

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

*Gabriela Soares Balestero**

*Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia***

“Época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo.” (Albert Einstein).

“Em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.” (Rodrigo da Cunha Pereira).

SUMÁRIO: Introdução; 2 Do conceito: a homoafetividade; 3 Da Inclusão do menor em família substituta: a adoção por casais homoafetivos; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo trata da possibilidade de colocação de criança em família substituta, em especial a adoção por casais homoafetivos. Da necessidade de amparo ao melhor interesse do infante e da inclusão jurídica da relação homoafetiva como um novo conceito de família. A possibilidade da adoção por casais homoafetivos é, sem dúvida, o respeito aos princípios constitucionais de igualdade da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do infante, aliados aos demais valores fundamentais e princípios gerais que regem o direito brasileiro. O reconhecimento da adoção por casais homoafetivos já vem sendo reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça em prol do melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Criança; Homoafetividade; Igualdade; O Me-

* Mestranda em “Constitucionalismo e Democracia” pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: gabybalestero@yahoo.com.br

** Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Docente permanente do programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Advogado. E-mail: alexprocesso@gmail.com

lhor Interesse da Criança.

IN THE CHILD'S BEST INTERESTS: HOMOSEXUAL ADOPTION IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: The possibility of placing children in substitute families, especially the adoption by homosexual couples, is analyzed. The essay also deals with care in the best interests of the children and the juridical inclusion of homosexual relationship as a new family concept. The possibility of adoption by homosexual couples is undoubtedly the respect of the constitutional principles of equality in the dignity of the human person, the children's best interests, and other fundamental values and general principles that foreground Brazilian law. Adoption by homosexual couples has already been acknowledged by the Brazilian Federal Court of Justice in favor of the children's best interests.

KEYWORDS: Family; Children; Homosexuality; Equality; Children's Best Interests.

EL MEJOR INTERÉS DEL NIÑO: LA ADOPCIÓN HOMO-AFECTIVA EN EL DERECHO BRASILEÑO

RESUMEN: El presente trabajo trata de la posibilidad de inserción de un niño en una familia sustituta, en especial la adopción por parejas homo-afectivas. De la necesidad de amparo hacia el mejor interés del infante y de la inclusión jurídica de la relación homo-afectiva como uno de los nuevos conceptos de familia. La posibilidad de adopción por parejas homo-afectivas es, sin duda, una forma de respeto a los principios constitucionales de igualdad de la dignidad de la persona humana y del mejor interés del infante, unidos a los demás valores fundamentales y los principios generales que rigen el derecho brasileño. El reconocimiento de la adopción por parejas homo-afectivas ya está siendo reconocido por el Tribunal Superior de Justicia en pro del mejor interés del niño.

PALABRAS-CLAVE: Familia; Niño; Homo-Afectividad; Igualdad; El Mejor Interés del Niño.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe novos modelos de família, mesmo não oriundas do casamento, dando-lhes igual tratamento e amparo jurídico.

Entretanto, as relações homoafetivas ainda não foram reconhecidas constitucionalmente, pois o conceito de família engloba apenas a heterossexualidade, tanto nos institutos do casamento quanto da união estável. A ausência de inclusão jurídica da homoafetividade traz reflexos na adoção de crianças por casais homoafetivos, gerando grande polêmica.

Na tentativa de derrubar o preconceito e buscar o reconhecimento jurídico - constitucional do diferente, vários debates foram travados sobre tais temas.

No dia 27 de abril de 2010, a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial de n. 889.852, RS, permitiu com unanimidade a adoção por um casal homoafetivo, com a consequente inclusão do nome das companheiras nos assentos de nascimento dos menores, em prol do melhor interesse da criança, princípio basilar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em um Estado Democrático de Direito, os processos de reconhecimento e inclusão são constantes. O sistema de direitos fundamentais deve detectar que certa minoria não possui o devido reconhecimento – violando-lhe o direito de igual tratamento em sua diferença – e, pois, criar os meios necessários para incluí-la. Nesse sentido, mostra-se premente a inclusão constitucional da relação homoafetiva, sendo essa uma realidade social, em tudo equiparável a uniões civis heterossexuais, porém colocada à margem do descaso dos governantes, da violência e do preconceito.

Eis o objetivo do presente estudo.

2 DO CONCEITO: A HOMOAFETIVIDADE

O vocábulo homossexualidade foi atribuído ao médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega *homo*, que significa semelhante, e pela palavra *sexus*, significando, portanto, o termo “sexualidade semelhante”. Em 1911, E.Harsh-Haak cunhou a expressão homoerotismo na tentativa de acabar com o preconceito e valorizar as experiências afetivo-homossexuais.¹

Porém, infelizmente ainda hoje é usada a palavra perversão para designar as relações sexuais fora da heterossexualidade. Na França ainda é usada a expressão *inversão sexual* já que entendem que as qualidades morais do indivíduo permanecem, havendo apenas uma alteração em sua conduta sexual.

¹ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

Maria Berenice Dias, ao criar a expressão homoafetividade no ano 2000, procurou “evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade”². Já Enézio de Deus Silva Júnior³ prefere a expressão homoessência, termo introduzido pela Associação Brasileira de Estudos da Homocultura que estuda as minorias sexuais.⁴

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁵ “a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero.”

Nesse sentido, a homossexualidade⁶ não é uma doença, nem uma opção e sim uma descoberta pessoal em um determinado momento da vida.

Mais importante é a constatação de que muito mais prejudicial o que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais,

2 Ibidem, p. 48.

3 Ibidem, p. 48.

4 A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT foi criada em 31.01.1995, com 31 grupos fundadores. Hoje é a maior rede GLBT na América Latina, composta por 203 organizações, sendo 141 grupos de gays, lésbicas, travestis e transexuais, e mais 62 organizações colaboradoras voltadas aos direitos humanos e AIDS. Na assembléia realizada por ocasião da Conferência Nacional, em junho de 2008, foi aprovada a alteração da sigla para LGBTT. A referência inicial é às lésbicas, depois aos gays e aos bissexuais. Os travestis, transexuais e transgêneros são contemplados pelos dois “T”. A nova grafia, ao tornar mais visível a homossexualidade feminina, se coaduna com as expressões utilizadas internacionalmente. (DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 49.)

5 Tal entendimento é esposado internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão de 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970. Assim, percebe-se que ela é uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade. Não é ela uma ‘opção’ do indivíduo, pelo simples fato de que ninguém escolha em dado momento de sua vida se vai ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Da mesma forma, não se consegue ‘trocar’ de orientação sexual ao longo da vida – os que se sentem genuinamente atraídos tanto por homens quanto por mulheres (ainda que em gradações diferentes) são bissexuais. (VECCHIATTI, Paulo Roberto. Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo, SP: Método, 2008, p. 110-111).

6 “Como se sabe, a sociedade contemporânea ainda tem muitas reservas com relação a homossexuais. Em decorrência da ignorância e de seus preconceitos sobre o tema, acaba dispensando um tratamento muitas vezes discriminatório com relação a homossexuais – seja por meio de agressões físicas, verbais ou até mesmo pela proibição da manifestação homoafetiva em determinados locais, quando manifestações heteroafetivas idênticas são permitidas. Faz isso por considerar a homoafetividade uma conduta ‘imoral’, que seria passível de reprovação. Ora, se a sexualidade da pessoa dependesse da ‘opção’ dela, qual pessoa escolheria de livre e espontânea vontade ser de uma forma que sofre o repúdio social? Qual pessoa não optaria em mudar para a orientação sexual que não é objeto de preconceitos? Entenda-se bem o que se está dizendo: não se trata de considerar esta ou aquela orientação sexual como ‘certa’, ‘natural’, e assim por diante. Trata-se apenas de afirmar que as pessoas optariam viver da forma mais fácil, sem a dificuldade ‘extra’ do preconceito social. Afinal, aqueles que amam pessoas do mesmo sexo têm, além das mesmas dificuldades cotidianas daquelas que direcionam seu amor a pessoas de sexo diverso, a dificuldade oriunda da discriminação homofóbica, do desprezo social.” (VECCHIATTI, Paulo Roberto, op. cit., p. 110-111).

transexuais, travestis e transgêneros. São indivíduos que experimentam sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. A busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.⁷

A prática⁸ da homoafetividade sempre esteve prevista na história da humanidade pelo fato de ser natural o desejo sexual e o carinho por pessoas do mesmo sexo. Porém, ainda hoje ela é apenas tolerada e não completamente aceita⁹.

Infelizmente, os efeitos jurídicos das relações homoafetivas ainda são poucos, pois há projetos de lei apresentados no Congresso Nacional que sequer foram votados¹⁰ e o que se tem conseguido até hoje são decisões judiciais e instruções normativas. Contudo, a omissão legislativa não pode servir de obstáculo à outorga de direitos e deveres nas relações homoafetivas.

A omissão legislativa em regulamentar a homoafetividade bem como prever a punibilidade à homofobia (popularmente conhecida como aversão, repúdio aos homossexuais) parece configurar uma tentativa infrutífera de exclusão de possibilidade de reconhecimento de direitos e de efeitos jurídicos de tais relações.

Portanto, a homoafetividade deve ser inserida no conceito de entidade fami-

7 DIAS, Maria Berenice, op. cit, p. 43-44.

8 “Não há ‘sugestionamento’ na orientação sexual – o sugestionamento é inócuo, pois não tem nenhuma influência na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica socialmente em termos de sua sexualidade (no apresentar-se como homo, hétero ou bissexual, não no ser homo, hétero ou bissexual).” (VECCHIATTI, Paulo Roberto, op. cit., p. 111.)

9 “Se em um extremo estão os países muçumanos e islâmicos, radicalmente conservadores, no outro estão a Holanda, os países nórdicos e mais recentemente a Argentina (restrita a Buenos Aires), como os mais liberais. Entre os conservadores e os liberais está o Brasil, um país com postura intermediária com tendências liberais pelas concessões feitas aos homossexuais.” (AMARAL, Sylvia Mendonça do. Manual Prático dos Direitos de Homossexuais e Transexuais. São Paulo, SP: Edições Inteligentes, 2003, p. 17).

10 O PLC 122/2006 ainda não votado pelo Congresso Nacional prevê que serão punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos. O Projeto de Lei de n. 6.655 B, de 21 de fevereiro de 2006, prevê a alteração no art. 58 da lei de registros públicos possibilitando a substituição do prenome das pessoas transexuais. Há 14 anos, foi proposto um projeto de lei de união civil entre pessoas do mesmo sexo (PL 1.151/95), mas, por pressão das bancadas religiosas, o projeto nunca chegou a ser votado e, atualmente, está defasado. Em março de 2009, foi apresentado outro projeto de Lei (PL 4.914/2009) que propõe que as mesmas garantias da união estável entre homem e mulher sejam válidas para casais formados por pessoas do mesmo sexo. O projeto que está sendo analisado pela Comissão de Seguridade Social e Família facilitaria bastante a vida dos casais homoafetivos, principalmente no que se refere à adoção de crianças e adolescentes. Apesar de avançado, o projeto não prevê a conversão da união estável em casamento, o que elimina, por exemplo, o direito dos homossexuais casados de usar o sobrenome de seus companheiros.

liar¹¹, pois, se ainda não há a possibilidade do casamento¹², as mesmas normas que regulamentam a união estável devem ser aplicadas, gerando inclusive efeitos patrimoniais e sucessórios no caso de falecimento de um dos companheiros¹³.

Ou seja, os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que possuem a qualidades de efetivas normas de eficácia plena, devem ser usados como paradigma na interpretação tanto das normas constitucionais quanto das infraconstitucionais. Afinal, ditos princípios demonstram a vontade primordial do constituinte, a saber, a proibição de discriminações arbitrárias, donde só se pode ter como possível a extensão dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável aos casais homoafetivos.¹⁴

Nesse sentido, é necessária uma interpretação conforme à Constituição Federal, dispositivos que versam sobre a família, o casamento civil e a união estável somente podem ser interpretados de maneira a permitir o reconhecimento¹⁵ do

11 “A típica família brasileira – patriarcal, matrimonializada e hierarquizada – não escapou ao impacto da modernidade. Sua estrutura foi afetada e modificada por fenômenos que vão da urbanização e da industrialização, passando pelas revoluções tecnológicas, o movimento feminista, os anticoncepcionais e a diminuição da interferência da Igreja, até a instituição do divórcio no Brasil, em 1977. Tudo isso gerou novas espécies de família.” (JENCZAK, Dionízio. Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008, p. 89.)

12 “Apesar de não ser reconhecida, há iniciativas e conquistas isoladas nesse sentido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, reconheceu o direito de herança, em caso de união homoafetiva (Apelação Civil 70001388982 da sétima câmara cível do TJRS). Mas a batalha ainda é muito grande nesse sentido. Para conseguir alguns avanços, é preciso usar argumentos semelhantes aos usados para comprovar as uniões estáveis.” (RANGEL, Vera Lúcia. Conheça e Defenda seus Direitos. São Paulo, SP: Nova Cultural, 2010, p. 76.)

13 “Dentre as diversas posições adotadas mundialmente com relação aos direitos dos homossexuais, podemos citar, a título de exemplificação a Dinamarca que foi o primeiro país a conceder direitos a casais homossexuais, em 1989, aceitando, hoje, a parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo (o registro do relacionamento de casal homossexual comprometido). Porém, naquele país, não é aceita a adoção de crianças e há a exigência de quem ambos os parceiros sejam dinamarqueses. O mesmo ocorre na Noruega, Islândia e Suécia. A Holanda, em 2001, admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, permitindo-lhes a adoção de crianças. Na Inglaterra em 1999, Martin Fitz Patrick e John Thompson foram considerados membros de uma família. Finalmente temos que falar da Argentina, mais especificamente Buenos Aires, onde, em dezembro de 2002, foi aprovada lei permitindo a união civil entre duas pessoas do mesmo sexo. A lei entrou em vigor em abril de 2003 tendo um casal, em julho do mesmo ano, formalizado e legalizado sua união noticiada em jornais de todo o mundo, inaugurando as conquistas concedidas pelo texto legal” (AMARAL, Sylvia Mendonça do, op. cit., p. 17-18.)

14 VECCHIATTI, Paulo Roberto, op. cit., p. 368-369.

15 “Ou seja, a expressão “o homem e a mulher”, existente nos dispositivos legais que regulam o casamento civil e a união estável, não pode ser interpretada de forma proibida do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que estas são pautadas pelo mesmo amor familiar que aquelas. A única interpretação constitucionalmente válida em termos de interpretação conforme para ditos dispositivos é aquele segundo a qual aquela expressão se limita a regulamentar expressamente o direito de duas pessoas de sexos diversos se casarem e manterem união estável sem que isso signifique o não –

status jurídico – familiar das uniões homoafetivas.

A ausência de previsão legal não implica na impossibilidade de aplicação dos princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana, e no caso da adoção, do princípio do melhor interesse do menor.

3 DA INCLUSÃO DO MENOR EM FAMÍLIA SUBSTITUTA: A ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

A adoção é a principal medida de colocação do menor em família substituta. Um dos mais importantes requisitos para a concessão da adoção é o estágio de convivência, que é requisito obrigatório se o infante tiver mais de um ano de vida, tendo por finalidade a comprovação da compatibilidade entre as partes e a probabilidade de sucesso da adoção.

É permitida a colocação de crianças e adolescentes no que é chamado de família substituta, não sendo definida a conformação dessa família. Limita-se a Lei a definir o que seja família natural, não se podendo afirmar que esteja excluída de tal conceito a família homoafetiva. De qualquer modo, diante da definição da família natural, descabe concluir que a família substituta deve ter a mesma estrutura. Ou seja, não há impedimento para um par homossexual abrigar uma criança como família substituta.¹⁶

Nos casos de adoção, tem prevalecido nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o melhor interesse da criança. Baseado nesse princípio a Quarta Turma proferiu em 27 de abril de 2010 uma decisão inédita: permitiu a adoção de crianças por um casal homossexual, lésbicas.¹⁷

O caso polêmico foi decidido por unanimidade. O próprio relator, o Ministro

reconhecimento de tais direitos aos casais homoafetivos.” (VECCHIATTI, Paulo Roberto, op. cit., p. 369).

16 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 215.

17 “A Dinamarca foi o primeiro país do mundo a reconhecer o direito dos parceiros registrados à adoção. Desde 01.07.1999, está autorizado, inclusive, um deles a adotar os filhos biológicos do outro, exceto no caso de a adoção ser de criança estrangeira. A África do Sul, Bélgica, Espanha, Canadá e Holanda admitem a adoção por casais homossexuais em âmbito nacional. No Canadá e nos EUA, a adoção é de jurisdição estadual, divergindo de uma província para a outra. Em quase 50 % do Estados americanos já foram deferidas adoções individuais a homossexuais. Adoções bilaterais já são mais raras. Existe em alguns lugares o que se chama de *second – parent adoption*. Quando um dos genitores mantém união homoafetiva, os pais biológicos permanecem com o poder familiar, mas o parceiro do genitor que tem o filho sob sua guarda pode adotá-lo, sem que o pai biológico não – guardião perca o direito de convivência. Assim o filho passa a ter três pais. Em virtude e uma emenda à Lei de Parceria Registrada, no ano de 2000, na Islândia os parceiros registrados podem adotar a prole um do outro. Em abril de 2008, Israel reconheceu pela primeira vez a adoção de uma criança homossexual, concedendo a nacionalidade israelense ao filho.” (DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 68-69.).

Luis Felipe Salomão, ressaltou que o fato de não existir previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, de companheiro do mesmo sexo (no caso em tela de lésbicas), nos registros do menor, não pode ser óbice à proteção pelo Estado, dos direitos das crianças e dos adolescentes, que deve prevalecer. Eis a ementa do julgamento do REsp 889.852-RS:

Rio Grande do Sul - MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as

companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.¹⁸

A deputada verde – a alemã Cláudia Roth¹⁹ defende o direito de homossexuais em adotar filhos argumentando que eles têm condições de oferecer uma atmosfera de amor, educação e que, em estudos realizados nos Estados Unidos, as crianças adotadas por casais homossexuais não necessariamente se tornaram homossexuais.²⁰

Posição favorável assume o Dr. Mônaco da Silva: A nosso ver, o homossexual pode, sim, adotar uma criança ou um adolescente (e pode, também, assumir sua guarda ou tutela). Mas o deferimento do pedido de colocação em família substituta dependerá, precipuamente, do comportamento dele frente à sua comunidade, isto é, ficará na dependência de o juiz apurar a conduta social do requerente em casa, no trabalho, na escola, no clube, enfim, no meio social onde vive.²¹

18 STJ, 4ª Turma, REsp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/4/2010.

19 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção doutrina e prática: com abordagem do novo código civil*. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2004, p. 143.

20 “Estudos que datam de 1976 constatam que as mães lésbicas são tão aptas no desempenho dos papéis maternos quanto as heterossexuais. Por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais. Igualmente, não foram detectadas diferenças na identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole. Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo que eram, e nenhuma preferia ser do sexo oposto. O trabalho concluiu que a criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui fator de risco psiquiátrico. Também, não há evidências de investidas incestuosas para com os filhos. O abuso sexual é cometido por homens heterossexuais, sendo que 69,6% dos agressores é o pai biológico, 29,8% o padrasto e 0,6% o pai adotivo. Não há registro de abuso por pais homossexuais.” (DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 219-220).

21 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, op. cit., p. 144.

No ordenamento jurídico brasileiro não existe previsão legislativa autorizando ou proibindo a adoção por pessoas do mesmo sexo e, portanto, o indeferimento da adoção de menores a homoafetivos apenas mostra o preconceito no trato da questão.

A pluralidade e a diversidade são inafastáveis do nosso modo de ver o mundo e, especificamente, o Direito (ao menos se tomamos como referencial um regime que busca democracia). Como mostram Habermas (2003), Ricouer (1995) e Audard (2000), foi o processo de laicização do Estado um dos principais promotores das noções de liberdade, igualdade, autonomia (pública e privada), além da idéia de auto-realização como projeto individual juridicamente garantido (ver também LOPES, 2005, p. 78).²²

Não existe no Código Civil e nem no Estatuto da Criança e do Adolescente qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou até mesmo quanto à orientação sexual do adotante. A única preocupação do legislador é com o bem estar do menor.

Ainda assim, há quem tente encontrar na lei vedação que não existe. Isso porque o ECA determina que, no assento de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pais, eis que ocorre simples substituição da filiação biológica. A alegação de boa parte da doutrina, para sustentar a impossibilidade da adoção por casais de gays ou de lésbicas, é que eles não poderiam constar como pais no registro de nascimento. O argumento não convence. Distanciamento da verdade também ocorre quando o registro é levado a efeito somente pela mãe, o que não quer dizer que o filho não tem um genitor. Em ambas as hipóteses, o que é consignado não espelha a verdade real. Assim, nessa linha de raciocínio, nenhum impedimento há para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo.²³

A própria Constituição Federal dá ao Estado a atribuição de assegurar às crianças a não violação da dignidade, da liberdade e da igualdade, consagrando o prin-

22 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pos-88. *Revista General de Derecho Constitucional*, v. 10, p. 409-431, 2010, p. 427.

23 DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 214.

cípio da proteção integral do menor. Portanto, é necessário que todos os tribunais sigam o exemplo deste julgamento do Recurso Especial de n. 889.852, retirando o véu do preconceito de maneira a garantir às crianças e aos adolescentes os direitos constitucionalmente assegurados.

Assim, negar o direito à parentalidade a determinado grupo de pessoas é uma verdadeira agressão psicológica a estes, pois essa negação impossibilita que eles alcancem a felicidade plena, que inequivocamente afronta os princípios da dignidade da pessoa humana (que garante o direito à felicidade) e da igualdade (que proíbe discriminações arbitrárias como essa.). Percebe-se, portanto, a existência de um verdadeiro direito subjetivo de homossexuais adotarem menores quando preencherem os requisitos legais para tanto.²⁴

Um aspecto que deve ser considerado é que a adoção é um direito de toda criança e todo adolescente quando não possuírem pais biológicos ou quando estes perderam o poder familiar nas hipóteses previstas em lei, conforme o art. 227 da CF/1988 e o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verifica-se, portanto, que a adoção por casais homoafetivos e por homossexuais solteiros é um assunto que ainda causa muita polêmica tendo em vista que a corrente contrária afirma que o desenvolvimento da sexualidade do menor seria influenciado de maneira indireta pelos seus pais adotivos. Isto é, os menores teriam a tendência a serem homossexuais semelhantes aos seus adotantes.

Essa justificativa, além de ser pautada no preconceito, é frágil²⁵ até mesmo do

24 VECCHIATTI, Paulo Roberto, op. cit., p. 533.

25 “De fato, nas disputas judiciais envolvendo a temática de nosso estudo, tem-se alegado contra a possibilidade de adoção por homossexuais argumentos de variada matiz, tais como (1) perigo potencial de a criança sofrer violência sexual, (2) o risco de influenciar-se a orientação sexual da criança pela do adotante (3) a incapacidade de homossexuais serem bons pais e (4) a possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante. A respeito do perigo potencial que sofre a criança adotada em face da violência sexual por parte do adotante, constatou-se, em pesquisa social, que 9,5% destes casos provêm de heterossexuais, dado que põe por terra qualquer dúvida acerca da seriedade da colocação [a pesquisa referida é a ‘Hidden Victims; the sexual abuse of children’, exposta no relatório da ‘ILGA – International Lesbian and Gay Association’, relatório este denominado ‘World Legal Survey’ – que significa, em tradução simples: “Vítimas escondidas: o abuso sexual de crianças”, da “Associação Internacional de Gays e Lésbicas”, na “Pesquisa Jurídica Mundial”]. Com relação à influência da orientação sexual do adotante na definição da identidade sexual da criança, estudos têm mostrado que filhos de pais homossexuais não têm probabilidade maior de se tornarem homossexuais que os filhos de pais heterossexuais (...) [o mesmo relatório aponta para que diversos estudos, como “Children in Lesbian and Single – Parents Households; Psychosexual and Psychiatric Appaisal”, que, em tradução simples, significa “Crianças em Lares Lésbicos e de Pais Solteiros: Avaliação Psicosssexual e Psiquiátrica”]. Acerca da incapacidade de homossexuais exercerem com habilidade e sucesso a paternidade, existem também vários estudos comprovando o erro na suposição que gays e lésbicas seriam pais inadequados ou seriam incapazes de bem desempenhar essas funções [como o de Harris e Turner, “Gay and Lesbian Parents”, que significa “Pais Gays e Lésbicas”]. (...) Por fim, a idéia de que a orientação

ponto de vista científico, uma vez, em 1.993, a própria Organização Mundial da Saúde, por intermédio de sua Classificação Internacional de Doenças 10, consagrou a homossexualidade como uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, sendo esse o posicionamento oficial da ciência médica mundial. Ademais, a grande maioria dos homoafetivos nasceram e foram criados por casais heteroafetivos e, portanto, a orientação sexual dos pais²⁶ não influencia a sexualidade do menor.

Portanto, não há como prevalecer o entendimento de que a homossexualidade dos genitores possa gerar problemas de ordem comportamental, sexual, social ou até mesmo psíquica. A questão principal é a habilidade dos pais homoafetivos de darem um lar harmonioso, educativo, amoroso, estável e seguro.

É necessário, portanto, derrubar o preconceito e reconhecer constitucionalmente a homoafetividade como família de maneira a proporcionar o reconhecimento de direitos e de respeitar cada indivíduo em particular, independentemente de sexo, raça ou procedência étnica.

Essa exigência não visa em primeira linha ao igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se. Normalmente ocorre que o não reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa. Polêmico é definir se a exigência 2 resulta da exigência 1 – ou seja, se ela resulta do princípio de que deve haver igual respeito por cada indivíduo em particular – ou se essas duas exigências têm mesmo de colidir, ao menos em alguns casos.²⁷

sexual do adotante acarretaria dificuldades insuperáveis à criança quando de sua inserção foi referida acima, quando se mencionaram os estudos de Kevin F. McNeill, que demonstram inexistir diferenças significativas quanto à inserção na comunidade e a orientação sexual dos pais [estudo “Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterosexual Parents: A Review of Literature”; “A Ausência de Diferenças entre Pais Gays/Lésbicas e Heterossexuais: Uma Retrospectiva da Literatura]. (...) Idéias desse tipo já foram utilizadas, por exemplo, para impedir casamentos entre pessoas de raças diferentes, para justificar segregação em escolas de brancos e negros, para impedir a criação e a adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa da dos adotantes. Práticas que, evidentemente, não se podem admitir numa sociedade que não deseje o racismo e a exclusão social como princípios.” (VECCHIATTI, Paulo Roberto, op. cit., p. 540-541.)

26 “Segundo recente pesquisa desenvolvida pela organização americana National Longitudinal Lesbian Family Studies, filhos de casais de lésbicas têm tendência a serem mais felizes e saudáveis que os educados por pais héteros. Publicada pelo jornal de Estudos Lésbicos, a pesquisa levou 22 anos para ser concluída e apontou que filhos de lésbicas americanas se sentem menos atingidos por atitudes preconceituosas. O estudo também ressaltou os problemas que os filhos de pais heterossexuais enfrentam mais comumente: 70% vão mal na escola e 50% desenvolvem problemas associados ao alcoolismo.” (DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 220.)

27 HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2007, p. 240.

Tal reflexão é plenamente aplicável à adoção por casais homoafetivos, tendo em vista que, em cada caso concreto, e sempre respeitando o melhor interesse do menor, será analisado por intermédio de estudo social o meio familiar homoafetivo em que a criança ou adolescente será inserido, de maneira a abstrair o princípio de tratamento equitativo com uma política de respeito às diferenças, tendo o Estado o papel de fomentar essa política de reconhecimento.²⁸

O sistema de direitos não pode desprezar as diferenças²⁹, sendo necessária uma política de reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo, até mesmo em suas condições mais vitais garantidoras de sua própria identidade.

Ter um filho, seja biológico ou adotado, faz parte da condição vital do ser humano e inibir o acesso dos homoafetivos à paternidade ou maternidade é uma violência à sua integridade.

Uma leitura ‘liberal’ do sistema de direitos que ignore essa relação não tem saída senão entender erroneamente o universalismo dos direitos fundamentais como nivelamento abstrato de diferenças, e de diferenças tanto culturais quanto sociais. Caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto. Ontem como hoje, a universalização dos direitos, sistema que logra manter segura a integridade dos sujeitos jurídicos, mas não sem um tratamento rigidamente igualitário (e monitorado pelos próprios cidadãos) dos contextos de vida de cada um, os quais originam sua própria identidade individual. Caso se corrija a forma seletiva com que a teoria

28 “O liberalismo I ignora a equiprocência das autonomias privada e pública. Não se trata aí apenas de uma complementação que permaneça externa à autonomia privada, mas sim de uma concatenação interna, ou seja, conceitualmente necessária. Pois os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter clareza quanto aos interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e o desigual o que for desigual.” (HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2007, p. 242.)

29 “A política neoconservadora tem uma certa possibilidade de realização se ela encontrar uma base nessa sociedade cindida, segmentada; que ela mesma produz. Os grupos excluídos ou oprimidos à margem não dispõem de nenhum poder de veto, pois representam uma desarticulada minoria segregada do processo de produção. O padrão cada vez mais utilizado no quadro internacional entre a metrópole e a periferia subdesenvolvida parece reiterar-se no interior da sociedade capitalista desenvolvida: os poderes estabelecidos dependem cada vez menos do trabalho e da disposição de cooperação dos empobrecidos e privados de direitos para sua própria reprodução. Entretanto, uma política precisa não apenas poder se impor, ela tem de funcionar também. Mas um abandono definitivo dos compromissos sócio-estatais deixaria, necessariamente, vazios funcionais que só poderiam ser preenchidos através de repressão ou desamparo.” (HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas. *Novos Estudos: CEBRAP*, n. 18, p. 77-102, set. 1987, p. 110-111).

dos direitos faz sua leitura da realidade, e caso se propicie com isso, tal compreensão democrática da efetivação dos direitos fundamentais, então nem se precisará contrapor ao ‘liberalismo 1 reduzido’, um modelo que introduza direitos coletivos estranhos ao próprio sistema.³⁰

A dificuldade da admissão da existência da homoafetividade no ordenamento jurídico sempre foi intensa, inibindo até mesmo que os casais se habilitassem à adoção. Além disso, mesmo quando a decisão era dos(das) companheiros(as), por receio de não serem aceitos, apenas um se candidatava, não se identificando como homossexual, e, quando a adoção unilateral é consolidada, gera inúmeros prejuízos³¹ de ordem jurídica ao adotado.

Portanto, acertada foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o princípio do melhor interesse da criança deve ser preservado, não importando se os seus adotantes são heterossexuais ou homossexuais³².

30 HABERMAS, Jurgen, op. cit., 2007, p. 245-246.

31 “Obtida a adoção, o filho passa a conviver com o parceiro do adotante, que exerce também as funções parentais. No entanto, mesmo tendo dois pais, por ter sido adotado somente por um, o filho desfruta do direito de alimentos, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, exclusivamente com relação ao adotante. Assim, quando da separação dos parceiros, ou se ocorrer a morte do que não é legalmente o genitor, não pode o filho pleitear qualquer direito daquele que também reconhece como verdadeiramente sendo seu pai ou sua mãe. E mais: falecendo o adotante, o adotante resta órfão, não havendo qualquer vínculo com quem não é o pai ou a mãe registral. Essas circunstâncias acarretam injustificáveis prejuízos.” (DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 217.)

32 “Casal Gay recorre ao Supremo Tribunal Federal para ter direito a adoção. Breve relato de caso: Em julho/agosto de 2005, o casal Gay Toni Reis e David Harrad deu entrada na Vara da infância e da Juventude de Curitiba, para qualificação para adoção conjunta. Em seguida, o casal recebeu a visita da psicóloga e da assistente social da Vara, atendeu os cursos de orientação proferidos pela mesma, respondeu os diversos mandados de intimação e disponibilizou literatura e jurisprudência para auxiliar a análise da promotora e do juiz da Vara. Passados dois anos e meio, o juiz deu sentença favorável à adoção conjunta, com as seguintes ressalvas: ‘julgo procedente o pedido de inscrição de adoção formulado... com fundamento no artigo 50, parágrafos 1º e 2º do diploma legal supra citado, que estarão habilitados a adotar crianças ou adolescentes do sexo feminino na faixa etária a partir dos 10 anos de idade.’ O casal, embora feliz pelo reconhecimento da procedência do pedido, considerou as ressalvas discriminatórias e recorreu da sentença. O Tribunal de Justiça do Paraná, determinou que a ‘limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes é inadmissível. Ausência de previsão legal. Apelo conhecido e provido.’ A decisão foi unânime, em 11 de março de 2009. O Ministério Público propôs embargos de declaração cível. Os magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná acordaram, por unanimidade em rejeitar os embargos de declaração em 29 de julho de 2009. O Ministério Público do Paraná interpôs Recurso Especial para o Supremo Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. A ação do Ministério Público em propor embargos de declaração cível e interpor recursos representa uma abrupta mudança de postura, tendo em vista que em um primeiro momento se mostrou totalmente favorável à adoção, conforme transcreve abaixo: ‘[...] de que a Lei deve servir para atender o objetivo neste caso específico do valor mais importante, que é, sem dúvida, garantir o direito à convivência familiar comunitária. Quanto aos pais, não se pode desconsiderar o momento da sociedade, ainda que a Lei ainda não tenha acompanhado, tal como é o caso da regulamentação expressa da união homoafetiva. Tal amadurecimento foi determinante para que, esta emblemática questão pudesse ser tratada no primeiro caso prático em que oficiamos, de forma madura, clara, despida de rigor excessivo e até mesmo de uma visão conservadora. Nós, operadores do Direito, temos que nos preparar

A adoção é um meio legítimo de assegurar que crianças em condições de vulnerabilidade sejam amparadas e possam usufruir de uma vida familiar e comunitária e, desta forma, ao impedir a adoção por homoafetivos, uma grande contingente de crianças permanecerão no desamparo, ou seja, jamais serão adotadas.

Com isso, a questão sobre o ‘direito’ ou os ‘direitos’ de minorias ofendidas e maltratadas ganha um sentido jurídico. Decisões políticas servem-se da forma de regulamentação do direito positivo para tornarem-se efetivos em sociedades complexas...Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres como participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe uma defesa jurídica individual e abrangente.³³

A arquitetônica do Estado de Direito, que é muito rica em pressupostos, visa a igualar³⁴ juridicamente e proporcionar o reconhecimento do diferente, ou seja, das

para, enquanto a Lei não for editada, assegurar os direitos contidos constitucionalmente e estendidos a essa minoria, conscientes de que a Lei existente não pode servir de limites para a prestação jurisdicional. Cabe ao Judiciário suprir as lacunas existentes através da analogia, dos costumes, princípios gerais do direito, e ainda, através dos direitos fundamentais, que são o alicerce do estado democrático de direito.’ (fls. 147 e 148).’ Casal Gay recorre ao Supremo Tribunal Federal para ter direito à adoção, Advogado: 28621/PR – Gianna Carla Andreatta, Veiculação: 29/06/2010, Boletim: sem nota; Órgão: Supremo Tribunal Federal; Vara: Presidência; Cidade: Comarca de Brasília; Jornal: Diário do Supremo Tribunal Federal; Página: 12; Edição: 119/2010. Distribuição: Ata da Centésima Vigésima Sétima Distribuição realizada em 25 de junho de 2010. Foram distribuídos os seguintes feitos, pelo sistema de processamento de dados: Redistribuído por prevenção. Recurso Extraordinário 615.261 (162). Origem: AC 5299761 – Tribunal de Justiça Estadual Proc: Paraná. Relator: Min. Marco Aurélio. Recte: Ministério Público do Estado da Bahia Proc (ES): Procurador Geral de Justiça do Estado da Bahia. Recdo: Antônio Luiz Martins dos Reis. Recdo: David Ian Harrad, adv: Gianna Carla Andreatta Rossi.).

33 HABERMAS, Jurgen, op. cit., 2007, p. 250-251.

34 “Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que freqüentemente são utilizados como pretextos injustificados

coletividades que se distinguem umas das outras, seja pela sua origem étnica, pela tradição, pela forma de vida, ou até mesmo, como ocorre na situação analisada, pela orientação sexual.³⁵

A suposta neutralidade do direito é analisada como se questões de reconhecimento jurídico e constitucional tivessem que ser afastadas do direito, suprimindo qualquer discussão por serem inacessíveis a uma regulamentação jurídica imparcial.

Segundo Jürgen Habermas³⁶ “é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema.”

A configuração democrática do nosso sistema deve incluir e amparar o diferente, igualando direitos, de modo a não apenas demarcarmos ou delimitarmos políticas e sim atingirmos fins coletivos reconhecendo direitos.

O poder comunicativo só se forma naqueles espaços públicos que produzem relações intersubjetivas na base do reconhecimento mútuo e que possibilitam o uso das liberdades comunicativas – que possibilitam, portanto, posicionamentos sim/não relativamente a temas, razões (Grunde) e informações livremente flutuantes.³⁷

Nesse passo, o reconhecimento de direitos migrou para a própria práxis ao constatararmos que, no direito positivo e no próprio Estado Democrático de Direito, há princípios que possuem uma fundamentação pós-convencional e que devem ser ajustados a uma consciência pública de uma cultura política liberal. Em um Estado Democrático de Direito todos devem ser portadores dos mesmos direitos.

As lutas pelo reconhecimento no estado democrático só pos-

de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério de orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para ‘quaisquer outras formas de discriminação’.” (RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 71-72.)

35 “É possível então articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas também heterossexual, ou, mais modernamente, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.” (RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: AS MINORIAS E O DIREITO, 2001. Anais... Brasília, DF: Série Cadernos do CEJ, n. 24, 2003, p. 156).

36 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2007, p. 253.

37 HABERMAS, Jürgen. Entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels. Novos Estudos CEBRAP, n. 47, p. 85-102, mar. 1997, p. 93.

suem força legitimante na medida em que todos os grupos tenham acesso à esfera pública política, tenham voz ativa e possam articular suas necessidades, e ninguém seja marginalizado ou excluído. Já deste ponto de vista da representação e da 'qualificação cívica' é importante assegurar as premissas efetivas para o gozo em igualdade de chances dos direitos formalmente iguais. Tal não se aplica apenas aos direitos de participação política, mas também aos de participação social e aos direitos individuais, pois ninguém pode agir politicamente de forma autônoma se as condições de emergência de sua autonomia privada não estiverem asseguradas. Neste contexto, sou também favorável ao estabelecimento de cotas; por exemplo, por uma política de preferred biring em todos os setores de formação e de ocupação nos quais apenas por esta via possa ser assegurado o 'justo valor' dos direitos iguais para grupos estrutural e historicamente desfavorecidos. Estas medidas devem produzir um 'efeito recuperativo' e têm por isso caráter temporário.³⁸

O reconhecimento jurídico e constitucional da adoção por homoafetivos implica em considerar o outro portador dos mesmos direitos. Portanto, o princípio da igualdade está atrelado ao princípio da antidiscriminação³⁹, da antissubjugação, se relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se devem conferir iguais direitos e iguais valores às pessoas, independentemente de sua condição ou de sua orientação sexual.

O Estado Constitucional Democrático representa o reconhecimento de direitos, permitindo que os endereçados pela justiça se sintam como os seus autores e, nesse sentido, desconsiderar o outro como portador dos mesmos direitos é violar condição de legitimação essencial da democracia.

38 Ibidem, p. 97.

39 "No direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição de direitos fundada exclusivamente na homossexualidade. Além disso, em nossa tradição, o princípio da igualdade material ordena a instituição de igual tratamento entre pessoas e grupos posicionados em situações semelhantes. No âmbito da orientação sexual, a igualdade material institui, na relação entre homossexuais e heterossexuais, o direito a ser tratado igualmente e o dever de dispensar tratamento igual, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade. Vale dizer, a diferenciação só pode ser tolerada quando houver fundamentos racionais aptos para sua imposição, em ônus de argumentação tanto maior quanto mais intensa for a desigualdade. São inadmissíveis, desse modo, tratamentos desiguais sem fundamentação racional, baseados em preconceitos ou pontos de vista particulares, ainda que compartilhados por maiorias ou decorrentes do desconforto de quem quer que seja." (RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.)

Não pode existir perseguição e discriminação sistemáticas que privem as chances dos membros de grupos menos privilegiados de efetivamente utilizar os direitos formais divididos igualmente. É na dialética da igualdade jurídica e desigualdade fática que se fundamenta a tarefa do Estado social de atuar no sentido de garantir as condições de vida – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos – que tornam possível um uso igualitário dos direitos civis divididos de modo igual. O intervencionismo do Estado social, fundamentado na própria Constituição, expande a autolegislação democrática dos cidadãos de um Estado nacional no sentido de uma autocondução democrática de uma sociedade definida como Estado nacional.⁴⁰

Portanto, a inércia legislativa no reconhecimento das uniões homoafetivas não é óbice à admissão da adoção por homossexuais⁴¹, pois estes devem ser portadores de iguais direitos. Nesse sentido, não permitir a adoção por casal homoafetivos só ocasiona danos maiores à própria criança⁴², principalmente quanto ao aspecto patrimonial e assistencial.

Os filhos devem possuir todas as prerrogativas decorrentes da filiação, tais como: guarda, alimentos, direitos sucessórios, não somente do adotante e sim em relação ao casal homoafetivo.

Assim, em caso de divórcio, p.ex., a “guarda” não é automaticamente atribuída à mãe, como normalmente se pensa

40 HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós – Nacional: ensaios políticos*. São Paulo, SP: Littera Mundi, 2001, p. 83-84.

41 “Resistiu a jurisprudência a reconhecer o direito de crianças serem adotadas por um par homoafetivo. A pioneira decisão é do Rio Grande do Sul. Por deliberação conjunta de um casal de lésbicas, uma delas havia adotado dois filhos, vindo posteriormente a outra pleitear a adoção de ambos. Em Catanduva (SP), somente um dos parceiros havia se candidatado à adoção, mas, por determinação judicial, o processo de habilitação foi levado a efeito envolvendo também o parceiro, tendo sido deferida a adoção aos dois. A partir desses antecedentes, proliferam Brasil afora habilitações de pares constituídos por pessoas do mesmo sexo. Apesar de algumas resistências, a adoção homoparental vem sendo deferida. Com certeza essa diretriz sela de vez o reconhecimento de que a divergência de sexo é indiferente para a configuração de uma família. Os avanços estão aí. Nos Estados de Santa Catarina, Rio de Janeiro e Pernambuco já há decisões neste sentido. Não só a adoção vem sendo admitida. Após o rompimento da relação homoafetiva, foi assegurado o direito de visitas à parceira, mesmo estando o filho registrado somente em nome da mãe biológica.” (DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 223-224.)

42 “Cabe invocar, ao menos, o surgimento de uma filiação socioafetiva, instituto que modernamente é reconhecido como gerador de vínculo parental, tendo prioridade sobre a verdade biológica. Ainda que seja concedida a adoção a um homossexual que viva com um parceiro, criam-se laços afetivos entre o filho e o companheiro do adotante, havendo a necessidade de se tutelar juridicamente também esse vínculo. Caso contrário, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva decantada na CF e perseguida pelo ECA.” (Ibidem, p. 217-218.)

em caso de crianças. Será dada ao pai, à mãe ou mesmo a outrem, de acordo com o que for o melhor interesse da criança. Sob o mesmo princípio o STJ confirmou decisão que concedia a um casal homoafetivo a adoção de crianças, haja vista estudos de assistentes sociais e demais provas dos autos que mostravam as condições nas quais as crianças viviam e o vínculo afetivo ali formado.⁴³

Por fim, consoante salientado por Maria Berenice Dias⁴⁴, “ao aplicar a lei, deve o juiz, antes mesmo de se apegar demasiadamente às normas formais, perscrutar os superiores interesses de crianças e adolescentes.”

Nosso objetivo aqui, entretanto, nem é tanto discutir essa questão, mas a postura do Ministério Público diante das decisões dos Tribunais de Justiça locais contra as quais eles recorreram ao STF e ao STJ. Cabe ao Ministério Público a importantíssima missão de defender a Constituição, as leis, o “interesse público”, o hipossuficiente (como as crianças), o meio-ambiente, etc. Em um Estado Democrático de Direito seu papel é fundamental na promoção dos direitos fundamentais e aprofundamento da democracia, como, em regra, de fato vem fazendo. Entretanto, quando olhamos para tais decisões, fica a pergunta: será que ele está aí defendendo um “interesse público” ou o “melhor interesse da criança”? Não colocamos em dúvida a lisura das intenções do Ministério Público, questionamos, sim, se sua atuação, no caso, preserva melhor aqueles direitos ou se, ao contrário, os expõe à depreciação. O que moveu o Ministério Público a recorrer às mais altas instâncias do País, consumindo tempo e dinheiro públicos nesses casos? Será que é do “melhor interesse de uma criança” ficar em um orfanato, longe, pois, da proteção de uma família e da construção de um cidadão em um lar familiar e com amor? Quem é o “público” cujo interesse estaria sendo protegido? Princípios como “interesse público” e “o melhor interesse da criança” não podem ser supostos, não são óbvios. Há que se atentar para sua presença – ou ausência – em que cada caso concreto. Aqueles que agem em seu nome não têm de ter presentes todas suas dimensões, bem como se livrar de pré-juízos, para o melhor exercício da função, como dissemos, na promoção – e não no desprestígio– da democracia e dos direitos fundamentais.⁴⁵

43 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Nem pai, nem mãe: o melhor interesse da criança acima de tudo. *Jornal A Tribuna Pousoalegrense*, Pouso Alegre, 19 jun. 2010, p. 6.

44 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 218.

45 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. MP, Interesse Público e o melhor interesse da criança.

Portanto, é necessário implementar os avanços emancipatórios da Constituição Federal, ampliando o conceito de família, e, portanto, são sábias as decisões do Superior Tribunal de Justiça que vem entendendo que, no caso de adoção, o melhor interesse da criança é um fator determinante que deve ser observado pelo julgador. Tal entendimento vem sendo aplicado a adoções por casais homoafetivos, considerando os estudos sociais e demais provas existentes nos autos, comprovando o vínculo afetivo existente naquele núcleo familiar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso entendimento é que deve nortear o processo de adoção o interesse da criança e cada caso deve ser analisado sem preconceito, sendo, portanto, sábia a decisão do Superior Tribunal de Justiça em permitir a adoção por um casal de lésbicas.

Diante todo o exposto verifica-se que o princípio da integral proteção do menor é afrontado pela negativa do direito de adoção conjunta por pessoas homossexuais, tendo em vista que tal negativa impede que esses menores sejam criados por pessoas que se encontram dispostos a ofertar amor e carinho.

A nova concepção de família está calcada em uma perspectiva constitucional do amparo ao melhor interesse da criança, da solidariedade, do afeto, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Há várias formas de família e a união homoafetiva é uma entidade familiar que deve ser tutelada e, portanto, é necessário o reconhecimento jurídico da adoção por homoafetivos.

O juiz deve interpretar a lei em uma perspectiva geral e adequada à Constituição Federal, reconhecendo que o outro é portador dos mesmos direitos, tendo em vistas que as relações homoafetivas bem como a adoção são oriundas do princípio da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e da verificação do melhor interesse da criança acima de tudo.

É necessária a ampliação do conceito de família de maneira a abrigar tais avanços, dando aos homoafetivos os mesmos direitos, possibilitando a inclusão jurídica das relações homoafetivas, quebrando preconceitos e, conseqüentemente, reconhecendo aos homossexuais a possibilidade da adoção conjunta.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Manual Prático dos Direitos de Homossexuais e Transexuais**. São Paulo, SP: Edições Inteligentes, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. MP, Interesse Público e o melhor interesse da criança. **Jornal A Tribuna Pousoalegrense**, Pouso Alegre, p. 6, 03 set. 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Nem pai, nem mãe: o melhor interesse da criança acima de tudo. **Jornal A Tribuna Pousoalegrense**, Pouso Alegre, p. 6, 19 jun. 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pos-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, p. 409-431, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática: com abordagem do novo código civil**. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós – Nacional: ensaios políticos**. São Paulo, SP: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas. **Novos Estudos: CEBRAP**, n. 18, p. 77-102, set. 1987.

HABERMAS, Jürgen. Entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, p. 85-102, mar. 1997.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008.

RANGEL, Vera Lúcia. **Conheça e Defenda seus Direitos**. São Paulo, SP: Nova Cultural, 2010.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:** a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: AS MINORIAS E O DIREITO, 2001. **Anais...** Brasília, DF: Série Cadernos do CEJ, n. 24, 2003.

VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo, SP: Método, 2008.

Recebido em: 05 Dezembro 2010

Aceito em: 17 Maio 2011