qualquer consideração aos fenômenos humanos, com toda sua complexidade.

Assim, liberdade e individualismo alçaram-se como a nova ética social, influenciando a construção dos dogmas e institutos jurídicos. Porém, tal liberdade limitava-se à esfera patrimonial, eis que, na esfera emocional prevaleceu a opressão sexual, através da submissão a padrões morais ortodoxos vinculados ao sexo, ao casamento e à família, em desprestígio ao desejo e ao afeto.

É interessante registrar que, na história da civilização, anteriormente à construção do sistema jurídico, a homossexualidade gozava de indiferença ou aceitação pela humanidade. Todavia, em momento posterior, o ordenamento se alicerçou na necessidade de manutenção dos interesses de pessoas de orientação heterossexual, sob o argumento da importância desse tipo de relação para a perpetuação da vida e do patrimônio.

Em síntese, a ilusão da liberdade e a primazia do “eu” conectaram o ordenamento jurídico com a filosofia burguesa; por seu turno, as disciplinas médicas fortaleceram esse paradigma, à medida que se dedicaram a estabelecer parâmetros à dissidência sexual, como forma de controle social. Nessa perspectiva, criou-se um cenário opressor e moralista à sexualidade heterodiscordante.

Esse dado de realidade justifica que os homossexuais possuam fortes razões para se insurgir contra a intolerância e invisibilidade, mobilizando-se em busca de novo paradigma, a partir do enfrentamento de preconceitos de maneira a estabelecer nova ordem moral e jurídica, acerca de sua parentalidade. Por maior que seja o esforço e rigor

no controle, a indiferença ou repressão não têm o condão de fazer com que desapareça uma dimensão que está na raiz da condição humana.

A Evolução Histórica da Identidade Homossexual

Na antiguidade, o amor entre seres do sexo masculino era aceito na sociedade, sendo, contudo, valorizado apenas o polo ativo da relação. Esse dado de realidade provavelmente exercia influência na força do machismo, já presente naquela época, em que se vislumbrava o ato sexual ativo como a postura masculina e o passivo como feminina. Como se depreende, a análise não era centrada no elemento biológico para o qual o homem direcionava seu afeto, mas ao papel sexual que ele desempenhava (LOUZADA, 2011, p. 264). De acordo com Guimarães (2011, p. 30), para os gregos:

(...) Essa discussão não se limitava ao aspecto sexual – como, mais uma vez, a nossa tentativa contemporânea de associá-la à imagem do macho penetrador, ativo, e da ‘bicha’ penetrada passiva pode suscitar. O seu valor estendia-se ao campo das atitudes morais. Ser ativo, em resumo, significava “ser dono de si, não respondendo ao desejo de maneira desenfreada” (...). *Contrario sensu*, aquele que não exercia este mesmo domínio de si era considerado feminino, incorporando-se aqui todos os seus significados, positivos e, especialmente, negativos (grifos do autor).

Apesar do privilégio conferido ao comportamento sexual, os gregos não avaliavam o amor por homens como motivo de postura excludente em relação à heterossexualidade, nem como dois tipos de comportamento diferentes, já que possuíam a livre escolha de se relacionar com outros cidadãos livres, ou não. Nessa sociedade, é admissível entender que o amor era exclusividade entre homens, uma vez que a amizade e a virtude eram os elementos indispensáveis à deflagração do sentimento.

Em Roma, a homossexualidade masculina era tolerada; embora destituída de importância filosófica e moral, pois as relações se estabeleciam entre cidadãos livres e escravos, o que justificava indiferença por parte do Estado. Nesse contexto histórico, verificou-se desconfiança em relação aos relacionamentos homoeróticos, por meio do discurso médico e filosófico, que os vinculava ao abuso do corpo e da alma, e, de outra, sorte, enaltecia-se o casamento e as obrigações conjugais. Assim concebida, a atividade sexual passou a ocupar lugar central, em decorrência da suposta doença que poderia provocar, e não por ser um instrumento de prazer, o que fez surgir uma vertente da teologia cristã, baseada na ética da relação matrimonial (GUIMARÃES, 2011, p. 32).

Até o século XIII, as relações homoeróticas eram aceitas; mesmo setores religiosos faziam apologia a tais relacionamentos. Porém, na Idade Média, difundiram-se as ideias cristãs pela Europa, com o conseqüente enfraquecimento do ideário greco-romano. Assim, o mito de Sodoma e Gomorra² encontrou as condições ideais para o seu enraizamento no comportamento moral dessas populações. Segundo Guimarães: “O que parecia ser alvo de objeção não era a relação homoerótica em si, mas o fato de que um homem fosse capaz de abdicar de seus privilégios como homem, e da sua ‘honra de cidadão’ para se comportar da maneira ‘passiva e inferior’, própria das mulheres, para obter prazer” (GUIMARÃES, 2011, p. 33, grifos do autor).

Nem com o surgimento do Iluminismo, que considerava a liberdade como alavanca para o progresso, a ordem e a felicidade, a homossexualidade deixou de ser condenada, da mesma forma como ocorria na Idade Média, preconceito influenciado pelos dogmas religiosos da época. Acreditava-se que os homens tinham quantidade limitada de sêmen em seu corpo; portanto, a sexualidade heterodiscordante passou a ser mais condenada, sob a suposição de que sua prática representava desperdício da semente da vida (LOUZADA, 2011, p. 266).

Em 1869, o médico húngaro Benkert, diante da iminente criminalização das relações homossexuais masculinas na Alemanha, escreveu um texto no qual apareceu pela primeira vez o termo homossexual. Em 1870, o psiquiatra alemão Westphal publicou artigo em que definia a nova identidade sexual e social, a partir da inversão, traçando-lhe o comportamento e o caráter. Desse modo, o homossexual começou a ser definido como ser desviante e passível de controle médico-legal. No ano seguinte, criminalizou-se a homossexualidade, considerada como forma de sexualidade “bestial” (MISKOLCI, 2007, p. 4).

No século XIX, começou-se a afastar a dogmática religiosa, com a emergência do estudo científico acerca da homossexualidade. Primeiramente definida como doença, sem qualquer dado concreto, acarretou a realização de tratamentos desumanos, tais como terapias com choque convulsivo, lobotomia e terapias por aversão. Os estudiosos desejavam descobrir meios de reverter a homossexualidade, restando, por óbvio

² De acordo com Ezequiel 16:49, o verdadeiro pecado de Sodoma e Gomorra foi a falta de hospitalidade para com o próximo. Há interpretações em sentido contrário, porém, na modernidade, o texto deve ser entendido não como uma moralização cristã, mas sim como o fim daqueles que, simbolicamente, rejeitam ou excluem qualquer ser humano em virtude de cor, sexo, idade, orientação sexual, pelo fato de serem diferentes ou provenientes de algum grupo social distinto, bem como daqueles que abusam, verbalmente ou fisicamente, de outrem.

frustrados, pois não se cura algo que não é patológico (LOUZADA, 2011, p. 266). No mesmo sentido, Miskolci (2007, p. 5) sustenta que:

Desde sua invenção médico-legal em fins do século XIX, a homossexualidade representou uma suposta ameaça à ordem. Uma prática sexual estigmatizada, a sodomia, passou a ser encarada como o cerne de um desvio da normalidade e o recém-criado homossexual tornou-se alvo de preocupação por encarnar temores de uma sociedade com rígidos padrões de comportamento. Por trás dos temores de degeneração sexual residia o medo de transformações profundas em instituições como a família. (...) Essas razões levaram os saberes psiquiátricos e as leis a colocarem o homossexual no grupo dos desviantes, ao lado da prostituta, do criminoso nato e daquele que talvez fosse seu parente mais próximo: o louco.

Já no século XX, mais precisamente em 1969, diante do episódio emblemático de Stonewall³ em Nova Iorque, verifica-se tendência à modificação no discurso, a partir da percepção da equivocada compreensão de seu comportamento. Os processos de despatologização e descriminalização foram responsáveis pela superação do rótulo preconceituoso atribuído àqueles que se orientavam sexualmente de forma distinta, fazendo com que a nomenclatura “homossexual”, de cunho degradante fosse rechaçada, e passaram a responder como “gays”, a partir da politização de sua identidade sexual. Assim, o movimento se autodenominava, ressaltando o que existia por trás do estigma socialmente atribuído a seus membros: uma vida fora da ordem sexual vigente.

Nas décadas finais do século XX, houve tentativa de assimilação da identidade homoerótica, através da construção da figura respeitável do “gay cidadão”, não diferente dos heterossexuais, a não ser pelo desejo, detalhe ou elemento a mais das identidades na modernidade tardia.

Certamente permanece um ruído de exclusão, uma vez que esse “gay cidadão”, como o cidadão médio, é idealizado como branco, de classe média, “bem-sucedido”, *straight acting*, cosmopolita e liberal (FIGARI, 2007, p. 12). Essa visão não impede a coexistência de outros tipos de homossexual. O gay cidadão aproxima-se do sujeito político-sexual do início do século XXI, o qual, mais do que contrapor-se à repressão de sua sexualidade, a ostenta, de maneira audaz no espaço público.

Porém, ainda como remanescente da estrutura patriarcal, existe o enrustido homossexual, cuja personalidade abaliza-se em verdadeira moral de origem vitoriana. É de se perceber que ambos encontram-se traumatizados pela resistência institucional, intolerante à relação sexo-gênero e tentam sobreviver, apesar dos abalos em sua psique,

³ Rebelião de Stonewall entre homossexuais e a polícia de Nova Iorque, que aconteceu em 28.06.1969.

em decorrência de conjunto de comportamentos mais ou menos explícitos, que os expõem socialmente e limitam o exercício de sua sexualidade heterodiscordante.

Todavia, segundo Foucault (1999, p. 43), a homossexualidade encontra-se intrinsecamente conectada ao sujeito, sendo subjacente a todas as suas condutas. Dessa forma, ela resplandece sem pudor em sua face e rosto, não se permitindo esconder, uma vez que faz parte de sua natureza singular.

No Brasil, os relacionamentos homoafetivos eram considerados crime até 1821, com base nas Ordenações Filipinas, o que não se seguiu nos diplomas sucedentes. O Código Criminal de 1830, inspirado no ideário napoleônico, não capitulou a sodomia dentre os crimes tipificados e passíveis de punição, ao contrário de países como o EUA e a Inglaterra. Apesar do preconceito iluminista, alguns de seus adeptos encaravam como verdadeira atrocidade punir a homossexualidade com a pena capital, pois se esta fosse realizada sem violência ou indecência pública, a lei não deveria se ocupar dela.

Embora não houvesse a tipificação do crime de sodomia no Brasil, registra-se a presença de outros tipos penais vagos e abstratos, nos quais se poderia facilmente enquadrar a conduta do homossexual e sancioná-lo, sob os rigores de um Estado moralmente preconceituoso. Eram os chamados crimes morais, sob a égide do Código Imperial os quais, à época da República, receberam o epíteto de “crime contra a segurança da honra e da honestidade da família” ou “ultraje público ao pudor”.

Somente no final do século XIX, ocorreu sua descriminalização e a conduta homossexual começou a ser definida como doença. Guimarães (2011, p. 35) explicita crítica a essa tendência, nos seguintes termos:

(...) Na verdade, nada mudou muito entre esses dois períodos. A indignação moral e a condenação ética desde então se tornaram mais aguda e rancorosa que o discurso dos inquisidores, o qual se baseava, principalmente, na ideia de que a antinaturalidade do ato homossexual – masculino, pelo menos – representava o duplo desperdício da semente vital.

Figari (2007, p. 13), ao realizar uma “genealogia crítica do homoerotismo” no Rio de Janeiro, afirma que os campos de força discursivos e históricos homossexuais foram instituídos na América Latina com base em uma hegemonia colonial, caracterizada por estruturas sociais altamente hierarquizadas e violentas, tendentes à constituição de uma ideologia contrária à existência das diversas formas do desejo. Tal ideologia alicerçava-se na imposição discursiva do sexo, fazendo com que o outro – aquele que está à margem da sociedade – não fosse capaz de encontrar meio, espaço ou

linguagem para representar a si mesmo, impossibilidade que resultava na problematização do desejo e do afeto desse ser.

A construção da identidade sexual humana sofre influência da perspectiva histórica em que a sexualidade evolui das formas de opressão sexual, em um contexto de compreensão social do sexo e do desejo. Dentro das chamadas “sexualidades periféricas” (FOUCAULT, 1999, p. 23), é evidente que as desigualdades provenientes de um padrão heterossexual imposto existem, possuem densidade e materialidade históricas, não sendo cabíveis sua rejeição e indiferença. A injustiça sexual e a injustiça social caminham juntas, tratando como abjetos⁴ os sujeitos que se orientam pelo desejo heterodiscordante, e, conseqüentemente, desprovidos de direitos e da possibilidade de constituição de uma entidade familiar (FIGARI, 2007, p. 13).

Assim concebida, a opressão sexual é aquela em que a minoria é induzida a anular seu desejo, a fim de seguir os ditames impostos pela maioria. Isso faz com que, no processo de socialização desde a infância, os cidadãos que vivenciam as sexualidades periféricas sofram diversos tipos de violências, desrespeitos e agressões, das mais variadas ordens, às suas integridades físicas e psíquicas (SILVA JUNIOR, 2011, p. 100). Porém, alguns conseguem romper com os modelos pré-concebidos e com tudo que é imposto em matéria de sexualidade, gênero e afetividade, enfrentando as conseqüências, por mais difíceis e desumanas.

Para Foucault (1999, p. 43): “Nada daquilo que ele [o homossexual] é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade”, e, com isso, tentar caber numa padronização moralmente construída, constituía um mecanismo frustrante de inclusão. Ao invés de buscarem inclusão a partir do mesmo, os homossexuais começaram um processo de inclusão a partir do oposto. Primeiramente, ocorreu a busca pelo encaixe perfeito, dentre a novel categoria criada (homossexualidade como sexualidade invertida), em que muitos o fizeram pelo diagnóstico psiquiátrico, alguns pela sanção penal e a maioria pela incorporação dessa invenção médico-legal como meio de autoidentificação (MISKOLCI, 2007, p. 5).

A heterossexualidade tornou-se o paradigma de “normalidade” hegemônico, ao passo que a homossexualidade era tratada como desvio psíquico e moral, “anormalidade” e contrariedade à natureza. Não raro, por meio da propugnada assimetria moral, sem qualquer fundamento científico, afirmava-se a aberração e a

⁴ Abjeto como sinônimo de desprezível.

abjeção dos sujeitos a ela associados, sob a tentativa de ajustá-los ao padrão socialmente imposto, o que retirava – artificialmente, por óbvio – a sexualidade do universo do desejo (GUIMARÃES, 2011, p. 15).

Com isso, ciências consagradas e incontestáveis por seu poder normatizador – como é o caso da medicina, psiquiatria e do direito – contribuíram significativamente para a criação do discurso hegemônico sexual, por meio da pseudocientificidade de algumas de suas “verdades”, para não reconhecer a cidadania de segmentos populacionais historicamente marginalizados e vilipendiados (GUIMARÃES, 2011, p. 29). Desta forma, tais ciências cooperaram significativamente à função de identificar, classificar e limitar comportamentos humanos, designando-os como inapropriados. Diante disso, apenas mal disfarçavam o intuito de enfrentar ameaças aos anseios das classes dominantes, temerosas de perder seus privilégios.

Se fosse possível estabelecer uma sociedade pura, desprovida de construtos culturais repressivos, todas as formas de sexualidade poderiam coexistir em harmonia, pois não haveria espaço à moral limitadora imposta pela classe dominante.

A evolução da sexualidade heterodiscordante trouxe à evidência que a sociedade poderia determinar padrões de conduta, baseados numa moral desarrazoada, cujo único objetivo era o de perpetuar a ordem de estruturas econômicas e valores conservadores. Atualmente, as variantes e possibilidades de orientação sexual constituem o patrimônio inalienável dos direitos fundamentais, tutelados, implícita ou explicitamente, pelo direito em importantes documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e maioria das constituições democráticas ocidentais (BAUMAN, 2004, p. 73).

Nas últimas décadas do século XX, o movimento homossexual organizou-se politicamente, como resultado de um refinamento teórico da análise inerente à inclusão da sexualidade heterodiscordante, por meio de argumentos sociológicos e psicanalíticos, que acarretaram sua maior compreensão e assimilação. Em toda parte, com variações e particularidades em cada país, o movimento estruturou-se e institucionalizou-se com foco na luta por direitos civis, centralizados em torno da legitimação da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, além do pleno exercício de sua parentalidade.

O Direito Fundamental ao Exercício da Homoparentalidade

O termo homoparentalidade é neologismo, criado em 1997, pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL), em Paris, a fim de designar a situação na

qual pelo menos um adulto, cuja preferência seja homossexual, pretende ser pai ou mãe de uma criança, de maneira socioafetiva ou biológica.

É notório o desconhecimento da origem da formação da identidade homossexual; porém, não se sustenta a hipótese de que ela decorra de vontade livre. O desejo por pessoas do mesmo sexo é inerente à condição humana do sujeito, somente existindo a opção de viver o desejo heterodiscordante ou reprimi-lo.

Ao tratar do assunto, é esclarecedora a análise de Dias (2011a, p. 34):

Ainda que não se saiba se a homossexualidade decorre de fatores biológicos ou genéticos, sociais ou comportamentais, o certo é que não é uma opção livre. Enquanto a homossexualidade em si não é considerada uma escolha, pode-se dizer que o indivíduo de fato escolhe ser gay ou lésbica quando atravessa o rito de passagem: processo por meio do qual o homossexual revela sua orientação a outras pessoas, tornando-se visível, culturalmente inteligível e desafiando abertamente o discurso sexual hegemônico. O sujeito faz a opção de ser socialmente homossexual, não de desejar homossexualmente.

Diante do exposto, parece evidente que a identidade homossexual não pode constituir óbice ao reconhecimento do direito à homoparentalidade. Por todas as razões, a sociedade tem o dever de assegurar ao sujeito o direito de escolha entre várias alternativas, mas também fomentar condições objetivas para que tais opções sejam materializadas no plano concreto, produzindo correspondentes efeitos.

Outro ponto a sublinhar é que o termo homoparentalidade suscita polêmica, pois estigmatiza as formações familiares em decorrência da orientação sexual de seus componentes. Atualmente, a família tem seus alicerces calcados nos vínculos afetivos; independentemente da sexualidade assumida por seus membros. Diante da ausência de signo mais apropriado, no intuito de individualizar a parentalidade decorrente da família homoafetiva, será utilizada tal expressão, o que deve ser entendido de forma inclusiva, igualitária e digna.

Essa inferência encontra respaldo na análise de Zambrano (2013, p. 128), transcrita a seguir:

O uso do termo “família homoparental” costuma ser objeto de muitos questionamentos, pois coloca o acento na “orientação sexual” (homoerótica) dos pais/mães e a associa ao cuidado dos filhos (parentalidade). Essa associação (...) é, justamente, o que os estudos sobre homoparentalidade se propõem a desfazer (...). Os estudos demonstram que é a capacidade de cuidar e a qualidade do relacionamento com os filhos o determinante da boa parentalidade, e não a orientação sexual dos pais.

A parentalidade, nessa perspectiva, não se limita à possibilidade de ter filhos, pois abarca o relacionamento cuidadoso entre os sujeitos da relação familiar, em sua essência. Ao permitir a intromissão de qualquer interveniência no direito à parentalidade homossexual, possibilita-se a mesma interferência na parentalidade heterossexual que, igualmente poderá ser coibida, quando se deixar de cumprir o dever de cuidado que lhe é inerente.

É certo que várias ciências se ocuparam de determinar o sentido da família moderna, influenciadas pela moral religiosa, ou de outros determinantes, no intento de possibilitar o livre exercício da parentalidade heterossexual. O Código Napoleônico materializou o caráter sagrado da família, baseado na relação “natural” entre matrimônio e filiação, a partir da afirmação de que o pai é o marido da mãe.

Segundo a Psicanálise, a subjetivação do sujeito e sua conseqüente humanização integram a necessidade de elaboração do chamado complexo de Édipo, processo psíquico, que demanda a presença dos dois sexos. Por seu turno, de acordo com a Antropologia, o estabelecimento da união heterossexual, corresponde à passagem da humanidade da natureza para a cultura, através da proibição do incesto e da poligamia (ZAMBRANO, 2013, p. 124). A concepção de “sagrada família” torna-a o lugar exclusivo da sexualidade e procriação legítimas, desconsiderando o fato de que se trata de construção cultural, na história recente do Ocidente (HERVIEU-LÉGER, 2003, p. 5).

Para determinar o padrão de família imposto no Ocidente, a religião apoiou-se na condição biológica, e, portanto, fundamentada na natureza, que exigia um homem e uma mulher, a fim de conceber uma criança. Assim, a capacidade de procriação interferiu na construção da identidade sócio-jurídica da família, definida como unidade fundadora da sociedade e suporte para sua evolução, quanto à continuação da espécie. Entretanto, de acordo com Zambrano (2013, p. 126):

O vínculo familiar ligando um adulto a uma criança pode ser desdobrado em quatro elementos que nem sempre são concomitantes: 1) o vínculo biológico, dado pela concepção e origem genética; 2) o parentesco, vínculo que une dois indivíduos em relação a uma genealogia, determinando o seu pertencimento a um grupo; 3) a filiação, reconhecimento jurídico desse pertencimento de acordo com as leis sociais do grupo em questão; 4) a parentalidade, o exercício da função parental, implicando cuidados com alimentação, vestuário, educação, saúde, etc., que se tecem no cotidiano em torno do parentesco.

A reunião dos elementos enunciados deu origem ao alcance da parentalidade em sentido amplo. Diante dessas premissas, o vínculo biológico perde o primado, eis que

constitui apenas um, entre vários elementos a levar em consideração, na bricolagem familiar. Tal vínculo, à primeira vista, restringe-se ao universo heterossexual, o que determinou, por séculos, a essência do conceito de família e sua conseqüente apropriação pelo fenômeno jurídico. Porém, com o passar do tempo, veio a lume o reconhecimento de que a entidade familiar pode estruturar-se pelo valor afeto, causando verdadeira revolução nos critérios de parentesco, filiação e parentalidade em sentido estrito.

Na cultura brasileira, ainda que os aspectos biológicos do parentesco sejam considerados os critérios formadores naturais das entidades familiares, as convenções culturais estabelecidas em dado local, determinam a veracidade do parentesco, o que confirma as ilações antropológicas de que o parentesco é constituído por um universo de vínculos genealógicos, biológicos e sociais (ZAMBRANO, 2013, p. 126). Segundo Parseval (1998, p. 11), não existem “verdadeiros pais”, com base numa suposta “verdade biológica”, mas uma decisão moral e social, a partir dos elementos prioritários na formação de uma família, exigidos em dada sociedade. Com base em novos arranjos, é reconhecida a família homoparental, criando-se modelo alternativo, em que ocorre vínculo afetivo entre pessoas do mesmo sexo.

A discussão acerca da homoparentalidade decorre da modificação progressiva dos valores e das formas de relacionamento humano, os quais trouxeram a lume grupos antes considerados invisíveis, na esfera pública. Nesse passo, merecem realce as transformações na estrutura familiar, no casamento, bem como o advento de novas técnicas reprodutivas e diferentes formas de parentalidade incorporadas à luta das chamadas minorias sexuais.

Tratando do assunto, Dias (2011b, p. 160) assevera que, de todas as espécies de discriminação homossexual, “a negativa de reconhecimento do direito de ter filhos – sejam adotivos ou oriundos das técnicas de reprodução assistida – é a mais cruel. Inviabiliza a realização do projeto pessoal como seres humanos, de terem família e filhos a quem dar amor e transmitir o que aprenderam ao longo da vida”.

A possibilidade de constituir entidade familiar propicia aos homossexuais, entre outros, o respeito ao afeto conjugal e ao desejo de ter frutos dessa relação, designado como parental. Como é cediço, em um arranjo heterossexual, ambos os afetos coabitam, não havendo dúvidas sobre a regularidade da coexistência; por isso, não há justificativa coerente para tratamento diverso, no caso da união homoerótica.

A entidade familiar homoafetiva também é caminho para a felicidade de seus integrantes, a partir das relações que se estruturam em seu interior, com destaque à parentalidade. O projeto de filiação restringe-se à esfera individual do ser humano, que busca a realização pessoal, que se inclui na ordem dos desejos.

Como ressaltou Bauman (2004, 101): “Amar o próximo como se ama a si mesmo significa respeitar a singularidade de cada um – o valor das diferenças, que enriquecem o mundo que se habita em conjunto e assim o torna um lugar mais fascinante e agradável”.

Com base nessa argumentação, é imperiosa a reformulação do sistema vigente, no sentido de reconhecer os vínculos afetivos homossexuais e sua correlata possibilidade de exercer livremente a parentalidade, da mesma forma que os casais de sexos diferentes.

A partir de perspectiva emancipatória, proveniente de nova compreensão da realidade, cria-se um cenário propício à busca da felicidade, em respeito ao direito de personalidade do sujeito homossexual de ter filhos, pois a maternidade e a paternidade constituem bens que podem contribuir para a realização do ser humano (DIAS, 2011b, p. 161).

Não sem razão a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XVI, reconhece o direito fundamental à constituição de família por homens e mulheres. E o princípio constitucional da igualdade, direito personalíssimo, inalienável, indisponível e tutelável pelo Estado, impõe estendê-lo às uniões homossexuais (DIAS, 2011b, p. 161).

Aos poucos, o sistema jurídico despreendeu-se do individualismo, rompendo com a tríade tradicional casamento heterossexual, civil e família patriarcal, consagrando a família homossexual, estabelecida pelo afeto existente entre seus componentes.

Avançar na compreensão dos direitos sexuais e reprodutivos, dentro da perspectiva dos direitos humanos, implica compreender que, tanto os direitos sexuais, como os reprodutivos são categorias jurídicas que tendem a flexibilizar os rígidos padrões de conduta, em prol de uma liberdade afetiva, inerente aos novos tempos. Com isso, o conteúdo desse elenco de prerrogativas deve abarcar um repertório normativo baseado na inclusão e na isonomia, modificando-se qualquer ruído que ainda possa remanescer das realidades tradicionais e obsoletas (RIOS, 2006, p. 79).

A Filiação de Paradigma Heterossexual

De pronto, cumpre reconhecer que o sistema jurídico brasileiro de filiação tinha como referencial a família matrimonializada e, portanto, heterossexual. Sob a influência de valores dominantes na cultura, convencionou-se socialmente que o objetivo da família era a procriação, o que determinou a construção do ordenamento constitucional e de sua correlata legislação ordinária, como se, para o direito, só houvesse uma formação familiar possível, cuja origem seria o casamento.

O direito nacional, influenciado pelo direito português, canônico e romano, preocupou-se com a classificação da prole, de acordo com sua procedência. Para ilustrar essa inferência, basta lembrar que, no ordenamento brasileiro, sob a égide do Código Civil de 1916, coexistiram quatro espécies de prole: os filhos legítimos⁵, concebidos no casamento; os legitimados⁶, concebidos antes das núpcias; os ilegítimos, oriundos da união estável⁷, do adultério ou de relação incestuosa⁸; e, os adotados⁹.

Por coerência, até 1988, a legislação infraconstitucional encontrava-se em harmonia com os textos constitucionais, que vinculavam a filiação legítima ao casamento dos pais. Para sistematizar a análise do tratamento conferido à relação existente entre casamento e filiação, no constitucionalismo brasileiro, é oportuno lembrar, por exemplo, que, na Constituição de 1824, não havia referência ao casamento, à família ou à prole, fazendo-se alusão, apenas, à própria família imperial.

Na Constituição de 1891, houve a primeira referência ao casamento. Apesar de não disciplinar a proteção da família, essa Carta teve o mérito de realizar a separação entre Estado e Igreja, ao reconhecer, com exclusividade, o casamento civil de celebração gratuita. Por sua vez, a Constituição de 1934 inseriu a temática da família no ordenamento brasileiro, preocupando-se mais com a celebração formal do matrimônio do que com a essência da família, permitindo, porém, o reconhecimento de filhos naturais fora do casamento, desde que não adulterinos. A Constituição de 1937 apenas repetiu o que foi instituído na anterior. Na Carta de 1946, não houve modificações substanciais acerca do tema; somente foram estendidos os efeitos civis ao casamento religioso. Com similar tendência, a Constituição de 1967/1969 não promoveu alterações significativas no instituto da família, apenas alterando formalidades em relação à celebração do casamento (PEREIRA, 2012, p. 191).

⁵ De acordo com o art. 337 do Código Civil de 1916.

⁶ De acordo com o art. 352 do Código Civil de 1916.

⁷ De acordo com o art. 355 do Código Civil de 1916.

⁸ De acordo com o art. 358 do Código Civil de 1916.

⁹ De acordo com o art. 368 do Código Civil de 1916.

Porém, a Constituição da República de 1988 trouxe significativas transformações ao paradigma individualista e patrimonial da família, admitindo outras formas para sua estruturação, que não apenas pelo casamento, em decorrência da necessidade de adequação do arcabouço constitucional às novas demandas sociais, sob pena de seu esvaziamento prematuro e ineficácia de seus comandos.

Cumprido sublinhar que a Carta de 1988, em seu art. 226, enumerou as possíveis entidades familiares, a serem reconhecidas; contudo, o dispositivo não deve ser concebido de maneira conclusiva, uma vez que existem outras formas de constituição familiar, que devem ser legitimadas pelo ordenamento. Não se concorda com o entendimento de que a Carta Constitucional se apóie em matriz heterossexista, pois promoveu ruptura com o modelo familiar estruturado unicamente no casamento, tornando possível a estruturação da família monoparental, ou por meio de união estável, que comportam a homoafetividade.

Em decorrência da pluralidade, a família deixa de ser instituição oriunda no matrimônio heterossexual, legitimada pela relação entre os cônjuges e sua prole, para se transformar numa rede de relações afetivas, sentimentais e de solidariedade, nas quais os laços decorrem das identidades pessoais de cada membro e da sua interação. Afaste-se, portanto, qualquer vínculo que tenha por base valores, interesses e direitos patrimoniais, bem como a redução do vínculo a aspectos eminentemente biológicos.

Ao analisar a origem do casamento, ressaltou-se a pretensão de legitimar os filhos havidos em sua constância, que conferia ao pai a certeza acerca da paternidade, fazendo com que a transferência de seu patrimônio operasse como consequência. Assim, subsidiado, o fenômeno jurídico atribuiu ao casamento a ideia de certeza e instrumento de manutenção social, contendo as mudanças e perpetuando valores tradicionais. Calcada num objetivo falacioso de proteção à vida social, a parentalidade tornou-se simples mecanismo de transferência patrimonial.

Assim, apesar da emergência de novo paradigma calcado no afeto, a filiação jurídica ainda tem como ancoradouro a noção de “família nuclear heterossexual”: um pai, uma mãe e seus filhos, apoiada pela realidade biológica da necessidade do espermatozóide e do óvulo para gerar uma criança, admitindo-se, entretanto, outros critérios, como o jurídico, a inseminação artificial e o socioafetivo, não devendo haver qualquer hierarquização entre eles.

Com tais fundamentos, a filiação pode ser: biológica, a partir da união de gametas masculino e feminino; jurídico-cultural, baseados em determinados hábitos

sociais, que se deseja preservar; por inseminação artificial, homóloga ou heteróloga; e, psicossocial, como o especial tratamento dispensado por alguém a um menor, tal como se fosse de um pai a um filho.

Parece evidente que o Direito se apóia na contribuição de outras ciências e mesmo na cultura tradicional para fixar seus critérios de atribuição de parentalidade (UCHÔA, 2008, p. 34). É importante acrescentar que tais parâmetros não têm o condão de exaustividade, podendo-se constatar a presença de dois ou mais deles, em determinada situação fático-jurídica.

O critério jurídico encontra sustentação na presunção imposta pelo legislador em circunstâncias previstas no art. 1.597 do Código Civil atual, dispondo que o pai seria o marido da mulher casada e que a mãe seria indicada pelo parto; ou seja, o critério nupcialista seria determinante nessas circunstâncias, não se admitindo, em princípio, a sua aplicação às uniões estáveis heterossexuais.

O critério jurídico se sobrepõe ao biológico, apesar de este lhe servir de base. A partir do presente critério formou-se a família legítima, cuja finalidade precípua era de ordem procriativo-patrimonial, como exposto. Nesse contexto, o dever de fidelidade da esposa tornou-se fundamental, pois o marido passou a ter certeza da filiação, em decorrência da posse sexual exclusiva que detinha, por meio do casamento. Ao atribuir a paternidade ao marido da mãe, a lei lhe outorgava a responsabilidade pela criança, independentemente da realidade genética, tornando-o detentor da posse do estado de filho, da mesma forma que acontece na filiação socioafetiva contemporânea (UCHÔA, 2008, p. 40).

Com relação às uniões estáveis heterossexuais, o ordenamento civil, mais uma vez, conservador, permaneceu silente acerca da aplicação da mencionada presunção a esta situação fático-jurídica, conforme art. 1.597 do Código Civil de 2002. Portanto, não há coerção jurídica para que os pais se ajustem às formalidades e responsabilidades próprias do casamento, o que acarreta o acolhimento (ou não) do filho, proveniente dessa condição. Ainda hoje, pela lei, o casamento é considerado o pressuposto de legitimação da prole, sendo os filhos havidos fora dele passíveis (ou não) de reconhecimento pelo pai.

De acordo com o art. 355 do Código Civil de 1916, o filho ilegítimo, como era o caso dos havidos na constância da união estável, poderiam ser reconhecidos pelos pais conjunta ou separadamente. Na falta da presunção de paternidade, mesmo sendo

perfilhados conforme formalidades especiais, ainda assim detinham situação legal inferior à dos filhos legítimos (WALD, 2002, p. 200).

Outra era a situação dos filhos ilegítimos, oriundos de relação incestuosa ou adúlterina, os quais não tinham ação própria para exigir o reconhecimento judicial de sua filiação, pois, nos moldes do art. 358 do Código Civil de 1916, não poderiam, em qualquer hipótese, ser reconhecidos, por ocuparem situação inferior à dos filhos ilegítimos, provenientes de união estável.

Atualmente, não há que se falar em hierarquia entre filhos; de acordo o disposto nos art. 1.596 do Código Civil de 2002 e 227, § 6º da Constituição de 1988, é proibida sua discriminação e limitação de direitos, como consequência da chamada condição de concepção. Porém, tal afirmação não elide a presunção de paternidade da prole havida no casamento e ainda não estendida à união estável.

Outro critério utilizado atualmente diz respeito à inseminação artificial homóloga e heteróloga. O Código Civil de 2002 inovou, em seu art. 1.597, não só admitindo a presunção de paternidade decorrente do ato sexual matrimonializado, mas também a resultante de fecundação medicamente assistida. Assim, as diversas técnicas de reprodução assistida materializam formas de suprir as deficiências que eventualmente possam ocorrer no seio familiar.

Nos dias atuais, em relações heterossexuais, apesar do valor conferido aos aspectos biológicos do parentesco, é admissível que, com o advento das técnicas de reprodução assistida, relativizou-se a verdade biológica, ao se fragmentar momentos que, em princípio, não admitiam quebra de continuidade, tais como a concepção e a gestação. Nesse cenário, o projeto parental não é apenas o resultado sexual da interação de gametas, constituindo, pois, decorrência de decisão moral e social entre os parceiros envolvidos.

É interessante registrar que, segundo Lévi-Strauss (1976, p. 20), a família não é uma entidade fixa, mas um lugar onde se desenvolvem as normas de filiação e parentesco, que envolvem vínculos intrafamiliares e admitem várias formas de constituição.

O parentesco e a filiação, para além das regras da natureza, são construções sociais, não decorrendo apenas da procriação. Embora as regras relativas à filiação tenham por objetivo institucionalizar a reprodução da espécie humana, os critérios variam entre sociedades e de uma época a outra.

Um dos exemplos dessa evolução são as técnicas de reprodução assistida, que, dentre outras possibilidades, se dividem em três espécies mais comuns: a inseminação artificial homóloga ou heteróloga e a fecundação artificial *in vitro*. A partir da utilização de diferentes procedimentos, formou-se intrincada rede pluriparental, pois se uniram para a formação de uma criança pais socioafetivos, genéticos e presumidos (UCHÔA, 2008, p. 68).

Como se sabe, a inseminação artificial resulta da técnica de recolhimento do sêmen do cônjuge, do companheiro ou de um terceiro doador, que será inserido no interior do útero do cônjuge ou da companheira. Diante da inseminação artificial homóloga, na qual o sêmen utilizado é do próprio cônjuge ou do companheiro, as estruturas do parentesco permanecem inalteradas, em decorrência da similitude entre paternidade jurídica, biológica e socioafetiva (UCHÔA, 2008, p. 69).

Entretanto, quando o material genético pertencer a um terceiro doador, estar-se-á diante da inseminação artificial heteróloga, na qual não há similitude entre paternidade jurídica, biológica e socioafetiva. Aqui, o doador tem o direito de permanecer anônimo e de não estabelecer qualquer vínculo afetivo com a criança, sendo considerado pai o cônjuge ou companheiro da mulher submetida ao procedimento.

O consentimento do doador importa renúncia ao direito de discutir a paternidade em juízo, uma vez que decorre de sua livre manifestação de vontade e a prole não pode ficar à mercê de arrependimentos futuros. Tal entendimento goza do mesmo efeito prático evidenciado na adoção, já que os pais não podem desfazê-la, por ser irrenunciável (UCHÔA, 2008, p. 69).

Por fim, entende-se por fecundação artificial, a que resulta da injeção de sêmen no óvulo fora do útero da mulher, que deseja ser mãe. Depois de fecundado e formado o embrião, o óvulo é transferido ao útero.

Quando a parentalidade não é exercida por um ou ambos os genitores, configura-se a denominada filiação socioafetiva, calcada na convivência e não em vínculo biológico. Constitui, pois, um critério atual de atribuição da parentalidade, que possui fundamento no dado social, a partir do reconhecimento da sociedade ao relacionamento, além de basear-se no dado afetivo, decorrente dos sentimentos dos sujeitos componentes.

A paternidade socioafetiva, no presente contexto, merece ser estimulada, pois está alicerçada na posse do estado de filho, que remete à tríade romana *nomen, tractus e fama*. Diante disso, para que haja a posse de estado, é necessário que a prole carregue o

nome da família, seja tratado como filho e que sua condição proveniente da filiação seja reconhecida socialmente (PEREIRA, 2012, p. 216).

Inserida no critério socioafetivo, encontra-se a adoção jurídica. Aqui o vínculo biológico, mais uma vez, cede espaço ao afetivo, a partir da convivência familiar. Estabelecendo importante relação entre adoção, afeto e liberdade, Fachin (*apud* VERUCCI, 2002) assevera:

Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade.

A Necessidade de Sistematização dos Critérios Definidores da Homoparentalidade

Como exposto, os critérios de filiação foram idealizados para a regulamentação de relações heterossexuais ao passo que o critério socioafetivo ajusta-se aos relacionamentos homoafetivos. A omissão legislativa é evidente, por não contemplar a parentalidade de uniões homossexuais, que se estruturam socialmente.

Porém, a homoparentalidade pode ocorrer de diversas formas: famílias homoafetivas em que um ou ambos adotam uma criança; famílias homoafetivas cujo projeto parental foi facilitado pelo uso das tecnologias reprodutivas; e, famílias homoafetivas recompostas, decorrentes do rompimento de relações heterossexuais anteriores em que havia filhos. Para esses casos, o sistema jurídico de filiação atual mostra-se insuficiente, pois não contempla o paradigma homoafetivo. Torna-se necessário repensar o ordenamento, a partir da sistematização dos elementos aptos ao exercício da parentalidade homossexual, para que sua materialização fática não fique ao alvedrio de decisões judiciais, que não reconhecem o valor jurídico afeto e o direito fundamental à filiação das parcerias homoafetivas.

Para realizar o sonho da parentalidade, muitos casais homossexuais recorrem à adoção. A fim de consubstanciar a adoção homoafetiva, propõe Dias (2011b, p. 164):

O que é preciso é que a justiça retire o véu do preconceito para garantir a crianças e adolescentes os direitos que se encontram constitucionalmente tutelados. Não se pode esquecer que têm eles, com absoluta prioridade, direito à convivência familiar. E negar o vínculo de filiação é vetar o direito à

família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal da felicidade.

Porém, a adoção heterodiscordante não é um lugar tranquilo, despido de polêmicas ou preconceitos. Nesta perspectiva, constata-se conflito entre homossexuais e heterossexuais, já que os primeiros buscam o direito à parentalidade, a partir do desejo à descendência que é reclamado por todos aqueles que, não podendo ou não querendo ter filhos biológicos, recorrem à adoção. Contra a presente perspectiva encontram-se os argumentos heterossexuais de que uma criança não teria desenvolvimento psicológico/emocional/social saudável num lar de casais homoafetivos (SPENGLER, 2011, p. 347).

Tal premissa não leva em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, independentemente se alcançado numa família biológica ou adotiva, heterossexual, homossexual, matrimonializada, monoparental ou unida estavelmente. Restringir a parentalidade homossexual conspira frontalmente contra o referido princípio, pois impossibilita que o principal interessado possa se desenvolver em um lar com a presença de afeto, amor, respeito e solidariedade.

Porém, tomando como referência valores da cultura tradicional acerca de potencialidades de ambos os sexos, verifica-se, no senso comum, o argumento de que a homoparentalidade pode representar ameaça de destruição da sociedade e afetar o desenvolvimento psicológico das crianças pertencentes a famílias homoafetivas. Mas, como exposto, tal julgamento radica em parâmetros culturais que privilegiam a heterossexualidade. Além disso, subsiste a crença de que os filhos de homossexuais tenderiam à homossexualidade, sem levar em consideração o fato de que os primeiros, na maioria das vezes, são frutos de relacionamentos heteroafetivos (DIAS, 2011b, p. 160).

Segundo Zambrano (2006, p 21), o chamado “prejuízo à criança”, a fim de impedir a adoção homoparental e a não inclusão da família homossexual na legislação, é utilizado pelos setores mais conservadores da sociedade, a partir de um senso comum, pautado, muitas vezes, na moral religiosa do Ocidente, num movimento de secularização. Porém, pesquisas empíricas comprovam a inexistência de prejuízos ao infante. Corroborando o que foi afirmado, é importante a transcrição das palavras da autora citada:

O resultado geral da nossa pesquisa bibliográfica mostra que as pesquisas empíricas realizadas por diferentes autores indicam a inexistência de

diferenças em relação à habilidade para o cuidado de filhos e à capacidade parental de pessoas heterossexuais e homossexuais, bem como demonstra não haver diferenças significativas entre o desenvolvimento de crianças criadas por famílias heterossexuais quando comparadas àquelas de famílias homossexuais.

Portanto, a sexualidade dos pais/mães não é fator importante para o desenvolvimento infanto-juvenil, mas a qualidade da relação estabelecida entre aqueles e seus filhos. Desta forma, a ausência da binaridade; ou seja, da composição do casal por pessoas de sexos opostos, parece não exercer qualquer interferência no desenvolvimento psicológico ou da identidade sexual do adotado.

De outra sorte, tal argumento não leva em consideração, que o homossexual, na grande maioria dos casos, é oriundo de lares heterossexuais... O preconceito relatado provém do ideário social, que, além de considerar os possíveis problemas psíquicos decorrentes da orientação sexual dos pais, enquadra os homossexuais como promíscuos e pedófilos, como se tais condutas lhes fossem exclusivas. No mesmo sentido Miskolci (2007, p. 109), a fim de justificar socialmente as parcerias homoeróticas:

A sanção estatal das relações entre pessoas do mesmo sexo também traria consigo outras questões para a sociedade e para os próprios gays e lésbicas. Aparentemente, além de enfrentar o estigma da promiscuidade sexual, o casamento gay responderia ao temor coletivo da pedofilia. A parceria civil poderia diminuir o estigma de promiscuidade, mas traria à baila a possibilidade de adoção de crianças por casais homoparentais, os quais, mesmo “casados”, não deixam de ser socialmente estigmatizados como possíveis “pedófilos”.

Ademais, muitas crianças maltratadas, vítimas de abuso sexual, espancamentos e que hoje se encontram em orfanatos ou nas ruas, são provenientes de lares heterossexuais. Isso posto, não há como deduzir que a orientação homossexual dos pais, por si só, gere nos filhos patologias de ordem comportamental, psíquica ou social, não havendo qualquer base para se acreditar que os pais homoafetivos praticarão sexo na frente dos filhos ou com os próprios filhos.

As relatadas questões não podem constituir óbice ao exercício da parentalidade homossexual, pois o sujeito não deve ser avaliado unicamente por sua sexualidade, mas principalmente pela capacidade de propiciar ao menor um tratamento digno. Ao ser estabelecida à filiação afetiva, com relação ao casal, a materialização do vínculo jurídico torna-se indispensável em respeito aos direitos do menor.

Desta maneira, a coparentalidade é uma das formas possíveis de família homoparental sobre cuja construção o Direito não tem ingerência. O Código Civil de

2002 não prevê a complexidade de alianças e filiações decorrentes da coparentalidade homossexual. Como resultado desse vácuo normativo, a criança é a mais prejudicada, pois se impede a estabilização de seus vínculos parentais, já que pautados num cenário fictício estimulado pelo Direito. Ao se reconhecer a existência legal de apenas um pai e uma mãe, a legislação relega à periferia a relação de filiação entre o menor e o outro parceiro aliado, impedindo, *a priori*, a vindicação de direitos e deveres para com este último. Conforme análise de Dias (2011b, p. 165):

Assim, obtida a adoção, o filho passa a conviver com o parceiro do adotante, que exerce também as funções parentais. No entanto, mesmo tendo dois pais, por ter sido adotado somente por um, o filho desfruta do direito de alimentos, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, exclusivamente com relação ao adotante. Diante disso, quando da separação dos parceiros, ou se ocorrer a morte do que não é legalmente o genitor, não pode o filho pleitear qualquer direito daquele que também reconhece como verdadeiramente sendo seu pai ou sua mãe. E mais: falecendo o adotante, o adotado resta órfão, não havendo qualquer vínculo com quem não é o pai ou a mãe que o registrou.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não apresenta restrições relativas à sexualidade daquele que deseja adotar, sendo tal possibilidade outorgada a ambos os sexos, em conjunto, ou isoladamente, independente de seu estado civil. Não há, pois, como impedir o acesso de casais homoafetivos ao direito à parentalidade, uma vez inexistente norma infraconstitucional que vede o seu exercício. E nem poderia, pois se existisse, encontrar-se-ia eivada de flagrante inconstitucionalidade.

Apesar de recente modificação legislativa com a promulgação da Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/09), que excluiu a adoção de menores do Código Civil, modificando o § 2º do art. 42 do ECA, não foi contemplada expressamente a adoção por casais homossexuais. O referido diploma ainda está apegado a uma visão tradicional do direito, dispondo ser requisito para a adoção o casamento civil entre os adotantes, permitindo, entretanto, o exercício deste direito a pessoas que vivem em união estável.

A falha do legislador não pode servir de argumento para impedir o exercício do direito à adoção entre parcerias homossexuais, pois o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como verdadeira entidade familiar, a partir do signo da união estável¹⁰. Logo, se o direito à adoção é contemplado a uniões estáveis heterossexuais, em decorrência do princípio da isonomia, o presente direito também deverá ser outorgado aos casais homoeróticos.

¹⁰ Através da Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça determinou que os cartórios brasileiros formalizem o casamento civil homoafetivo.

Cumpra, portanto, promover releitura de antigos dogmas, ajustando-os às novas demandas sociais, estruturando-se um direito sexual e reprodutivo emancipatório por natureza. Se o direito à parentalidade faz parte dos direitos fundamentais, não há como esvaziá-lo diante da união homoafetiva, que detém reconhecimento formal e material. E, assim, a adoção resplandece como um dos meios à obtenção da filiação homossexual.

Outra forma encontrada por casais homoafetivos para realizar o sonho da parentalidade, é a utilização de técnicas de reprodução fundamentadas nos vínculos biológicos e afetivos entre os sujeitos homossexuais e terceiros. Essa possibilidade advém das novas tecnologias reprodutivas, que tornaram possível separar artificialmente os momentos naturalmente indivisíveis da constituição de um ser humano.

Várias técnicas reprodutivas poderão ser utilizadas, restando ao ordenamento se adaptar à realidade social, disciplinando de forma adequada situações que já existem no mundo fático, mas que insistem em ser apartadas do fenômeno jurídico pelas classes dominantes. Desta forma, é possível constatar a existência de inúmeras modalidades procracionais passíveis de serem exercidas pelas parcerias homoafetivas, que, decerto, ultrapassam o ideário construído pelo legislador brasileiro. Dentre as mencionadas modalidades, podem ser citadas a procriação natural e a procriação medicamente assistida (CHAVES, 2011, p. 369).

A procriação natural pode ser realizada por homossexuais com ou sem a presença do ato sexual, pois de forma individual estes são, via de regra, férteis, diferentemente de quando enquadrados na forma de parcerias. Quando o projeto parental for reputado a um homossexual individualmente, este será o genitor da criança e o reconhecimento jurídico emerge desse fato. Mas, caso o sujeito mantenha um relacionamento e o projeto parental puder ser reputado a ambos, nasce uma problemática jurídica, diante da incapacidade de o ordenamento reconhecer a parentalidade daquele que não forneceu o material genético. Como disposto em linhas anteriores, trata-se de caso de coparentalidade, no qual um dos parceiros estabelece vínculo de natureza socioafetiva com o infante.

A procriação medicamente assistida será, em regra, heteróloga¹¹ (CHAVES, 2011, p. 367), pois o sujeito homossexual precisa recorrer à contribuição genética de terceiro estranho à relação para conceber uma criança, já que os casais homoafetivos são

¹¹ De acordo com Chaves, atualmente existe a possibilidade de fecundação de um óvulo por outro óvulo, técnica experimentada com sucesso em camundongos. Caso tal situação cristalize-se na doutrina médica, será possível reconhecer a reprodução medicamente assistida homóloga para casais homossexuais femininos.

naturalmente inférteis. Dentro da procriação heteróloga, há de se dividir entre a possibilidade de sua ocorrência, considerando parcerias homoafetivas femininas e masculinas de maneira distinta, em decorrência da peculiaridade biológica, que circunscreve a questão.

No caso de uma família homoafetiva lésbica, o casal poderá escolher qual das mulheres realizará a gestação, utilizando-se de material genético de um doador. Nesse caso, a parentalidade será exercida de forma conjunta por ambas as mulheres; ou seja, pela mãe biológica/gestacional e pela mãe socioafetiva. Porém, o Direito apenas reconhece como mãe aquela que gerou a criança, omitindo-se em relação à outra mãe. É possível, também, de acordo com as novas técnicas reprodutivas, a retirada do óvulo de uma das parceiras e a sua implantação no útero da outra, a fim de se possibilitar que ambas participem do processo de formação da criança.

No caso de uma família homoafetiva gay, o casal deverá se valer da maternidade de substituição. A impossibilidade de gerar uma criança faz com que a mencionada maternidade seja imprescindível, para levar a efeito o projeto parental homossexual masculino. Tal maternidade decorre do acordo de vontade, por meio do qual uma mulher se compromete a gerar uma criança e depois entregá-la ao casal gay, renunciando a todos os direitos inerentes à filiação, inclusive a classificação jurídica de “mãe”.

Diante da necessidade de normatização das condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida e da ausência legislativa acerca do assunto, apesar da tramitação de inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional há anos, mas que não lograram êxito, o Conselho Federal de Medicina, no uso de suas atribuições, editou a Resolução 2.013/13. Dentre as suas disposições (item II.2), a Resolução 2.013 possibilitou que casais homoafetivos utilizassem as técnicas de reprodução assistida.

É interessante ressaltar, que a mencionada Resolução possui um viés de ordem jurídica, pois estabelece como um dos requisitos para a realização do procedimento, a assinatura de contrato entre os pais (concebidos como aqueles que desejam estabelecer a filiação com a criança, independentemente dos laços biológicos) e a doadora temporária do útero, determinando claramente a questão da filiação da criança. Ora, no caso da união homoafetiva gay existe, de forma comum, um pai biológico, um pai companheiro (do pai biológico), uma doadora de óvulo (mãe biológica) e uma doadora de útero (mãe

gestacional). Diante do anonimato da mãe biológica, o contrato deverá ser havido entre o casal homoafetivo e a mãe gestacional, esclarecendo o vínculo parental.

Outro requisito ainda mais interessante configura-se pela necessidade de garantia do registro civil da criança pelos pais, devendo a documentação ser providenciada durante a gravidez. Da mesma forma, os pais, numa pareceria homoafetiva, deverão ser considerados como os sujeitos homossexuais envolvidos, a quem o Direito deveria reconhecer a verdadeira filiação e o exercício da parentalidade.

Apesar de a Resolução 2.013 entender de forma isonômica as relações de parentalidade estabelecidas entre heterossexuais e homossexuais, considerando como pais os integrantes do casal, juridicamente o posicionamento é cambiante. Assim, a grande questão já não mais reside na possibilidade de casais homoafetivos terem acesso às modernas e diferentes técnicas de reprodução assistida, mas no estabelecimento da filiação, já que o projeto parental é reputado a ambos os sujeitos que formam a união.

O ordenamento jurídico brasileiro apenas reconhece a filiação a um dos indivíduos, em total desrespeito à realidade fática. Porém, mesmo que a justiça ainda não reconheça com naturalidade e celeridade o registro de filiação em nome de ambos os pais homoafetivos, a um deles deverá ser outorgado o tratamento de pai jurídico, na condição de pai sociafetivo, a partir da constatação da existência da posse do estado de filho (CHAVES, 2011, p. 374).

Por fim, é possível identificar a família recomposta homossexual como aquela formada por filhos havidos numa relação heterossexual anterior. Depois do rompimento da união, o pai ou mãe (ou ambos) podem estabelecer vínculo afetivo com parceiro/a do mesmo sexo, constituindo, assim, nova entidade familiar (ZAMBRANO, 2006, p. 17).

Como demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla explicitamente as múltiplas relações, que ocorrem no seio da sociedade, em decorrência do afeto. Mas, a falta de regulamentação não impede a estruturação da família homoafetiva, que, como a heterossexual, merece gozar do direito fundamental à parentalidade, uma vez que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o planejamento familiar, baseado na dignidade humana e na paternidade responsável, sendo vedado ao Estado qualquer interferência no exercício do aludido direito.

Ao se considerar o direito à parentalidade como verdadeiro direito fundamental, torna-se necessário reconhecê-lo como direito subjetivo, o que possibilita ao sujeito homossexual reivindicá-lo e exercê-lo na condição de genitor, por meio da adoção, do

acesso às técnicas de reprodução assistida e da filiação socioafetiva. Diante disso, a sua disciplina pelo ordenamento jurídico resta inadiável.

Nessa linha, foi encaminhado ao Congresso Nacional brasileiro, projeto de Estatuto referindo-se à regulamentação dos direitos inerentes à diversidade sexual. Contendo princípios e normas de natureza cível, penal, trabalhista e previdenciária, o Estatuto busca assegurar uma série de prerrogativas e direitos aos homossexuais, a partir do reconhecimento das uniões homoafetivas e da criminalização da homofobia, como institutos-chave, além da inserção de políticas públicas de inclusão, através de ações afirmativas.

A iniciativa é louvável e merece apoio da sociedade. Todavia, reitera-se que a inexistência de lei não significa ausência de direitos; pelo contrário, não há como ignorar que a lei é formulada por aqueles que detêm o poder e constituem as elites dominantes. Esses não têm o mínimo interesse em ver reconhecido o tratamento igualitário às classes minoritárias, em decorrência da necessidade de manutenção do poder e da ordem como ela se apresenta. Diante disso, a orientação sexual e a identidade de gênero são alvos da indiferença do legislador pátrio, o que acarreta a ausência normativa, acerca dos vínculos homoafetivos e de todas as suas consequências. Isso faz com que a edição de um Estatuto seja imprescindível, a fim de impor o reconhecimento jurídico e o respeito social a um segmento ainda refém do preconceito e da discriminação.

O Estatuto da Diversidade Sexual apresenta em seu capítulo VI, o direito e dever à filiação, à guarda e à adoção. O regramento contempla, portanto, o direito à homoparentalidade, criando especificidades normativas, cujo objetivo é a inserção sócio-jurídica das múltiplas relações parentais desenvolvidas no seio da família homoafetiva. Desta maneira, é reconhecido o direito ao exercício da parentalidade, em relação aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos, individualmente ou em união homoafetiva, independente da orientação sexual ou identidade de gênero¹² de seus componentes.

De outra sorte, a jurisprudência evidencia relevante papel no reconhecimento dos direitos fundamentais homoafetivos, em coerência com os preceitos da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, do valor jurídico afeto, dentre outras normas constitucionais.

¹² Artigo 20 do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual.

O reconhecimento de que a união estável homoafetiva é verdadeira entidade familiar pelo STF, estimulou o Conselho Nacional de Justiça a editar Resolução que obriga a formalização do casamento civil homossexual pelos cartórios brasileiros.

Se a união estável homoafetiva e o casamento civil homossexual passaram a compor o rol brasileiro de famílias, o direito fundamental à homoparentalidade tornou-se, pelo menos em sentido técnico-jurídico, consequência esperada.

Diante da indiferença do legislador pátrio, coube à jurisprudência tal reconhecimento, apesar de algumas resistências da sociedade, de segmentos religiosos e de parte de setores minoritários da magistratura. Já que tal decisão possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o Poder Judiciário e os órgãos da administração pública devem assegurar aos sujeitos homossexuais iguais direitos (DIAS, 2011b, p. 146), tanto na composição de suas parcerias, quanto no exercício da parentalidade.

Nesse cenário, reprova-se a interpretação literal de dispositivos tradicionais heterossexistas, os quais criam ambiente hostil ao homossexual, que deságua em sua marginalização social, tendente a esvaziar a democracia. Como cediço, cabe ao Judiciário, na atividade hermenêutica, inserir a norma no tempo e/ou integrá-la à realidade social, amoldando-a aos fatos sociais, inobstante a omissão legislativa.

Em síntese, é de se entender pela possibilidade de construção da parentalidade homossexual, como decorrência da diluição do vínculo biológico, que se comportava como suporte das uniões heterossexuais, legitimadas pelo casamento. A filiação já não se encontra engessada num enquadramento jurídico cartesiano, que desconsiderava a realidade fático-social, hoje estruturada sob o signo da pluralidade afetiva. Desta forma, reconhecida a entidade familiar homoafetiva, nada mais justo do que promover-lhe o direito de gerar e ter filhos, como fruto do amor estabelecido entre os sujeitos componentes.

CONCLUSÃO

No plano das relações interpessoais, predominou, historicamente, o modelo heterossexual, junto ao apogeu do amor romântico, o que acarretou a repressão da experiência homoerótica, a partir da padronização de condutas.

Porém, na atualidade, não há dúvidas de que a família reaproximou os laços parentais, a partir da liberdade, do afeto e do amor em perfeita união. Portanto, o sistema de Direito foi levado a colocar o interesse patrimonial em segundo plano, em

benefício da solidariedade advinda do afeto e da proteção dos direitos fundamentais de seus componentes.

Sem sombra de dúvidas, a ruptura com o obsoleto padrão moralista propicia, no espaço público, cada vez com maior visibilidade, a emergência de novas expressões de afeto, alicerçadas em vínculos duradouros, que comportam a possibilidade de exercício da parentalidade homossexual.

Contemporaneamente, inserem-se na parte dogmática do direito constitucional, instrumentos hábeis a conter a lógica da barbárie, da destruição e do desmerecimento do ser humano, o que o torna responsável pela reconstrução dos direitos humanos e pela limitação do poder do Estado.

Nessa ordem argumentativa, não se pode ignorar que o atual sistema jurídico tem como pilar o respeito à dignidade humana, sendo um dos objetivos da nação a edificação de uma sociedade justa, livre e solidária. Esses fundamentos dão suporte ao reconhecimento do direito fundamental à orientação sexual, atributo inerente ao homem, além de seus conseqüências.

No tocante à homoparentalidade, vale sublinhar a moldura trazida a lume por meio de importantes transformações no conceito de família ao longo das últimas décadas. No plano dos ordenamentos jurídicos a tendência à constitucionalização do Direito, deslocou a razão de existir do instituto da família para os aspectos existenciais e afetivos, em substituição às antigas prioridades patrimoniais. Na mesma linha, merece realce a caracterização da família como instituição incumbida de promover o desenvolvimento integral da personalidade de seus membros.

A rigor, o que se percebe não é a mera inserção homoafetiva numa estrutura decadente de família patriarcal, mas o estabelecimento de nova estrutura familiar, fundada em novos valores sociais mais complexos, humanos e universais. Há, pois, uma inclusão a partir da diferença, numa sensação de pertencimento ao grupo social na forma pela qual se realmente é.

Com isso, o reconhecimento jurídico do exercício da homoparentalidade prioriza a legitimação de fatos sociológicos, oriundos da realidade fática, a partir de nova concepção da entidade familiar, em que a modernidade se sobrepõe à tradição, o patrimonialismo cede em respeito aos sentimentos e o universalismo supera o individualismo.

Dignidade, liberdade, igualdade e afeto são valores que caminham lado a lado, alicerçando o Estado Democrático de Direito, e a constituição bem soube, que ao trazê-

los para o seu bojo, se deflagrariam possibilidades múltiplas para a efetivação dos direitos fundamentais. Não são, em decorrência de sua abstração, valores sem contorno, pelo contrário, determinam os passos dos legisladores, o comportamento social, o desenho do país que se deseja ter para as próximas gerações. Tais razões impedem que o afeto tenha nome, padrão ou dimensão objetiva, só precisando ser sentido para que a sociedade se torne um pouco melhor. Já que o sentimento não tem, nem deve ter destinatário, a dignidade, a liberdade e a igualdade devem ser materializadas e exigem o reconhecimento pleno de entidades familiares, que já não precisam mais ser clandestinas.

Assim, o que se propõe é a inclusão sócio-jurídica da família homoparental, a partir de seus signos distintivos. Nenhum ordenamento sobrevive, se não observar a multiplicidade afetiva; porém, somente a legitimização das uniões homoafetivas é insuficiente, diante da gama de questões que podem ser reputadas a ela. Aos homossexuais deve-se respeitar, dentre outros, o direito de gerar e/ou adotar crianças, constituindo genuína entidade familiar.

Por fim, os homossexuais vêm lutando pela legalização de suas parcerias, o que possibilitaria a concretização de seu projeto parental. Assim, homens e mulheres com identidade sexual heterodiscordante vêm reiterando o desejo de normalizar suas relações, a partir do direito ao casamento, à adoção e à procriação medicamente assistida. Essa mobilização indica com clareza que não desejam simplesmente a ascensão à qualidade de cidadãos integrais, mas também a legitimação de suas formações familiares, enfrentando um estereótipo que os massacrou por toda a vida.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2^a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011b.

FIGARI, Carlos. **@s outr@s cariocas**. Interpelações, experiências e identidades homoeróticas no Rio de Janeiro. Século XVII ao XX. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora da UFMG/IUERJ, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

GUIMARÃES, Aníbal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HERVIEU-LÉGER, Daniele. Préface. In: GROSS, Martine. **L'Homoparentalité**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1976.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu (Unicamp)**, v. 28, 2007.

PARSEVAL, Geneviève Delaisi de. Préface. In: DUBREUIL, Eric. **Desparents de même sexe**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2012.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 12, n. 26, jul./dez. 2006. Acesso em: 16 abr. 2013.

SILVA JUNIOR, Enézio. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

SPENGLER, Fabiana Marion. Homoparentalidade e filiação. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UCHÔA, André Cleófas Cavalcanti. Os critérios de aferição da parentalidade . In: Renata Braga Klevenhusen. (Org.). **Direito público & evolução social** – 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WALD, Arnald. **O novo direito de família**. 14. ed. ver., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil (Lei. 10.406 de 10-1-2002), com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Profa. Priscila M. P. Corrêa. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 12, n. 26, jul./dez. 2006. Acesso em: 06 mai. 2013.

_____. **O direito à homoparentalidade**: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Vênus, 2006.