

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

DULCINÉIA VIEIRA LIMA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS
A FAMÍLIA EM TRANSFORMAÇÃO**

**RUBIATABA-GO
2007**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO**

DULCINÉIA VIEIRA LIMA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS
A FAMÍLIA EM TRANSFORMAÇÃO**

Projeto apresentado à professora de monografia do curso de Direito da FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER, Geruza Silva como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Alenir das Graças Nascimento.

**RUBIATABA – GO
2007**

DULCINÉIA VIEIRA LIMA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS
A FAMÍLIA EM TRANSFORMAÇÃO**

**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO:

Orientadora : Ms. Alenir das Graças Nascimento
Titulação/nome

1º Examinador: Esp. Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Rezende
Titulação/nome

2º Examinador : Ms. Geruza Silva de Oliveira
Titulação/nome

Rubiataba, 23 de Janeiro de 2008.

DEDICATÓRIA

A minha filha, Maria Eduarda, que é a razão de minha vida, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Aos meus caros professores e colegas de sala de aula que me apoiaram e forneceram informações para acumular conhecimento na difícil tarefa do curso de Direito. Agradecimento em especial ao meu esposo, pois foi quem norteou e apoiou nessa jornada, com carinho, amor e compreensão.

RESUMO

Esta monografia enfoca a adoção de crianças por pares homossexuais. Quais as conseqüências para a criança? A relação entre homossexuais pode ser considerada família? Qual melhor solução para a criança? Ser inserida nesse novo modelo de família, caso preencham os requisitos ou permanecer desabrigada? Necessário vencer o preconceito e conservadorismo da sociedade, religiosos, operadores do direito, técnicos do judiciário e legisladores. Tudo o que é inovador é visto com certo temor pela sociedade. Mas muitas transformações estão ocorrendo na família e por ser um fenômeno social, têm grande relevância para o direito.

PALAVRAS-CHAVE: adoção, homossexualidade, adoção por homossexuais.

ABSTRACT

This monograph focuses the adoption of children for pairs homosexuals. Which the consequences for the child? The relation between homosexuals can be considered family? Which better solution for the child? To be inserted in this new model of family, in case that they fill the requirements or to remain homeless? Necessary to win the preconception and conservadorismo of the society, religious, operators of the right, judiciary technician of and the legislating ones. Everything what is innovative is seen with certain fear for the society. But many transformations are occurring in the family and for being a social phenomenon, they have great relevance for the right.

WORDS-KEY: adoption, homossexualidade, adoption for homosexuals.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução..... | 8 |
| 1 Adoção..... | 10 |
| 1.1 Conceito de adoção e sua função social..... | 10 |
| 1.2 O Período Pré-Romano..... | 11 |
| 1.3 O Período Romano..... | 12 |
| 1.4 A Adoção no Código Civil de 1916..... | 13 |
| 1.5 Adoção na Constituição Federal de 1988..... | 14 |
| 1.6 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente..... | 15 |
| 1.7 Adoção no Código Civil de 2002..... | 16 |
| 1.8 Instituições de Abrigo..... | 19 |
| 1.9 Dificuldades de Adoções Tardias..... | 20 |
| 2 Família..... | 22 |
| 2.1 A Evolução da Noção de família..... | 22 |
| 2.2 Evolução Histórica..... | 23 |
| 2.3 A Família Contemporânea..... | 23 |
| 3 Homossexualismo..... | 26 |
| 3.1 Aspectos Históricos do Homossexualismo..... | 26 |
| 3.2 Aspectos históricos, caracterização e evolução terminológica do homossexualismo..... | 26 |
| 3.3 A Igreja Católica, a Sociedade e a Homossexualidade..... | 33 |
| 4 O Direito à Paternidade/Maternidade por Homossexuais frente aos princípios Constitucionais consagrados na Constituição Brasileira..... | 35 |
| 4.1 Princípios do pluralismo e da não discriminação..... | 37 |
| 4.2 Princípios da proteção integral à criança..... | 39 |
| 4.3 O Direito à Paternidade/Maternidade como garantia de cidadania e do respeito à dignidade da pessoa humana..... | 43 |
| 4.4 A questão do registro de nascimento ou civil..... | 44 |
| Conclusões..... | 46 |
| Referências Bibliográficas..... | 48 |
| Anexos..... | 52 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi elaborado em quatro capítulos e tem como objetivo levantar uma polêmica bem atual e despertar na nossa sociedade, uma reflexão maior de seus preconceitos e de sua capacidade de aceitação do diferente, como base para mudanças na legislação, possibilitando, quem sabe, no futuro, a legitimação das adoções realizadas por pares homossexuais. A adoção por casais homossexuais foi o tema escolhido devido ao preconceito e as dificuldades encontradas em se adotar crianças e adolescentes que se encontram depositadas em Instituições de Abrigo que estão sem a assistência de nossas leis.

No primeiro capítulo, foi feito um breve estudo do Instituto da Adoção no Brasil, foi abordado incluindo um estudo sobre as instituições de abrigo e as dificuldades encontradas nas adoções tardias.

No segundo capítulo foram abordadas as mudanças que ocorreram na família brasileira, mostrando os novos modelos atualmente existentes e diferentes dos convencionais.

No terceiro capítulo, aborda sobre os aspectos históricos do homossexualismo, como a união homossexual é vista no cenário internacional. Posteriormente, foi feito um estudo do preconceito em relação ao homossexual no decorrer da história.

Em seguida, fez-se um estudo das legislações existentes em vários países, mostrando aqueles que são de vanguarda, os que apresentam algum tipo de legislação que assegura alguns direitos dos pares homoafetivos e os mais conservadores, que, inclusive, enquadram a homossexualidade como crime.

O último capítulo pretende, através dos princípios constitucionais consagrados na Constituição Brasileira, examinarem a viabilidade do reconhecimento do direito à paternidade/maternidade aos homossexuais na seara das liberdades públicas, como direito fundamental de todos os cidadãos.

A metodologia utilizada foi, a compilação que conta com etapas em pesquisas bibliográficas, doutrinárias, jurisprudências, enfoques jurídicos como a Constituição Federal de 1988, O Código Civil de 1916 e 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No presente trabalho vislumbra a defesa à adoção como direito fundamental de qualquer ser humano, inclusive o homossexual, a aceitação das transformações das relações humanas, quebrando as barreiras homoafetivas ainda persistentes na noção de cidadania, pilar das sociedades democráticas, e repensar os fundamentos das relações de conjugabilidade e principalmente, do parentesco.

Já no objetivo específico enseja a possibilidade jurídica da adoção por pares homossexuais e fazer valer o direito à paternidade/maternidade de homossexuais frente aos princípios constitucionais consagrados na Constituição Brasileira.

Quanto á viabilidade psicológica da educação pelo casal homossexual foi estudado no quarto capítulo.

A questão do Registro de nascimento foi analisada por último.

E, a seguir apresentamos a conclusão e a bibliografia.

1 ADOÇÃO

Vislumbrará neste primeiro capítulo o instituto da Adoção que é uma modalidade artificial de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, um estranho no seio familiar¹. O vínculo criado pela adoção visa imitar à filiação natural, ou seja, aquele oriundo de sangue, genético ou biológico, razão pela qual, também é conhecida como filiação civil. No que tange sua conveniência, muito se discute: em relação à criança ou ao adolescente carente ou abandonado, é inafastável, todavia, quanto àquele que não se encontra numa das situações acima elencadas, há quem diga que possibilita a fraude fiscal, tráfico de menores.

Adoção vem do latim, *adoptio*, escolher, adotar.

1.1 CONCEITOS DE ADOÇÃO E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Para Beviláqua, (1956, p. 351) "adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho".

Rodrigues define o instituto como "o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha". (2004, p. 335)

Venosa assim leciona:

"adoção é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. [...] A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. [...] O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico". (2001 , p.230)

De acordo com Diniz, adoção:

¹ Clóvis Beviláqua, *Direito de família*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos s.a. 1956, pg. 351.

"é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha". (2003, p.489)

É um ato jurídico pelo qual o vínculo da adoção é criado artificialmente. Gera, sem consangüinidade nem afinidade, o parentesco de primeiro grau em linha reta descendente. Cria direitos e deveres recíprocos, razão pela qual deverá ser o resultado de uma decisão muito pensada e madura. A coesão do casal é fundamental.

É um ato que se faz por vias da justiça pelo qual cria relações semelhantes à filiação biológica. Não poderá ser alterada, é irrevogável, é um ato de amor e não um simples contrato. Adoção é uma luta. Uma luta consigo mesmo onde se travam batalhas para derrubar preconceitos pessoais e sociais, derrubar os medos e, de cada batalha extrair energias para acreditar e enfrentar.

Vigou unicamente em nosso país, consoante o Código Civil de 1916 em seus artigos 368 a 378 durante anos, um sistema de adoção que privilegiava dar filhos aos casais que não os podia ter, sem dar muita ênfase aos direitos dos filhos adotivos, até o advento da Constituição Federal de 1988 e posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente que, visa ao melhor interesse da criança e do adolescente, prevalecendo os direitos destes, acima de qualquer outro. O duplo sistema de adoção que vigia até o Novo Código Civil, dispunha de princípios tão díspares que, defini-los, sob o mesmo prisma, praticamente se torna uma difícil missão. O Código Civil de 2002 também traz disposições sobre a adoção, entretanto, em que pesem opiniões contrárias, não revoga, expressa ou tacitamente a Lei n.º 8.069/90, o que certamente ocasionará algumas divergências interpretativas.

1.2 O PERÍODO PRÉ-ROMANO

O instituto da adoção surgiu já durante o período da Antiguidade, como comprovam os primeiros textos legais de que se tem notícia.

A adoção teve seu prenúncio na antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico². Muito utilizada entre povos orientais, como podemos verificar junto aos códigos de Manu IX, 10, “aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem” e o Código de Hamurabi in verbis,

Art. 185 “Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem”.
Art.186 – “ Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna”.

1.3 O PERÍODO ROMANO

A forma pela qual a civilização romana se estruturava religiosa e socialmente favoreceu o desenvolvimento e a plenitude dos efeitos da adoção.

Em Roma, era (a adoção) uma instituição de direito privado, simétrica a da naturalização do direito público: assim como a naturalização incorporava um estrangeiro no Estado outorgando-lhe a cidadania, também a adoção agregava um estranho na família romana, concedendo-lhe os direitos e deveres do filho-família.

No Direito Romano e segundo a Lei das XII Tábuas, eram praticados dois tipos de adoção:

- ✓ *ad-rogiatio* e a adoção propriamente dita ou em sentido estrito; e,
- ✓ *adoptio* ou adoção em sentido estrito ou propriamente dita do direito romano é a que mais se assemelha à concepção moderna do instituto.

Enquanto a *adoptio* era um instituto de direito privado, a *ad-rogiatio* em contraste, pertencia ao ramo do direito público.

A *adoptio* poderia ser realizada de três maneiras: 1. através da *mancipatio*; 2. através de um *contrato*; e 3. por meio de *testamento*.

² Sílvia Rodrigues, *Direito Civil: Direito de Família*: vol. 6, 28 ed. rev. e atual: por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva 2004.

A adoção teve na Grécia seu uso regular, como forma de perpetuar o culto familiar pela linha masculina, ou, se houvesse a hipótese de falecimento do pater familias, sem deixar herdeiro, pessoa capaz de continuar o culto aos deuses-lares, a adoção supria essa finalidade. A Bíblia também nos dá notícia de sua aplicação pelos hebreus. Entretanto, foi no direito romano que este instituto difundindo-se, encontra disciplina e ordenamento jurídico sistemático, pelo qual, um chefe de família sem herdeiros podia adotar como filho um menino de outra família. O adotado deveria receber o nome do adotante e herdar seus bens. O princípio basilar da adoção na antiguidade que foi absorvido pelo direito civil contemporâneo era o de que a adoção não poderia se afastar da filiação natural: *adoptio naturam*.

Na Idade Média, sob a influência do Direito Canônico que entendia ser a família cristã apenas aquela oriunda do sacramento matrimonial, a adoção caiu em desuso até desaparecer completamente³. Com a Revolução Francesa, porém, a adoção voltou à pauta e, posteriormente, mesmo que timidamente, o Código de Napoleão de 1804 incluiu-a em seu corpo. A legislação francesa influenciou diversas culturas, inclusive a brasileira. (VENOSA, 2001)

1.4 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Brasil, o Código Civil de 1916 regulava a adoção em seus artigos 368 a 378 era chamada de adoção simples pelos efeitos que gerava. Nesse sistema, a adoção se dava através de escritura pública, sem interferência judicial. O filho adotivo não rompia o vínculo com sua família biológica, podendo, inclusive, permanecer com o nome originário, bem como com os direitos e deveres alimentícios face aos pais consangüíneos.

As regras dispostas no Código Civil revogado permaneceram aplicáveis para aqueles acima de 18 anos de idade mesmo após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que regula a adoção das pessoas até 18 anos de idade incompletos e, excepcionalmente estendendo-se a normatização estatutária acima dessa idade até os 21 anos, se o adotando já estivesse sob a guarda ou tutela do requerente.

³ Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2001. (coleção direito civil; v.5)

A extinção da adoção, conforme o caso poderia ocorrer no ano imediato depois de atingida a maioridade do adotado ou cessada sua interdição. Poderia também se dar pela resilição bilateral por mera conveniência das partes ou, nos casos autorizativos da deserdação.

1.5 ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6.º, ao cuidar dos direitos sociais, faz referência à maternidade e à infância como direitos fundamentais de uma pessoa em desenvolvimento. Porém, é no art. 227, parágrafos 5.º e 6.º, que os princípios basilares assecuratórios à criança e ao adolescente no que tange a adoção são especificados. Tais princípios referem-se, entre outros, a fiscalização pelo Poder Público das condições para a efetivação da colocação da criança ou adolescente em família substituta na modalidade da adoção, objetivando, por conseguinte, entre outros, evitarem o tráfico de infante-juvenis. Além disso, o legislador constitucional, em consonância com a tendência universal, proíbe expressamente quaisquer espécies de discriminações face à filiação adotiva, no que diz respeito aos direitos alimentícios, sucessórios ao nome, salvo os impedimentos matrimoniais conforme in verbis o Artigo 1.521.” Não podem casar: III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; V - o adotado com o filho do adotante.”

O vínculo existente entre pais e filhos adotivos é de natureza civil, pois a relação que os une é determinada e regulada pela lei. Qual lei? No Brasil, a Constituição Federal de 1988, trata da família em seus artigos 226 e seguintes.

Precisamente, no mesmo diploma legal, em seu artigo 227, parágrafo 5.º dispõe in verbis que “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte do estrangeiro.”

As leis que atualmente determinam e regulam esse parágrafo são o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 39 a 52 e o Código Civil, artigos 1.618 a 1.629.

1.6 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente consubstanciado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente considera seus destinatários como sujeitos de direito, contrariamente ao Código de Menores que os considerava como objetos de direito. Dessa forma, entre os diversos direitos elencados na Lei n.º 8.069/90, dispõe que a criança ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou substituta. Entre as modalidades de colocação em família substituta, encontramos a adoção, medida de caráter excepcional, mas irrevogável, que atribui a condição de filho ao adotado, impondo-lhe todos os direitos e deveres inerentes à filiação.

Serão colocadas em adoção todas as crianças e adolescentes cujos pais biológicos (ou adotivos, uma vez que não há limite para que uma pessoa seja adotada) ou representante legal⁴ concordem com a medida, ou se os pais estiverem destituídos do poder familiar ou ainda, se estiverem falecidos, porém, só será efetivamente deferida, sempre que “manifestar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”⁵.

A Lei n.º 8.069/90 reza nos artigos 39 a 52, sobre a adoção das pessoas amparadas pelo diploma legal conhecido como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta lei, nos artigos 39 a 50, é determinado todo o procedimento para a adoção de crianças brasileiras, seja por nacionais ou estrangeiros domiciliados e residentes em território nacional, haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura a todos os que aqui residem na igualdade perante a lei. Devemos salientar, ainda, que o brasileiro domiciliado e residente no exterior, terá os mesmos direitos que o nacional que se encontra em solo pátrio.

Já os artigos 51 e 52 cuidam da adoção internacional por estrangeiros cujo domicílio e residência seja fora do Brasil.

⁴ Art. 45. do ECA, *A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder. Art. 1.621 Código Civil. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.*

⁵ Eca, Lei 8069/90 , art.43, Caput.

1.7 ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 trata da Adoção nos artigos 1.618 a 1.629. Tal como promulgado, aborda de forma vários institutos, do referido diploma, certamente trará problemas de interpretação e o que ocasionará, muito em breve modificações intensas.

Para os doutrinadores, a Lei n.º 8.069/90, como microssistema jurídico regente dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, não foi revogada pelo novo ordenamento jurídico que se impõe, devendo esta ser aplicada em tudo o que não conflitar com o Novo Código Civil. Podemos citar como exemplo prático, a maioria que se atinge ao completar 18 anos estando-se apto a todos os atos da vida civil. Dessa forma, salvo para o ato infracional e seus efeitos, cujo fundamento é diverso, tudo o que se referir à capacidade civil e suas consequências, não mais observará a regra do Estatuto da Criança e do Adolescente que faz menção aos 21 anos de idade.

O Código Civil de 2002 deverá ser observado no que tange a capacidade para adotar (art. 1.618) que baixa a idade do requerente de 30 anos (na prática observava-se ser 32 anos) para 18 anos, conservando-se, por oportuno, a diferença etária entre adotante e adotado em 16 anos, como disposta no ordenamento civil anterior, também absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O fundamento dessa norma está em se tentar imitar a família biológica o quanto possível.

O ordenamento civil vigente permite que haja a adoção unilateral, na qual o cônjuge ou o companheiro adote o filho do outro, sem que o pai ou mãe seja destituído do poder familiar, na verdade, a madrasta ou o padrasto alçarão a categoria de pais.

Uma novidade introduzida no Código Civil, mas desde sempre utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente diz respeito à necessidade do contraditório na Adoção, com sentença judicial, tornando-a, após o trânsito em julgado, em regra, irrevogável. Dessa forma, sepulta-se de vez, o procedimento previsto no Código de 1916 que permitia que Adoção se desse por escritura pública e, por um breve lapso temporal, após o adotado atingir a maioria, fosse revogada.

Rompe-se, ainda, o vínculo familiar com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais. O adotado pelo atual Código Civil terá todos os direitos alimentícios e sucessórios, assim como os deveres.

O Código Civil de 2002 in verbis Artigo 42 § 1º “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não faz qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Portanto, não é difícil prever a hipótese de um homossexual que, oculta sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver com quem mantém um vínculo afetivo estável. Nessa situação, quem é adotado por um só dos parceiros não pode desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também reconhece como verdadeiramente seu pai ou sua mãe. Ocorre a separação do par ou a morte do que não é legalmente o genitor, nenhum benefício o filho poderá usufruir. Não pode pleitear qualquer direito, nem alimentos nem benefícios de cunho previdenciário ou sucessório. Sequer o direito de visita é regulamentado, mesmo que detenha a posse do estado de filho, tenha igual sentimento e desfrute da mesma condição frente a ambos. O amor para com os pais em nada se diferencia pelo fato deles serem do mesmo ou de diverso sexo. Ao se arrostar tal realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança ou o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.

Caberia questionar se, ao menos, não é invocável a filiação socioafetiva, instituto que, cada vez mais, é reconhecido como gerador de vínculo parental. Diante de todas essas similitudes, não há como não visualizar a presença da filiação que tem origem na afetividade. Impor eventuais limitações em face à orientação sexual dos pais acarreta injustificável prejuízo e afronta a própria finalidade protetiva a quem a Constituição outorga especial atenção.

A homoafetividade vem adquirindo transparência e aos poucos obtendo aceitação social. Cada vez mais gays⁶ e lésbicas⁷ estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar ao par, o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homossexuais.

Tais situações, ao desagurem no Judiciário, muitas vezes se confrontam com a ideologia conservadora do juiz, que hesita em identificar a melhor solução, deixando de atender no prevalente interesse do menor. Mas não ver a realidade é usar o mecanismo da

⁶ Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki>, acesso em 25 de janeiro de 2008, às 11:54 h. Gay, rapaz alegre e jovial.

⁷ Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki>, acesso em 25 de janeiro de 2008, às 11:57h. Lésbicas, Mulher homossexual.

invisibilidade para negar direitos, o que revela nítido caráter punitivo. Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais, nem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos iguais ou distintos.

Não arrostar essa realidade resulta numa triste seqüela: os filhos ficam à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Deixar a criança no total desamparo é negar-lhe o direito à vida, livrando os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento de quem é criado e tratado como filho.

Segundo Dias:

Como a lei se nega a emprestar juridicidade às relações homoafetivas, por óbvio não há nenhuma previsão legal autorizando ou vedando a adoção. Ainda que se presuma que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha cogitado da hipótese de adoção por um casal homossexual, possível sustentar que tal ocorra, independentemente de qualquer alteração legislativa. O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse do infante, e não há motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos. (2004, p. 126, 127)

Fundamentos outros e de ordem constitucional merecem ser invocados. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II do art. 5º da CF). Sem limitação legal, não se pode negar o direito de crianças e adolescentes à adoção, que lhes irá assegurar um lar, uma família, o direito ao afeto e à felicidade, ou seja, o direito à vida. A eles é assegurado o maior número de garantias, e são os que gozam de mais direitos na esfera constitucional. É dever da família, da sociedade e do Estado (artigo 227 da CF/88) assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade. Esses direitos certamente meninos e meninas não encontrarão nas ruas, quando são largados à própria sorte ou depositados em alguma instituição. A adoção, mais do que uma questão jurídica, constitui-se em uma postura diante da vida, em uma opção, uma escolha, um ato de amor, como lembra Maria Berenice Dias, a adoção não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade. Imperioso arrostar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação irregular, quando poderiam ter uma vida cercada de carinho e atenção.

São preconceituosos os escrúpulos existentes. Por isso, urge revolver princípios, rever valores e abrir espaços para novas discussões. É chegada a hora de acabar com a injustificável resistência a que indivíduos ou casais homossexuais acalentem o sonho de ter filhos.

1.8 INSTITUIÇÕES DE ABRIGO

A partir de 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, as instituições de abrigo passaram a ser locais onde as crianças ficariam apenas provisoriamente e, de preferência, o menor tempo possível. Infelizmente, não é o que ocorre até a presente data. É muito comum verificar-se ainda hoje crianças abrigadas por períodos imensos, quando não por toda sua infância e adolescência. Por mais que os abrigos atuais tentem se encaixar aos moldes do estatuto, ficar num abrigo nunca foi e nunca será melhor do que fazer parte de uma família, seja a família de origem, seja uma família substituta, heterossexual ou homossexual. Na maioria dos abrigos, a identidade de cada abrigado fica muito comprometida, a privacidade é algo quase inexistente, pois tudo é coletivo. A atenção e carinho individualizados são praticamente impossíveis. Isso compromete muito o desenvolvimento saudável da criança.

No Brasil hoje, existem cerca de 80 mil crianças em abrigos: “O perfil básico supõe crianças acima dos 02 anos, oriundas de famílias carentes e que, em mais de 50% não estão liberadas do pátrio poder; isto é, estão, de fato, abandonadas, sem os pais, mas não estão, de direito, aptas para a adoção”.⁸ Só como curiosidade, hoje, segundo o novo Código Civil (Lei 10.406/2002, que entrou em vigor em 11/01/2003), não se usaria mais o termo “pátrio poder” e sim “poder familiar” (art.1630 a 1638 do C.C. de 2002), uma vez que a responsabilidade

⁸ Disponível em: g1.globo.com/Noticias/Brasil/0, acesso em 10 de outubro de 2007.

sobre o filho não é mais só do pai, e sim de ambos (pai e mãe) diante do Princípio da Igualdade já manifesto no art. 5º, I da CF/88.

1.9 DIFICULDADES DE ADOÇÕES TARDIAS

É importante ressaltar que nem todas as crianças que estão abrigadas são passíveis de adoção. A grande maioria possui vínculo com sua família que lhes visitam periodicamente, mas que não podem ficar com elas em sua companhia, por dificuldade financeira ou por não terem onde deixá-las para trabalhar. O artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é claro ao afirmar que a falta de condições financeiras não é, por si só, motivo para a suspensão ou destituição do Poder Familiar. Nesse caso, a criança deveria ficar com a família e esta ser incluída em programas oficiais de auxílio, que, frente à realidade brasileira, não são suficientes para todos, levando as crianças a permanecerem nos abrigos.

Porém, ainda existe um grande contingente de crianças que são “depositadas” em abrigos, sem nenhuma perspectiva de retorno à família de origem, seja por problemas estruturais da própria família, seja porque não se tem notícia do paradeiro de seus parentes (Inciso II do art. 92 do ECA). Esses seriam casos de crianças elegíveis a adoção, após a destituição do poder familiar, porém, a grande maioria delas possuem idade acima de 02 (dois) anos, o que configura uma adoção tardia, dificultando cada vez mais a concretização da adoção. A cada dia que passa nas vidas dessas crianças, mais uma porta se fecha, correndo o risco de todas se fecharem, ficando “condenadas” a passarem o resto de suas vidas, pelo menos até a maioridade, encerradas numa instituição. Sabe-se que o parágrafo único do artigo 101 do ECA é bem claro ao estabelecer que “O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”, porém, infelizmente não é isso, na prática, que se vê acontecendo.

Um dos principais motivos é a dificuldade de se encontrar pessoas que se interessem por crianças mais velhas ou ainda a dificuldade de se encontrar pessoas dispostas a adotarem irmãos, que muitas das vezes só têm um ao outro como família e referência.

Quanto mais tardia for a adoção, mais vivas estarão as lembranças de sua história, mais enraizadas estarão em sua memória todas as ilusões frustradas, os sonhos não realizados

e os desejos que não se realizaram durante os anos de abandono. Cada vez mais a luz no final do túnel vai se tornando mais estreita. Alguns conseguem encontrar essa luz, uma família. Mas nem sempre a saída do túnel se faz de forma tranqüila. Muitas vezes esses traumas passados influenciam. É um desafio tanto para os adotantes quanto para o adotado.⁹

⁹ Paulo Lúcio Nogueira. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1991, p.118.

2 A FAMÍLIA

Neste capítulo, apresenta-se um apertado histórico da família, demonstra a quebra progressiva de paradigmas que, de espaço de poder e de autoridade, transformou-se em um terreno afetivo e de liberdade.

2.1 A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE FAMÍLIA

A palavra família é de uso tão comum, e refere-se a uma realidade tão ligada ao nosso cotidiano, que se poderia pensar que o estudo de suas origens fosse algo simples. Entretanto, Segundo SAPKO (2006, p. 21) “o estudo comparativo da família entre os diferentes povos suscitou algumas das mais ásperas polemicas de toda a história do pensamento antropológico”.

O estágio inicial da organização familiar tem instigado os pesquisadores até hoje, mas de palpável, pouco se obteve, já que inexistem registros que documentem esta fase. O que se tem são idéias imprecisas, criadas dentro do ideário de seus autores, inspirados nos conceitos naturalistas, evolucionistas ou sociológicos.

Tradicionalmente, duas teorias básicas podem ser relatadas: a matriarcal e a patriarcal. A primeira assentada sobre uma idéia de que a família se originou de um estágio inicial de promiscuidade, onde todas as mulheres e homens pertenceriam uns aos outros: a segunda, fundada na idéia do pai sempre foi o centro da organização familiar, negando a ocorrência deste período inicial de promiscuidade.

Aos poucos, os grupos foram sendo individualizados, e algumas condutas passaram a ser condenadas, como as relações sexuais entre pais e filhos e, posteriormente, também entre irmãos.

Destarte, sem prejuízo dos que defendem a teoria matriarcal para a origem do grupo familiar, e sem entrar-se no mérito do acerto, ou não desta vertente doutrinária, o certo é que a civilização ocidental vem vivendo já muito tempo sob a forma patriarcal, cujos traços

distintivos podem, ainda hoje, ser identificados, na prática, na vida social, notadamente nas classes menos favorecidas, em que pese todos os esforços empreendidos para a efetivação prática da igualdade entre os sexos.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na Roma Antiga, a família era organizada sobre o princípio da autoridade e abrangiam quantos a ela estavam submetidos. Todos sob comando do paterfamilias (família *commune jure*), o qual era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, exercendo seu poder sobre a mulher, os filhos e o patrimônio familiar. (SAPKO, 2006, p. 25). O que unia a família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados.

Em Roma, a voz do sangue falava muito pouco, o que falava mais alto era a voz do nome de família. Ora, os bastardos tomavam o nome da mãe, e não havia legitimação ou reconhecimento da paternidade; esquecidos pelo pai, os bastardos não desempenhavam nenhum papel social ou político na aristocracia romana.

Os irmãos e irmãs tinham direitos diferenciados. O filho emancipado e a filha casada eram totalmente excluídos da família.

O poder do paterfamilias, ao longo do tempo, sofreu alguns abrandamentos, aumentando a importância da família natural, baseada no casamento e nos laços de sangue, atribuindo-se maior força ao parentesco cognatício, em detrimento do parentesco agnatício predominante até então.

2.3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A família, nos primórdios da humanidade, tinha contornos matriarcais, senão a figura do pai desconhecida. As crianças pertenciam a todo o grupo, e os homens tinham um papel

secundário, pois ainda era desconhecido seu papel na geração de filhos, e suas habilidades para o uso da força ainda não tinham sido despertadas.

Com o passar do tempo, homens deram-se conta de seu papel na procriação, desenvolveram suas capacidades de caçar e guerrear, e perceberam que poderiam dominar não só os animais ferozes ou os inimigos, mas também suas mulheres e filhos. Teve início, assim, o modelo patriarcal de família.

O patriarcado, embora tenha mantido como base, sempre a autoridade masculina, não impediu que os grupos familiares passassem por várias conformações e transformações ao longo dos anos, não havendo, na história da civilização ocidental, uma definição de família que seja adequada para todos os períodos.

Na verdade, a noção de família evoluiu junto com o homem, adaptando-se aos vários momentos históricos, culturais, econômicos, éticos, morais e religiosos pelos quais passou a humanidade, flutuando, dependendo da época, entre o público e o privado.

A família contemporânea, por sua vez, é fruto de todas estas transformações e, o mesmo tempo, é uma nova família, já que sua característica, mas elementar tem sido, ao longo da história, a de ser reinventada a cada momento.

Segundo Sapko:

Os grupos familiares surgiram, originalmente, para a proteção dos indivíduos contra as ameaças externas, inicialmente físicas, depois econômicas e políticas. Hoje, a família ainda tem esta função, só que ela não é mais física, externa; é psicológica, compreendendo o sentimento de segurança, de apoio, de cooperação, de solidariedade e de afeto, tão indispensáveis aos seres humanos, principalmente no mundo em que vivemos desumanizado pela competição, pela compartimentalização dos conhecimentos, pela impessoalização das relações, onde o homem deixou de ser tratado como um todo, passando a ter relevância, em cada situação, apenas por aquela parcela de ser indispensável ao funcionamento daquela terminada engrenagem. (2006, p. 65 e 66)

Na realidade, as relações de sangue, que fundaram os laços familiares por tanto tempo, perderam importância diante das aspirações comuns de que a família supra as necessidades de cuidado, proteção, de cumplicidade, autenticidade, sinceridade e afeto dos indivíduos, tenham eles a idade que tiverem, pertençam a esta ou outra raça, tenham a orientação sexual que for, pouco importando que tais sensações advenham do convívio com

os pais biológicos ou não, com pais ou mães homossexuais ou heterossexuais, com esposos, conviventes ou parceiros homoafetivos, estando a família onde estiverem estes sentimentos. (Sapko, 2006, p. 67).

Pontuada assim, a noção de família ao longo da história da humanidade, passamos ao exame, especificamente, do direito de homossexuais a paternidade ou a maternidade, analisando, no capítulo seguinte, a possibilidade de reconhecimento deste direito em face aos princípios constitucionais esculpidos na carta política brasileira.

3 HOMOSSEXUALISMO

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO HOMOSSEXUALISMO

Vislumbra neste capítulo a homossexualidade, enquanto prática sempre presente na história da humanidade, por se constituir uma das possíveis orientações afetivo-sexuais humanas caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico, que não se reduz a simples escolha ou opção.

Vista com naturalidade da Grécia Clássica, admitida em Roma, a homossexualidade tornou-se uma conduta pecaminosa e perseguida na Idade Média, chegando à modernidade como desvio patológico, e sendo vista ainda hoje, nos países mulçumanos como crime, punido com a morte, dada a sua gravidade¹⁰.

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS, CARACTERIZAÇÃO E EVOLUÇÃO TERMINOLÓGICA DO HOMOSSEXUALISMO.

Em Roma, igualmente, a prática homossexual era aceita, está presente, vivamente, na literatura, embora apenas a homofilia ativa fosse praticada ostensivamente, ao contrário da passiva, associada à impotência política¹¹.

A Bíblia¹², tradicionalmente, serviu como argumento mais forte sobre a natureza pecaminosa do homossexualismo, sendo célebre a narrativa sobre Sodoma e Gomorra – Veja-se que até o século XIX, sequer existia o termo homossexualismo, sendo, as pessoas com esta

¹⁰ Vera Lúcia da Silva Sapko. *Do Direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. 1ª ed. Ano 2005, 2ª, tir. Curitiba: Juruá, 2006. pg. 53

¹¹ Vera Lúcia da Silva Sapko. *Do Direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. 1ª ed. Ano 2005, 2ª, tir. Curitiba: Juruá, 2006. pg. 54

¹² A Bíblia Sagrada, o velho e novo testamento, traduzida em português por João Ferreira de Almeida – soc. bíblica do Brasil, 1997, pg. 139, “Com varão te não deitarás como se fosse mulher: abominação é” (Levítico, 18:22)

orientação sexual, chamadas de “sodomitas” em alusão à cidade de Sodoma (Sapko, 2006, p. 54).

Note-se, contudo, que não foi só o cristianismo que condenou as práticas sexuais. Os países islâmicos e muçulmanos tais como o Afeganistão, a Arábia Saudita, o Iémen, o Irã e o Sudão,¹³ mesmos nos dias de hoje ainda cominam pena de morte aos homoafetivos, sejam masculinos, sejam femininos, vendo na prática homossexual uma violação da lei sagrada. Como colorarei destes mesmos preconceitos, a própria ciência passou a estudar o homossexualismo como um desvio de (conduta) personalidade, com um distúrbio sexual, uma doença, sendo o termo homossexualismo cunhado por um médico húngaro, Dr: Karoly Maria Benkert, em meados do século XIX, para designar exatamente pederastia masculina – já que ele entendia que a sexualidade normal se restringia à heterossexualidade – adentrando o vocábulo, no século XX ainda com essa mesma conotação. (Sapko, 2006, p. 54)

Em recente declaração aos alunos da Universidade de Colúmbia nos Estados Unidos, o presidente do Irã perguntado sobre o abuso às mulheres e aos homossexuais no Irã, Ahmadinejad disse: - Nós não temos homossexuais no Irã. Não sei quem falou para vocês que tínhamos - respondeu o iraniano, acrescentando que as iranianas têm liberdade¹⁴.

A lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social cada vez mais acentuado, sendo as relações afetivas as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos. Dada a aceleração com que se transforma a sociedade, elas escapam ao direito positivado, não tendo o legislador condições de prever tudo o que é digno de regramento.

A sexualidade, a partir da revelação freudiana da existência do inconsciente ganhou uma dimensão científica mais ampla, desde os fins do século XIX e, em especial do início do século passado. A relevância da teoria psicanalítica reside em ter encaminhado, progressivamente, os estudiosos a vislumbrarem o conjunto dos fenômenos de ordem sexual e afetiva, na seara essencial para o desejo. Desse modo, compreendem-se os avanços no Direito, no sentido de tutelas a livre orientação sexual das pessoas, e no campo da psicologia, em apresentar a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade como naturais nuances da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes. Os preconceitos na verdade é que deturpam a vivência e a compreensão da sexualidade¹⁵.

¹³ Disponível em : olharaintolerancia.wordpress.com/category/racismo, acesso em 10 de outubro de 2007.

¹⁴ Disponível em : oglobo.globo.com/mundo, acesso em 10 de outubro de 2007.

¹⁵ Enézio de Deus Silva Junior. *A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2007. pg. 56.

Inadequadas expressões como “opção sexual”, “escolha sexual”, “transtorno”, “perversão” e “invenção” ainda observadas em muitos manuais e livros distanciam-se da compreensão hodierna da sexualidade, no que tange, especificamente, à orientação ou ao direcionamento dos desejos das pessoas seja para idêntico, para oposto ou para ambos os sexos, pois, já na primeira infância (até os sete anos), a tendência sexual começa a se manifestar¹⁶. Sem dúvida, entre as três já mencionadas direções afetivas, reconhecidas e estudadas cientificamente (insuficientes para, de persi, exaurir toda a complexidade da tríade sexo/gênero/desejo: a homossexual, a bissexual e a heterossexual) a primeira esbarra “em reprovabilidades dos vários graus, a depender da cultura e do momento histórico em questão”. (Silva Júnior, 2001, p. 109)

No princípio, chamavam-se sodomia as relações de pessoas do mesmo sexo (SAPKO, 2007, p. 54). Seguiu-se como já vimos a expressão homossexualismo, que foi afastada por significar “desvio ou transtorno sexual”. O sufixo “ismo”, utilizado para identificar doença foi substituído por “dade” que quer dizer “um modo de ser”. Assim, surgiu a palavra homossexualidade que na classificação mundial das doenças – CID (Código internacional de Doenças) passou a nominar: “transtorno da preferência sexual”¹⁷.

A Rainbow Flag (Bandeira do Arco íris), como é chamada, foi criada em 1978 pelo artista americano Gilbert Baker. Ela substituiu o antigo símbolo dos gays e lésbicas que era um triângulo cor-de-rosa usado pelos nazistas para marcar os homossexuais nos campos de concentração. No início, a bandeira tinha oito cores. Em 1979, durante a parada gay em São Francisco, os organizadores por motivos técnicos, optaram por seis cores: vermelho (vida), laranja (poder), amarelo (sol) verde (natureza), azul (arte) e violeta (espírito)¹⁸.

Vejamos o que ela representa: Íris, a deusa do Arco-Íris e mensageira de Hera, rainha das deusas. Íris representa o lado feminino de Hermes, emissário de Zeus. Sempre que Hera ou Zeus desejavam transmitir seus desejos do homem, Íris descia a Terra, onde tomava forma humana ou então se fazia enxergar ao natural como uma linda mulher alada¹⁹.

No passado mais remoto da humanidade, já há registros a respeito da homossexualidade, (quase sempre masculina). No mais das vezes, concomitantemente,

¹⁶ Enézio de Deus Silva Junior ,Op.cit, 2007, pg. 56.

¹⁷ Maria Berenice Dias. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. pg. 65

¹⁸ Humberto Rodrigues. *O amor entre iguais*, São Paulo: Mythos. 2004 p.25.

¹⁹ Humberto Rodrigues, Op. Cit, 2004, pg.26.

encontra-se repúdio, a repressão, aquilo que modernamente vem sendo chamado de homofobia²⁰.

Entre os helênicos, fala-se muito da poetisa Safo, a Vênus da ilha de Lesbos, que deu origem ao nome Lesbianismo, apontando prática usual de suas seguidoras. Entretanto, o fato é que estavam segregadas e, segundo dizem, eram ferocíssimas exatamente como forma de combater o julgo masculino²¹.

Na antiguidade grega a pederastia, ou seja, a relação sexual entre homem mais velho, o eraste, e o rapaz jovem, o erômenos, era aprovada, incentivada e tomada como modelo de ética amorosa. A relação pederástica não coincide com a moderna relação homossexual.

Por princípio era virtuoso, era draconianamente regulada em seu exercício. O que estava em jogo era a educação do cidadão, portanto, toda conduta que evocasse passividade e excesso era considerada indigna. O erômenos não podia ser passivo da relação amorosa, isto é, não podia ser penetrado, pressionado física ou moralmente a ceder aos avanços sexuais dos erastes, subornado com dinheiro ou presentes.

Segundo consta, tribos indígenas da América do Norte e do Sul, inclusive do Brasil não reprimiriam a homossexualidade, mas tratava aqueles com tal orientação como objeto de deboche e chacotas²².

Segundo Silva Júnior:

A perseguição da inquisição: o morticídio dos homossexuais pelos nazistas (pouco divulgado em face ao genocídio dos judeus) são manifestações históricas clássicas de homofobia. A visão nascida no Séc. XIX a partir de ideologias jurídico-medico-psiquiátricas, de vício, doença, perversão também o é. Na base a idéia de tratar a questão como uma deformação genética tem a mesma raiz. Alguns acham até que a expressão homossexual é discriminatória por homoerotismo. (2007, p. 21 e 22).

Segundo Dias:

²⁰ Enézio de Deus Silva Junior. *A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, pg. 19.

²¹ Luiz Carlos de Barros Figueirêdo. *Adoção para homossexuais*. 1ª ed. (ano 2001), 6ª Tir. Curitiba: Juruá, 2006, pg. 19.

²² Enézio de Deus Silva Junior, *A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, pg. 20.

A união homoafetiva, o cenário internacional e o sistema Jurídico Brasileiro como reflexo da proteção jurídica à orientação sexual e da proibição de tratamento discriminatório, com base na homossexualidade, os vínculos homoafetivos também passaram a receber tutela específica, através da jurisprudência e da legislação. Isso porque os relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo biológico e, inclusive, os breves contatos sociais em moda diferem, essencialmente, dos que são trancados entre os heterossexuais, de vez que, nos primeiros, também se observa o elemento basilar do afeto-permeando e amalgamando as uniões – e, nos segundo, predominam (do mesmo modo que naqueles) a atração e a aproximação física, como uma extensão dos desejos, o que culmina nas múltiplas formas de obtenção de prazer e na possibilidade de vida afetiva em comum. (2004, p. 105 e 106)

Para Silva Junior (2007, p. 72) “A única diferença reside no campo físico-biológico, pois se trata de (união) uniões entre seres humanos de sexo idêntico, que só passaram a auferir uma maior visibilidade social hodiernamente”.

O amor, distante, que não comporta barreiras e nem se curva ante o preconceito, é o responsável por todos os sentimentos, aptidões emocionais e desejos comuns aos indivíduos a exemplo do preparo para a maternidade, para a paternidade, bem como do desenvolvimento da estabilidade e do compromisso afetivo mútuo, que formam uma base familiar²³.

O fato homossexual ocorre em todos os tempos e tem um caráter universal comum por si mesmo. O que muda segundo a cultura é a sua interpretação e o sentido que se dá a ele. Seria interessante procurar saber como a homossexualidade é situada numa determinada sociedade, nessa ou naquela cultura ou religião comparativamente. Entretanto, além de ser um trabalho considerável, do qual poderemos encontrar sem dúvida numerosos esboços, parece-me que seu resultado será sempre discutível. Entretanto, hoje já temos de concreto, alguns fatos demonstrando que, todos os remédios contra o preconceito envolvem um fator indispensável que é o tempo. Desde 09 de abril de 2001, celebrou-se o primeiro casamento gay plenamente reconhecido dos tempos modernos. Aconteceu na Holanda; os registros não dão contra se os noivos eram do mesmo sexo, assim como desconhecem se eram negros ou brancos, judeu ou cristão. Na Dinamarca, Bélgica, Canadá e alguns estados americanos, a situação é semelhante. França, e até na América do Sul (Buenos Aires), entre outros já autorizam a união civil entre gays. Já no Zimbábue, os gays são considerados “subanimais” e entre a maioria dos árabes, condenam a prisão quem mantém relações com alguém do mesmo sexo.

²³ Enézio de Deus Silva Junior, *A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2007

As questões que envolvem as relações familiares, de modo geral, situam-se mais na esfera privada do que na pública, sendo ordenadas, em primeiro lugar, no seio da própria sociedade para, somente depois, serem reguladas pelo direito Positivo.

As sociedades, por seu turno, organizam as relações sociais em geral, e as famílias, em particular, de acordo com suas necessidades, e tendo em vista os valores dominantes em uma determinada cultura e momento histórico, criando uma rede de inclusão/exclusão própria²⁴.

Segundo Sapko:

O Direito, entretanto, raramente se antecipa aos fatos sociais e, no caso da homossexualidade, ainda sofre maior retardo em razão do preconceito que permeia a matéria, inviabilizando a regulamentação de relações que, há muito, sobrevivem à margem do direito privado. (2005, p. 58)

Segundo Tessore:

Marco Politi insiste nas perguntas “Eminência, muitas vezes a Igreja ao dizer não a tudo, deparou-se com derrotas. Não seria possível, pelo menos, um pacto de solidariedade entre duas pessoas, mesmo homossexuais, que fosse reconhecido e tutelado por lei, Responde o Cardeal: “Mas a institucionalização de tal pacto, queira ou não o legislador, se apresentaria perante a opinião pública como outro tipo de casamento e as relativizações seriam inevitáveis. Não nos esqueçamos, também, que, com estas escolhas, para as quais se inclina hoje a Europa, por assim dizer, em decadência, nos distanciamos de todas as grandes culturas da humanidade, que sempre reconheceram o significado próprio da sexualidade: isto é, homem e mulher são criados para ser, conjuntamente, a garantia do futuro da humanidade. “Garantia não apenas física, mas também moral”. Com relação à questão da homossexualidade, podemos distinguir três elementos no posicionamento de Ratzinger de um lado as pessoas, em si, sejam elas homossexuais ou não, devem ser respeitadas e amadas; de outro a atitude homossexual, no entanto é intrinsecamente contrária à “lei natural”, uma vez que contradiz a finalidade primária da sexualidade; por fim, Ratzinger, enquanto cristão e prefeito da congregação para a Doutrina da Fé, se vê vinculado ao ensinamento da tradição, que é expressão da revelação e, portanto, não pode ser mudada por arbítrio próprio. (2005, p. 135).

Segundo Rodrigues:

²⁴ Vera Lúcia da Silva Sapko. *Do Direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. 1ª ed. Ano 2005, 2ª, tir. Curitiba: Juruá, 2006, pg. 57.

Analisando os países mais evoluídos, vamos encontrar uma perspectiva melhor graças ao tratamento da imprensa internacional, que sem abrindo bastante espaço para o tema da homossexualidade. Quanto mais aculturado o país, mais chances têm os homossexuais de ver seus direitos políticos e sociais reconhecidos. (2004, p. 208).

Na Holanda, desde 1998, vigem a “Parceria Registrada”, o “Contrato de Coabitação”, e o casamento pode ser celebrado entre homossexuais; na Bélgica, em 2003, o Parlamento aboliu as disposições que vedaram o casamento homossexual; na França desde 1999, vige o “Pacto Civil de Solidariedade”; nos Estados Unidos, destaca-se a Lei do Estado de Vermont, de 15-04-2000, o primeiro a conferir, à união homossexual, o status jurídico de casamento (não com esta qualificação). Assim desde abril de 2001, à civil union, aplica-se a mesma legislação do casamento, sendo o seu integrante, denomina dos cônjuges²⁵.

Para Silva Júnior:

Independente da qualificação ou terminologia jurídica oferecida à união homossexual, por decisão legislações do ordenamento alienígena, os direitos que lhes vêm sendo conferidos – à celebração de casamento, à elaboração de contrato específico, à troca de nome, à transmissão de patrimônio, ao requerimento de pensões, à adoção, à nacionalidade, por exemplo – geram inevitavelmente, pelo princípio da igualdade, a necessidade de equiparação entre os vínculos homoafetivos e os convencionais, em sede de tratamento familiar. A tendência inevitável sem dúvida é a plena inserção de tais vínculos estáveis homossexuais na órbita no Direito de Família – no que tange à doutrina, à produção legislativa e à competência dos tribunais ou varas específicas. (2007, p. 75)

No Brasil, desde 1996, o congresso tem entre seus projetos uma proposta que autoriza a parceria civil entre homossexuais. “É um projeto emblemático dos direitos homossexuais e por isso enfrenta resistência maior vai ser difícil aprová-lo”, afirma a senadora Ideli Salvatti, presidente da Frente Parlamentar pela Livre Expressão Sexual, formada por deputados e Senadores. Mas objetiva e contundente é a desembargadora Maria Berenice Dias, especialista em direitos homossexuais “nenhum legislador vai desagradar seu eleitorado”. “O caminho para a aprovação do casamento é o judiciário, que não pode manter uma desigualdade (Rodrigues, 2004, p. 213)”.

²⁵ Enézio de Deus Silva Junior. *A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. pg.73.

A lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social cada vez mais acentuado, sendo as relações afetivas as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos. Dada a aceleração com que se transforma a sociedade, elas escapam ao direito positivado, não tendo o legislador condições de prever tudo o que é digno de regramento.

A Declaração dos Direitos Humanos (1948) afirma que “todos somos iguais perante a lei” é bem clara e nossa constituição é soberana para aplicar o princípio da igualdade da maneira que quiser.

Enquanto essa proposta não é aprovada, os homossexuais, não poderão usufruir de diversos benefícios, que os heteros ganham ao se casar. Senão vejamos Rodrigues:

*Não tem usufruto dos bens do parceiro.
 Não é permitido declarar, no Imposto de Renda, a dependência do parceiro.
 Não recebem abono família, não tem direito à herança.
 Não tem suas ações legais julgadas pelas varas de família.
 Não somam renda para alugar imóvel ou para obter financiamentos.
 Não inscrevem parceiros como dependentes. (2004, p. 213)*

3.3 A IGREJA CATÓLICA, A SOCIEDADE E A HOMOSSEXUALIDADE

A "Santa" Igreja Católica Apostólica Romana aprovou, recentemente, certas "Considerações sobre os projetos de reconhecimento legal das uniões entre pessoas homossexuais"²⁶, e que estão causando, com razão, desconforto na comunidade GLSBT (gays, lésbicas, simpatizantes, bissexuais e trissexuais) mundial.

Pelo parágrafo 4, chega-se a conclusão de que se a homossexualidade é condenada (mais pela igreja que) pela Bíblia, e se, após a morte, aqueles que praticarem atos homossexuais serão condenados por Deus, é uma coisa que diz respeito apenas aos homossexuais, uma vez que estes têm o livre-arbítrio para fazerem o que bem entenderem.

A Igreja insiste em combater abertamente a homossexualidade, baseia-se em escritos bíblicos, porém, o que os mesmos cristãos se esquecem é que na mesma bíblia de onde tiram

²⁶ Disponível em: www.biranet.com.br/falarepreciso/arquivos

os motivos para condenar os homossexuais, existe uma passagem que diz "Não julgueis, para que não sejais julgados." (Mateus 7:1)²⁷.

Mesmo que o homossexualismo seja combatido pela bíblia (o que, como se verá não é comprovado) e, conseqüentemente contra a vontade de Deus, quem será suficientemente bom e sem pecados para ser digno de julgar alguém? Se, nem mesmo Jesus teve a ousadia de julgar as pessoas, quem seremos nós, míseros mortais e pecadores para fazermos o julgamento de alguém? Ademais, "... aquele dentre vós que está sem pecado que lhe atire uma pedra" (João 8:7)²⁸.

Só a Deus cabe julgar, a nós, seres humanos, cabe amar ao próximo como a nós mesmos, fazendo o bem, sem olhar a quem, conforme a parábola do Bom Samaritano, narrado em (Lucas 10:25,37)²⁹.

Arcebispo de Maceió ofende homossexuais. Dom Edivaldo Amaral, arcebispo de Maceió, declarou: "A união de homossexuais é uma aberração. Um cachorro pode até cheirar o outro do mesmo sexo, mas ele não tem relação. Sem querer ofender os cachorros, acha que isso é uma cachorrada! Esta é a opinião de Deus e da Igreja."³⁰

Jornalista diz que gays são repugnantes. O jornalista José Augusto Berbert, do jornal A Tarde, "o maior do Norte e Nordeste", que por duas vezes escreveu: "Mantenha Salvador limpa, mate uma bicha todo dia!", agora declarou: "Num debate com estudantes, pediram que eu definisse os invertidos com uma só palavra: são repugnantes, respondi. E fui aplaudido de pé!" Comentando o filme Mutação, disse que "se para acabar com a AIDS, descobrissem pessoas com genes modificados e os usassem contra os boiolas, poderia acabar com as bichas, mas provavelmente surgiria coisa ainda pior, embora seja difícil se imaginar o que pode ser pior que os falsos-ao-corpo."³¹

²⁷ A Bíblia Sagrada, o Velho e Novo Testamento, traduzida em português por João Ferreira de Almeida - soc. bíblica do Brasil, 1997, pg. 12.

²⁸ A Bíblia Sagrada, o Velho e Novo Testamento, traduzida em português por João Ferreira de Almeida - soc. bíblica do Brasil, 1997, pg. 132

²⁹ A Bíblia Sagrada, o Velho e Novo Testamento, traduzida em português por João Ferreira de Almeida - soc. bíblica do Brasil, 1997, pgs. 25 e 37.

³⁰ Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/luizmott/luizmott1.html, acesso em 13 de setembro de 2007

³¹ Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/luizmott/luizmott1.html, acesso em 13 de setembro de 2007.

4 O DIREITO À PATERNIDADE / MATERNIDADE DE HOMOSSEXUAIS FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O presente capítulo pretende abordar o direito à paternidade/ maternidade de homossexuais tanto do prisma dos direitos fundamentais, como sob a ótica dos direitos da personalidade, consagrados na Constituição Brasileira cumprindo, inicialmente, que se faça uma distinção entre as noções destes dos institutos jurídicos para facilitar a compreensão e delimitar, com precisão, a amplitude deste capítulo.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, poderes nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”, como ressalta Bobbio³².

Para Dias:

A mais tormentosa questão que se coloca e que mais divide opiniões é quando se fala em adoção por parceiros homossexuais. A enorme resistência decorre da crença de haver um dano potencial à criança, por ausência de parâmetros comportamentais, o que poderia ensejar, no futuro, seqüela psicológica. (2004, p. 115).

O tema da igualdade não é recente, tendo sido abordado desde Aristóteles, retomado, mais tarde, pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Max e Rawls, continuando atual, tendo ganhado ênfase nas sociedades contemporâneas, onde tem sido recorrente a busca de equilíbrio não só entre liberdade e igualdade, mas também entre a igualdade e aquilo que se vem convencendo chamar de direito à diferença, onde têm sido enquadradas as discussões referentes ao reconhecimento de direitos aos homossexuais.

O artigo 1º da declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espíritos de fraternidade”

³² Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05-06.

Embora fosse desejável que este texto inspirasse os cidadãos do mundo, o certo é que contemplamos, na atualidade, sistemas de desigualdade e exclusão social, frutos de intrincadas teias do poder através das quais grupos hegemônicos impõem sua linguagem, ideologias e crenças as quais determinam a rejeição, marginalização ou silenciamento de tudo aquilo que não lhes convêm.

No Brasil, a situação não é diversa, não há dúvida de que o tratamento dado a homossexualidade, mesmo dentre aqueles que dela pretende tratar com isenção, está sempre imbricado por uma ideologia já internalizada de reprovação, discriminação e exclusão.

As uniões entre homossexuais ainda não são reconhecidas, sendo raras as decisões judiciais que têm atribuído a eles direitos iguais aos demais membros da sociedade, podendo citar-se, dentre elas, a que autorizou a inclusão de parceiro sexual em plano de saúde³³ ou a que foi recentemente proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo a casal homossexual o direito de habilitarem-se, junto à Previdência Social, como companheiros preferenciais³⁴, reconhecendo, explicitamente, a incidência do princípio da igualdade às uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que apenas para fins previdenciários.

O direito à paternidade/maternidade, de outra parte, embora objeto de reivindicação por parte dos movimentos homossexuais, não tem sido reconhecido, nem mesmo nos países em que as uniões foram reconhecidas pelo direito, tendo restado vedada a adoção, com raras exceções³⁵, ou a utilização de técnicas de reprodução artificial.

Ora, o princípio da igualdade, estatuído em nossa Carta Magna, configura, exatamente, uma das garantias de realização dos direitos do homem, assegurando que todos terão, perante a lei, o mesmo tratamento.

O artigo 5º, caput. Da Constituição Federal de 1988, consagra o princípio da igualdade perante a lei. Textualmente:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a prioridade, nos termos seguintes:

³³ Brasil. Décima Vara Federal de Porto Alegre. Processo 96.00002030-2, sentença proferida pelo Juiz Roger Raupp Rios. Porto Alegre, [s.d.].

³⁴ STF garante direito homossexual. Tribuna do Direito, São Paulo, n.119

³⁵ Disponível em: <http://bbc.co.uk/portuguese/notícia/2002>. *Suécia aprova adoção por casais de homossexuais*, acesso em 14 de setembro de 2007.

E, em seu inciso I acrescenta: “I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Como corolário, também os homossexuais são detentores do direito fundamental de igualdade, devendo ser-lhes garantidos os mesmos direitos assegurados aos demais cidadãos, incumbindo aos aplicadores do Direito despirem-se de suas pré-compreensões, visualizando no princípio constitucional um instrumento de inclusão social e, mais, de efetivação da cidadania e do próprio Estado Democrático de Direito

Dessa forma, a existência do direito a paternidade ou a maternidade deve ser assegurada, em decorrência do princípio da igualdade, a todas as pessoas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais, garantindo-lhes a mesma liberdade e autonomia, já que nada há que justifique uma distinção de tratamento entre elas no campo das liberdades públicas, sendo, todos, cidadãos e, portanto destinatário, não só do princípio constitucional invocado, como também, dos princípios do pluralismo e da não – discriminação como se verá a seguir.

4.1 PRINCÍPIOS DO PLURALISMO E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

A sociedade democrática contemporânea encontra-se marcada pelo pluralismo, tornando-se praticamente inviável a busca da “vontade geral”. Como entendida por Rousseau, se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos:

“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.”

Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. (1996:49).

Ilude-se, entretanto quem pensa que tal circunstância prevista na Constituição Brasileira, tenham posto fim a discriminação e a exclusão das minorias em nosso país.

Gays e lésbicas, embora mobilizados e ativos na luta por seus direitos, ainda não logram, se quer tratado de dignidade tento a imensa maioria deles que ocultar sua orientação sexual para manter seus empregos, família ou círculo de amigos. O reconhecimento de suas uniões, em que pese já ter ocorrido em outros países ainda está afastado de nossa realidade. O direito de terem filhos então é algo ainda mais distante.

Contudo, os homossexuais são cidadãos brasileiros, respeitam as leis e as instituições, produzem e pagam seus impostos, merecendo ser tratados como quaisquer cidadãos. Não obstante, não conseguem ver suas pretensões consagradas no ordenamento jurídico, derrotados no conflito com os grupos dominantes, pelas tensões entre igualdade e diferença, imbuídos pela exigência de reconhecimento de sua orientação sexual, e também, na busca de uma redistribuição de direitos que lhes garanta a igualdade.

Assim sendo, parece não ser suficiente a mera aceitação das diferenças, pois se estaria mantendo a hegemonia de uma identidade sobre a outra, quando, na verdade, tratando-se de um processo de diferenciação, de produção de diferença, uma é inteiramente constitutiva da outra, uma não faz sentido sem a outra, não se justifica qualquer hierarquização entre elas.

Para Sapko:

O pluralismo, dessa forma, para ter um caráter efetivamente emancipatório, não pode se limitar a consagrar à tolerância as diferenças, mas isto sim basear-se “no reconhecimento da diferença e do direito a diferença e da coexistência ou da construção de uma vida em comum além das diferenças de vários tipos”, tornando viável a aplicação das leis, em consonância ou da construção de uma vida em comum, além das diferenças de vários tipos (2005, p. 85)

Torna viável a aplicação das leis, em consonância com os princípios da igualdade e da não-discriminação de forma generalista, mas, ao mesmo tempo, cria “uma proteção jurídica dirigida a um grupo tendencialmente excluído”, como, no caso, os homossexuais, evita a homogeneização pela manutenção dos recursos constitutivos da identidade deste grupo.

Além disso, impõe-se o cumprimento integral do princípio da não discriminação, alçado o fundamento da República Federativa do Brasil, insculpido na Constituição Federal de 1988 Art. “3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV-

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Na verdade, a busca que se impõe não é só contra a discriminação, mas também pela formação de um sistema social inclusivo que valorize a diversidade como fator de enriquecimento social, cultural e político, e não como algo a ser escondido, rejeitado ou excluído, nunca esquecendo que:

(...) a ideologia, mesmo aberrante, constitui uma dimensão da realidade enquanto for considerada verdadeira por uma coletividade humana e, principalmente, quando se torna a ideologia de um estado, dispondo, portanto, da lei, da polícia e do exército. A ideologia torna-se uma força real capaz de coagir o real e ater de torná-lo escravo.³⁶

O certo é que, diante do texto constitucional brasileiro, que consagra os princípios da igualdade, da não discriminação e do pluralismo não se encontram fundamentos sólidos para vetar aos homossexuais o direito a paternidade e a maternidade, resta apreciar este direito sob a ótica do princípio da proteção integral a criança, o que se fará no próximo tópico.

4.2 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA

A doutrina da proteção integral da criança teve início, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227 estatui que:

(...) é dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁶ Vera Lúcia da Silva Sapko. *Do Direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. 1ª ed. Ano 2005, 2ª, tir. Curitiba: Juruá, 2006. pg. 87).

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos , os Estados - partes manifestaram seu convencimento de que a família é a unidade fundamental da sociedade e o meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessária a poderem assumir plenamente suas responsabilidades perante a comunidade.

Além disso, reconheceram que a criança, para o desenvolvimento pleno harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, sendo preparada para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na carta das nações unidas³⁷ e, em particular, em um espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. A Constituição Federal, entretanto, rompeu com tudo isto, não só garantindo as crianças e adolescentes os direitos fundamentais, entende ser, eles detentores de todos os direitos atribuídos a pessoa humana, como também instituiu o princípio da prioridade absoluta no seu tratamento, deferindo-lhes proteção especial em razão de encontrar condição peculiar de desenvolvimento.

Dentro deste espírito, veio a lume o Estatuto da Criança e do Adolescente, consagra estes mesmos princípios, dentro de suas diretrizes fundamentais: “o melhor interesse da criança” e sua condição de “sujeito do direito”³⁸ em desenvolvimento. No âmbito internacional, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1989, ratificada pelo Brasil e vige através do decreto nº.99.710/90, traz, em seu artigo 3.1 o Princípio do Melhor Interesse quando;

dispõe que todas as ações relativas às crianças e adolescentes, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

No direito interno, tanto o art.10 da Lei do Divórcio (Lei nº.6515/77) quanto o art.5º revogado Código de Menores (Lei nº. 6679/79) aplicavam tal princípio, preservar o interesse do menor e se sobreporia a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

³⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, Preâmbulo.

³⁸ Eca Lei n.º 8.069/90

A Constituição Federal de 1988 acolheu o princípio em seu artigo 227, vindo tal tese a ser adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja finalidade maior é a proteção do interesse das pessoas em formação.

O legislador civil, segue a tradição de nosso direito, trouxe para o Novo Código Civil, de forma expressa, o mesmo princípio, não o faz apenas no que concerne à adoção, mas também no capítulo que dispõe sobre a proteção da pessoa dos filhos (arts. 1583 a 1590).

Deve-se ressaltar que a aplicação do princípio do melhor interesse é eminentemente subjetiva, pois não há como estipular critérios únicos e subjetivos para a solução de todas as hipóteses. Apenas de forma casuística se poderá avaliar qual o melhor interesse para criança/adolescente, depende da sua correta aplicação da sensibilidade e experiência do Juiz e do Promotor de Justiça, sendo certo que nem sempre haverá coincidência entre o desejo exposto pela criança/adolescente quando de sua oitiva em juízo e a decisão judicial.

Com efeito, o princípio da proteção integral a criança tem sido um dos fundamentos mais suscitados por aqueles que negam aos homossexuais o direito de serem pais ou mães, seja por via de reprodução artificial, seja por adoção.

A doutrina, a seu turno, assenta que as dificuldades estariam na verdade, no confronto que a questão traz dos princípios da igualdade e da proteção integral da criança, ambos consagrados pela Constituição.

Mas será que, efetivamente, estes princípios se confrontam na apreciação da adoção por casais do mesmo sexo? Não mereceria eles uma visão de reciprocidade? Não seriam eles absolutamente harmônicos?

A resposta a estas perguntas advém, exatamente da avaliação dos pressupostos que informam o conteúdo de cada um destes princípios, o qual tem suas raízes não só no campo jurídico, mas também é principalmente, nas áreas histórica, cultural e sociológica.

Com efeito, o aparente confronto destes dois princípios, no caso, assentar-se-ia, exatamente, na circunstância de que deve ser assegurada a igualdade de tratamento entre homossexuais e heterossexuais, mas, em contrapartida, que o símbolo fato do candidato a pai ou mãe ser homossexual, por si só, já significaria um descuido, um risco, para a obtenção das melhores condições para o desenvolvimento da criança.

Adentra-se aqui, o campo das preconceções vigentes a respeito de homossexualidade enquanto fenômeno humano concreto na seara dos conceitos e

preconceitos que embasam a contradição principiológica antes referida, os quais, como se verá, não encontram respaldo nas áreas técnicas.

Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais na verdade, é negar as crianças, abandonadas pelos pais, ou que foram deles retiradas em razão de violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas, onde poderiam ter o carinho e o cuidado de que necessitam.

A adoção constitui uma maneira legítima para assegurar respeito ao interesse superior da criança, sendo um direito fundamental de todo o indivíduo crescer em uma família e usufruir de uma vida familiar e comunitária, contrapondo-se ao habitual sistema de institucionalização, que mantém crianças e adolescentes abandonados, moral e materialmente pelos pais, em regime fechados, privando-os da colocação em família substituta.

Igualmente não tem sustentação à negativa do direito de homossexuais tornarem-se pais e mães, através das técnicas de reprodução medicamente assistida, com o fundamento no princípio da proteção integral a criança.

Primeiro, por que isto significaria dizer que as únicas modalidades de família contempladas no direito brasileiro seriam as oriundas do casamento ou da união estável, o que absolutamente não é estabelecido pela Constituição ou qualquer norma infraconstitucional.

Segundo, por que a própria Constituição, em seu artigo 226 “§ 4º reconhece também, como entidade familiar, que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, admite a existência de outras configurações familiares”.

Terceiro, por que pressupor que a orientação sexual dos pais causa risco à formação da criança é mera especulação. Mesmo que se admitisse que isto pudesse influenciar na orientação sexual do futuro ser, não haveria razão suficiente para negar o acesso de homossexuais às técnicas de reprodução, seja porque este raciocínio seria discriminatório, sejam porque a imensa maioria dos gays e lésbicas é oriunda de família heterossexual e a orientação sexual de seus genitores não determinou a deles, o que comprova ser o risco relativo, e até insignificante, se comparado ao direito dos homossexuais de realizarem seu projeto parental.

Dessa forma, também o princípio da proteção integral a criança não constitui óbice ao direito a paternidade ou a maternidade de homossexuais, impondo-se seu reconhecimento como a garantia de cidadania desta parcela da população e pelo respeito devido a eles como pessoas humanas que são, como se verá a partir de agora.

4.3 O DIREITO A PATERNIDADE/ MATERNIDADE COMO GARANTIA DE CIDADANIA E DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O projeto da então Deputada federal Marta Suplicy (PT-SP)³⁹ encaminhado em 1995, que dispunha sobre a “união civil entre pessoas do mesmo sexo” não tratou do assunto, tendo o substitutivo, de autoria do deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ)⁴⁰, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, além de mudado o nome do projeto para “parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo” e de ter retirado todos os pontos que remetiam a semelhança com o casamento, acrescentado o artigo que proíbe a adoção, guarda e tutela de crianças e adolescentes em conjunto, mesmo se forem filhos de um dos membros do casal, o que evidencia a propensão dos legisladores brasileiros de não permitir a adoção por casais homossexuais, o que se confirma com a edição do novo código Civil, em seu artigo 1.618 “duas pessoas só poderão adotar, conjuntamente, se forem casadas ou viverem em união estável.”

Entretanto, ainda na vigência do Código Civil anterior, a Justiça Estadual do Rio de Janeiro veio deferir adoções a um único adotante, ainda quando este se declarasse homossexuais, funda a decisão na idoneidade do adotante e nas reais vantagens do adotado, salienta a “absurda discriminação por questão de sexualidade do requerente, afronta sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança”

Note-se que, nestes casos, em que a criança é adotada apenas por um dos parceiros da união homoafetiva, na hipótese da morte do adotante, não há qualquer vínculo legal do adotado com o parceiro do adotante, o que pode acarretar situação de desamparo para o infante ou, mesmo, sua retirada do lar e da família no seio da qual sempre viveu para ser colocado sob tutela ou guarda de outra pessoa ou, ainda pior, de uma instituição, causando-lhe inúmeros transtornos psicológicos. Uma situação similar a esta foi, recentemente, objeto de artigo da Desembargadora Maria Berenice Dias, relativamente ao filho da cantora Cássia Eller – E agora Chicão?⁴¹ – cuja guarda foi disputada o avô materno e a companheira da mãe, tendo, a final, sido nomeada guardiã esta última, em decisão inédita que privilegiou, efetivamente, o interesse da criança em permanecer no lar e com a família que ela sempre conheceu.

³⁹ Partido dos trabalhadores - São Paulo.

⁴⁰ Partido trabalhista brasileiro, Rio de Janeiro.

⁴¹ Maria Berenice Dias. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pg.122.

4.4 A QUESTÃO DO REGISTRO DE NASCIMENO OU CIVIL

A questão do registro sempre é suscitada quando o tema da adoção por casais homossexuais é invocado. Com efeito, quanto às mudanças no nome e no assento (certidão) de nascimento de menores adotados por casais homossexuais, muitas polêmicas desnecessárias (não raro propositais) são levantadas pelos que tentam argumentar, em contrário, a deferimento de adoção a casais homossexuais.

A existência de um registro de nascimento, no qual constem os nomes de dois homens ou de duas mulheres pode se opor aos costumes, mas não, ao ordenamento positivo pátrio. Deve espelhar a filiação não somente biológica, mas também afetiva, a certidão de nascimento terá de contemplar os nomes dos pais do mesmo sexo, refletir a realidade sócio afetiva na qual a criança ou adolescente estará inserida, através da adoção.

Sendo a Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos – de exigências meramente formais, nela não se encontra óbice sobre que o registro indique, como pais, duas pessoas de idêntico sexo. O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) a tal respeito, apenas prevê, no artigo 47, que "o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandato do qual não se fornecerá certidão". O § 1º do mesmo artigo, outrossim, não discrimina, com base no sexo biológico: "a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes". Se quando se está diante das chamadas "produções independentes" ou de adoções deferidas a uma pessoa solteira, faz-se constar somente o nome de um ser humano como pai ou mãe, por que esta resistência em visualizar os nomes de duas pessoas como pais ou mães. Somente por serem do mesmo sexo? Isso não refletiria, veladamente, um flagrante preconceito, ainda decorrente de uma visão negativa para com a homossexualidade e as uniões homossexuais? Na direção da nossa doutrina, nada obsta que o magistrado determine que, na certidão de nascimento, oriunda do desfecho do processo de adoção, conste, tão-somente: filho de:...[nome de um(a) dos companheiros(as)] e de [nome do(a) outro(a) companheiro(a)]. "E que seja determinado, no lugar dos avós, que constem os nomes de todos eles, sem, necessariamente, ter que haver diferenciações entre os tri-adicionais paternos" e maternos". Outra clara opção a ser feita pelo magistrado é, tão-somente, além desta orientação para com os nomes dos avôs e avós, que conste, no lugar dos nomes "pai", "mãe", simplesmente a expressão "responsáveis legais" ou tão-somente "sendo pais" /"sendo mães" – de vez que, para a segurança jurídica do menor

(adotado) pouco importa as palavras. O essencial é, a partir da certeza de ser amado pela convivência, ter no seu assento de nascimento, um reflexo deste amor.

CONCLUSÕES

Um fato que chama a atenção diante dos novos rumos da sociedade e que vem causando muito preconceito é a adoção de crianças por casais homossexuais. Todavia esse preconceito deve ser superado, pois a questão não é a homossexualidade e sim o ato da adoção e a vida de muitas crianças que estão abandonadas precisando de um lar e um acompanhamento individual que é impossível nos orfanatos.

A adoção de uma criança não se trata de um interesse particular de cada pessoa, mas sim de resolver o problema que está acontecendo no país onde muitas crianças estão à espera de alguém que as adote, trata-se, portanto, de uma questão social e jurídica e não moral ou individual.

O fato de alguém ser homossexual ou heterossexual não significa dizer que tal pessoa não tenha conduta moral capaz de guiar uma pessoa para caminhos de decência e fazê-la cidadã com conduta tão equilibrada quanto faria qualquer cidadão que independente da sua orientação sexual, apresente conduta equilibrada e moral reconhecida pela sociedade.

Dentro desse campo de muitos pares homossexuais tem demonstrado interesse à adoção de uma criança. Nada mais justo que a justiça permita tal ato pelo simples fato de que não há nenhuma vedação legal sobre o adotante ser homossexual, e também por que a homossexualidade não é sinônimo de incompetência ou de mau caráter.

Com a evolução da família a sociedade, mais cedo ou mais tarde, deverá aceitar e/ou superar os preconceitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente defensor dos direitos da criança e do adolescente não traz de forma expressa a possibilidade da adoção por pessoa homoafetiva, mas também não a veda, ou seja, é omissa, nesta questão.

A não permissão da adoção legal por pares homossexuais é a de que a criança poderá sofrer discriminações nas escolas e nos demais ambientes em que frequentará. O importante é que ela seja preparada desde cedo para saber enfrentá-las e, quando estiver sofrendo por tais discriminações, ser acolhida e respeitada por seu pai ou sua mãe, dando-lhe amparo e segurança. Quem nunca sofreu discriminação na vida? Sofre o negro, o adotado de um modo geral, o pobre, a mulher, o homossexual.

Após esse estudo, conclui-se que o primordial é o bem estar e o desenvolvimento saudável da criança, a possibilidade de ver seu direito constitucional de ter uma família. É inadmissível privá-la dessa experiência por puro preconceito. Não é possível que se confundam questões jurídicas com questões religiosas, sociais ou morais. Homossexualidade não é doença e não é transmissível. É apenas uma orientação sexual do indivíduo. Ninguém escolhe ser homossexual. Existem pessoas, dignas e respeitáveis que se descobriram homossexuais e merecem ser felizes. E, por que não? Merecem ter a possibilidade de fazer uma criança feliz.

Enquanto a constituição não for alterada, é de suma importância que o Juiz, representante do Poder Judiciário diante de um caso concreto, antes de encarar os autos como um simples pedaço de papel, tomar uma decisão apressada, repleta de pré-julgamento, de suposições, tenha a humildade de descer de seu preconceito, de valores que lhe foram impostos, que impedem de proferir uma sentença justa a alguém que preencha a todos os requisitos exigidos pelo ECA(Estatuto da Criança e do Adolescente) , tenha a humildade de primeiramente conhecer quem é o candidato ou quem são os candidatos, quem é essa criança que tanto necessita de uma família.

É muito importante numa hora dessas, saber colocar-se no lugar do outro, abrir seu coração para aceitar o outro como diferente, mas como ser humano, capaz de amar e ser amado. Quem sabe não seriam pessoas capazes de fornecer a essa criança um ambiente familiar adequado, como tantas experiências que foram relatadas neste trabalho? Quem sabe não seria essa a única esperança para a vida dessa criança? Se para o juiz for inadmissível conceder a adoção devido a seus valores, porque que não iniciar com uma guarda, que é reversível. Após um período, através de acompanhamento do Juizado da Infância e da Juventude, com pareceres de outros profissionais (psicólogos, pedagogos e assistentes sociais) e se ficar provado que o ambiente familiar está sendo saudável, aí sim, o juiz concederia a adoção, que ampliaria em muito os direitos concedidos à criança.

O próprio ECA, em seu art. 46 prevê o estágio de convivência. Bem, o importante, é que a discriminação, o preconceito, os valores pessoais do julgador não impeçam que a tutela jurisdicional seja prestada com justiça e que seja julgado caso a caso, sem generalização de classes, sem pré-julgamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Ferreira de (tradução em português). **BÍBLIA SAGRADA, O velho e novo testamento**. Sociedade. Bíblica do Brasil, 1997, pg. 139, “Com varão te não deitarás como se fosse mulher: abominação é” (Levítico, 18:22)

ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito**. 3ª ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A , 1956.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Décima Vara federal de Porto Alegre**. Processo 96.00002030-2, sentença proferida pelo Juiz Roger Raupp Rios. Porto Alegre, [s.d.].

CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual**. 1ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

DIÁRIO DA MANHÃ, Política e Justiça. 12 de setembro de 2007, pg .03-**Juíza reconhece união de casal homossexual**.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotado**, 9ª ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-01-02) São Paulo: Saraiva, 2003.

ECA LEI n.º 8.069/90.

FERNANDES, José. **Técnicas de estudo e pesquisa**. 5ª ed. Goiânia: Kelps, 2002.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir./Curitiba: Juruá, 2006. 146 p.

FONSECA, Cláudia. **Caminhos da adoção**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

GLANS, Semy. **A família mutante. Sociologia e direito comparado inclusive no Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Monografia Jurídica**. 5ª ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Sílvio, **Direito Civil: Direito de Família**: vol. 6, 28ª ed. rev. e atual: por Francisco Jose Cahali; de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antônio de Pádua. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida**. 1ª ed. Ano 2005, 2ª, tir. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. 1ª ed. (ano 1999), 7ª tir./ Curitiba: Juruá, 2007., 92 p.

STF garante direito homossexual. Tribuna do Direito, São Paulo, n. 119.

TESSORI, Dag, Bento XVI. **Questões de Fé Ética e Pensamento na Obra de Joseph Ratzinger/Claridade**. São Paulo, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2001. (coleção direito civil; v.5).

INTERNET:

Disponível em: oglobo.globo.com/mundo, acesso em 10 de outubro de 2007.

Disponível em: olharaintolerancia.wordpress.com/category/racismo, acesso em 10 de outubro de 2007.

Disponível em: g1.globo.com/Noticias/Brasil, acesso em 10 de outubro de 2007.

Disponível em: <http://bbc.co.uk/portuguese/noticia/2002>. Acesso em 14 de setembro de 2007.

Suécia aprova adoção por casais de homossexuais.

Disponível em: [noticias.terra.com.br/brasil/interna/Casal gay comemora adoção de menina em SP](http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/Casal_gay_comemora_adoção_de_menina_em_SP).

Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki>, acesso em 25 de janeiro de 2008.

Disponível em: www.advogado.adv.br/estudantesdireito, acesso em 16 de outubro de 2007. Adoção homoafetiva. TJRS: admite-se adoção de crianças por casal homossexuais.

Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/militantes/luizmott/luizmott1.html, acesso em 13 de setembro de 2007.

Disponível em: www.biranet.com.br/falarepreciso/arquivos

REVISTAS E JORNAIS:

DIÁRIO DA MANHÃ, Política e Justiça 12 de setembro de 2007, pg.03-Juíza reconhece união de casal homossexual.

JORNAL DA FETAEG (Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás), maio-junho/2007, ano VI Ed. nº 49, pg. 08-Casal homossexual é reconhecido em assentamento.

REVISTA Consultor Jurídico, 05 de fevereiro de 2007 Disponível em: pconjur.estadao.com.br/ acesso em 26 de setembro de 2007 A nova família.

TRIBUNA DO DIREITO STF garante direito homossexual. São Paulo, n.119.

ANEXOS

JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O ASSUNTO:

“ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER – O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato, pela emissão de Declaração de Idoneidade para a Adoção, com parecer favorável ao Ministério Público, contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, e apresenta reais vantagens para o Adotando, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e frequenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercitar o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO NA INICAL. 1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO RIO DE JANEIRO – PROCESSO Nº 97/1/03710-8/ JUIZ SIRO DARLAN DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 1998.”

“ADOÇÃO - Pedido efetuado por pessoa solteira com a concordância da mãe natural - Possibilidade - Hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para assumir o mister, a despeito de ser homossexual - Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses da criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante - Recurso não provido. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Cível n. 51.111-0 – CÂMARA ESPECIAL - Relator: OETTERER GUEDES - 11.11.99 - V.U.)”

“Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público.

1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja

atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação:Unânime Resultado: Apelo improvido TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível”

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os

costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. [1]

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a affectio que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a affectio conjugalis do que a affectio societatis. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo vantajosamente a tal argumento,

colaciono aqui preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes[2] , onde aquela em. jurista assim se manifesta :

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que ‘qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei’.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos[3]. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos , há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica[4]. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas , muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila. Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de

formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que não de ser concretizados no momento de sua aplicação’ [6].

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional ‘entidade familiar’.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, ‘impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família’[7]. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, ‘deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na média em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes’[8]. É o fenômeno da ‘funcionalização’ das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem[9].

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à ‘forma’ familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente

atribuída ao ‘conteúdo’ ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmo fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades ‘familiares’ torna-se obrigatória quando se considera a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada ‘união estável’, o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garante lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações

entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social. É Villela[10] que assinala:

se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Na mesma senda, leciona Héritier[11] :

Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação.

Além da formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social.

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantêm uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Como assinala Rolim[19] :

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais"? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas, espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada.

Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13/17 :

Li. de 39 anos e L. de 31 anos, convivem desde 1998. Em abril de 2003 L. teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004 foi deferida a adoção de J.V.. Na época Li. participou da decisão e de todo o processo de adoção, auxilia nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém, é Li, que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

Li., diz que, é mais metódica e rígida do que L, e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. Iara, mãe de Li., a família aceita e apóia Li na sua orientação sexual, “ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, Li. os trata como filhos” (SIU). Coloca que Li. e L. se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de Li. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e L.. Com a família de L. a convivência é mais freqüente, pois a mãe de L. auxilia no cuidado a J.V..

Com relação às crianças:

Os meninos chamam Li. e L. de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses, freqüenta a Escolinha particular Modelando Sonhos, à tarde. A professora dele, L. B. F., informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. Li. e L. estão como responsáveis na escola e participam juntas aos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais de alunos.

Observou-se que, P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante à tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de L. enquanto L. e Li. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos às mães e vice-versa.

L. coloca que até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos e, P.H. costuma ser convidado para ir brincar na casa de coleguinhas da escolinha. São convidados para festas de aniversário de filhas de colegas de trabalho e amigos.

Situação atual:

Li. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com L. e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que L. é autônoma e possui problema de saúde. E, ela já pensou em uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da URCAMP, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca “a minha preocupação não é criar polêmica mas resguardá-los para o futuro” (SIU).

Li. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado das crianças. Refere-se à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costuma limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V..

(...)

Parecer:

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que, Li. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico (GRIFEI).

Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.

Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.

Nego, assim, provimento ao apelo.

Des. Ricardo Raupp Ruschel (REVISOR) - De acordo.

Desa. Maria Berenice Dias (PRESIDENTE) -

A Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida. E hoje temos diante dos olhos um fato: dois meninos têm duas mães. Esse fato a Justiça não pode deixar de enxergar.

Desde que nasceram, essas crianças foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e por elas são criadas. Para criarem um vínculo jurídico, para assumirem a responsabilidade decorrente da maternidade, fizeram uso – como bem disse o Relator – de um subterfúgio: uma delas buscou a adoção. Mas passaram eles a ser criados por ambas, reconhecem as duas como mães, assim as chamam. Consideram-se filhos de ambas, ou seja, detêm com relação a elas a posse de estado de filho, estabelecendo com suas mães um vínculo de filiação.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo afetivo. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lôbo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo critério afetivo. Essa foi a escolha do legislador constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, a igualdade de direitos também faz uma escolha pela filiação afetiva. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, caput). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230).[20] Assim, tem assento constitucional a priorização da filiação afetiva ou socioafetiva, como alguns preferem dizer.

Então, mister reconhecer que as duas mães mantêm um vínculo de filiação com essas crianças. Uma delas tem vínculo jurídico decorrente da adoção, buscando a outra o reconhecimento em juízo da filiação para assumir as responsabilidades decorrentes do poder familiar. Fazem isso porque são sabedoras das dificuldades que a ausência desse vínculo pode gerar aos filhos, eis que todos os pais responsáveis querem preservar sua prole.

Ao depois, a apelada tem vínculo laboral, que garantirá maior segurança a eles. É funcionária pública e professora universitária, ao contrário de sua parceira, que, inclusive, tem problemas de saúde. Quer dar aos filhos a segurança de que, se vier a falecer, terão direitos. Também quer ter a certeza, de que se vier a falecer a mãe adotiva, terá a possibilidade de ficar com a guarda dos filhos, porque, se não tiver vínculo nenhum, quiçá, nem com a guarda dos filhos poderá permanecer. Então, a pretensão desta mãe é a de se impor obrigações e assegurar direitos aos filhos, estabelecendo um vínculo jurídico com eles.

Em face disso é que a única observação que eu faria ao detalhado e preciso voto do eminente Relator é um questionamento sobre a legitimidade do Ministério Público em veicular o recurso de apelação contra a sentença que deferiu a adoção. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre as funções do Ministério Público, está o de (art. 201, inc. VIII): “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Assim, inclusive, creio que teria o Ministério Público legitimidade para ingressar com ação de adoção cada vez que se defrontasse com esta situação consolidada para regulamentar a situação jurídica das crianças.

É chegada a hora de acabar com a hipocrisia e atender ao comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes. Como há enorme resistência de admitir a adoção por um par homossexual, mas não há impedimento a que uma pessoa sozinha adote alguém, resolvendo o casal constituir família, somente um busca a adoção. Não revela sua identidade sexual e no estudo social que é levado a efeito, não são feitos questionamentos a respeito disso. A companheira ou o companheiro não é submetido à avaliação e a casa não é visitada. Via de conseqüência, o estudo social não é bem feito. Para a habilitação deveria atentar-se a tudo isso, para assegurar a conveniência da adoção. Aliás, este foi o subterfúgio utilizado pelas mães dessas crianças.

Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?

Pelo jeito é isso que pretende o recorrente, pois toda a linha de argumentação que é vertido no recurso é de que a convivência poderia gerar conseqüências de ordem comportamental ou na identidade sexual das crianças. Ora, se é perniciosa a convivência o que quer o recorrente é acabar com o convívio, é afastar os filhos de suas mães. Quem sabe colocá-las em um abrigo ou entregá-las em adoção a um casal heterossexual.

Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

O voto do eminente Relator, que é uma decisão pioneira no Brasil, bem retratou esta realidade. Acompanho-o, em todos os seus termos.

É como voto.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70013801592, Comarca de Bagé: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS DANILO EDON FRANCO

Disponível em: direitoempauta.blogspot.com. Acesso em 16 de outubro de 2007TJRS: admite-se adoção de crianças por casal homossexuais

A nova família

Justiça de Goiás reconhece união entre homossexuais

A Justiça de Goiás reconheceu a união estável de um casal homossexual. Segundo a juíza Sirlei Martins da Costa, da 3ª Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiás, ambos formam uma entidade familiar com “todas as conseqüências legais advindas de uma união”.

O caso trata de uma ação de declaração de sociedade na qual o casal sustenta que vive junto e tem construído patrimônio desde julho de 1999, data tomada como marco, pela juíza, para extensão dos efeitos da sentença. De acordo com a decisão, os juízes das varas de família são competentes para julgar causas que envolvem relação de afeto formada por pessoas do mesmo sexo, “à semelhança das questões da mesma natureza envolvendo casais heterossexuais”.

De acordo com a juíza, a jurisprudência é tranqüila em relação à possibilidade jurídica do reconhecimento da união homoafetiva, vez que os princípios da Constituição Federal vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo.

Admitindo que ainda não exista lei específica sobre o assunto, a juíza ponderou: “A consagração do princípio da dignidade da pessoa, como norte principal para o julgador, permitiu ao juiz brasileiro a possibilidade de suprir a lacuna existente na legislação sobre o tema. Há julgados recentes reconhecendo uma série de direitos em prol de homossexuais, dentre eles o reconhecimento da união homoafetiva como verdadeira entidade familiar”.

Quarta família

A interpretação judicial sobre a união homossexual pode vir a criar a quarta família brasileira. No atual contexto, a Constituição prevê três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficarem com os filhos).

A decisão goiana vai ao sentido sinalizado pelo ministro Celso de Mello, no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em fevereiro do ano passado. O ministro afirmou que a união homossexual deve ser reconhecida como uma entidade familiar e não apenas como “sociedade de fato”. A manifestação foi pioneira no âmbito do Supremo Tribunal Federal e indicou que a discussão sobre o tema deve ser deslocada do campo do Direito das Obrigações para o campo do Direito de Família.

A opinião do ministro foi explicitada no exame de uma ação proposta pela Associação Parada do Orgulho Gay, que contestou a definição legal de união estável: “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 1.723 do Código Civil).

Celso de Mello extinguiu o processo por razões de ordem técnica, mas teceu considerações sobre o que afirmou ser uma “relevantíssima questão constitucional”. O ministro entendeu que o STF deve discutir e julgar, em novo processo, o reconhecimento da legitimidade constitucional das uniões homossexuais e de sua qualificação como “entidade familiar”. Ele chegou até mesmo a indicar o instrumento correto para que a questão volte ao Supremo: a ADPF, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em sua decisão, o ministro cita a desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias, que ressalta a importância do Judiciário como agente de transformação social: “Ao menos que o legislador regulamente as uniões homoafetivas — como já fez a maioria dos países do mundo civilizado — incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade”.

Tempos modernos

Em decisão inédita no Brasil, casal gay de Catanduva consegue na Justiça permissão para adotar menina órfã de 5 anos

Ricardo Boni/Agência BOM DIA

Vasco Pedro da Gama (à esq.) e Dorival Pereira de Carvalho Júnior, pais da pequena Theodora Rafaela Carvalho da Gama, de 5 anos. Apesar de extenso, a menina atirada de 5 anos já sabe de cor o novo nome dela, oficializado anteontem em decisão judicial inédita no país. Theodora é a primeira criança a ser oficialmente registrada em nome de pais homossexuais masculinos. Pai e pai Jú. É assim que a garota denomina os pais Vasco Pedro da Gama, 35, e Dorival Pereira de Carvalho Júnior, 42, cabeleireiros em Catanduva. O casal iniciou a luta pela adoção de uma criança em 1998, sem sucesso. Em 2004, os dois voltaram à carga e conseguiram entrar na fila de adoção no fim daquele ano. Seis meses depois, conheceram Theodora, uma das crianças disponíveis para adoção no Lar Delfino de Oliveira.

Na época com 4 anos, era considerada “velha” para adoção – 45 famílias a rejeitaram. O curto passado de Theodora era triste: foi retirada pela Justiça da guarda dos pais biológicos por sofrer constantes maus-tratos. No dia 23 de dezembro, Vasco e Dorival conseguiram a guarda temporária da criança. A partir daí, tudo passou a dar certo para o casal: em março Vasco registrou a menina em seu nome e, no dia 30 de outubro, a juíza da Vara da Infância e Juventude de Catanduva, Sueli Juarez Alonso, deu sentença favorável ao último pedido do casal: registrar Theodora como filha deles. Crianças como Theodora, na opinião da juíza, “passarão a vida em um abrigo (...) porque os legisladores do país fazem de conta que não estão vendo, omitem-se e porque aqueles que têm a oportunidade de dar a elas uma chance, por meio da adoção, a casais homossexuais (...), prendem-se ao formalismo para fundamentar a decisão em: falta de permissão legal”. Com essa decisão, Sueli entrou para a história. Antes, apenas dois casais de lésbicas haviam obtido semelhante permissão da Justiça, no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul.

Decisão encoraja outros casais gays

A permissão de adoção pelo casal gay de Catanduva deve encorajar outros homossexuais a requisitar o mesmo direito na Justiça, segundo Sibel Aflilio, assistente social do Gada (Grupo de Amparo ao Doente de Aids) em Rio Preto.

“O homossexualismo jamais pode servir de parâmetro de julgamento, tanto moral quanto jurídico. Existem famílias desestruturadas gays e heterossexuais. Esse é um preconceito ridículo, agravado pelo catolicismo”, critica.

Sueli espera que sua decisão sirva como jurisprudência para o julgamento de casos semelhantes ao país, e que também faça os pais, interessados em adotar uma criança, refletirem sobre seus preconceitos. “É preciso abrir a cabeça deles.”

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL OFICIAL DE REGISTRO
CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E DE INTERDIÇÕES E TUTELAS DA
.SEDE DISTRITO, MUNICÍPIO COMARCA DE CATANDUVA – ESTADO DE SÃO
PAULO**

CERTIDÃO DE NASCIMENTO

CERTIFICO que, às fls. 362, do livro nº 109, sob o nº 63463, de REGISTRO DE NASCIMENTOS, foi lavrado em 17 de novembro de 2006, o assento de nascimento de:

**** THEODORA RAFAELA CARVALHO DA GAMA ****

NASCIDA, aos vinte e quatro de agosto de dois mil e um ((24 de agosto de 2001))), às 03:00 horas, no Hospital Padre Albino, em Catanduva,

Estado de São Paulo, do sexo feminino. Filha de Vasco Pedro da Gama
Filho e de Dorival Pereira de Carvalho Júnior. ///

Sendo avós: Vasco Pedro da Gama e Aparecida de Souza Gama; Dorival
Pereira de Carvalho e Maria Helena Fernandes de Carvalho.

OBSERVAÇÃO

/// À MARGEM DO TERMO NADA CONSTA ///

O referido é verdade e dou fé.

Catanduva, SP, 17 de novembro de 2006.

Rodrigo Leandro Zaghi

ESCREVENTE AUTORIZADO

No bojo destas evoluções, cumpre registrar parte do Provimento 06/2004 da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir do qual ficou expressamente permitido que pessoas do mesmo sexo possam registrar documentos sobre união estável em Cartórios de Notas daquele Estado:

Excelentíssimo Senhor Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Corregedor-Geral da Justiça, no uso de suas atribuições legais, considerando o teor do parecer em epígrafe, resolve prover:

Art. 1º. Inclui-se o parágrafo único no art. 215 da (consolidação Normativa Notarial Registral, com o seguinte teor:

Art.215 (...)

Parágrafo Único. As pessoas plenamente capazes, independente de identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação (grifos nossos).

As pessoas que pretendem: constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida, também poderão registrar dos documentos que a isso digam respeito.

Art. 2º. Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Publique-se. Cumpra-se.

Porto Alegre. 17 de fevereiro de 2004.

Des, Aristides P. de Albuquerque Neto

Corregedor-Geral de Justiça