



HAL
open science

O individuo homosexual, o casal de mesmo sexo e as familias homoparentais

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. O individuo homosexual, o casal de mesmo sexo e as familias homoparentais. Maria Andréa Loyola. Bioética: reproducao e gênero na sociedade contemporânea, Letras Livres, 2005, ABEP, 85-85543-12-4. <hal-04952426>

HAL Id: hal-04952426

<https://hal.science/hal-04952426v1>

Submitted on 17 Feb 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

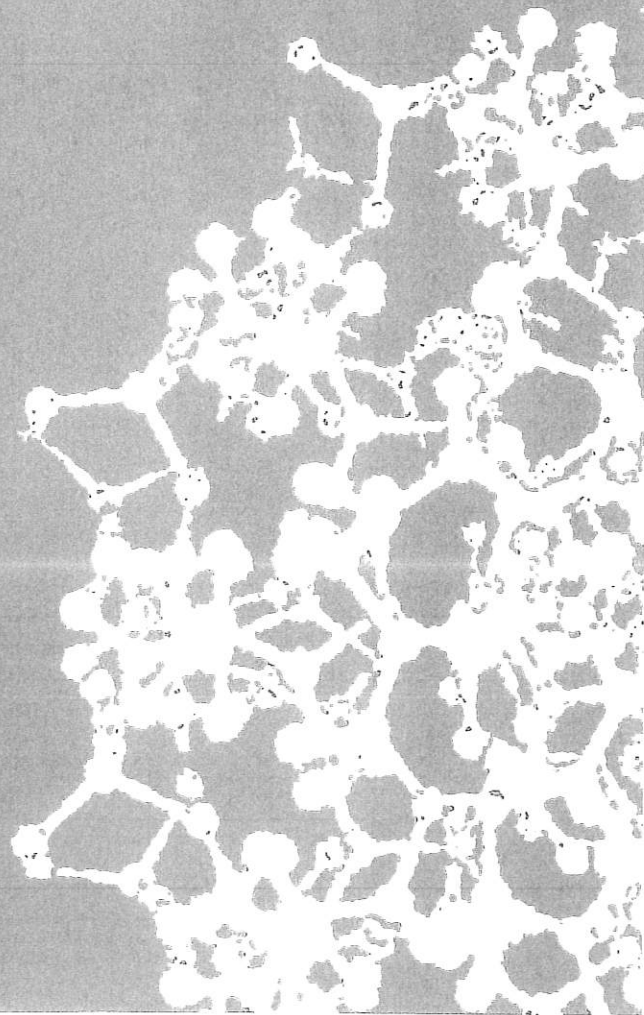
L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

**O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo
e as famílias homoparentais: análise da realidade
jurídica francesa no contexto internacional**

Daniel Borrillo



**O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo
e as famílias homoparentais: análise da realidade
jurídica francesa no contexto internacional***

Daniel Borrillo**

Tudo para o indivíduo, um pouco para o casal e nada para a família. Eis como poderíamos resumir a situação jurídica francesa referente aos direitos dos homossexuais. Efetivamente, se por um lado o indivíduo se encontra bem protegido pela regra do direito, o casal de mesmo sexo não atinge um nível de proteção equivalente àquele do qual se beneficia o casal de sexos opostos. É no plano do direito de família, no entanto, em particular no da filiação, que as uniões homossexuais encontram as maiores dificuldades.

O objetivo deste ensaio é analisar sucintamente esses três níveis de tratamento jurídico e político do problema, a fim de dar ao leitor uma idéia da situação jurídica francesa. Situação representativa do debate europeu e americano e que pode servir de modelo a controvérsias futuras em outros países.

* Tradução de Eduardo Rego e revisão técnica de Márcia Arán.

** Jurista, professor da Universidade de Paris X e pesquisador associado do Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS).

O indivíduo homossexual

O longo caminho rumo à total despenalização da homossexualidade

A França foi o primeiro país do mundo a excluir da lei penal o crime da sodomia. Nos países ocidentais, antes da Revolução Francesa, várias normas condenavam a homossexualidade com grande firmeza. Inspirados pela Filosofia das Luzes, o primeiro código penal revolucionário, de 1791, assim como o Código Napoleônico de 1810 cessam de incriminar os "costumes contra a natureza". O liberalismo político e a laicização da ordem pública pregavam a abstenção do Estado na esfera da vida privada dos indivíduos maiores consencientes. O tão celebrado liberalismo francês necessita, entretanto, ser matizado. Como o demonstra Jean Danet (1977), o silêncio dos códigos penais é acompanhado, nesse período, por uma jurisprudência particularmente repressora com respeito aos homossexuais e por um aparelho médico-psiquiátrico extremamente violento.

Um século e meio mais tarde, em 6 de agosto de 1942, alguns meses depois da promulgação da lei sobre o estatuto dos judeus, a França reintroduziu na lei criminal uma disposição que penalizava a homossexualidade. O marechal Philippe Pétain vai efetivamente modificar o Código Penal, nele inserindo o delito de "atos impudicos e contra a natureza com um menor de 21 anos, do mesmo sexo que o do autor"¹, ao passo que para os atos heterossexuais a maioridade era estabelecida em 13 anos. Com a libertação do país, em 1945, o general De Gaulle manteve essa incriminação, colocando-a no capítulo dos "atentados aos bons costumes" (art. 331, alínea 2, do Código Penal). No ano seguinte foi aprovado um artigo de lei que posteriormente passou a fazer parte do estatuto geral do funcionalismo, o Código da Função Pública, que estabelecia que "ninguém pode ser nomeado para um cargo público se não possuir moral ilibada", justificando, assim, as discriminações. O Código do Trabalho, por sua vez, prescrevia: "o mestre deve ser para o aprendiz como um bom pai de família, vigiar seu comportamento e seus costumes, seja em casa, seja fora dela, e advertir os pais deste [...] sobre as inclinações viciosas que poderia manifestar". O que legitimava, portanto, demissões por moral inadequada. Somando-se a isso, em 1º de fevereiro

¹ Artigo 334 do antigo Código Penal. Lei 742, *Journal Officiel*, 27 de agosto de 1942, p. 2.923.

de 1949 o chefe da Polícia de Paris baixou um decreto estabelecendo que "em todos os bailes [...] é proibido aos homens dançar entre si".

Mais tarde, no âmbito da luta contra determinadas calamidades sociais, uma lei de 30 de junho de 1960 colocou a homossexualidade no mesmo nível do proxenetismo ou, notadamente, do alcoolismo. Um decreto de 25 de novembro do mesmo ano completava o quadro, acrescentando ao artigo 331 uma circunstância agravante de atentado público ao pudor: quando o ato é protagonizado por indivíduos de mesmo sexo. Em 1968 a França adotaria a classificação da Organização Mundial da Saúde (que data de 1965) referente às doenças mentais, a qual situava a homossexualidade no mesmo patamar do fetichismo, do exibicionismo, da necrofilia...

Nos anos 80, uma lei que modificava os dispositivos penais relativos ao estupro manteve a incriminação fundamentada na diferença de idade, estabelecendo diferenças se a relação se dá entre pessoas de mesmo sexo ou de sexos opostos. Não obstante os protestos então organizados, o Conselho Constitucional considerou que a referida lei, sancionada em 23 de dezembro de 1980, estava em conformidade com a Constituição (Decisão 80-125, de 19 de dezembro de 1980). Por força das mobilizações do movimento homossexual, contudo, em 11 de junho de 1981 o Ministério do Interior fez passar uma circular à hierarquia policial proibindo "o fichamento de homossexuais, as discriminações e, com ainda mais ênfase, as suspeitas anti-homossexuais". No dia seguinte o Ministério da Saúde anunciou que não aceitaria mais considerar a homossexualidade como integrando a lista de doenças mentais da Organização Mundial de Saúde. Em 22 de junho de 1982 surge a Lei Quilliot (relativa às moradias), que suprimiu a obrigação de que os homossexuais dispusessem de seus apartamentos "como bons pais de família".

Pouco tempo depois, em 4 de agosto de 1982, a maioria socialista da época e outros partidos de esquerda votaram a Lei 82-683, pondo fim à diferença entre as idades mínimas para as relações heterossexuais (15 anos) e homossexuais (18 anos). Em 13 de julho de 1983, por fim, uma nova lei anulou o artigo 40 do Código da Função Pública, que estipulava que um funcionário "deve possuir moral ilibada". Desde estas primeiras medidas, vários dispositivos jurídicos vieram proteger os *gays* e as *lésbicas* das discriminações por eles sofridas tanto no nível civil quanto no penal (Borrillo, 1995). Em poucos anos, passou-se da penalização da homossexualidade à penalização da discriminação dos homossexuais.

A penalização da homofobia

Com relação ao dispositivo jurídico de proteção contra os diversos fenômenos discriminatórios, é conveniente diferenciar os atos materiais (recusa de trabalho, demissão, obstáculo a uma atividade econômica) do discurso injurioso, difamatório ou que incite à discriminação.

Atos materiais

Desde 1985 existe na França um dispositivo jurídico de proteção contra as discriminações (atos materiais) que, sob a noção de "costumes", garante também a proteção no âmbito do direito do trabalho e do direito penal.

Desta forma, o princípio da igualdade, de natureza constitucional, é completado por um dispositivo antidiscriminatório determinado pelo art. 225-1 do Código Penal. É preciso frisar que esse princípio geral não permite sancionar qualquer ato discriminatório, mas unicamente as situações enumeradas pelo artigo 225-2.

No direito penal são sancionadas as discriminações que consistem em: a) recusar um emprego a qualquer pessoa; b) punir ou demitir qualquer pessoa; c) condicionar uma oferta de emprego a uma condição fundamentada em um dos elementos visados no artigo 225-1. Desta forma, se aquele que discrimina é uma autoridade pública, são penalizadas as discriminações que consistem em recusar o benefício de um direito acordado pela lei e/ou dificultar o exercício normal de uma atividade econômica qualquer (artigo 432-7 do Código Penal).

Além da proteção penal prevista para estes casos de discriminação na vida civil (recusar-se a dar emprego, recusar-se a alugar etc.) e no trabalho (admissões, punições, demissões e imposição de condições), existem numerosas disposições específicas ao direito do trabalho (regulamentação interna, remuneração, qualificação, mudança de lugar de trabalho, carreira etc.).

Para os empregos públicos, a norma aplicável é o artigo 6º da Lei 83-634, de 13 de julho de 1983 (modificado pela Lei 2001-1006, de 16 de novembro de 2001, relativa à luta contra as discriminações). O dispositivo é completado pelo artigo 432-7 do Código Penal.

A contribuição da Diretiva Comunitária 2000/78, referente à proteção contra as discriminações no trabalho, foi capital para a situação dos assalariados homossexuais. Antes da adoção desta norma comunitária e

a despeito da proteção existente no direito francês, apenas uma decisão relativa a atos discriminatórios contra trabalhadores foi entregue ao mais alto nível da jurisdição nacional², o que demonstra como o dispositivo jurídico então existente era pouco eficaz. Refiro-me ao decreto de 17 de abril de 1991 da Câmara Social da Corte de Cassação, relativo ao caso *P...vs. Associação Fraternidade São Pio X*, em que se deliberou que a demissão do sacristão de uma congregação religiosa em razão de sua homossexualidade poderia constituir-se em uma ruptura abusiva do contrato de trabalho e, conseqüentemente, em uma discriminação se o empregador não provasse que, "levando em consideração a natureza de suas funções e a própria finalidade da empresa", o comportamento do assalariado causa no seio desta "um problema caracterizado". Segundo a Corte de Cassação, não era legítimo invocar a homossexualidade do assalariado como sendo contrária à tradição católica. Entretanto, se a "moral" do assalariado criava um incômodo na empresa, sua dispensa não seria abusiva. O Tribunal de Apelação encarregado de reexaminar a decisão anulada pela Corte de Cassação integrou perfeitamente a objeção, decidindo, no caso em questão, que

[...] a demissão desse assalariado, fundamentada em sua homossexualidade e sua soropositividade, procede de um motivo oriundo unicamente de sua vida privada e não poderia constituir uma causa real e séria de ruptura do contrato de trabalho, dado que as atitudes do assalariado fora da empresa, que são do domínio do exercício de suas liberdades, não poderiam justificar tal decisão, independentemente do incômodo caracterizado que tal comportamento é suscetível de provocar no seio da coletividade que ela forma, não sendo a adesão sem reserva do assalariado à fé católica, por outro lado, objeto de qualquer discussão³.

Em outras circunstâncias, no entanto, a jurisprudência considerou justificável a demissão de um homossexual. Por exemplo, em uma decisão de 28 de janeiro de 1993, o Tribunal de Apelação de Montpellier pronunciou-se nesse sentido em uma situação na qual o empregador dispensava o assalariado por "haver trabalhado para uma empresa

² Existem vários julgamentos em matéria de homossexualidade, mas eles se referem mais à família (divórcio por culpa, guarda dos filhos, horário de visitas, pensão etc.), ao respeito à vida privada e ao direito à imagem, do que ao trabalho ou ao emprego.

³ Tribunal de Apelação de Paris, 4 de novembro de 1992, Dalloz, Informações Rápidas da Coletânea Dalloz, Paris, p. 125.

concorrente e se entregue a atos provocadores, contrários aos bons costumes, a saber, atos homossexuais, com um deficiente físico, igualmente empregado da empresa". Além disso, a maior parte das decisões dos tribunais e dos tribunais de apelação se refere às vantagens profissionais relacionadas à vida de casal.

Desde a entrada em vigor da Diretiva Comunitária 2000/78, porém, a situação tem sido bem mais favorável aos assalariados homossexuais. Desta maneira, em uma decisão de 20 de janeiro de 2003, o Tribunal do Trabalho de Martigues condenou uma empresa a pagar a soma de 130 mil euros a título de indenização pela discriminação baseada na orientação sexual e assédio moral a um empregado homossexual⁴.

Por fim, o artigo 47 da lei de 18 de março de 2003 modificou o Código Penal, estabelecendo que determinados crimes, se cometidos por causa da orientação sexual da vítima, terão um agravante que contará nas penas. Essa circunstância agravante se aplica, notadamente, ao homicídio e às violências e agressões sexuais.

Discursos injuriosos, difamadores ou que incitem à discriminação

Há mais de trinta anos as associações de defesa dos direitos de *gays* e *lésbicas*, assim como outras que compõem a sociedade civil (associações de defesa dos direitos do homem, movimento feminista, associações de luta contra a AIDS, grupos de consumidores), reivindicam o alinhamento dos dispositivos existentes contra a injúria, a difamação e a incitação ao ódio por uma pessoa ou por um grupo de pessoas em razão de sua origem, etnia ou religião às violências verbais contra as pessoas em razão de seu sexo ou de sua orientação sexual. Foi por uma modificação da lei de 29 de julho de 1881, sobre a liberdade de imprensa, que em 1972 foi introduzido na França um dispositivo contra o discurso de ódio racial. Desde então, o sistema não parou de evoluir e a jurisprudência permitiu que se traçasse um limite entre uma simples opinião e palavras de caráter injurioso, difamatório ou que incitem à discriminação. Desta maneira, não mais se pode dizer impunemente que "os negros são inferiores aos brancos", ou que "os judeus constituem um *lobby* contrário aos interesses nacionais".

⁴ Tribunal do Trabalho de Martigues, audiência de 20 de janeiro de 2003, "*Philippe Boutin vs. TNT Jet Sud Est*", inédito.

Diferentemente do sistema jurídico anglo-saxão, para o qual a liberdade de expressão é um valor absoluto, a lei penal francesa enquadra essa liberdade, considerando que o insulto não pode circular da mesma maneira que a opinião. Certo, as leis anti-racistas não fizeram desaparecer o racismo. Elas permitiram, entretanto, inscrever no direito os valores que fundamentam nossa vida em uma sociedade que se quer laica e democrática. Essa dimensão simbólica da lei penal funciona, nesse sentido, como um indicador axiológico. Não é por uma vontade mais ou menos "caprichosa" das minorias que essas sanções foram introduzidas no direito francês. Elas constituem uma resposta mais ou menos eficaz ao pesado passado colonial e racista, que à força de apresentar a exclusão de determinadas categorias da população como algo normal, acabou por banalizar a retórica justificadora das desigualdades. Da mesma forma, a mobilização das associações a favor da extensão da proteção jurídica aos homossexuais está intimamente ligada a um contexto político e social que, do debate sobre o Pacto Civil de Solidariedade ao casamento de Bègles, não parou de ver crescer o número de discursos humilhantes dirigidos aos *gays* e *lésbicas*⁵.

Em uma lei sobre a criação de uma agência nacional de luta contra as discriminações (*Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations*), três emendas modificaram a lei de 1881 relativa à liberdade de imprensa, permitindo, a partir dali, penalizar as palavras injuriosas, difamatórias e de incitação à discriminação contra indivíduos em função de sua orientação sexual.

Essa evolução do direito penal coloca em evidência uma transformação da "geografia da discriminação". Esta, efetivamente, hoje migrou do campo penal (que se tornou o espaço da criminalização dos comportamentos ou dos ditos anti-homossexuais) para o campo civil, e mais particularmente para o direito de família.

O casal de mesmo sexo

Se a lei de 15 de novembro de 1999, relativa ao Pacto Civil de Solidariedade (PaCS), reconhece o casal de mesmo sexo (assim como a

⁵ Ver a coletânea das cartas insultuosas enviadas ao prefeito de Bègles, Noel Mamère, publicada por Serge Simon (2004).

união de fato do casal que fez o PaCS), a igualdade em relação ao casamento está longe de ser garantida na França. Os casais homossexuais encontram-se em situação de inferioridade jurídica. Diferentemente do casamento, o PaCS não dá direito algum relativo à filiação, não concede automática e imediatamente um visto de permanência ao parceiro estrangeiro, e não dá direito à transmissão de pensão em caso de morte do parceiro. O PaCS não dá qualquer direito de sucessão *ab intestat*. Um prazo de dois anos é necessário para celebrar doações entre parceiros que fizeram o pacto. A declaração fiscal comum também é submetida ao prazo de um ano de vida em comum. Os parceiros que fizeram o PaCS não têm direito aos benefícios em matéria de acidente de trabalho, seguro velhice, férias concomitantes, e suas uniões não são reconhecidas fora da França.

A diferença de sexo pode ser considerada, ainda, uma condição *sine qua non* de acesso ao matrimônio na França. O Tribunal de Grande Instância (TGI) de Bordeaux, em uma decisão de 27 de julho de 2004, relativa ao casamento de Bègles⁶, considerou, efetivamente, que essa instituição refere-se apenas à união entre um homem e uma mulher. Resulta daí que a união contratada entre duas pessoas de mesmo sexo foi anulada. A justificativa invocada pelo tribunal para recusar esse direito a um casal constituído por dois homens encontra-se, nesse caso particular, na "função tradicional do casamento, comumente considerado como constituindo a base de uma família".

Detenhamo-nos por um momento no raciocínio do tribunal de Bordeaux. Quando o TGI afirma que o casamento é indissociavelmente ligado à constituição de uma vida familiar, isso pode querer dizer duas coisas: que o casamento é uma instituição que tem por intuito legitimar a família (e nesse sentido ele se pronuncia contra a reforma de 1972 e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, que considera os laços entre uma pessoa só e seu filho como sendo constitutivos de uma vida familiar, no sentido do artigo 8º da Convenção

⁶ Interpretando a ausência de definição de casamento no Código Civil, Noel Mamère, prefeito de Bègles e oficial do Estado civil, celebrou o casamento entre dois homens em 5 de junho de 2004. Por este motivo ele foi suspenso de suas funções durante um mês pelo ministro do Interior. O Ministério Público pediu a anulação do casamento diante do Tribunal de Grande Instância de Bordeaux. Essa anulação está atualmente em fase de apelação no Tribunal de Apelação de Bordeaux.

Européia de Direitos Humanos – CEDH), ou que o casamento é uma instituição associada à procriação (e nesse sentido ele transgride o direito positivo francês).

O direito positivo francês

A procriação jamais foi uma condição nem para a celebração, nem para a validade do casamento. Matrimônio e filiação são tratados separadamente no Código Civil⁷. Eles respondem a regimes jurídicos distintos e suas realidades jamais estiveram subordinadas uma à outra. Dessa forma, de uma perspectiva jurídica, a procriação não é nem uma condição, nem uma finalidade do casamento. Os casais estéreis e as mulheres que atingiram a menopausa sempre tiveram acesso a ele. Além do mais, a lei de 28 de dezembro de 1967, relativa à despenalização da contracepção, confirma que não existe qualquer obrigação de se reproduzir, nem mesmo de possuir um projeto de ter filhos. O reconhecimento muito antigo do casamento póstumo, pelo artigo 171 do Código Civil, é a prova cabal de tal dissociação.

Os exemplos da adoção por uma pessoa solteira, do reconhecimento de filhos adulterinos e da proteção jurídica que concede o estatuto de família a uma mãe e seu filho mostram claramente as dissociações entre casamento, família e filiação. Nesta mesma direção, a lei de 11 de julho de 1996 permitiu a uma pessoa só a adoção plena de uma criança.

Outras provas da dissociação entre casamento e filiação são, por um lado, a reforma de 1972, que suprimiu qualquer proibição relacionada ao caráter adúltero da filiação, e, por outro, a proteção da mãe solteira, que passou a receber o mesmo tratamento jurídico de uma família constituída por um casal casado com ou sem filhos. Na França, o casamento permanece sendo, é certo, a base familiar mais disseminada, mas seria falso e anacrônico dizer que ele goza de monopólio.

O casamento é uma instituição que consagra socialmente a união de duas pessoas que têm por intuito a solidariedade recíproca com base na afeição mútua. Como nota o decano Carbonnier (1979, p. 171), "a família é menos uma instituição que vale por ela mesma que um instrumento oferecido a cada um para o desabrochar de sua personalidade

⁷ No Código Civil, o casamento é tratado no título V, a filiação biológica, no título VII e a filiação adotiva, no título VIII do Livro I: As Pessoas.

[...] é como uma forma de direito à felicidade implicitamente garantido pelo Estado". A filósofa Hannah Arendt considera o casamento uma escolha capital e o primeiro dos direitos. Em 1959, numa tomada de posição no debate sobre os casamentos inter-raciais nos Estados Unidos, Arendt assim se exprimiu:

O direito de se casar com quem se quer é um direito humano elementar ao lado do qual o direito à educação, o direito de se sentar onde se quer em um ônibus, o direito de ir a qualquer lugar de divertimento ou de entrar em qualquer prédio, qualquer que seja a cor de sua pele ou sua raça, são efetivamente menores. Mesmo os direitos políticos como o direito de voto e quase todos os outros direitos enumerados na Constituição são secundários em face dos direitos humanos inalienáveis à vida, à liberdade e à procura da felicidade proclamados na Declaração de Independência. E é a esta última categoria que pertence sem dúvida alguma o direito a um teto e o direito ao casamento. (*Courrier International*, Paris, 23/5/1959)

É com esse mesmo estado de espírito que a Constituição francesa de 1946 e a Carta Social Européia de 1965 declaram que o Estado deve garantir o pleno desenvolvimento dos indivíduos e das famílias, desenvolvimento este necessário à vida democrática. Em uma decisão de 13 de agosto de 1993, o Conselho Constitucional da França considerou que a liberdade do casamento e o direito de levar uma vida familiar normal figuram entre as liberdades e direitos fundamentais. Deste modo, se a maior parte da doutrina e da jurisprudência francesas se pronunciou contra a extensão do casamento aos casais de mesmo sexo, foi em razão de argumentos baseados mais em preconceitos e em fantasias que em uma reflexão racional e juridicamente fundamentada. Um consenso negativo parece instalar-se na opinião dos privatistas: a homossexualidade sendo considerada uma patologia⁸ ou um pecado⁹, o afeto de uma pessoa por outra de seu sexo não pode de maneira alguma

⁸ "Não pode portanto existir casamento homossexual [...] alguns países, como a Dinamarca, admitem um 'casamento entre homossexuais'. É uma instituição tão difícil de compreender quanto de admitir social e moralmente" (Maurie, 1989, p. 67). "De maneira alguma o casal homossexual deverá ser considerado como o casal heterossexual [...] não ao *Contrat d'union civile* incestuoso, homossexual, pedófilo ou polígamo" (Philippe Malaurie, nota sobre o decreto do Conselho de Estado de 9 de outubro de 1996, Coletânea Dalloz, Jurisprudence 1997, p. 119).

⁹ "Nova prova de que o contrato de união civil favorece sobretudo àqueles que desejam manter relações sexuais entre si. E sobretudo novo limite moralizador que, após haver baseado um estatuto civil ou social em atos contra a natureza, se recusa entretanto a permitir tudo. Por que isto mais que aquilo? Questão de grau na transgressão, sem dúvida." (Seriaux, 1998).

encontrar qualquer consagração legal. "Há urgência em definir o casal, porque Sodoma está reclamando o título de admissão", declara o relatório introdutório de uma obra feita por especialistas em direito de família (Brunetti-Pons, 1998, p. 1). A ausência de argumentos é acompanhada por um apelo ao senso comum, à verdade biológica ou à ordem moral, como se essas "evidências" fossem fechar o debate que apenas começou, como se todos esses registros pudessem constituir, por eles mesmos, uma razão suficiente para justificar a exclusão de determinados casais de um direito fundamental.

Segundo essa doutrina, várias razões se opõem ao reconhecimento dos casais de mesmo sexo. A finalidade procriativa da união aparece, sistematicamente, como principal argumento contrário ao acesso ao casamento pelos casais homossexuais. Nesse sentido, Jean Hauser destaca: "O casal só é uma matéria de direito porque responde a duas funções essenciais. A primeira, política, que faz dele uma pequena família no seio da maior; a segunda função, evidente porque natural e, além disso, ligada à primeira, é a da procriação". Se o casamento tem como função a reprodução, "não existiria aí um abuso da minoria", pergunta-se François Gaudu, pois "na vontade de obter um estatuto, não por uma questão de reprodução, mas sim por um comportamento sexual, pode parecer que existe uma verdadeira indiscrição [...] Enunciando o estatuto do casamento, o direito simplesmente remete a essa banalidade de que somos todos nascidos de um homem e de uma mulher" (Gaudu, 1988). Jean-Luc Aubert (1997), por sua vez, destaca:

Não se trata aqui de uma apreciação de ordem moral e subjetiva, e sim de uma constatação biológica elementar. E essa evidência continua a se impor mesmo se levamos em conta as evoluções contemporâneas – não vou me arriscar a falar de progresso, tantos contrastes há – da reprodução assistida: a união homossexual não é *a priori* orientada, é o mínimo que se pode dizer, para a constituição de uma família. Desse ponto de vista, ela não tende a um reconhecimento – no sentido de consagração – social.

Mas se a relação matrimonial é avaliada mais em função da procriação que da relação íntima entre duas pessoas, se a filiação assume um lugar tão central na natureza do ato matrimonial, essa proposição deveria refletir-se tanto na teoria das nulidades quanto nas causas de divórcio. Ora, a impossibilidade de procriar ou a ausência de projeto de

ser pai não constituem de forma alguma, como destacamos, um impedimento à união ou um motivo de ruptura dos laços.

O perigo para as crianças é igualmente invocado por alguns juristas para excluir os homossexuais do direito ao casamento. Com respeito a isso, François Gaudu nota que "[...] o que está verdadeiramente em jogo desde o início é permitir aos casais homossexuais a obtenção de filhos". Laurent Leveneur por sua vez alerta: "Sem dúvida os casais homossexuais terão a satisfação de obter a realização de seus desejos, ficando em evidência o preço do interesse da criança, que deve entretanto ser a consideração primordial na matéria. Pois a engrenagem deve inevitavelmente conduzir a resultados inaceitáveis, e é a própria engrenagem que se deve evitar pôr em marcha".

Irène Théry toma partido igualmente contra o casamento entre pessoas de mesmo sexo a partir de uma interpretação essencialista (pré-jurídica) deste. Efetivamente, destaca a socióloga, "a razão pela qual o casal homossexual não tem acesso ao casamento é que este é a instituição que inscreve a diferença dos sexos na ordem simbólica, ligando casal e filiação. [...] é portanto para preservar a cultura, e não a natureza, que até o presente momento todos os países ocidentais se recusaram a instituir qualquer forma de filiação unisexuada". A jurista explica melhor o que está verdadeiramente em jogo na questão, destacando que o respeito à intimidade da vida privada deve ser assegurado pelo direito: "Cada um é livre para escolher seu filho: aquele que herdou seus gens, aquele que é gerado pela sua companheira, aquele que foi concebido graças aos gametas de um doador fraternal ou de uma doadora compatível. O direito não poderia se imiscuir na elaboração de um laço privado entre duas pessoas".

À falta de argumentos jurídicos para justificar a negação do casamento para os casais de mesmo sexo, a doutrina dos civilistas não hesita em apelar para argumentos teológicos. Desta forma, Bernard Beignier (1997) destaca: "O cânon 1.096 do Código [Canônico] de 1983 o diz bem melhor que o Código Civil: 'o casamento é uma comunidade permanente entre o homem e a mulher, destinado à procriação por alguma cooperação sexual. O casamento é uma comunidade que tem por vocação o parto, ele não pode ser o desejo de uma união homossexual'".

Deus, a cultura, as crianças ou então a biologia são, para esses autores, os obstáculos ao reconhecimento dos casais *gays* ou de *lésbicas*.

Neste quadro, é necessário delimitar os contornos jurídicos do debate sobre a conjugalidade. Ainda mais porque, a despeito das veleidades metafísicas de alguns professores de direito, o casamento deve ser considerado, antes de tudo, um fenômeno cultural. Essa união formal é efetivamente o resultado de uma construção social regularmente submetida a mudanças (ver Bologne, 1995). É esta perspectiva construtivista que vai permitir que nos dispamos de uma imagem essencialista¹⁰ do casamento.

O casamento não se baseia na reprodução. Os casais estéreis e as mulheres que atingem a menopausa têm acesso a ele. A despenalização da contracepção em 1967 confirma, igualmente, que não existe uma obrigação de se reproduzir quando se está casado. Mais ainda, o muito antigo reconhecimento do casamento *in extremis*, assim como o casamento póstumo do artigo 171 do Código Civil, são provas da dissociação jurídica entre casamento e reprodução. Como explicar de outra forma que eles sejam – casamento e filiação – tratados em títulos separados do Código Civil? Se a presunção de paternidade, conhecida sob a fórmula *pater is est quem nuptiae demonstrant*, permanece somente como uma regra de prova da paternidade, ela perdeu seu sentido como evidência incontestável desde a reforma de 1972. Essa presunção de fato funcionava plenamente em uma visão patriarcal de proeminência masculina, tendendo não tanto a refletir uma verdade biológica da filiação, mas a manter a ordem familiar e, por aí, a ordem social. Reivindicar essa presunção¹¹, verdadeira ficção a serviço de uma política familiar conservadora, equivale a redourar os brasões de uma idéia anacrônica que concede ao casamento o monopólio da base da família.

O casamento também não encontra legitimidade na lei natural. Bem ao contrário, qualquer referência à natureza é inaceitável em direito moderno, pois este se articula em torno de princípios gerais que nada devem a uma ordem natural qualquer. Termo falacioso que faz referência

¹⁰ Em 1904, cem anos após a consagração definitiva do casamento contratual e leigo no Código Napoleônico, G. Renard define-o como "uma instituição primordial subtraída em sua essência das variações legislativas e na qual nenhuma vontade pública ou privada poderia modificar o tipo natural e imutável" (*apud* Bologne, 1995, p. 327).

¹¹ Como foi feito por Irène Théry ao assinalar em seu relatório aos Ministérios da Justiça e de Ação Social: "O casamento em nossa cultura efetivamente jamais foi uma instituição apenas do casal, mas sim e a princípio a base do estabelecimento e da segurança da filiação. 'O âmago do casamento não é o casal, é a presunção da paternidade', lembra o decano Carbonnier".

a uma situação inspirada em um dado biológico ou antropológico imutável, a ordem natural se torna, por este mesmo fato, ordem metafísica. Mais que reproduzir a natureza, o direito tem uma função social; enquanto tal, organiza seu próprio sistema tomando em consideração um certo número de ficções, permitindo uma regulação pacífica e justa das relações humanas. Dessa maneira, figuras como a responsabilidade objetiva, a personalidade de pessoas morais, a filiação adotiva, a teoria jurídica da ausência ou, ainda, as substituições fideicomissárias não possuem nada de natural. Mais que uma natureza, o direito tem uma função¹². A invocação da natureza no casamento tradicional tinha como função, pura e simplesmente, a submissão da mulher à autoridade do marido.

Em nome da ordem natural, a ideologia patriarcal inventou o mito da família tradicional estável e sólida. Mas, como demonstrou Stephanie Coontz, "a família dita tradicional, porto seguro de moralidade e de segurança, ancorada por um casal unido – papai no trabalho e mamãe em casa cuidando dos filhos – que estende seus atos corretos aos ascendentes, jamais existiu, a não ser em pensamento, pois ela acumula propriedades surgidas em épocas e em regiões diferentes do espaço social" (*apud* Wacquant, 1996, p. 102).

Desde que importantes mudanças aconteceram no seio das famílias e a despeito das reações dos nostálgicos dos bons velhos tempos do casamento estável, é na instabilidade da liberdade individual de unir-se e de separar-se que o casamento encontra, nos dias de hoje, sua legitimidade. A introdução do divórcio por consentimento mútuo, em 1975, deixa nas mãos dos esposos, e tão-somente deles, o futuro de sua união. Além disso, a instituição do matrimônio perde o monopólio da filiação legítima, pois desde a reforma do Código Civil de 1972 os filhos saídos do casamento e os que nasceram fora deste se beneficiam de quase os mesmos direitos.

A quebra da noção tradicional de família, o pluralismo e a diversificação dos modelos de lar, longe de representarem uma degradação da família¹³, são o sinal inequívoco de uma democratização desta e de

¹² Para uma análise mais profunda da relação do direito com a natureza e com o político, ver o excelente artigo de Yann Thomas (1998).

¹³ As angústias atuais relativas à degradação da família já eram presentes há mais de um século. Ver Mintz (1989).

um maior desabrochar individual de seus membros. Como nota Bénabent (1973), "a evolução individualista realizada em nosso direito como pessoas desde o fim do século passado provocou um deslocamento do ângulo de visão segundo o qual o casamento é examinado. Tendemos a considerá-lo menos do ponto de vista da instituição familiar da qual ele é o pivô que do ponto de vista da pessoa dos esposos". "A história do nosso direito do casamento nos últimos 50 anos é a história de uma contínua liberação" (Carbonnier, 1950, p. 328).

A reivindicação do casamento pelas lésbicas e pelos *gays* é um passo a mais nesse processo de democratização. A reivindicação jurídica dos *gays* e lésbicas inscreve-se, assim, no seio da influência política que os ultrapassa, e da qual outros grupos já participaram. A negação do casamento aos casais de mesmo sexo baseia-se em uma idéia monolítica e essencialista da união, mais próxima do sacramento que do contrato civil. Não existem argumentos jurídicos para proibir o casamento homossexual. Por isso apelamos à ordem moral, natural ou religiosa, da mesma maneira que o fizemos para condenar a união dos infiéis, para proibir casamentos mistos ou para justificar a dominação das mulheres pelos homens. Esses atores sociais, fora da norma antigamente, delimitaram o casamento dando-lhe contornos mais democráticos.

A análise histórica permite demonstrar que diferentes categorias de pessoas progressivamente tiveram acesso ao sacramento e, uma vez este secularizado, ao contrato de casamento. A Revolução, quebrando o monopólio da Igreja em matéria de matrimônio, estabeleceu as bases de uma mudança fundamental no casamento, que se tornou um ato jurídico e, portanto, leigo. Uma mudança de natureza operou-se então: a nupcialidade efetivamente não mais dependia da lei religiosa, e sim, exclusivamente, da lei civil.

É a este ato jurídico que os *gays* e lésbicas, em virtude do princípio de igualdade diante da lei, devem ter acesso.

Em nível internacional

O direito ao casamento para os casais de mesmo sexo já existe nos Países Baixos e na Bélgica. A Espanha será o próximo país a estender o casamento às uniões homossexuais e a Suécia já anunciou a criação de uma comissão parlamentar que em breve deverá criar o estatuto dessa matéria.

Mas os tribunais não esperaram o parlamento para se pronunciar. Na América do Norte, há mais de dez anos as decisões vêm se multiplicando.

Assim, em 5 de maio de 1993 a Corte Suprema do Estado do Havai deu um veredito (no caso *Baehr vs. Lewin*) que concluía que negar o casamento civil a casais homossexuais constituía uma discriminação contrária à Constituição do Estado, a menos que este provasse que existe um "interesse superior" a proibi-lo. Como o dito interesse não foi provado, a única maneira de continuar a negar o direito de casamento aos casais de mesmo sexo foi o apelo a um referendo popular para modificar a Constituição.

Em 20 de dezembro de 1999, a Corte Suprema de Vermont pronunciou-se de maneira similar no caso *Baker vs. State*, considerando ser "indiscutível que muitos casais de sexo oposto se casam por razões que são independentes da procriação, que alguns desses casais jamais tiveram a intenção de gerar filhos [...] que a lei estende os benefícios e as proteções do casamento a muitas pessoas sem qualquer relação lógica com o objetivo governamental".

Em 10 de junho de 2003, o Tribunal de Apelação de Ontário concluiu que a definição de casamento da *Common Law*¹⁴ infringia as disposições da *Charte Canadienne des Droits Fondamentaux* e a reformulou para "a união voluntária de duas pessoas por toda a vida". Ao argumento relativo à procriação essa corte respondeu: "ninguém sugere que a procriação e educação de filhos sejam os únicos fins do casamento ou as únicas razões pelas quais os casais escolham se casar. A intimidade, a companhia, o reconhecimento social, os benefícios econômicos, a união de duas famílias, para citar alguns exemplos, são outras razões que explicam por que os casais escolhem se casar". Em sua análise sobre a proporcionalidade da exclusão do casamento de casais de mesmo sexo, o mesmo tribunal observou que "a capacidade de procriar biologicamente e a vontade de criar filhos não são condições requeridas para o casamento de casais de sexo oposto. E efetivamente muitos casais que se casam são incapazes de ter filhos ou decidem não tê-los". Foi destacado também que uma "porcentagem crescente de crianças é criada por casais de mesmo sexo" e que "os casais de mesmo sexo e seus filhos deveriam poder se

¹⁴ "A união voluntária por toda a vida de um homem e uma mulher à exclusão de todos os outros."

beneficiar da mesma instituição estabilizadora que os casais de sexo oposto”.

Algumas semanas antes, em 1º de maio de 2003, o Tribunal de Apelação da Colúmbia Britânica já havia concluído que a definição heterossexual de casamento da *Common Law* infringia a Carta Canadense dos Direitos Fundamentais. A partir daí, o casamento deveria ser entendido como “a união legal de duas pessoas à exclusão de todas as outras”.

Nesse mesmo sentido destaca-se o veredito dado pela Corte Suprema de Massachusetts, em 18 de novembro de 2003, no caso *Hillary Goodridge and others vs. Department of Public Health*. Esta corte estimou que “a fertilidade não é uma condição do casamento, nem um argumento para o divórcio”, e definindo o casamento como “a união voluntária de duas pessoas como esposos, à exclusão de todas as outras”, considerou que a exclusão de um casal de mesmo sexo do direito ao casamento é incompatível com os princípios constitucionais de respeito à autonomia individual e igualdade perante a lei. Em face do argumento da procriação e da família, a corte de Massachusetts concluiu que o Estado “deve facilitar o realizar-se dentro de uma família, sem levar em conta se o pai ou mãe é casado ou não, se o filho é adotado ou nascido na família, se a tecnologia foi utilizada para conceber a criança, ou se o pai ou a mãe é heterossexual, homossexual ou bissexual”. Foi observado ainda que “o interesse superior da criança não depende da orientação sexual do pai ou da mãe ou de seu estatuto marital”, e que não há “nenhum laço racional entre o estatuto do casamento e o objetivo de direito comum de proteção à criança”. Essa mesma corte, por fim, precisou:

[...] enquanto os rendimentos assegurados pelos benefícios do matrimônio são uma fonte importante de segurança e de estabilidade para os casais casados e seus filhos, estes mesmos benefícios são recusados às famílias compostas por casais de mesmo sexo. [...] excluir os casais de mesmo sexo do casamento civil não vai tornar os filhos de casais de sexo oposto mais protegidos, mas isso impede que os filhos de casais de mesmo sexo gozem das vantagens imensuráveis que decorrem da segurança de uma estrutura familiar estável na qual as crianças serão criadas, educadas e socializadas.

E assim, desde 2003 um casal de mesmo sexo pode adotar uma criança em Massachusetts.

Um ano mais tarde, em 19 de março de 2004, o Tribunal de Apelação de Québec estabeleceu que o direito ao casamento consagrado pelo Código Civil de Québec está aberto a todos os parceiros, independentemente de seu sexo. Em julho seguinte, a Corte de Yukon decidiu igualmente estender o casamento aos casais de mesmo sexo. Em 9 de dezembro de 2004, a Corte Suprema do Canadá deu um veredito favorável ao governo para estender o casamento aos casais de mesmo sexo, reforçando as decisões das instâncias inferiores.

Função política do casamento

A reação ao casamento de Bègles e a vontade do governo de melhorar o PaCS, a fim de se esquivar do debate sobre a extensão do casamento aos casais de mesmo sexo, levam-nos a refletir sobre a função do casamento em uma sociedade aberta como a França de hoje. É evidente que o casamento não mais fundamenta a família e que os concubinatos, tanto quanto as famílias monoparentais, encontram-se hoje tão protegidos quanto as famílias fundadas no casamento. Se este não mais serve à legitimação da filiação ou à fundação de uma família, qual é, portanto, sua função?

Esta não é de ordem jurídica e, sim, de ordem política. A ordem conjugal que coloca o casamento no cume da hierarquia jurídica dos casais implica a existência de uma lógica que, mesmo sendo-lhe paralela, funciona ao mesmo tempo como sua justificativa política. O conjunto dos argumentos opostos ao pleno reconhecimento das uniões de mesmo sexo fundamenta-se na idéia comum que consiste em diferenciar as sexualidades (homo e hetero) e delas extrair conseqüências políticas. A distinção entre união de sexos opostos e casal de mesmo sexo remete igualmente às práticas sexuais próprias a cada uma dessas uniões. Da mesma maneira que é impossível designar o casal não casado sem fazer referência ao casamento, não se pode referir à ordem conjugal sem levar em consideração o fenômeno capital ao qual ela remete: a sexualidade.

Se a instituição do casamento deve ser reservada apenas aos casais de sexo oposto é porque estes são supostos manter um certo tipo de relação sexual. Dessa maneira, paralelamente à ordem conjugal, desenhasse uma ordem de sexualidades que, por meio do casamento, coloca a heterossexualidade no posto de modelo, de cânon em função do qual

todas as sexualidades devem ser interpretadas. Quando a ordem das conjugalidades coloca o casamento na cabeça de sua hierarquia, ela apenas faz enunciar a supremacia do coito heterossexual¹⁵. Ao longo do debate relativo ao PaCS, o discurso psicanalítico denunciou "a economia global" do Pacto por possuir "o intuito único de avalizar a equivalência quase absoluta dos casais homossexuais e dos casais heterossexuais"¹⁶. Efetivamente, se a lei incomoda, isso não é tanto pelo que ela é, mas pelo que ela poderá provocar, a saber, a aniquilação da diferença homo/hetero.

Mas a promoção da heterossexualidade não é, oficialmente, uma missão do Estado. Quando o Tribunal de Bordeaux faz referência à "fundação de uma família" como justificativa para o casamento heterossexual – o único que permite a procriação –, não é dita outra coisa senão a supremacia da heterossexualidade sobre a homossexualidade. Ora, esse tipo de apreciação cria um problema político maior para as liberdades fundamentais e para o Estado de Direito. Como assinalou a Corte de Ontário, a negação do casamento às pessoas de mesmo sexo implica preservar o privilégio do estatuto dos casais heterossexuais. E esse privilégio não pode ser justificado em uma sociedade livre e democrática.

A família monoparental

Desde 1966 a lei permite, indistintamente, a qualquer indivíduo solteiro ou comprometido nos laços do casamento e sem separação de corpos adotar uma criança (Laget, 1972), sendo o consentimento do cônjuge necessário neste último caso. Tal possibilidade, contudo, não está aberta aos casais de concubinos, nem aos casais unidos por pacto civil de solidariedade (PaCS).

Definida por grau de integração, a adoção no direito francês pode ser simples ou plena. No primeiro caso, o laço de filiação adotiva não substitui a filiação biológica; ele se justapõe a ela e permite ao adotado, menor ou maior, conservar o laço com sua família de origem no que diz respeito tanto aos direitos de sucessão quanto à conservação do nome

¹⁵ A superioridade moral e física das relações heterossexuais vaginais foi defendida por John Finis em seu famoso artigo "Law, morality and sexual orientation" (1995) e por Robert George em *Defense of natural law* (1999). Ver a crítica de Nicholas Bamforth (2001). Sobre os argumentos avançados contra os homossexuais ver Herman (1997).

¹⁶ Cf. artigo de Ali Magoudi no *Le Monde*, 9 de outubro de 1998.

patronímico. É necessário destacar, contudo, que no caso das crianças menores a autoridade paterna é concedida aos pais adotivos, excluindo-se, em consequência, qualquer divisão desta com os pais consangüíneos. Mesmo não existindo, neste momento, uma impossibilidade para os homossexuais de recorrer à adoção simples, o fato é que a jurisprudência e a doutrina condenam essa prática quando ela visa institucionalizar uma relação de casal¹⁷.

Na França, a adoção plena é a do direito comum. Diferente da adoção simples, ela substitui qualquer filiação anterior, é irrevogável, e a criança perde todos os laços com a família de origem, com exceção do caso da adoção de filhos do cônjuge.

Esses dois modelos de adoção obedecem, portanto, a regimes jurídicos próprios. Além disso, no caso de uma adoção plena, que diz respeito às crianças de menos de 15 anos, sob a custódia do Estado ou judicialmente abandonadas, ou ainda estrangeiras, esta não é pronunciada judicialmente senão após um controle administrativo que avalie as condições oferecidas à criança pelo postulante nos planos familiar, educativo e psicológico. Este controle é exercido pela expedição de uma autorização que atestaria a aptidão do candidato para a adoção, muito embora este tenha a capacidade jurídica para fazê-lo. Contrariamente à adoção plena, a adoção simples não requer autorização prévia e o juiz a pronuncia após haver verificado se os pais preenchem as condições legais, ou seja, as essenciais – terem mais de 28 anos ou estarem casados há mais de dois anos¹⁸.

Com referência à adoção plena, esta não é aberta aos casais de mesmo sexo, pois estes não têm acesso ao casamento. Para os indivíduos lésbicos ou *gays* a situação não é mais favorável, pois a jurisprudência administrativa considera que a homossexualidade do postulante constitui um obstáculo legítimo à adoção de uma criança.

¹⁷ Antes da adoção do PaCS e diante da impossibilidade de organizar a vida em comum, alguns casais de mesmo sexo recorriam à adoção simples para assegurar a transmissão sucessória. Esta prática, contudo, foi condenada pela jurisprudência (Cour d'Appel de Riom, 9 de julho de 1981, JCP, 1982, II, 1979, nota Almayrac, igualmente publicada na revista *Trim*). *Révue Trimestrielle de Droit Civil*, 306, 1984, obs. Rubellin-Devichi. Cf. julgamentos do Tribunal de Grande Instância de Paris, 3 de fevereiro e 3 de novembro de 1982, publicados em anexo na crônica de P. Raynaud, "Um abus de l'adoption simple: les couples adoptifs", *Dalloz*, 1983, crônica 39.

¹⁸ Com exceção da adoção do filho do cônjuge.

Emergência social de uma "paternidade homossexual"

Por muito tempo os pais *gays* e mães lésbicas foram confrontados com os diferentes problemas relacionados à filiação. Em numerosos litígios familiares, se se tratasse da guarda dos próprios filhos, do direito de visita quando de um divórcio ou do exercício da autoridade paterna, a justiça decidia contra o pai ou a mãe homossexual (Borrillo, 2000). Desta maneira, o Tribunal de Apelação de Paris transferiu a guarda dos filhos, inicialmente atribuída à mãe, ao pai "por razões psicológicas" e porque ela "recebe com freqüência sua amiga em presença das crianças", enquanto o pai oferece "um melhor fator de equilíbrio que o do pseudolar da mãe, com a presença intermitente de sua amiga"¹⁹. Também o Tribunal de Apelação de Grenoble considerou que "a relação homossexual mantida pela mãe em seu domicílio, tendo provocado uma perturbação psicológica nos filhos, constitui o motivo grave exigido pelo artigo 292 do Código Civil para modificar a atribuição da autoridade paterna, confiando-se esta ao pai"²⁰. Igualmente, o Tribunal de Apelação de Rennes recusou a um pai o direito de exercer sua autoridade paterna sobre os filhos na medida em que "suas relações homossexuais são imorais e incompatíveis com o exercício da autoridade paterna sobre jovens menores, sendo isto contrário ao interesse da saúde destes, de sua moralidade, de sua educação e de sua escolaridade"²¹.

Em 1999, um decreto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pôs fim a essa jurisprudência ao considerar que a negativa dada a um pai homossexual ao exercício de seus direitos de pai é contrária ao respeito e proteção da vida privada e familiar (art. 8º) e constitui uma discriminação que contraria o artigo 14 da CEDH²².

A novidade da situação atual não é tanto o reconhecimento de uma vida familiar preexistente, adquirido desde o julgamento *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, mas a institucionalização dos laços de filiação

¹⁹ Cour d'Appel de Paris, 1º caderno, seção de urgências, 16 de março de 1984, juris-data nº 022604.

²⁰ Cour d'Appel de Grenoble, caderno de urgências, 20 de julho de 1988, juris-data nº 88-44724.

²¹ Cour d'Appel de Rennes, 6º caderno, seção 1, 27 de setembro de 1989, juris-data nº 048660.

²² TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, 21 de dezembro de 1999, Rec. nº 33290/96 (<http://www.echr.ceu.int/hudoc>). Para um estudo aprofundado desta evolução, ver a tese de Formond (2002).

ex nihilo. Em vista disso, a organização dos homossexuais em associações que têm por objetivo o pleno reconhecimento dos direitos familiares, em particular daqueles relacionados à filiação, permite a assunção de uma reivindicação política. A Associação de Pais Gays e Mães Lésbicas (APGL), criada em 1986, conta hoje com quase 1.500 membros. Porém, a despeito de sua ação política, ela não conseguiu introduzir no PaCS os direitos de filiação para os casais de mesmo sexo, viu recusada sua filiação à União Nacional das Associações Familiares e foi recentemente excluída do Conselho Superior de Informação Sexual (Krémer, 2002).

Segundo pesquisas recentes, 7% dos homossexuais e 11% das lésbicas do país são pais, e 30% desejam sê-lo. Não obstante essa crescente demanda, o direito permanece surdo à questão. Efetivamente, as leis ditas bioéticas de 1994 proíbem às mulheres solteiras o acesso à procriação por inseminação artificial; apenas o casal heterossexual estéril e em idade de procriação pode pretendê-lo. A adoção plena conjunta é reservada aos casais casados e a maternidade de aluguel é uma atividade expressamente proibida pela lei francesa. Essa realidade tem levado muitas lésbicas a fazer inseminação artificial em hospitais belgas, espanhóis ou ingleses, e muitos casais *gays* franceses têm assinado contratos de maternidade de aluguel do outro lado do Atlântico a fim de concretizarem um projeto de paternidade. Apesar das ações regulares e constantes dessas associações de defesa dos direitos dos homossexuais, o Pacto Civil de Solidariedade não modifica em nada as regras que governam a filiação. Apenas o casal heterossexual pode se tornar pai, e de maneira alguma nosso sistema jurídico permite uma dupla guarda masculina ou feminina à criança²³. Mas, como já foi destacado, além da questão do casal homossexual, a própria faculdade do indivíduo de ter acesso à filiação adotiva parece colocada em causa pelas jurisprudências tanto francesa quanto européia.

Negativa do Conselho de Estado

A partir dos anos 90, a inscrição da filiação na "ordem procriativa" baseada na diferença dos sexos vai progressivamente transparecer no

²³ É conveniente destacar, entretanto, a iniciativa do deputado Noel Mamère, do Partido Verde, que em 20 de março de 2002 apresentou à Assembléia Nacional um projeto de lei (3.671) que permitia aos casais não casados adotar um filho conjuntamente. Esse projeto, contudo, não foi debatido, tendo sido remetido à Comissão de Leis.

controle administrativo das condições de acolhimento do postulante à adoção. Os presidentes dos Conselhos Gerais encarregados de expedir as autorizações passam a rejeitar os pedidos apresentados por solteiros, homem ou mulher, criticando o caráter monoparental do projeto de adoção.

Em 1991, no entanto, o Conselho de Estado decidiu estender seu controle sobre as negativas de autorização, a fim de censurar qualquer erro de apreciação, mesmo não manifesto, dos Conselhos Gerais, tentados a escolher, entre os candidatos à adoção, aqueles que respondiam ao modelo biparental de família. Dessa forma, em 24 de abril de 1992 o Conselho de Estado anulou a negativa de autorização à adoção a um homem sobre o qual a Administração havia posto em destaque as "tendências homossexuais reprimidas", sem que nenhum elemento preciso de natureza a fazer temer pelo interesse da criança fosse invocado. Todavia, essa decisão já contém os limites da solicitude do juiz administrativo com relação aos solteiros *gays* ou *lésbicas*: a orientação sexual não constitui um obstáculo à condição de estar escondida.

Desde 1994, porém, as jurisdições administrativas operam uma reviravolta da jurisprudência, consagrando o princípio da família biparental sugerido pelo discurso dos assistentes sociais, dos psicólogos ou dos psiquiatras encarregados de instruir as requisições de autorização, discurso este que define a construção psíquica da criança com referência ao masculino e ao feminino. Assim, em 18 de fevereiro de 1994 o Conselho de Estado validou uma negativa de autorização, assinalando que o projeto de adoção da postulante revela uma "ausência de imagem paterna", sendo a criança desejada como "um meio para pôr fim à sua solidão". Da mesma forma, o Tribunal Administrativo de Apelação de Paris referendou, em 25 de fevereiro de 1996, a negativa de autorização a uma mulher solteira que, por sua concepção pessoal de vida, "queria evitar correr o risco de um fracasso em uma relação de casal, ocultando assim da criança a função paterna ou sua representação"²⁴. Mais significativo é o decreto do Conselho de Estado de 25 de outubro de 1995, que anulou a negativa de autorização na medida em que a postulante, vistos os relatórios dos entrevistadores, "não se opunha à

²⁴ Tribunal Administrativo de Apelação de Paris, 25 de fevereiro de 1996, Dpt de Seine-Saint-Denis.

presença do pai no seio da célula familiar"²⁵. A partir daí, aquele que adota ou é suposto viver em casal quando do pedido de adoção, ou então deve comprometer-se para sempre com uma vida familiar, e é somente por esta razão que a adoção por um solteiro é admitida pela jurisprudência.

Não é por acaso que a mudança da jurisprudência tenha se dado no ano de 1994. Nesse ano, o parlamento francês, após um longo debate, adotou definitivamente as leis ditas bioéticas, no âmbito das quais a questão da procriação por inseminação artificial assume um lugar capital. Pela primeira vez a lei define o casal como a união de um homem e uma mulher e que, para ter acesso à procriação artificial, eles devem estar em idade de procriar e provar a esterilidade de ao menos um dos membros. Essa disposição terá conseqüências que vão além da simples assistência médica à procriação, para atingir a lógica jurídica da filiação²⁶.

Em 9 de outubro de 1996 o Conselho de Estado reafirmou sua doutrina, indo ainda mais longe, posto que o candidato revelara sua homossexualidade²⁷. Nesse caso, o postulante à autorização, professor de Física no liceu francês de Londres, tutor do filho de um de seus amigos falecidos, não mascarou sua homossexualidade diante do entrevistador do Serviço Social, declarando, inclusive, manter uma relação estável com um homem que morava em Paris e pretender viver com ele quando de sua volta à França. Não obstante as qualidades do postulante e a promessa de uma presença feminina regular e amiga entre os que estariam em contato com a criança, a Administração negou a expedição da autorização. O Conselho de Estado validou essa negação, destacando "que em vista de suas condições de vida e a despeito de suas qualidades humanas e educadoras adequadas, o postulante não apresentava garantias suficientes nos planos familiar, educativo e psicológico para

²⁵ Conselho de Estado, 18 de fevereiro de 1994, Mme. Francous, Rec. CE, p. 79; D 1994, IR p. 78.

²⁶ Em um estudo oficial, datado de 25 de novembro de 1999, o Conselho de Estado lembra que "a lei proíbe a maternidade de aluguel, o acesso à AMP [Assistance Médicale à la Procréation] aos casais homossexuais ou às mulheres que não mais estão em idade de se reproduzir. O objetivo não foi o de consagrar uma determinada ordem moral, e sim o de dar à criança que vai nascer um ambiente afetivo o mais naturalmente suscetível de assegurar seu desenvolvimento e rejeitar, correlativamente, qualquer reconhecimento de um direito qualquer à criança". *Les lois de Bioéthique: cinq ans après*, Ed. La Documentation Française, 1999, p. 32.

²⁷ Para uma análise mais profunda, ver o artigo de Borrillo e Pitois (1999).

acolher uma criança adotada²⁸. Um dos argumentos apresentados pelo comissário do governo para justificar essa negativa de autorização foi precisamente a regra que governa a assistência médica à procriação, juridicamente reservada aos heterossexuais.

Por dois decretos de 12 de fevereiro de 1997, o Conselho de Estado confirmou essa solução para uma mulher homossexual, retomando palavra por palavra o motivo alegado no caso do professor.

Essa jurisprudência não foi colocada em causa pela lei de 15 de novembro de 1999, que consagrou, com o PaCS, as uniões de mesmo sexo (mas não a adoção conjunta, a adoção do filho do cônjuge, a autoridade paterna partilhada, ou o acesso à procriação artificial)²⁹.

Duas decisões dos tribunais administrativos de apelação de Douai e de Nancy, de outubro e dezembro de 2000, respectivamente, vão retomar a motivação de princípio do Conselho de Estado. A jurisprudência administrativa se obstina a reduzir a filiação adotiva a uma imitação da reprodução sexuada, tornada modelo graças ao discurso antropológico e psicanalítico da diferença dos sexos, cuja finalidade confessa é cristalizar o campo da paternidade, ao menos na França, em um pelourinho imutável, posto que tido como universal e invariável em qualquer tempo e em qualquer lugar³⁰.

A questão foi finalmente submetida ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos por Philippe Fretté, que no decreto do Conselho de Estado aqui citado ficou encarregado de confirmar a negativa de autorização expedida pela Administração. Sustentando diante da corte que o gozo do direito ao respeito à vida privada e familiar reconhecido pelo artigo 8º da Convenção devia ser garantido sem distinção alguma que repousasse notadamente no sexo (art. 14), o requerente pretendeu-se vítima de uma discriminação baseada em sua orientação sexual. Por um decreto de 26 de fevereiro de 2002, o Tribunal de Estrasburgo, com maioria de 4 vozes em 7, confirmou a legitimidade dessa negativa de autorização expedida pela França. Embora, inicialmente, seus membros tenham considerado que a decisão da recusa repousava de maneira determinante

²⁸ Conselho de Estado, 1º e 4º subseções reunidas, 9 de outubro de 1996, req. nº 168 342; Dpt de Paris, JCP 1997, edição G. jurisprudence, 22766, p. 34-38.

²⁹ A situação em alguns casos se agravou, pois em virtude da jurisprudência do Conselho de Estado muitos indivíduos que fizeram o PaCS ocultaram essa situação com medo de não obter a autorização.

³⁰ Para uma análise do discurso especializado ver Fassin (2001).

na homossexualidade declarada do postulante, avaliou-se que esta decisão perseguia um fim legítimo: "proteger a saúde e os direitos da criança adotável". Por fim, o tribunal declarou que esse tratamento diferenciado era objetiva e racionalmente justificado por:

- 1) "a existência de uma grande margem de apreciação em proveito dos Estados contratantes na matéria, levando em conta a ausência de uma comunidade de opinião sobre a questão";
- 2) "a divisão da comunidade científica sobre as eventuais conseqüências do acolhimento de uma criança por um ou por pais homossexuais";
- 3) "as profundas divergências das opiniões públicas nacionais e internacionais";
- 4) "a insuficiência de número de crianças adotáveis em relação aos pedidos de adoção".

Esta decisão é passível de críticas por várias razões. Em primeiro lugar, tratando-se do legítimo objetivo almejado, o TEDH considera implicitamente que a homossexualidade constitui uma ameaça para a saúde e para os direitos da criança, sem que saibamos sobre o que repousa esta afirmação de princípio, pois o decreto não se detém em justificá-la com argumentos de direito ou de fato. Indo até o extremo da lógica implícita do Tribunal, esse argumento significaria, portanto, considerar a homossexualidade senão como doença, ao menos como situação suscetível de perturbar a criança, talvez mesmo de condicioná-la em sua orientação sexual, a qual deveria tomar a forma "sã" da heterossexualidade. Esta incitação a tornar-se heterossexual parece no mínimo extravagante. Um Estado democrático não tem que privilegiar uma sexualidade em particular, da mesma forma que não tem que fazer prevalecer uma raça ou uma religião determinada. Que sejam caucasianos ou negros, ateus ou crentes, homossexuais ou heterossexuais, todos os cidadãos merecem o mesmo tratamento diante da lei.

Além disso, a interpretação feita pelo tribunal da "comunidade de pontos de vista sobre a questão" é discutível. Os Estados membros do Conselho da Europa que reconhecem o direito individual à adoção não o proibem expressamente aos homossexuais. Nesse sentido, e de acordo com o princípio segundo o qual o que não é proibido pela lei é admitido, podemos afirmar que existe realmente uma comunidade de pontos de

vista que consiste em não subordinar o direito à adoção à orientação sexual daquele que adota.

Com relação ao segundo argumento, relativo à “divisão da comunidade científica sobre as eventuais conseqüências do acolhimento de uma criança por um ou por pais homossexuais”, este não é embasado por nenhum trabalho científico. Quando o requerente, durante os debates, apresentou o resultado de vários estudos, o Estado francês limitou-se simplesmente a pôr em evidência uma controvérsia científica inexistente. Efetivamente, uma grande maioria de pesquisas prova que a orientação sexual dos pais não tem incidência sobre a psicologia do filho (Tasker e Golombok, 2003). Em 1995, um relatório da Associação Americana de Psicologia já havia divulgado que nenhum dos 43 estudos realizados nos Estados Unidos havia revelado distúrbios particulares em filhos de pais homossexuais ou criados em famílias monoparentais³¹. No mesmo ano, um estudo inglês sobre jovens adultos oriundos de famílias monoparentais, cuja metade havia sido criada por mães heterossexuais e a outra por mães lésbicas, mostrou que não existia nenhuma diferença entre os dois grupos. Nem quanto à freqüência dos problemas psicológicos, nem quanto à proporção de homossexuais. A Academia Americana de Pediatria, que reúne 55 mil médicos, considera que não existe qualquer fundamento científico que permita excluir um indivíduo ou um casal homossexual de um projeto de paternidade (Jardonnnet, 2002). A tese de doutoramento em Medicina defendida por Stéphane Nadaud (2000), sobre filhos criados por famílias homoparentais, chega às mesmas conclusões. Por fim, uma comissão de especialistas criada pelo governo sueco em 1999, após analisar as conclusões de 40 estudos internacionais, assim como os resultados de uma pesquisa nacional *ad hoc* encomendada pelo próprio governo, recomendou não apenas a abertura da adoção aos casais de mesmo sexo, mas igualmente o acesso à assistência médica à procriação para as mulheres sós ou em união com uma outra mulher³².

O terceiro argumento apresentado pelo TEDH – a divergência das opiniões públicas nacionais e internacionais – parece ser no mínimo

³¹ www.apa.org.

³² *Children in homosexual families, Report from de Commission on the Situation of Children in Homosexual Families*, Graphium/Norstedts AB, Estocolmo, 2001 (www.fritzes.se). Após estas recomendações, o parlamento sueco adotou uma lei, em 6 de junho de 2002 (que entrou em vigor em fevereiro de 2003), autorizando a adoção por casais homossexuais.

leviano. O sentimento popular pode, é certo, inspirar os costumes ou as normas informais das sociedades, mas não deve de forma alguma erigir-se em fonte de direito. A democracia da opinião é estranha aos princípios que governam a criação e a aplicação da norma jurídica.

Por fim, a tese relativa ao pequeno número de crianças adotáveis parece discutível tanto no seu fundamento como na sua forma de apresentação. Em princípio, porque não se pode subordinar o gozo de um direito ao seu exercício efetivo. Por exemplo, o direito de propriedade não se exerce em função da disponibilidade imobiliária do mercado, da mesma maneira que a liberdade de circulação não pode depender do número de companhias aéreas. Certo, um direito abstrato que jamais encontraria sua materialização permanece morto, mas, voltando aos argumentos do tribunal, se as crianças adotáveis são raras na Europa Ocidental, há muitas delas esperando por uma família em outras partes do mundo.

Os argumentos desenvolvidos pelo tribunal para justificar um tratamento discriminatório com relação aos homossexuais parecem, portanto, pouco pertinentes. Além disso, o princípio relativo à "relação racional de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo visado" não é respeitado. Certo, o interesse da criança deve primar sobre o direito dos adultos, mas este objetivo visado pela decisão do tribunal é atingido ao preço da exclusão total e absoluta dos pais adotivos *gays* e *lésbicas*. Esse decreto efetivamente não se pronuncia sobre a sorte de uma criança específica, e sim sobre todas as crianças passíveis de adoção. Ele não se refere tampouco a um candidato, mas a todos os homossexuais que postulam uma adoção. A partir daí, podemos considerar que, de maneira geral e abstrata, a homossexualidade constitui uma barreira legítima ao direito de adotar uma criança.

Esta decisão é ainda mais estarecedora porque incide sobre o que esse mesmo tribunal havia decidido em 21 de dezembro de 1999, no caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. Certo, neste caso tratava-se do exercício da autoridade paterna de um pai homossexual que, em razão dos atos de sua ex-mulher, via-se dela privado. O Tribunal de Lisboa deu, nesta ocasião, razão à esposa, considerando que uma criança "deve viver no seio de uma família tradicionalmente portuguesa" e "não deve crescer à sombra de situações anormais". O TEDH condenou Portugal destacando que a diferença de tratamento dada pelo Tribunal de Lisboa

era "ditada por considerações que se atinham à orientação sexual do requerente, distinção que não se poderia tolerar segundo a Convenção"³³.

Em 1994 o Parlamento Europeu já se havia pronunciado no mesmo sentido. Em uma resolução de 8 de fevereiro, ele convidava a Comissão Européia a apresentar um projeto de recomendação sobre "a igualdade dos direitos dos homossexuais e das lésbicas, a fim de efetivamente dar um fim a qualquer restrição a seus direitos de paternidade, ou de adotar e criar filhos".

A incidência da decisão européia sobre a jurisprudência do Conselho de Estado

Desde o decreto Fretté, o Conselho de Estado foi levado a criar um estatuto sobre a validade da negativa de autorização dada a uma jovem envolvida em uma relação homossexual estável. Pelo decreto de 5 de junho de 2002, a jurisdição administrativa confirmou a negativa de autorização baseando-se em três argumentos no mínimo discutíveis. De início, o Conselho de Estado estima que se o artigo 343-1 do Código Civil abre a adoção aos solteiros, tal faculdade não proíbe a autoridade administrativa de verificar se o candidato oferece em sua família ou naqueles que o cercam uma "figura ou uma referência" paterna ou materna. O decreto considera até que, fazendo assim, a Administração não comete erro de direito. Essa verificação efetivamente encontra sua legitimidade na obrigação de investigar se as "condições de acolhimento do postulante nos planos familiar, educativo e psicológico correspondem às necessidades e ao interesse de uma criança adotada"³⁴. Ora, supondo-se que a presença de uma figura ou de uma referência paterna ou materna constitui uma condição ao acolhimento no plano familiar, nem a autoridade administrativa, nem o Conselho de Estado se ativeram a destacar em que a senhorita Berthet recusava essa referência do sexo oposto, quando era possível identificá-la em seu círculo familiar (irmão, tio etc.) ou de amigos. Pior ainda: recusando-se a apreciar as condições específicas de acolhimento, o juiz administrativo se furtou a verificar se nos elementos da investigação realizada pelo serviço social dos Conselhos Gerais a candidata oferecia essa referência ou essa figura paterna.

³³ TEDH, Quarta Sessão, Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (Requerimento n. 33290/96).

³⁴ Artigo 4º do decreto de 1º de setembro de 1998.

Em segundo lugar, o Conselho de Estado considera que fundamentando sua negativa de autorização nas "condições de vida" do candidato, fórmula eufemística para designar sua homossexualidade, a Administração não fundamentou de maneira alguma sua decisão sobre uma posição de princípio sobre "as orientações sexuais da requerente", nem operou um tratamento diferenciado, injustificado no sentido dos artigos 8 e 14 da Convenção Européia dos Direitos Humanos. Esse argumento não deixa de surpreender, pois ignora ou finge ignorar os termos do decreto Fretté, que afirma expressamente que a homossexualidade autoriza um tratamento discriminatório baseado no interesse da criança a ser adotada. Podemos, portanto, nos espantar com o fato de que o juiz francês não tenha retido a motivação do Tribunal Europeu, criticável certamente, mas eficaz por opor-se à homopaternidade, a menos que ele tenha querido economizar argumentos, justificando um tratamento discriminatório com respeito aos homossexuais. Fazendo assim, o Conselho de Estado se obriga a sancionar qualquer negativa de autorização se o candidato à adoção não oferece, seguindo sua jurisprudência, uma dupla figura ou referência paterna e materna. É verdade que ele impõe esta condição aos solteiros heterossexuais e valida a negativa de autorização também neste caso, mas após haver procedido a uma apreciação *in concreto*, destacando, na investigação administrativa, os elementos de fatos que justificam essa solução. Assim, no decreto *Francois*, o Conselho de Estado validou a negativa de autorização após haver destacado que a criança era menos desejada por ela propriamente dita que para pôr um termo à solidão da candidata à adoção e que ela corria o risco de sofrer pela ausência de uma figura paterna. Ora, tal apreciação não é realizada para um candidato homossexual, colocando o Conselho de Estado *in abstracto* a impossibilidade de oferta de uma figura do sexo oposto. Existe, portanto, realmente uma petição de princípio contra a adoção pelos *gays* e *lésbicas* que encontra sua tradução no último argumento do decreto, que evoca os elementos desfavoráveis da personalidade da senhorita Berthet. Não aqueles retidos pela Administração durante sua investigação, e sim aqueles aos quais se refere o Tribunal Administrativo de Apelação quando destaca: "com respeito a essas condições de vida e a despeito das qualidades humanas e educativas evidentes [a requerente] não apresentava garantias suficientes nos planos familiar, educativo e psicológico para acolher uma criança adotada".

O Conselho de Estado mais uma vez vai além da questão da homoparentalidade para colocar em questão a família monoparental. Efetivamente, esta nova condição de diferença de sexo introduzida pela jurisprudência obriga o(a) adotante solteiro(a) a agir diante da criança como se ele ou ela estivesse de alguma maneira comprometido com uma vida de casal heterossexual.

"Bricolagem" jurídica à francesa

Deixemos de lado a questão da adoção para nos dedicarmos à evolução da co-parentalidade. Esta realidade jurídica designa os laços de filiação entre um menor e o parceiro do pai legal desse menor. Após um longo processo (que analisamos mais atrás), um começo de jurisprudência começa a ver a luz do dia na França. Efetivamente, em 27 de junho de 2001 o Tribunal de Grande Instância de Paris permitiu pela primeira vez a uma mulher a adoção de três crianças menores de sua companheira. As duas mulheres viviam juntas havia mais de 20 anos e criavam suas filhas juntas desde o nascimento destas. Sem filiação paterna, as crianças consideravam as duas mulheres como suas duas mães. Uma era sua mãe por nascimento e a outra, sua mãe social. Graças a esse julgamento de adoção simples, as crianças portam agora os nomes de ambas as mães. A filiação adotiva foi acrescentada à filiação de origem e oferece a essas três crianças a garantia da proteção de sua relação com suas duas mães, quaisquer que sejam os acasos da existência. Mas como a adoção simples transfere apenas aos pais adotivos a integralidade da autoridade paterna, a mãe biológica fica privada de sua autoridade materna, o que aqui parece sem sentido. Foi necessário requerer a partilha da autoridade paterna invocando o artigo 377-1 da lei sobre a autoridade paterna de março de 2002, o que elas obtiveram em julho de 2004.

A decisão do TGI de Paris que garantiu a duas mulheres o exercício partilhado da autoridade paterna em 2 de julho de 2004, depois que um outro tribunal (em junho de 2001) havia autorizado a adoção simples dos filhos de uma dessas mulheres em proveito de sua parceira, coloca em evidência a precariedade das famílias homoparentais, que devem passar por essa "bricolagem" jurídica para obter direitos que são automaticamente concedidos aos casais casados.

A situação internacional

Esta realidade francesa contrasta com a evolução da legislação de outros países ocidentais. Assistimos efetivamente, nestes últimos anos,

a uma mudança constante em matéria de reconhecimento dos direitos paternos em proveito dos casais de mesmo sexo. Da simples partilha da autoridade paterna em benefício do pai adotivo até a presunção de maternidade para as uniões entre lésbicas em Québec, o direito tende a regular os problemas aos quais ainda são confrontados os pais homossexuais, pondo fim, total ou parcialmente, às discriminações das quais são vítimas.

Enquanto a França não reconhece nenhum direito paterno de qualquer natureza aos casais homossexuais, numerosos Estados da União Européia e da América do Norte oferecem esse reconhecimento. A Noruega permite, por decisão da justiça, a transferência da autoridade paterna ao parceiro homossexual sobrevivente, esteja ele envolvido ou não em um contrato de parceria³⁵. A Alemanha autoriza, desde 2001, o exercício conjunto da autoridade paterna aos casais ligados por um contrato registrado de parceria³⁶. Na Dinamarca o parceiro do pai biológico de uma criança pode adotá-la se ele está envolvido em um contrato registrado de parceria, e evidentemente se o outro pai, o biológico, está ou morto ou destituído da autoridade paterna³⁷. Os concubinos homossexuais na Grã-Bretanha podem adotar uma criança enquanto casal e a adoção do filho do parceiro é igualmente possível desde o ano 2002³⁸.

Desde 1º de fevereiro de 2003 a Suécia autoriza a adoção do filho do parceiro e a adoção conjunta de uma criança se o casal está unido por um contrato registrado de parceria. Além disso, os concubinos homossexuais podem se tornar uma família de acolhimento.

Nos Países Baixos o casal de mesmo sexo, casado ou não, exerce o pleno direito da autoridade paterna sobre a criança adotada conjuntamente ou filha de um dos parceiros³⁹. Mais recentemente, em 16 de fevereiro de 2004, a comunidade autônoma de Navarra tornou-se a primeira província espanhola a adotar uma lei que autoriza a adoção por casais homossexuais em união estável, a exemplo dos casais casados.

³⁵ "The Children's Act of 8 April 1981", nº 6, § 36.

³⁶ Lei de 16 de fevereiro de 2001, que instaura o Lebenspartnerschaftsgesetz.

³⁷ Lei nº 360 de 2 de junho de 1999, que modifica a lei sobre o contrato de parceria registrado, de 16 de junho de 1989.

³⁸ Em 5 de novembro de 2002, a Câmara dos Lordes, depois da Câmara dos Comuns, votou uma emenda que modificava "the adoption and children bill", permitindo aos casais não casados e aos casais gays e de lésbicas a adoção de uma criança.

³⁹ Artigos 227, 251, 252, 253 e 282 do Livro I do Código Civil holandês.

Em vários estados dos Estados Unidos, a adoção do filho do parceiro é hoje algo que se pode pretender. Em Nova Jersey, em Vermont, em Connecticut e em Massachusetts, notadamente, a adoção conjunta é igualmente possível. Em 10 de setembro de 2002, a Suprema Corte da África do Sul também reconheceu o direito dos casais homossexuais de adotar crianças.

Foi em Québec que o avanço mais significativo se operou. A lei de 6 de junho de 2002 instituiu a união civil e estabeleceu novas regras de filiação, permitindo não somente a partilha da autoridade paterna e a adoção plena para casais de mesmo sexo, mas igualmente estabelecendo a presunção de maternidade em proveito da companheira de uma mulher que tenha dado à luz uma criança gerada por inseminação artificial, se o casal, mesmo vivendo em união livre, recorreu a esta técnica para concretizar um projeto de maternidade. A lei de Québec ficará na evolução do direito de família como aquela que colocou definitivamente em causa a ideologia naturalista⁴⁰ que pretendia e que pretende ainda basear a filiação na concepção biológica⁴¹.

Conclusão

Diante das confusões introduzidas pelas decisões do Conselho de Estado francês, reforçadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é necessário reafirmar a autonomia do direito no processo de criação do laço filial⁴². A reforma francesa do direito de família de 1972 havia começado a privilegiar a "função paterna", desligando-se da designação sexual dos papéis familiares. Seu mentor, o decano Carbonnier, havia até falado da "hermafroditização" de um direito, que iria até a substituição das designações "marido e mulher" ou "pai e mãe" por "cônjuges" e "pais", querendo com isto destacar que a conjugalidade e a paternidade constituem, do ponto de vista jurídico, antes de tudo uma função, ou seja, uma imputação normativa que remete a um certo número de direitos e obrigações. E a despeito da importância que a reforma concede à

⁴⁰ Na Austrália Ocidental, o *Artificial Conception Act*, de 1985, modificado em 2002, estipula em seu artigo 6º que quando uma mulher que vive em casal com uma outra faz uso, com o consentimento de sua companheira, da reprodução assistida, presume-se ser a outra também mãe da criança desde o momento da concepção desta.

⁴¹ Para uma análise mais profunda, ver o artigo de Marie-France Bureau (2003).

⁴² Ver, nesse sentido, a tese de Thomas Formond (2002).

verdade biológica, a vontade individual conserva a primazia (Raymond, 1982, p. 538).

São as leis ditas bioéticas de 1994 que rompem com essa evolução ancorada em uma concepção voluntarista e liberal da família (Mehl, 1999). Não é tampouco em nome da liberdade dos cônjuges ou da legalidade das filiações que as sucessivas reformas foram realizadas, e sim em nome da "diferença dos sexos" e da "correta estruturação psíquica da criança"⁴³, a fim de evitar "a perda de sentido", "a angústia identitária", "a ditadura dos fatos" e "a ausência de referências", para citar apenas algumas expressões utilizadas nos últimos relatórios sobre a reforma do direito de família⁴⁴. A partir de agora, tudo se passa como se "o complexo de Édipo" ou "a ordem simbólica" pudessem substituir a vontade democrática. Ordem esta desfeita do político e também desfeita do direito, na medida em que não mais cabe ao Judiciário dizer quem pode adotar, pois a negativa de autorização não concede a prerrogativa a esse direito, e sim a uma vulgata psicoantropológica – a dos investigadores sociais⁴⁵, substituída pelo Conselho de Estado, que faz deles os novos detentores de uma "permissão para adoção".

Entretanto, a recente evolução do direito de filiação em certos países membros da União Européia ou da América do Norte pressagia, pelo efeito conjugado da lógica interna do direito, da preocupação com a igualdade tanto do casal quanto das crianças, e de uma abordagem pragmática da questão da paternidade, uma reviravolta da jurisprudência no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no sentido desejado pela instância política que representa a vontade popular da União Européia. O Parlamento Europeu efetivamente requereu em 4 de setembro de 2003, em seu relatório sobre os direitos fundamentais na União Européia, "a abolição de qualquer forma de discriminação – legislativa ou de fato – da qual são ainda vítimas os homossexuais, notadamente em matéria de direito ao casamento e de adoção de crianças".

⁴³ Para uma crítica a esta nova "metafísica do direito", ver a obra coletiva *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* (Borrillo e Fassin, 2001).

⁴⁴ "Couple, filiation et parente aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée", relatório de Irène Théry aos ministros da Justiça, do Trabalho e da Solidariedade, maio de 1998 (publicado no mesmo ano, sob o mesmo título, pela editora Odile Jacob); "Renover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps", relatório de Françoise Dekeuwer-Défossez ao ministro da Justiça, La Documentation Française, Paris, 1999.

⁴⁵ Os investigadores sociais fazem apenas repetir de maneira menos sofisticada o que é dito por uma maioria de psicólogos na imprensa e na mídia francesas.

Referências bibliográficas

- AUBERT, Jean-Luc. Comentário sobre o Decreto 1.807. Câmara Civil do Tribunal de Cassação, 17 de dezembro de 1997. **Daloz Jurisprudência**.
- BAMFORTH, Nicholas. Same-sex partnerships and the argument of justice. In: WINTEMUTE, R. e ADENAS, M. (eds.), **Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law**. Londres: Hart Publishing, 2001.
- BEIGNIER, Bernard. Une nouvelle proposition de la loi relative au CUS. Copie à revoir. **Droit de la Famille**, abril de 1997.
- BÉNABENT, Alain. La liberté individuelle et le mariage. **Révue Trimestrielle de Droit Civil**, 1973.
- BOLOGNE, Jean-Claude. **Histoire du mariage en Occident**. Paris: Editions Jean-Claude Lattès, 1995.
- BORRILLO, Daniel. Statut juridique de l'homosexualité et droits de l'homme. Un sujet inclassable? Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités. **Cahiers Gay Kitsch Camp**, Lille, n. 28, février 1995.
- _____. La protection juridique des nouvelles formes familiales: le cas des familles homoparentales. **Mouvements**, Paris, n. 8, março-abril de 2000, p. 54-59.
- BORRILLO, Daniel e PITOIS, Th. Adoption et homosexualité: une analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996. In: BORRILLO, D., **Homosexualité et droit**. 2ª edição. Paris: PUF, 1999.
- BORRILLO, Daniel e FASSIN, Eric. **Au-delà du PaCS**. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité. Paris: PUF, 2001.
- BRUNETTI-PONS, Clotilde (dir.). **A noção jurídica de casal**. Paris: Econômica, 1998.
- BUREAU, Marie-France. L'union civile et les nouvelles règles de filiation: tout le monde à bord pour redefinir la parentalité. In: LAFOND, Pierre-Claude e LEFEBVRE, Brigitte, **L'union civile, nouveaux modes de conjugalité e de parentalité au 21ème siècle**. Québec: Edições Yvon Balais, 2003.
- CARBONNIER, J. **Essais sur les lois**. Répertoire du notariat Defrénois. Paris, 1979.
- _____. Terre et ciel dans le droit français du mariage. **Étude Ripert**, LGDJ, Paris, n. 325, 1950.
- DANET, Jean. **Discours juridique et perversions sexuelles (XIXe-XXe siècles)**. Nantes: Centre de Recherche Politique, 1977.
- FASSIN, Eric. La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique. In BORRILLO, D. e FASSIN, E. **Au-delà du PaCS**. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité. Paris: PUF, 2001.

- FINIS, John. Law, morality and sexual orientation. **Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy**, n. 9, 1995, p. 1.049-1.076.
- FORMOND, Thomas. **Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle em droit privé**. Tese de doutoramento, Universidade Paris X, Nanterre, setembro de 2002.
- GAUDU, François. A propos du contrat d'union civile: critique d'un profane. **Coletânea Dalloz**, 1988, 2º caderno.
- GEORGE, Robert. **Defense of natural law**. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- HERMAN, Didi. **The antigay agenda, orthodox vision and the Christian right**. Chicago: Chicago University Press, 1997.
- JARDONNET, Emmanuelle. Homoparentalité et intérêt de l'enfant. **Le Monde**, 25/6/2002.
- KHAÏAT, Lucette. Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation. **Erès**, Toulouse, 1995.
- KRÉMER, Pascale. Le conseil supérieure de l'information sexuelle fermé aux gays. **Le Monde**, 16/9/2002.
- LAGET, O. **L'adoption par une personne seule**. Tese de doutoramento em Direito, Universidade de Lyon II, 1972.
- LEVENEUR, Laurent. Les dangers du Contrat d'Union Civile ou Sociale. **La Semaine Juridique**, n. 50, 1997.
- MALAURIE, Philippe. **Cour de Droit Civil**. La famille. Cujas, Paris, 1989.
- _____. Nota sobre o decreto do CE de 9 de outubro de 1996. **Coletânea Dalloz**, Jurisprudence 1997.
- MEHL, D. **Naître?** La controverse bioéthique. Paris: Bayard, 1999.
- MINTZ, S. Regulation the American family. **Journal of Family History**, n. 14, 1989, p. 387-408.
- NADAUD, Stéphane. **Approche psychologique et comportementale des enfants vivant em milieu homoparental**. Étude sur un échantillon de 58 enfants élevés par des parents homosexuels. Tese de doutoramento em Medicina, Universidade de Bordeaux II, 2000.
- RAYMOND, Guy. Volonté individuelle et filiation par le sang. **Révue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 538, 1982.
- RAYNAUD, P. Un abus de l'adoption simple: les couples adoptifs. **Coletânea Dalloz**, 1983, crônica 39.
- SERIAUX, Alain. Être ou ne pas être: les ambiguïtés juridique de la constitution légale d'un contrat d'union civile. **Chroniques Droit de la Famille Juris Classeur**, março de 1998.
- SIMON, Serge. **Homophobie France 2004**. Paris: Ed. Le Bord de l'Eau, 2004.

TASKER, Fiona L. e GOLOMBOK, Susan. **Grandir dans une famille lesbienne**. Quels effets sur le développement de l'enfant?. Paris: ESF Editor, Coleção "La vie de l'enfant", 2003. Traduzido do inglês por Valérie Pénicaud.

THÉRY, Irène. Le CUS en question. **Esprit**, outubro de 1997.

THOMAS, Yann. Le sujet de droit, la personne et la nature. **Le Débat**, Paris, Gallimard, n. 100, mar.-ago., 1998, p. 85-107.

WACQUANT, Loïc. La famille dans tous ses états (comentário à obra de Stephanie Coontz, *The way we never were: American families and the nostalgia trap*, Nova York, Basic Books, 1992). **Actes de la Recherche en Sciences Sociales**, Paris, Seuil, n. 13, junho de 1996, p. 102.