

Filiação e Homossexualidade

Ana Carla Harmatiuk Matos*

Resumo: O Melhor Interesse da Criança tem sido um dos principais nortes do Direito de Família Contemporâneo. Contudo, quando verificado tal princípio de modo relacionado à homossexualidade, as discriminações social e jurídica enfrentadas podem gerar exclusão de direitos em desfavor não apenas do sujeito homossexual, mas também das crianças envolvidas. Nesse sentido, procura-se contribuir para que os preconceitos não eliminem a sintonia possível entre filiação, homossexualidade e Proteção Superior da Criança, buscando instrumentais jurídicos para tanto.

Abstract: The Best Interest of the Child has been one of the main orientations of the Contemporaneous Family Law. However, when this principle is related to homosexuality, the social and legal discrimination faced can generate exclusion of rights, disfavoring not only the homosexual subject, but also the children involved. In this sense, we try to contribute for the prejudice not to eliminate the possible tune in among filiation, homosexuality and Superior Protection of the Child, seeking legal instruments for that.

Palavras-Chave: homossexualidade; filiação direitos das crianças; direitos da personalidade; direitos humanos; melhor interesse da criança; igualdade; proteção superior da família; posse de estado de filho; filiação sócio-afetiva; adoção.

Key-words: homosexuality; filiation; Children's Rights; personality rights; Human Rights; the best interest of the child; equality; superior protection of the family; possession of the state of son/daughter; affectionate filiation; adoption.

Introdução

Várias questões relativas à filiação podem ser analisadas levando-se em consideração uma relação de parentalidade com o sujeito homossexual. Direito de Visita, Guarda, Tutela, Adoção (por uma pessoa, isoladamente, ou por “casal”

* Professora de Direito Civil da Unibrasil. Professora Substituta de Direito Civil da UFPR, pós-graduada em Teorias Críticas do Direito e Democracia pela Universidade Internacional de Andalucia – Espanha, tutora da matéria Filosofia do Direito pela Universidade de Pisa – Itália, mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, autora das obras *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina e União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). a.c.matos@uol.com.br.

homossexual) são hipóteses em que o jurídico deverá verificar o superior princípio do Melhor Interesse da Criança bem como as discriminações ainda sofridas, pois podem traduzir-se em exclusão. Assim, filiação de homossexuais deixa de ser apenas um fato social para ser tratada, em algumas doutrinas específicas, no viés dos direitos dos homossexuais.¹

Esclarece-se que as considerações elaboradas nesse sentido, acreditam estar em sintonia para com os valores e princípios do Direito de Família Contemporâneo e de acordo com as progressivas conquistas na busca da superação da discriminação em virtude da orientação sexual.

Porém, neste momento, deseja-se propor uma outra linha de argumentação, qual seja, tratar a temática sob a ótica da filiação. Isto porque se deseja destacar como a força do estigma, ainda enfrentado por uma minoria que desenvolve orientação sexual diferente dos padrões mais verificados, pode refletir-se na exclusão jurídica das crianças envolvidas. Estariam elas, deste modo, sofrendo uma desvantagem em relação às demais espécies de filiação, devido a algo que se pretende reputar contrário ao seu interesse – sendo que, com a justificativa de protegê-las, está-se contrariamente as tratando de forma desigual, afastando-as de alguns direitos.

Dentro deste viés, parte-se de uma constatação cristalina: há crianças convivendo com sujeitos homossexuais. E o Direito não pode desconhecer esta realidade.

Contudo, as discussões no campo do jurídico ainda se encontram norteadas por vários estigmas que podem traduzir-se na ausência do reconhecimento jurídico - em muitos casos em franco prejuízo àqueles quem deveriam ser os principais protegidos. É o que se procura delinear ao trazer-se à colação histórias as quais o judiciário pode vir a ser chamado a dar respostas.

1 Cenas da Vida Como Ela É

Para ilustrar o presente tema, descrevem-se a seguir exemplos colhidos das práticas jurídicas:

1.1 Filhos biológicos advindos de anterior relacionamento

Após dez anos de casada, dois filhos e pouca felicidade conjugal, uma mulher decide assumir publicamente sua homossexualidade e divorcia-se. Uma vez rompida sua sociedade conjugal, a mulher, como comumente ocorre, fica com a guarda de seus filhos, estabelecida de forma consensual.

¹ Destaca-se nesse sentido: GIRADI, Vivane. *Família contemporâneas...*; ANDRADE, Diogo. *Adoção entre...*; SILVA JR, Enézio. *Adoção por...*

Todavia, quando se inicia um novo relacionamento da mãe, agora com uma parceira do mesmo sexo, o genitor ingressa em juízo com pedido de alteração do estabelecimento da guarda, enfocando que o melhor interesse das crianças não está atendido, por causa da homossexualidade da mãe.

Questão jurídica: Orientação sexual bem como convivência com parceira do mesmo sexo devem ser fatores a desqualificar um dos genitores de exercer a guarda?

1.2 Filhos “de criação”

Depois de três anos de união homossexual, dois parceiros manifestaram desejo de ter uma filha. Contudo, era começo dos anos noventa e, ao procurarem um advogado para verificar as questões jurídicas, concluíram que os óbices eram imensos.

Logo após, a prima de um deles engravidou de forma indesejada, pela terceira vez, não dispondo de recursos econômicos para o sustento de mais um filho.

Diante disso, os parceiros expressaram o desejo de acolher aquela criança desde a própria gestação, amparando econômica e emocionalmente aquela mãe. Com o nascimento, todos uniram esforços nos primeiros cuidados e, ao completar três meses, a pequena criança passou a conviver exclusivamente com os parceiros do mesmo sexo.

Esta situação nunca foi formalizada, dado o receio de preconceito. A criança cresceu, estudou, fez tudo dentro dos comuns padrões das pessoas de sua idade. Chama ambos de pais-tios. Explica para seus amigos que a mãe não teve condições de criá-la e por isso seus parentes a acolheram (na verdade apenas um é primo).

Contudo, também nas uniões homoafetivas, muitas vezes o amor acaba. Esta união terminou. A filha sócio-afetiva dos parceiros encontra-se hoje com 13 anos, e o parceiro, primo da mãe biológica, manteve a “guarda de fato”. O outro mudou de cidade, e, quando constituiu novo relacionamento, parou de amparar afetiva e economicamente sua “filha de criação”.

A fora o prejuízo emocional, a menina deixou a escola que frequentava, demais atividade e não possui mais plano de saúde, entre outros, em virtude da mudança do padrão econômico sofrido.

Questão jurídica: O não reconhecimento expresso da adoção por um par homossexual não se mostra, em casos como o relatado, uma ausência de tutela para a própria criança - a qual, contrariamente, mereceria amparo privilegiado?

1.3 Filho adotivo e o parceiro do genitor substituto

Aos 30 anos de idade um homem sentiu que apenas sendo pai se realizaria. Ciente das questões jurídicas pertinentes, decidiu adotar um filho.

Após todos os trâmites, adotou um menino de quatro anos de idade. Passados outros dois anos, iniciou um relacionamento estável com parceiro do mesmo sexo, o qual se vincula afetivamente também com a criança.

Neste momento, apenas gostariam de que o filho pudesse beneficiar-se do plano de saúde da empresa do parceiro do pai adotivo. Estão, contudo, buscando meios de se prevenir frente à falta de reconhecimento formal e completo do modelo de família deles.

Questão jurídica: Poderia a criança também ser adotada pelo parceiro do pai, de maneira a ter sua realidade formalizada? Em caso de falecimento do parceiro do pai adotivo, não teria a criança os direitos previdenciários, sucessórios, entre outros? Esta exclusão certamente não atende à igualdade buscada pelos homossexuais, e, o mais grave ainda: Em casos como os acima relatados, há sintonia para com o melhor interesse das crianças?

Ilustradas as linhas gerais da problemática e antes de articularmos a relação entre filiação e homossexualidade propriamente dita, cabe, ainda que brevemente, apontar-se as discriminações sofridas e as evoluções sentidas no que se refere aos filhos bem como à união entre pessoas do mesmo sexo, verificando o contexto apropriado para o assunto ora desenvolvido diante do Direito em movimento.

2 Filiação: Da Exclusão à Igualdade

Ao elaborar-se uma rápida digressão histórica, pode-se perceber que ao longo dos anos o Direito de Família vem se alterando em busca de superar as exclusões jurídicas de seu seio. A mulher foi considerada incapaz, a concubina não se permitiram direitos e, no que se refere à filiação, chama a atenção o fato de que as conquistas se terem dado de forma lenta e gradual.

Recorde-se que, pelo sistema do Código Civil de 1916, a família se constituía apenas pelo casamento, sendo, pois, a fonte de legitimidade da descendência, de tal modo que os filhos não advindos do casamento eram considerados ilegítimos. Logo, recebiam esse tratamento em virtude da falta de vínculo formalmente constituído de seus pais.

Tratando-se daqueles que conviviam no então chamado Concubinato Puro, no qual não havia impedimentos para o matrimônio, os filhos denominavam-se ilegítimos na categoria naturais e poderiam ser legitimados pelo casamento subsequente de seus pais. Os ilegítimos espúrios dividiam-se em adulterinos e incestuosos, e não poderiam ser reconhecidos pelos seus genitores. Os adulterinos poderiam ser *a matre, a patre* ou bilateral em consonância com quem descumpriu os deveres conjugais.

A título de exemplo,² pontuam-se algumas legislações que aos poucos foram afastando o tratamento discriminatório:

- Decreto-Lei 3.200/41: determina a não menção, nas certidões de registro civil, da filiação ilegítima;

² Para uma análise mais profunda sobre a questão: FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento ...*, pp. 59 e ss e TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina ...*, pp. 225 e ss.

- Decreto-lei 4.737/42: o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar fosse declarada sua filiação;
- Lei 883/49: permitiu que qualquer dos cônjuges, dissolvida a sociedade conjugal, reconhecesse o filho havido fora do casamento, e ao filho ação para que se lhe declarasse a filiação;
- Lei 6515/77: permitiu o reconhecimento ainda na constância do casamento, desde que em testamento cerrado;
- Lei 7250/84: facultou o reconhecimento de filho adulterino, se o pai estivesse separado de fato de seu cônjuge por período superior a cinco anos;
- Somente em 1989, com a lei 7841, uma norma específica permitiu o reconhecimento dos filhos espúrios, depois de a Constituição Federal de 1988 ter previsto o princípio da igualdade entre os filhos.

Percebe-se, pois, que as questões concernentes às crianças e adolescentes não se encontravam com a mesma tutela igualitária e prioritária hoje vista em nosso ordenamento.

Curioso destacar que as primeiras Codificações foram edificadas na pretensa intenção de se criar uma legislação universal, perene, completa, a qual derogasse as distinções por classes sociais - segundo os auspícios da burguesia. Tanto que fundamentaram parte de seus auspícios no jusnaturalismo: as pessoas pelo simples fato de nascerem possuem os mesmos direitos inatos.

Entretando, constata-se a eleição de alguns valores e o afastamento da tutela jurídica daquelas relações as quais não seguiam o modelo de família hétero-patriarcal, fundado no casamento, com funções de produção e legitimação dos valores morais de então.

Na atualidade, ainda se comemorando as recentes conquistas quanto à igualdade entre os filhos, enaltecendo-se a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente nesse sentido, não se podem emudecer outras vozes que clamam por igualdade.

Nesse passo, deseja-se efetuar uma reflexão que, além de reconhecer as conquistas, aponte a existência de uma possível manutenção da discriminação, a qual de certa forma reproduz valores jurídicos - que ainda não coadunam com o melhor interesse da criança. Por isso pugna-se por soluções jurídicas não discriminatórias das filiações relacionadas com pais homossexuais.

3 Igualdade de Tratamento aos Filhos Independentemente da Orientação Sexual de Seus Pais

O relato, anteriormente feito, acerca das desigualdades enfrentadas pelos filhos pode ainda ser verificado quando a criança está vinculada (ou tem a potencialidade de estar, nos casos de adoção) com sujeitos homossexuais.

Falta, por assim dizer, mais uma etapa para as conquistas da mesma igualdade de tratamento aos filhos, que não devem receber tratamento diverso em razão da orientação sexual de seus pais (igualmente não se deve excluir a possibilidade de ter acesso à família substituta por discriminação aos candidatos à adoção).

O preconceito existente acerca da homossexualidade pode traduzir-se em dificuldade expressa ou velada de se estabelecer vínculo jurídico de uma criança por motivos outros que não o especial cuidado de verificar-se, no caso concreto, algum real indício de prejuízo a ela.

Trata-se de mais uma hipótese onde se pode verificar que tendo em vista fatores ligados a uma pretensa moral, são os filhos quem são penalizados por se encontrarem fora dos padrões tido como normais.

Na expressão de Maria Berenice DIAS; “Ao se arrostar a realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança e o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.”³

Se no passado os filhos nascidos fora do casamento eram uma realidade que o direito não desejava desvelar, dado estar todo o sistema edificado para tutelar a família legítima, hoje, já vencidas as barreiras do Direito de Família voltado exclusivamente para o matrimônio, outro valor insiste em se manter, qual seja, o hétero-patriarcalismo.

Desse modo, tem-se que o princípio da igualdade entre os filhos ainda não se concretiza em toda a sua potencialidade, quando enfocada a família homossexual. Ainda há distinção de tratamento entre crianças, oriunda da falta de sintonia entre sua realidade e os padrões sociais dominantes, tidos como os normais. Num passado próximo, os filhos então chamados de ilegítimos sofriam estigma social e jurídico; da mesma forma, a filiação de homossexuais é, atualmente, a categoria a desejar o paritário tratamento do Direito.

Antes, porém, de refletir-se sobre possíveis soluções para a temática, desenvolver-se-á um pouco mais o problema que se intenta denunciar.

4 Contornos da Problemática

É interessante ter-se em mente que mesmo o jurídico não outorgando plenos direitos às uniões homoafetivas e, em menor grau ainda, tutelando seu vínculo com filhos de forma não igualitária, não é este fator determinante para as realidades deixarem de existir. Mais uma vez, os fatos vão-se impondo perante o Direito.

³ *Adoção homoafetiva*, p. 4.

Ao não se reconhecer, por exemplo, adoção por “casais” homossexuais, torna-se verificável a adoção por um homossexual, como se sozinho fosse, mas, convive-se em parceria - sendo o relacionamento de parentalidade entre o filho e o parceiro do adotante uma realidade concreta. Todavia, a criança, a princípio, não detém vínculo jurídico e não terá automaticamente possibilidade de alimentos, sucessão, uso do nome, entre outros, frente aqueles que figuram em situação de paternidade ou maternidade dita de fato.

Do mesmo modo, pode-se mencionar o desestímulo na busca da adoção, uma vez verificado os possíveis óbices e a exposição da vida privada daqueles que buscam realizar-se e oportunizar uma família substituta, mesmo nos casos de adoção por homossexual solteiro.

Ainda é possível ocorrer que homossexuais sejam protagonistas de “adoção irregular”, na qual se registra criança de outrem como se sua fosse. Infelizmente, no Brasil, tal prática contrária a legislação é bastante verificável, apesar de muitos pugnam pelo seu afastamento.

Cabe, por fim, mencionar que, se tomado o atual estágio da medicina, igualmente viável é a possibilidade de filiação utilizando-se de material genético de doador para eventual reprodução assistida. No caso de homossexualidade de mulheres, uma pode ser a doadora do material genético feminino, unido com material masculino de doador, e a outra parceira vir a desenvolver a gestação; ou mesmo uma única parceira solteira utilizar-se do método para ser mãe.

Nas parcerias homossexuais masculinas, vislumbra-se a possibilidade de ambos doarem material genético para a procriação, não se revelando qual efetivamente fecundou o material feminino de banco de doação, e eleger-se uma mulher para gestação. Da mesma forma, um único homossexual homem pode, mediante gestação por outrem, realizar seu projeto parental.

Por conseguinte, sujeitos com sexualidade exclusivamente voltada para sua orientação homossexual podem, do ponto de vista técnico-científico, tornarem-se pais ou mães biológicos, segundo o estágio de desenvolvimento contemporâneo da reprodução assistida.

Todavia, esta última hipótese não fará parte do enfoque deste trabalho. Isto porque se acredita que a problemática, ainda no campo do reconhecimento de realidades existentes, já demanda dos juristas reflexões profundas. Aliar à questão da filiação e da homossexualidade outra também polêmica, como o é a da reprodução assistida, não encontra ainda um horizonte de compreensão suficiente para serem devidamente ponderados os valores envolvidos.

Acredita-se que as transformações no campo do Direito, principalmente em assuntos como este, não se darão em saltos - um motivo a mais para denunciar as dificuldades atualmente enfrentadas e, especialmente, refletir sobre os “instrumentais jurídicos” na busca de soluções para as questões acima delineadas, é o que se intenta a seguir.

5 O Melhor Interesse da Criança no Convívio com a Homoparentalidade

Ainda que relativamente recentes sejam as conquistas frente aos direitos das crianças, elas ganharam um espaço jurídico privilegiado. Textos constitucionais de diversos países, bem como tratados internacionais, voltaram suas preocupações para essa temática. No Brasil, entre outras leis, destaca-se a importância do Texto Constitucional, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente seguindo esse viés.

O referencial legislativo acompanha uma alteração maior dentro do contexto do Direito de Família, que é a centralização valorativa nos filhos, pautando-se na prioridade de seu completo desenvolvimento e a importância da afetividade nas relações paterno-filiais.⁴

“Na milenar proteção da família como instituição, unidade de produção (...) dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.” Na expressão do prof. Gustavo TEPEDINO.⁵

Contudo, a expressão *Melhor Interesse da Criança* apenas anuncia os contornos gerais da normatividade.

Para muitos, trata-se de um *conceito jurídico indeterminado*, o qual possui a função de criar “espaços” de adequação do Direito à realidade social mutante.

Outros ainda destacam que se pode até afirmar tratar-se de uma *cláusula geral*⁶ que se espalha por todo o ordenamento jurídico e “contamina” as diversas questões correlatas.

Valores éticos, como o de dar conteúdo ao critério consagrado no Direito comparado Norte-Americano, na expressão *best interest of the child*, tem a vantagem de possuírem alta carga valorativa, mas baixa precisão de aplicabilidade.

Aqui reside a melhor qualidade e a grande dificuldade desta forma de legislar, especialmente em questões como neste trabalho enfocadas, onde o preconceito predomina.

Desta forma, o jurista, como não poderá deixar de ser, traz sua experiência, ponto de vista, conhecimento e tantos fatores complexos para preencher o conteúdo da superior proteção da criança.

Pode, conseqüentemente, o fator da homossexualidade operar como um qualificador potencialmente negativo, informando o aplicador do Direito de modo a, por si só, questionar as habilidades para o exercício dos papéis de pai e mãe.

⁴ A centralização do Direito Civil em torno dos valores existenciais vem sendo denominada de personalização e se encontra desenvolvida no trabalho de vários doutrinadores. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*; AMARAL, Francisco, *Direito Civil*: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*.

⁵ Grifos nossos, *A disciplina civil-constitucional...*, p. 349.

⁶ “É característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, ou seja, ela não dar os critérios necessários para sua concretização, podendo estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo.” CANARIS. *Pensamento sistemático...*, p. 142.

Nesse caminhar, as barreiras encontram-se nos valores sociais que se reproduz por meio de vários mecanismos, dos mais expressos aos completamente subliminares, e acabam por influenciar as questões jurídicas.

Há, por assim dizer, uma crença de dano em potencial advindo da ausência de referências de pai e mãe como comumente se apresentam na sociedade. Segundo este pensamento, por não haver idênticas referências comportamentais aos filhos de relações heterossexuais, tal fator é, mesmo isoladamente, capaz de trazer seqüelas de ordem psicológica.⁷

Porém, reconhecer igualmente o vínculo de filiação com homossexuais é outorgar crivo de juridicidade para estes relacionamentos, inclusive estimulando sua efetivação.

Assim, quando se assegura a manutenção de uma relação familiar já existente de fato ou biológica ou a inserção em família substituta, além de atender ao direito a uma convivência familiar, provoca-se o desdobramento de outros importantes direitos como saúde, educação, lazer e cultura, que certamente estarão atendidos de melhor maneira.⁸

O que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade.

Percebe-se, então, que a busca por reconhecimento jurídico, o qual confira iguais direitos para as questões de filiação relacionada à homossexualidade, não é exatamente contra as legislações, mas sim correlata à sua interpretação, sendo fundamental o papel do jurista. Não se tem propriamente uma proibição legislativa, não se encontram óbices expressos.

Quanto mais se evoluir na questão do afastamento da discriminação existente, por certo mais direitos se alcançarão, o que não depende prioritariamente ou exclusivamente de mudanças na legislação.

⁷ "A presumida noção heterossexual de casal e de união necessita ser redimensionada, ampliada, a fim de que o peso das 'pré-compreensões' não interfira na justa aplicação do direito e na leitura normativa" na expressão de SILVA JR., Enézio. *Adoção por ...*, p. 137.

⁸ É nesse sentido que atualmente infere-se a expressão poder parental (em substituição ao pátrio poder) nas palavras do prof. MUNIZ; "o poder parental numa família de base igualitária, onde a cooperação substitui a hierarquia, e se acentua o objetivo primordial que é desenvolver a comunhão entre pai, mãe e filhos. Os pais e filhos devem-se mutuamente ajuda, consideração e respeito (respeito à personalidade do outro). As relações entre pais e filhos menores está centrada na idéia de proteção: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. A função do poder parental é, portanto, assegurar os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade do filho, o que corresponde, também, a necessidades psicológicas dos pais e a um profundo enriquecimento de suas vidas." *A Família...*, p. 81.

Por isso refletir-se-á, ainda que brevemente, sobre o conhecimento de outras áreas, de modo a que a informação auxilie no afastamento da visão hetero-patriarcal no âmbito do Direito.

6 A Evolução do Conhecimento Acerca da Homossexualidade

Justifica-se a menção de alguns pontos importantes que evoluíram em outros campos do saber, no desejo de que o conhecimento afaste a reprodução automática e até inconsciente da discriminação ainda presente.

Esclarece-se, todavia, não se objetivar entender “a razão de um problema”. Ao revés, almeja-se que ao se dialogar com outras áreas revelem-se instrumentais auxiliares na caminhada ao tratamento paritário, até chegar-se o momento em que desvelar a origem da homossexualidade seja tão importante quanto entender o motivo da heterossexualidade.

Inicia-se com uma das principais referências, no que diz respeito à medicina, reveladora de uma nova compreensão sobre a homossexualidade, qual seja, a sua retirada do rol das perturbações mentais, em 1973, pela Sociedade Americana de Psiquiatria. No Brasil, o Grupo Gay da Bahia liderou um movimento que culminou, em 1985, com a retirada do então dito homossexualismo e do enquadramento como “desvio e transtorno sexual”.⁹

Nesse mesmo sentido, merece ser frisada uma resolução do Conselho Federal de Psicologia de março de 1999; essa, ainda que mais recente, enfrenta frontalmente a questão e apresenta primoroso conteúdo ao estipular, entre outros, a determinação de que os psicólogos devem contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra quem apresenta comportamentos e práticas homoeróticos.¹⁰

⁹ Outras informações sobre o embate envolvido neste fato encontra-se em nosso outro trabalho: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre...*, pp. 34 e ss

¹⁰ Ainda segundo essa resolução: “(...) Considerando que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade; considerando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão; considerando que há na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente; considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com o seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações; RESOLVE: Art. 1.º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade... Art. 3.º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades (...).” (Sem grifos no original).

Por outra via, na tentativa de se traçar um referencial numérico no sentido de determinar o percentual das pessoas com diversa orientação sexual, várias pesquisas foram efetuadas e os resultados são próximos.¹¹ Apesar de serem escassos os dados nacionais, uma pesquisa do Datafolha afirma que 14% dos homens e 5% das mulheres admitiram já ter tido relações homossexuais.¹² Segundo estimativas do Ministério da Saúde, elaboradas para traçar políticas de prevenção contra a Aids, o Brasil tem 3,04 milhões de homens entre 15 e 59 anos que fazem sexo com outros homens.¹³

Pertinentemente à origem da homossexualidade, diversas pesquisas apresentam causas diferentes. Destaque merecem as palavras de Andrew SULLIVAN no que se refere a busca das razões da orientação sexual: “para uma pequena minoria de pessoas, desde a mais tenra idade, a homossexualidade é uma condição essencialmente involuntária que não pode ser negada nem permanentemente reprimida. É função tanto da natureza como do ambiente, mas as forças ambientais se formam tão cedo e são tão complexas que equivalem a uma condição involuntária. É ‘como se fosse’ uma função da natureza.”¹⁴

Portanto, não desejando simplificar o assunto, pois o mesmo parece dar-se de forma multifatorial, mas tão-somente delineando a questão, sucinta e resumidamente podem-se destacar as linhas hormonais, biológicas e comportamentais.

Centralizado no fator hormonal se encontra o trabalho de DÖRNER, realizado com ratos. Conclui que a androgenização pré-natal insuficiente do sistema nervoso central conduz a uma diferenciação parcialmente feminina do cérebro, e, portanto, à homossexualidade masculina; e que um excesso de andrógenos na mesma etapa direciona à origem da homossexualidade feminina.

Dentro da linha genética, encontra-se o trabalho de KALLAN, quem afirma que em todos os casos de gêmeos monozigotos, quando um deles é homossexual, o outro também o é. Essa concordância não se encontra nos falsos gêmeos.¹⁵ Seguindo essa linha, Simon LEVAY pesquisou uma parte da estrutura do cérebro em especial, IN3HA, a qual estaria correlacionada com a homossexualidade masculina, estabelecendo, por con-se--guinte, um determinismo biológico.¹⁶ O cientista inglês

¹¹ O extrato de tais pesquisas encontram-se em nosso outro trabalho: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre...*

¹² “Relatório Folha da sexualidade brasileira”, em *Caderno Mais*, Folha de S. Paulo, 18 de janeiro de 1998, pp. 4-11.

¹³ Folha de S. Paulo, *Caderno Cotidiano*, São Paulo, 21 de maio de 2002, p. 03.

¹⁴ Praticamente normal, p. 144.

¹⁵ Citação presente em BADINTER, Elisabeth. *Sobre a identidade masculina*, p. 111.

¹⁶ Para um melhor aprofundamento e uma melhor análise crítica dessa pesquisa: WARDLE, Lynn. *A critical analysis (...)*, p. 49. Sobre esta pesquisa Napoleão DAGNESE afirma: “as levas de cadáveres disponibilizados com o advento da AIDS, possibilitaram que a ciência ampliasse suas pesquisas em humanos, levando algumas pesquisas a concluir que a região do hipotálamo denominada NI3HÁ é duas vezes menores nas mulheres e homossexuais que nos homens heterossexuais (...)

George HAMILTON pesquisou o comportamento dos macacos e concluiu estar a homossexualidade presente não só entre os primatas, mas também em inúmeros animais mamíferos. O biólogo americano Bruce BAFEMIHIL concluiu pela presença da homossexualidade e pela vasta diversidade de comportamentos sexuais entre os bichos. Ainda seguindo essa linha, BECKER considera haver, em quase todas as espécies de mamíferos, relações sexuais entre exemplares do mesmo sexo.

Na linha comportamental, pode-se destacar o pensamento de FREUD, o qual considera a homossexualidade como uma variação da função sexual provocada por certa interrupção do desenvolvimento sexual.

Ainda que dispares os resultados, as pesquisas ajudam a compreender que não seria a homossexualidade exatamente uma escolha, tendo em vista que ela não resulta de um livre arbítrio. Assim, prefere-se o termo orientação sexual em detrimento da expressão opção sexual.

Especificadamente no que diz respeito à relação de homossexualidade e filiação, pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicam que

"não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento 'psicológico das crianças'. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e 'não demonstrou comportamentos ego-destrutivos prejudiciais à comunidade'. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais".¹⁷

Alguna dificuldade que poderá surgir na criança como reflexo da homossexualidade de seus pais está diretamente imbricada ao ainda atual estágio do preconceito social. Quanto mais se evoluir na temática e se ganhar visibilidade, mais facilmente se encontrará estas possíveis relações afetivas.

Contudo, mais relevante do que isto parecem ser as peculiaridades do caso concreto, ou seja, como os protagonistas de suas histórias se encontram, a personalidade de um ou dois parceiros homossexuais concretos e suas habilidades de

Alertas para os perigos potenciais de explicar o comportamento humano através da genética lembram os defeitos da ultra-simplificação ou do reducionismo de explicações, a despeito da intrincada realidade dos seres humanos. Por exemplo, tomemos os preconceitos gerados pela crença de anatomistas do início do século de que as disposições sociais de então eram justificadas pelas medições de cérebros distintas entre brancos, negros e mulheres (...). *Cidadania no armário...*, p. 43.

¹⁷ WALD, Michael S, REYNOLDS, Jackson. "An analysis of proposition". Apud GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas...*, p. 143.

se relacionarem com as necessidades infantis e a capacidade de enfrentar diversas dificuldades da vida em relação à sociedade, e não exclusivamente as questões advindas da orientação homossexual.

Não se deve considerar a orientação sexual como elemento depreciativo da conduta do sujeito, uma vez que tal fator é determinante de sua personalidade. Do mesmo modo, há o respaldo de outros campos do saber onde se afirma não haver prejuízos à personalidade das crianças em razão de sua convivência com homossexuais. No mesmo caminho, os avanços da ciência estão a informar um novo horizonte de conhecimento sobre a temática, colocando-a em outro patamar de compreensão.

7 As Conquistas no Plano dos Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do Mesmo Sexo

No que se refere aos efeitos jurídicos entre as pessoas do mesmo sexo, largos passos já foram dados na caminhada em busca da paridade de tratamento para com as demais formas de entidades familiares.

Se primeiramente excluídos estavam de seus direitos, hoje vislumbramos amplas conquistas. As recentes decisões que visualizam de forma igualitária a união homoafetiva, atribuindo-lhe as regras próprias do Direito de Família, utilizam-se da analogia com a união estável, na ausência de lei específica. Outras que aproximam a homossexualidade da sociedade de fato têm o mérito de conceder, em parte, os efeitos jurídicos almejados. Não desvelam, no entanto, a real nota de tais uniões, que é o afeto.

Naquilo que tange ao tema específico da adoção por homossexuais, o Estado do Rio de Janeiro merece destaque, pois, uma vez preenchidos os requisitos necessários do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude vem concedendo as adoções àqueles que não ocultaram a sua homossexualidade - ainda que tortuoso o campo da pesquisa na temática, tendo-se em vista o dever processual determinador do Segredo de Justiça.

Ao lado da jurisprudência, a doutrina vem procurando trazer contribuições ao assunto.¹⁸ Quanto aos costumes sociais, também se denotam mudanças que provavelmente estão ligadas à contribuição de várias áreas do conhecimento, bem como o relevante trabalho dos movimentos homossexuais com seus protagonistas - os quais corajosamente expõem sua vida privada em prol do esclarecimento social e da luta contra a marginalização.

¹⁸ O pioneiro livro de Maria Berenice DIAS, *União homossexual ...*, a obra de Roger Raupp RIOS, *A homossexualidade no direito*; artigos do prof. Fachin, *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*, do pres. do IBDFam Rodrigo da Cunha Pereira, *União de pessoas do mesmo sexo*, e do des. José Carlos GIORGIS, *Natureza jurídica da relação homoerótica*, merecem destaque.

Apontando-se as conquistas realizadas, não se quer olvidar o estigma ainda enfrentado; o assassinato de homossexuais, por exemplo, apresenta dados alarmantes.¹⁹ Contudo, podem-se pontuar extremos: de um lado, a violência que as pesquisas demonstram, e, de outro, vários direitos sendo realizados - de modo que, com pés fincados na realidade, podem-se ter os olhos na utopia de um horizonte realmente igualitário.

Em relação à legislação o plano é mais complexo. Recorde-se que o projeto n. 1.151 da então deputada Marta Suplicy é de 1995, sendo seu substitutivo apresentado em 10 de dezembro de 1996, figurando como relator o então deputado Roberto Jefferson. Nas audiências públicas realizadas, as discussões levantadas pelos opositores se resumiram à questão moral e religiosa.

O modelo do mencionado projeto é de parceria registrada. Portanto, a formalidade está presente. Então, se tomada em sua literalidade, não haveria tutela daqueles que de modo fático convivam afetivamente nos moldes familiares. A maior parte dos países que já legislaram sobre o assunto igualmente seguem na direção da necessidade de formalizar-se a união, excetuando-se, por exemplo, Portugal. Por esse e outros motivos que desdobram o objeto deste trabalho, os juristas têm se posicionado de maneira a não se restringirem ao conteúdo do projeto.²⁰

Deve-se mencionar ainda outro aspecto: o legislador projetista proíbe de forma expressa o direito de filiação exercido em conjunto pelos parceiros. Não se permite pela literalidade do texto, então, o ingresso do casal homossexual em relações jurídicas de adoção, guarda, tutela da união que se encontrar registrada de acordo com as diretrizes nesta proposta delineadas.

Não obstante, tal proibição encontra-se justificada na tentativa de primeiro se solidificarem algumas conquistas jurídicas, na busca da superação dos preconceitos existentes. Foi, de certa forma, uma estratégia imaginada há dez anos, para se iniciar as conquistas de modo a percorrer-se aos poucos um caminho de sucessivos direitos, objetivando-se a plena igualdade para com as demais entidades familiares.

Todavia, nem mesmo assim tal projeto consegue mobilizar nosso Congresso Nacional, encontrando enorme resistência.

Verifica-se, do mesmo modo, a crescente conquista legislativa em outros países. Menciona-se, nesse aspecto, um princípio de transformações nos países mais distantes de nossa cultura, tais como: Dinamarca, Suécia, Suíça, Holanda, Noruega e Finlândia.

¹⁹ Para melhor esclarecimento sobre o assunto. MOTT et alli. *Violação...*

²⁰ Conforme Maria Benenice DIAS: "Esse projeto, mesmo que venha a se transformar em lei, não pode ser identificado como regulador da união homossexual, pois deixa à margem as relações que se romperem sem referendo contratual, que permanecem carentes de previsão legislativa." *Efeitos patrimoniais...*, p. 294. Sobre o assunto Álvaro Villaça de AZEVEDO sugere a necessidade do registro do contrato de parceria entre homossexuais tão-somente para valer perante terceiros. *União entre...*, p. 153.

Mas as transformações seguem seu curso: França, Portugal, Alemanha e recentemente Espanha também reconheceram normativamente as parcerias homossexuais. A experiência da cidade de Buenos Aires igualmente merece ser destacada.

No que se refere especificadamente à adoção a Holanda mais uma vez se destaca. Desde em 1º de Abril de 2001, três anos depois da primeira legislação sobre união homossexual, concede aos homossexuais o direito de usufruírem do mesmo instituto matrimonial. Concomitantemente à abertura ao casamento, possibilitou-se, depois de três anos de convivência o direito de adotar crianças.

A Espanha, no corrente ano, reconheceu a união homossexual, surpreendendo dado ao avanço acerca da possibilidade de adoção. Ainda que não tão verificável, há casos de uma criança adotada, por “casal” homossexual nos Estados Unidos.²¹

Destarte, várias decisões tutelam a união homossexual como família, aplicando por analogia a legislação concernente à união estável. O INSS já possui resolução para conferir aos parceiros do mesmo sexo pensão por viuvez. O Conselho Nacional de Imigração editou, em 2003, uma resolução administrativa por meio da qual o Brasil passou a reconhecer, para efeito de concessão de vistos, a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que comprovada a união estável.²²

Seguindo essa ordem de idéias, novamente atual faz-se o pensamento do professor FACHIN, quando afirma: “a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação.”²³

Portanto, podem-se vislumbrar os passos largos dados no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ainda necessário se faz avançar nas reflexões, de modo que a produção de efeitos jurídicos não se resuma ao vínculo familiar dos parceiros, estendendo-se para a inclusão das questões relativas às crianças já envolvidas afetivamente ou mesmo para a possibilidade de adoção plena.

8 O Direito das Crianças em Ter Reconhecimento Jurídico de sua Vinculação com Homossexuais

Negar a possibilidade de uma criança ou mesmo um adolescente reconhecer juridicamente sua situação familiar já constituída pelos laços do afeto e convivência próprios das famílias - nos casos de guarda, tutela, visita, parceiros dos pais biológicos do mesmo sexo, filiação “de fato” ou mesmo irregular já vivenciada - parece não atender aos parâmetros do atual Direito de Família - o qual prima pelo valor jurídico do afeto.

²¹ Para melhor análise verificar: GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas...*, p. 144.

²² Conforme informa a Secretaria Especial de Direitos Humanos .

²³ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p. 55.

Não se pode manter a reprodução das discriminações aos homossexuais, principalmente quando tal postura é contrária à realidade afetiva das crianças envolvidas, que merecem um tratamento privilegiado na busca de seu melhor interesse.

O paradoxo não é sustentável, qual seja, os valores preconceituosos podem informar o conteúdo do melhor interesse da criança e, desse modo, não contemplar os efeitos próprios de filiação em relação ao sujeito homossexual – sendo que tal exclusão pode importar prejuízos àqueles cujos interesses pensou-se em se defender. Isto porque a vida, na sua complexidade, segue seu curso e várias crianças exercem relações familiares com homossexuais, mesmo que à margem das regras jurídicas. Esta exclusão por consequência atinge justamente aqueles que deveriam estar tutelados de forma privilegiada.²⁴

No que respeita especificadamente à adoção, a possibilidade dos homossexuais adotarem pode atender às necessidades emocionais das crianças, de modo a que apresentem melhores condições ao desenvolvimento de suas personalidades.

É comum referir-se ao eventual problema de que o preconceito à homossexualidade poderia se estender às crianças, as quais no seu meio social sofreriam o estigma de seus pais.

Contanto, deve-se considerar que muitos homossexuais convivem com crianças pelos motivos dos mais diversos, e, se alguma dificuldade surge, não parece serem elas determinantes na vida dessas crianças, segundos as pesquisas antes mencionadas.

Ao revés, vários estudos demonstram que o convívio coletivo das crianças em instituições próprias, por melhor que sejam e reconhecendo-se o esforço de muitos dos profissionais que a elas se dedicam, denota dificuldades de diversas ordens.²⁵

Nas palavras de Maria Berenice DIAS: “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.”²⁶

²⁴ Como referido anteriormente, outra linha de argumentação também sustentável e harmoniosa com os valores do Direito de Família contemporâneo afirma o direito subjetivo dos homossexuais do desenvolvimento e proteção de suas entidades familiares. Alguns juristas defendem, coerentemente, ser assegurado o direito à paternidade como um direito subjetivo decorrente da não discriminação do sujeito homossexual, sua dignidade, o livre desenvolvimento de sua personalidade. Neste sentido, destacamos a obra de Viviane GIRARD. *Famílias Contemporâneas*....

²⁵ “Por mais que a paternidade seja uma questão de função, é preciso ter presente que a criança passa por fases do desenvolvimento que são quase decisivas para toda a vida, influenciando consideravelmente na personalidade. É um aspecto preocupante que nos leva a refletir sobre a situação da criança adotanda que fica muito tempo sem mãe (...) A realidade é que muitos adotandos ficam nas instituições e hospitais, esperando que alguém se interesse pela adoção, que muitas vezes se efetiva com atraso, e a criança já foi prejudicada na sua esfera psicológica e afetiva”, na expressão de MOOR, Fernanda Stracke. *A filiação*..., p. 158.

²⁶ *Adoção homoafetiva*, p. 4

Possibilitar às crianças, sem acolhimento individual, o acesso à família é atender a diversos de seus direitos fundamentais, como educação, alimentação qualificada, lazer e principalmente o afeto personalizado, especial zelo, o qual é fundamental para sua constituição enquanto pessoa.

Apesar de se evidenciar a forte conotação humanitária, não se deseja, neste aspecto, desenvolver apologia do altruísmo do ato de adotar. Apenas se deseja clarificar que, se atendidos os requisitos próprios da adoção, não é o fator isolado da homossexualidade quem será um não atendimento ao melhor interesse da criança.

Se dificuldades podem surgir no convívio social, e não se pode também afastar de antemão que problema nenhum ocorra, crê-se que mesmo assim melhor estará a criança se vinculada a um ambiente familiar do que nas casas de abrigos para crianças abandonadas.

E mais do que isso é dizer: não se pode excluir um rol de pessoas, as quais poderiam ser habilitadas para adoção, pelo simples fato da homossexualidade, não só pela discriminação ao sujeito ou par homossexual, mas principalmente pelo não atendimento ao superior interesse das crianças de terem uma família, algo essencial ao desenvolvimento da personalidade humana.

Dado as especificidades que as reflexões em torno da adoção geram, dedicar-se-ão as próximas linhas ao desenvolvimento de algumas outras argumentações que lhe são próprias.

9 Adoção por Homossexuais

Na bela expressão de nosso presidente do IBDFam: “Em última análise do todos os filhos são adotados”. Com essa citação se objetiva evidenciar que o afeto não deriva simplesmente dos laços da biologia, o acolhimento afetivo do filho é um processo importante e acredita-se ser da convivência que brota essa sublime forma de amar.

Se muitas discussões há em torno da educação das crianças, um consenso existe: as crianças e adolescentes necessitam de uma ambiência familiar para poderem plenamente se desenvolver.

Nas instituições em que se procuram suprir as necessidades infantis, por melhor que sejam, sempre se tem uma forma de criação coletiva, despersonalizada, não garantidora do necessário tratamento individual, que melhor se configura na família substituta.

Nesse sentido, vários são os relatos do menor e menos qualificado contato humano dispensado às crianças sob o cuidado coletivo das chamadas “unidades de abrigo”. Esse fato comumente se traduz em certa apatia e dificuldades relacionais.²⁷

²⁷ Para maiores reflexões consultar Viviane GIRARD, *Família contemporâneas...* pp. 107 e ss.

Os estudos de várias áreas científicas são unânimes em revelar que a falta de relações afetivas propriamente familiares, a despeito de todos os esforços das instituições especializadas, é prejudicial às crianças.

Amar e ser amado, sonhar juntos, sentir-se importante e importar-se com o sentimento de seus familiares são cimento para a personalidade do ser em formação. E mesmo os pequenos nós dessa jornada são necessários. Isto porque a família não constitui apenas o ninho de proteção e desenvolvimento, também na complexidade das relações, nos “nós” deste convívio, formam-se vários elementos que nos caracterizam.

Deve-se não imaginar apenas um horizonte meramente utópico, onde se encontram somente elementos positivos. As famílias, qualquer que seja seu modelo, apresentam-se em sua complexidade - sendo que os elementos desabonadores acabam cedendo frente à preponderância do afeto, da solidariedade e realização de seus membros.

Todavia, algumas crianças estão potencialmente perdendo o direito de ter uma família substituta, devido ao não igualitário tratamento deferido aos homossexuais nas questões relativas à adoção, como agora se passará a refletir.

Percurso menos tortuoso é o da adoção por um sujeito homossexual, isoladamente. Isto porque nosso ordenamento jurídico permite a adoção por solteiros e, na medida em que não proíbe expressamente adoção em razão da orientação sexual do adotante se sustenta a sua possibilidade.

Dessa maneira, por exemplo, a 1ª. Vara da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro tem mantido um procedimento não discriminador e tem habilitado homossexuais em seu cadastro de adotantes, bem como deferido várias adoções aos sujeitos homossexuais. Mesmo quando há recurso impetrado pelo Ministério Público, a Segunda Instância vem confirmando o tratamento de inclusão, prevalecendo a oportunidade de se oferecer família substituta às crianças.²⁸

Então, pode-se afirmar que grande avanço já foi sentido nessas questões, pois, mesmo não se ocultando a orientação sexual do candidato à adoção, podem-se verificar várias decisões conferindo a formação da família substituta monoparental.

Muitas das mencionadas sentenças expressamente fundamentam que não há descumprimento do melhor interesse da criança pelo simples fato da homossexualidade do adotante, apóiam-se à análise da equipe multidisciplinar nos argumentos utilizados.

Dificuldade maior encontra a adoção conjunta realizada por parceiros homossexuais. Neste viés, aqueles que vivem unidos afetivamente com solidariedade e estabilidade próprias das relações familiares poderiam adotar e ambos estabeleceriam os vínculos jurídicos desta filiação, pois, no plano fático, estabelecem-se as convivências afetiva e social também de forma conjunta.

²⁸ Para outras informações consultar: GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas*.... pp. 129 e ss.

Se porventura um sujeito sozinho adota e convive numa união homossexual, possivelmente seu parceiro desenvolve os papéis inerentes à parentalidade. Apresenta-se, desse modo, toda uma gama de privilégios afetivos e vivenciais, dado o acompanhamento do desenvolvimento da criança ser exercido de forma conjunta - o que lhe é um grande acréscimo emocional. Ambos somam-se nos esforços necessários e comungam a realização pessoal.

Todavia, destaque-se mais uma vez que, quando não há o reconhecimento jurídico, ocorre um prejuízo ao filho adotado por homossexual, pois os eventuais efeitos jurídicos pretendidos não se operam automaticamente em razão da ausência da formalidade de um dos parceiros.

Deste modo, se tomado o ponto de vista da criança, o melhor atendimento ao seu interesse se tem na modalidade conjunta. Assim, por exemplo, no que se refere ao plano material, pode vincular-se ao plano de saúde, herdar, ter direitos a alimentos, receber pensão em caso de morte de ambos, entre outros.

Vários são os aspectos positivos, porém não se desconhecem as dificuldades a serem enfrentadas. Parece que o estigma social aumenta ao se imaginar uma certidão de nascimento com duas menções às mães e nenhuma no campo paterno, ou duas indicações aos pais e ausente a materna. Rompe-se, nessas hipóteses, com referenciais os quais aliam-se a fatores morais, os de ordem técnico-formal.

10 A Obtenção do Direito do Adotante aos Laços de Biparentalidade Homossexual Mediante Construção Sistemática

Defender o tratamento jurídico de uma situação tida como de fato ou excluída não é propriamente uma novidade. Vários são os exemplos de “construção” de soluções jurídicas para determinados casos concretos, os quais não se encontram tutelados em lei específica, principalmente nas relações familiares.

O prof. MUNIZ, nesse sentido, afirma estar-se diante de um verdadeiro Direito Judicial de Família, pois é esse poder que frente às injustiças da não regulamentação primeiro anuncia e elabora as mudanças, só após incorporadas pela legislação.

Porém, a força criativa da jurisprudência não brota isoladamente. São várias as fontes de Direito a interagir numa concepção dinâmica, afastando-se da tipicidade própria do pensamento positivista.

Seguindo essa ordem de idéias, acredita-se que o tema aqui tratado possui contexto suficiente, mesmo para adoção por “casais” homossexuais, de modo a se consagrarem os efeitos jurídicos almejados.

Tal panorama jurídico é consoante com os princípios norteadores do atual Direito de Família (dignidade, igualdade, liberdade, privacidade, afetividade, vedação de discriminação de qualquer ordem), núcleos axiológicos irradiadores e unificadores do atual sistema jurídico.

Mais especificadamente, colhe-se também do Direito Civil-Constitucional uma tendência defendida por tantos autores, a absoluta prioridade à criança,²⁹ o princípio da igualdade entre os filhos³⁰ e a especial proteção à família.³¹

O princípio da igualdade, nesse aspecto, ganha especial relevo quando a extensão de direitos, derrubando as barreiras da discriminação injustificada, coaduna com o melhor interesse das crianças.

Igualmente, o texto Constitucional de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente apresentam-se como um sistema aberto, de modo a dialogar com as transformações sociais.

A complementar a fonte normativa e jurisprudencial, os costumes vêm aos poucos reconhecendo este fato social antes marginalizado, e a doutrina igualmente tem trazido sua contribuição.

Do mesmo modo, se vista a legislação específica, não se encontram óbices expressos à adoção por “casal” ou sujeito homossexual.³²

Interessante também mencionar que, coerentemente, tais regulamentações apresentam-se cercadas de conceitos indeterminados, tal como “ambiente familiar adequado”, de modo que a sua concretização deve se dar no caso específico. Necessita-se de sensibilidade com as peculiaridades da realidade do universo de uma criança determinada bem como do(s) candidato(s) à adoção.

Dessa maneira, a família substituta pode ser avaliada em suas condições econômicas e ambientais, levando-se em consideração as particularidades presentes - de modo a que os profissionais da sociologia ou psicologia possam auferir, a partir dos dados da realidade, o melhor interesse da criança.

Ou seja, não se pugna genericamente pela adoção por par homossexual. Da mesma forma que nos relacionamentos heterossexuais, a atenção deve voltar-se principalmente ao devido cuidado na avaliação das habilidades dos candidatos à adoção.

²⁹ Art. 227 da CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação (...) e à convivência comunitária”.

³⁰ Art. 227, par. 6º da CF/88.: “ Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidos quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Art. 20 do ECA:

³¹ Art. 226 caput da CF/88: “ A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Artigo 29: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.” Pertinente ressaltar suas diretrizes hermenêuticas Artigo 6º: “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

³² Os seguintes dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente corroboram as idéias acima defendidas: Artigo 43: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.” Artigo 5º, par. 2º: “Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 29.”

Recorde-se de que o procedimento da adoção divide-se em duas fases, quais sejam, a habilitação do(s) adotante(s) e sua decretação judicial. Se a criança ainda não estiver convivendo com o(s) adotante(s), inicia-se o contato entre eles, passando-se para o estágio de convivência, o qual tem o período de duração estipulado pelo juízo, respaldado pelos laudos sociopsicológicos interdisciplinares.

Portanto, para aquele sujeito ou aqueles parceiros homossexuais que desejam adotar, pode ser atestada sua idoneidade asseguradora do melhor interesse da criança mediante os referidos laudos durante o estágio de convivência.

Caso houver algum motivo de receio em relação ao candidato, de qualquer orientação sexual, acerca de suas condições de exercer a tão nobre função paterno-maternal, pode-se sempre imaginar um período mais longo do estágio de convivência, de modo a se afastarem as dúvidas eventualmente existentes.

Conseqüentemente, busca-se que a conclusão acerca da concessão da adoção seja efetuada por meio de análise de dados concretos, os quais a equipe multidisciplinar teria instrumentos para avaliar, e não conjecturas sobre a reprodução de valores pejorativos quanto às questões da homossexualidade.

Defende-se, então, a não sistemática exclusão da possibilidade de adoção conjunta por parceiros do mesmo sexo (ou mesmo de um sujeito homossexual) em razão das barreiras as quais não ultrapassam os limites dos esteriótipos, de modo a se ocultar o real melhor interesse das crianças envolvidas.

Não se pode em nome da reprodução dos preconceitos existentes excluir as crianças do direito de receberem auxílio emocional e financeiro de ambos os pais, ou de não lhe possibilitarem o ingresso em uma família monoparental.

Se tomado nosso ordenamento na sua lógica sistemática e axiológica, constrói-se a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar - a qual merece tratamento paritário aos demais modelos existentes.

Desse modo, pode-se afirmar que o atual estágio das transformações na temática - quer no âmbito jurídico, quer nas demais ciências, bem como sua melhor aceitação social - apresentam um contexto onde a adoção por "casal" homossexual mostra-se como o próximo passo em busca da ausência de discriminação.

11 A Filiação Sócio-Afetiva e União Homossexual

Mesmo se almejando prioritariamente a plena igualdade, outros institutos podem ser necessários durante o caminhar dos avanços jurídicos, em razão de sua sintonia com as questões aqui tratadas, como é a noção de socioafetividade.

Parte-se do pressuposto, de que, mesmo em parcerias estáveis entre pessoas do mesmo sexo, apenas um de seus membros busque a adoção nos dias correntes. Tendo em vista as progressivas conquistas no campo da adoção de solteiro

homossexual, pode o adotante ser um parceiro apenas, ainda que a decisão e o exercício sejam conjuntos. Isto porque dessa forma encontra-se melhor abrigo do Direito, no atual estágio de nossas decisões.

Então, apenas um dos parceiros estabelece o vínculo formal de pai ou mãe e filho, sendo que, frente ao outro, desenvolve-se uma relação afetiva aos moldes familiares. Entretanto, há um correspondente reconhecimento jurídico imediato.

Contexto semelhante encontra-se nos casos em que um sujeito homossexual vive com seu filho biológico, bem como com seu parceiro do mesmo sexo. São muitos os homossexuais que, após relações heterossexuais das quais possuem filhos biológicos, passam a conviver com parceiros do mesmo sexo, estando, muitas vezes, também com a guarda de seus filhos.

Igualmente, nestes casos, pode-se estabelecer uma relação de filiação dita de fato entre o parceiro dos genitores e o filho biológico. A relação afetiva é algo que se constrói e muitas vezes a convivência diária faz dos parceiros dos pais verdadeiros referenciais parentais para esta criança. O amor entre pais e filhos independe de orientação sexual e não se resume aos laços de sangue.

Alguns casos ganham notoriedade, como o do filho da cantora Cássia Eller, que convivia com a parceira de sua mãe, a qual, após a morte da mãe biológica, conseguiu a guarda da criança.

Mesmo aqueles que convivem com crianças e que por diversos motivos, dentre eles o receio do preconceito, não formalizaram uma adoção, apesar de vivenciarem propriamente uma relação de filiação, não devem ser excluídos de seus direitos, vislumbrando-se o melhor interesse da criança.

Assim, a noção de posse de estado de filho e mais especificadamente a dita filiação sócio-afetiva podem representar um papel relevante nas questões concernentes à filiação e homossexuais. Isto porque se vem reconhecendo juridicamente, em especial na doutrina e na jurisprudência, que os vínculos biológicos não são determinantes, pois a relação de filho evidencia estar estabelecida, sobretudo, na construção do afeto.

Atenção, cuidado, zelo, olhar amoroso cotidiano vão estabelecendo aquele acolhimento próprio da noção de lar, ninho e abrigo, ou seja, família. No dia-a-dia estabelece-se esse caminho de duas mãos que é a relação paterno-filial ou materno-filial.

Vencido o estrito enquadramento dos filhos derivados da presunção da paternidade, impondo-se muitas vezes uma verdade apenas jurídica, alcançada a revelação da quase-certeza da verdade biológica por exames de DNA, chega-se o momento de desvelar que essas noções não bastam - pois não enxergam algo determinante à questão: sentir-se pai, exercer o papel de mãe, ter todos os sentimentos próprios de filho.

Nas relações sociais procuram-se atribuir signos para indicar essa realidade. Costuma-se referir, por exemplo a “filho de criação” e “filho do coração”.

Destarte, a idéia de *posse de estado de filho* pode auxiliar na reflexão. Essa noção se desenvolveu prioritariamente na doutrina,³³ sendo aceita na jurisprudência e verificada na interpretação sistemática do atual Código.³⁴

A trilogia nome, tratado e fama informa a visão tradicional do instituto, o qual busca mediante esse conjunto de fatores estabelecer através de presunção o vínculo da filiação. Isto porque na construção de uma relação afetivo-filial muitas vezes os genitores transmitem seu nome ao filho e mais do que isso se comportam, quer na ambiência privada (tratado) quer publicamente (fama), na qualidade parental.

No entanto, a leitura mais contemporânea indica a não necessidade do cumprimento exato dos três elementos, pois outros fatos poderão complementar o efetivo sentido - sendo os elementos mencionados símbolos importantes, mas não determinantes³⁵ da sua configuração.

Por exemplo, ao cuidar do alimento, saúde e educação, uma pessoa se coloca no lugar estrutural da personalidade de seu filho, e o Direito tenta apreender os sinais exteriores de uma experiência profundamente íntima e emocional.

De tal sorte a chamada *posse de estado de filho*, e mais especificamente a denominada filiação sócioafetiva, vem ocupando posição de destaque nas reflexões contemporâneas de Direito de Família. “Sem um padrão que imponha modelos preestabelecidos, o que se encontra é mais uma união de afeto e menos uma junção parental esquemática e fria.”³⁶

Tomada a realidade social atual, estas noções ficam em evidência nas chamadas famílias recompostas, quais sejam, onde se figuram padrastos, madrastas e enteados, que fundam na vivência sua relação, independentemente dos laços de sangue, tanto quanto em situações de adoções irregulares, onde, por exemplo, marido e mulher registram filho biológico de outrem como se seus fosse, e assim desenvolvem sua convivência, entre outras possibilidades.

Busca-se, nesse momento, evidenciar que, nas questões relativas às uniões homossexuais, as noções acima delineadas cumprem importante papel como instrumentos aptos a exercerem a tutela das crianças. Isto porque ao se deparar nos casos concretos com crianças em convivência aos moldes de filiação, mas não tendo sua formalidade declarada (quer por dificuldade de adoção por “casal” homossexual, quer por parceria com pai biológico, etc), pode-se recorrer para o reconhecimento da filiação sócio-afetiva estabelecida.

³³ Destaque-se aqui os trabalhos de FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade bem como Estabelecimento da filiação...*

³⁴ Artigo 1605, II; artigo 1593, artigo 1596, artigo 1597, V.

³⁵ “Trata-se de um dado da existência, de um elemento de fato, e é tarefa difícil, senão impossível, enjaular em conceitos rígidos a realidade da vida que se mostra em constante mutação.” FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p. 69.

³⁶ Nas palavras de FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p. 60.

Consequentemente, qualquer que seja a filiação - biológica, dentro ou fora do casamento, adotiva ou sócioafetiva -, não se pode negar o direito de ver declarada a parentalidade da criança envolvida, independentemente da orientação sexual de seu pai. Até porque essa negação seria, além de contrária à realidade da força dos laços construídos, também inconstitucional, pois se todos os filhos são iguais e se a filiação sócio-afetiva tem recebido tutela, não se pode excluir do filho um direito em razão de um atributo de personalidade de seu pai.

Portanto, o desenvolvimento da noção de filiação sócio-afetiva tem sido um dos pilares do Novo Direito de Família, a pretender maior comunicação com as relações socialmente relevantes e seus efeitos jurídicos, podendo vir a exercer importante função, ao lado de outras possibilidades, para a relação de parentalidade e filiação nas famílias homossexuais.

Conclusão

A sociedade contemporânea depara-se com assuntos que só agora ganham visibilidade, e, não raramente, do estranhamento das situações não habituais vem o desejo de “afastar o que não se conhece”.

A reprodução dos valores preconceituosos ocorre muitas vezes de forma inconsciente, velada e sorrateira. Contrariamente, a mudança requer de esforço, uma postura ativa, de reflexão, de revisão de pontos de vista antes adotados e necessidade de encarar o novo, sem medo de enfrentar o inusitado.

Se antes sequer imaginadas, devido ao grau de ocultamento, hoje as questões de filiação e homossexualidade são uma realidade concreta ou ao menos potencial, caminhando à procura da ponderação de princípios adequados e não reprodutoras de valores ultrapassados. É uma forma do reconhecimento do Direito em movimento.

A despeito das dificuldades enfrentadas, a utopia de uma sociedade justa, fraterna e igualitária nos alimenta, dá forças a continuar a perseguir um Direito sem excluídos, em um país onde o acesso à justiça ainda não é para todos.

É que o sonho também comanda a vida.