

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – EDVALDO DE SOUZA DO Ó
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

MARIANA DANTAS RIBEIRO

Adoção de menor por pares homoafetivos no Estado Laico Brasileiro

**CAMPINA GRANDE – PB
2011**

MARIANA DANTAS RIBEIRO

Adoção de menor por pares homoafetivos no Estado Laico Brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Graduação **de Direito** da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão

CAMPINA GRANDE – PB
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

R484a Ribeiro. Mariana Dantas.
Adoção de menor por pares homoafetivos no Estado
Laico Brasileiro / Mariana Dantas Ribeiro.– 2011.
38 f.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
Ciências Jurídicas, 2011.
“Orientação: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão,
Departamento de Direito Privado”.

1. Direito familiar 2. Adoção 3. Pares homoafetivos I.
Título.

21. ed. CDD 346.015

MARIANA DANTAS RIBEIRO

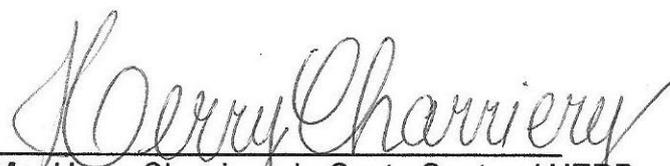
Adoção de menor por pares homoafetivos no Estado Laico Brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Graduação de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 28 /11 /2011.



Prof. Dr. Marconi do Ó Catão / UEPB
Orientador



Prof. Me. Herry Charriery da Costa Santos / UEPB
Examinador



Profª. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral / UEPB
Examinadora

Adoção de menor por pares homoafetivos no Estado Laico Brasileiro

Mariana Dantas Ribeiro¹

RESUMO

O Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) e a Constituição Federal Brasileira (CF) não normatizaram de maneira explícita a possibilidade de adoção de menor por pares homoafetivos. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro exige uma interpretação normativa integrada que preserve os anseios e a dinâmica social almejando a não discriminação e a promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art 3º CF). De modo que a omissão legislativa e judiciária não pode ser aparato para promover injustiças e impedir a concretização dos direitos dos menores e tampouco das minorias sexuais. Portanto, este trabalho se desenvolveu por meio de uma metodologia descritivo-analítica, utilizando legislações e bibliografias pertinentes à matéria abordada; bem como foi realizada uma pesquisa de campo de natureza qualitativa com lideranças de várias religiões, utilizando procedimentos de abordagem dedutivo-hipotético e indutivo. Os objetivos principais desse estudo são: desenvolver toda uma reflexão e conscientização, especialmente no âmbito das profissões jurídicas; demonstrar que para a concretização dos princípios constitucionais e dos valores do ECA - isonomia, superior interesse do menor, dignidade humana e laicidade do Estado - os direitos sexuais devem ser discutidos e amparados, o poder judiciário não pode mascarar atos discriminatórios e os tutelar nas entrelinhas do direito positivo. Ainda existem, sobretudo no meio religioso, manifestações tendentes a negar o reconhecimento de alguns direitos aos homossexuais, todavia, submeter esse reconhecimento ao consentimento de outro grupo social significa outorgar-lhe a faculdade de mitigar direitos fundamentais e o poder de determinar a supressão da orientação sexual e da autonomia de muitos.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Pares homoafetivos. Discriminação. Laicidade.

ABSTRACT

The Brazilian Statute of the Child and the Adolescent (ECA) as well as Brazilian Federal Constitution (CF) do not specifically rule children's adoption by homosexual couples. However, it is required from Brazilian Justice System to attend social demands, to prevent discrimination and assure the fundamental principles of Federative Republic of Brasil. The judicial and legislative omissions can not support injustices and ignore children and minorities' rights. Therefore, this study was done using a descriptive-analytic method and a review of relevant laws and literature. We used a hypotetic-deductive and inductive interview, answered by leaders of several religions. The general objectives were: to incentivate a reflexion and a discussion by those whose profession is inserted in juridic area; to demonstrate that to respect the constitucional values and principles of ECA (isonomy, superior interest of the minors, human dignity and secularism of the country), the sexual diversity's rights have to be discussed and supported. The judiciary can not mask discriminatory actions and protect them in the underlines of positive laws. Inside the religious area, there is still a tendency to deny the recognizement of some homosexual's rights. To submit them to the opposite social group means to give that group the decision to mitigate fundamental rights, and the power to determine the supression of each citizen's sexual option and the autonomy of many citizens.

KEYWORDS: Adoption. Homosexual couples. Discrimination. Secularism.

¹Discente do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
marianadantas2@hotmail.com

INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, princípios constitucionais como a não-discriminação; a liberdade e a igualdade de todos perante a lei; o superior interesse do menor; a efetividade dos direitos humanos; entre outros; são estatuídos pela Constituição Federal. Mas, muitas vezes esses preceitos têm sua eficácia social reduzida, tendo em vista a omissão do Poder Legislativo de enfrentar questões polêmicas, como é o caso da tutela dos direitos sexuais, compreendendo o reconhecimento das uniões homoafetivas, a adoção de menor por pares homossexuais, a questão patrimonial e previdenciária de companheiros do mesmo sexo etc.

De fato, o silêncio legislativo, no que tange ao ordenamento específico das diretrizes supramencionadas, leva o Poder Judiciário, de forma ainda reservada, a tomar decisões à frente aquele poder, visto que muito embora essas decisões não sejam de sua competência originária, o sistema jurídico brasileiro preconiza que o Magistrado não pode se escusar do julgamento ante o poder-dever de prestar assistência jurisdicional a todos, mesmo ainda não havendo uma lei federal específica que regulamente essa matéria. Nesse sentido, afirma o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Porém, apesar da possibilidade de utilizar tais alternativas para integrar a lacuna legislativa, os julgamentos em defesa dos direitos homossexuais têm sido pontuais, não acompanhando a velocidade da dinâmica social, havendo profissionais jurídicos que evidenciam uma certa resistência quando estão à baila direitos de requerentes homossexuais, especialmente por conta de determinada formação doutrinário-religiosa. (SILVA JÚNIOR, 2010, p.186).

Registre-se que, desde o século passado, as uniões homoafetivas já vinham, com frequência, clamando por tutela e reconhecimento como unidade familiar, tendo sido nesta perspectiva que alguns tribunais de primeira instância já vinham se pronunciando. Contudo, foi só neste ano de 2011 que o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou entendimento sobre a matéria, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132-RJ, que reconheceu o direito à União Civil de casais homoafetivos, equiparando-as à União Civil de casais heterossexuais.

De modo que, nessa discussão torna-se pertinente indagar quais os fatores mais pungentes que influenciam o legislativo e o judiciário a lesar direitos inerentes à cidadania sexual e à dignidade humana, haja vista que, apesar de não existir um exato aspecto exclusivo e por si só determinante, a literatura vem ressaltando uma forte influência religiosa no âmbito estatal. Nessa ótica, informa LOREA (2008, p.5) que:

[...] relativamente às demandas por reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, compreendidas essas demandas como uma luta pela implementação da cidadania sexual, cujo obstáculo político principal na América Latina tem sido a resistência de setores conservadores do campo religioso. Partindo dessa premissa, a qual está evidenciada na literatura, o objeto da pesquisa focou a questão da influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual

Ainda acerca da atual indissolubilidade do Estado e da Igreja PEREIRA (2008, p.02-03), em um estudo sobre a separação entre o Estado e a Igreja, salienta que:

A separação do Estado e da Igreja no Brasil é um princípio basilar, visto que o Estado brasileiro é laico desde a Constituição de 1891. E a atual Constituição Federal de 1988 consagra essa separação no art.19. A Carta Magna também protege a preferência religiosa estabelecida no art. 5º, porém ela nunca se completou. É possível citar inúmeros exemplos de assuntos polêmicos que estão tão vinculados à religião, ou melhor, a Igreja, que acabam sendo discriminados, por grande parte da sociedade, são eles: a união homossexual, o aborto de feto anencéfalos, o uso de métodos contraceptivos, a utilização de embriões congelados para fins científicos com células-tronco, entre tantos outros.

Como podemos ver, a Igreja tem sido um forte e poderoso instrumento de controle social, jurídico e, de certo modo, legislativo; tendo um significativo número de fieis nesses três âmbitos. Registre-se, também, que a manifestação religiosa, mesmo que macule o princípio constitucional da não-discriminação, existe até dentro do Congresso Nacional, como, por exemplo, o Projeto de Lei (PL) que o Deputado *Zequinha Marinho* (2010 p.02) apresentou à Câmara, Projeto de Lei 7.018/2010, visando alterar a Lei nº 8.069/90, para vedar a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Note-se que o referido projeto carece de amparo constitucional, tendo em vista que não há como um Estado Laico acolher qualquer manifestação discriminatória e atentatória aos princípios constitucionais. Com efeito, a mera lacuna existente na Constituição Federal (CF) no que tange à adoção de menores por pares homoafetivos não fornece amparo legal à projetos que atentem

contra princípios constitucionais e firam o entendimento proposto diante da interpretação sistemática da CF.

Em *contra sensu*, ao projeto do Deputado *Zequinha Marinho*, existem outras propostas legislativas para tutelar direitos de minorias sexuais, como é a proposta do Projeto de Lei 5003/01 (2001, p.1), que tramita na Comissão de Assuntos Sociais do Senado, com o número 122/06 (2006, p.1-11). Este Projeto de Lei (PL), que é de autoria da ex-deputada *Iara Bernardi*, refere-se à criminalização da homofobia; sendo que este PL é datado de 2006, já tendo transcorrido cinco anos e, lamentavelmente, não há nenhuma manifestação a respeito.

Outrossim, lembremos que com o escopo de tutelar o direito da minoria ora em estudo, a Deputada *Marta Suplicy* PT/SP, apresentou o Projeto de nº 1.151/95, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Porém, quando o substitutivo do Deputado *Roberto Jefferson* (referente ao PL 1.151/95) foi aprovado, a votação em plenário foi reiteradamente adiada, assim como outros projetos que visam uma maior proteção aos homossexuais; de maneira que o PL 1.151/95 também não foi posto em pauta desde 1995 (SUBLICY, 1995, p. 41-43). Partindo dessa análise, *Enézio de Deus Silva Júnior* ratifica que a votação em plenário vem sendo reiteradamente adiada, a partir de óbices relacionados com os trâmites político-federais – até o momento, devido, dentre outros fatores, às pressões das bancadas religiosas; em seguida, esse autor questiona em até que ponto a influência preconceituosa de tais bancadas impede a votação (SILVA JÚNIOR, 2010, p.216).

Enfim, independente de que posição o Legislativo tome, ou mesmo de qual seria a filiação aos ideais dos Parlamentares *Zequinha Marinho* ou *Iara Bernardi* e *Marta Suplicy*, a demora para discussão e votação desses Projetos são singulares e demonstram vários tipos de ideologias que justificam o receio de colocá-los em pauta, revelando assim o temor à exposição, o que traduz uma grande omissão legislativa.

Desse modo, espera-se que esse trabalho pesquise e expresse com fidedignidade a posição de líderes religiosos para que seja possível analisar se o Estado está tão-somente corroborando com a posição religiosa/moralista tradicional, ferindo assim a laicidade estatal e a isonomia; ou se tais instituições divergem em seus posicionamentos no que tange aos direitos sexuais e/ou se o óbice à discussão dos direitos sexuais no Congresso Nacional é fruto tão-somente da falta de

compromisso efetivo e vontade política de grande parte dos parlamentares. Com a observância dos dados colhidos almeja-se acirrar o debate sobre a laicidade estatal e as razões que retardam a efetivação da cidadania sexual no Brasil.

A pesquisa é composta de análise bibliográfica e de um trabalho de campo explicativo, dialético e observacional, onde foram entrevistados representantes religiosos de templos existentes em Campina Grande, tudo isso inserido em uma perspectiva qualitativa. A análise constou de auxílio doutrinário e estudo comparativo entre as entrevistas obtidas. Sendo estas estruturas com perguntas não-diretivas (sem desvio intencional) e abertas, com questionamentos sobre a adoção de menores por pares homoafetivos, se o templo pesquisado se posiciona contra ou a favor, qual motivo de tal posicionamento, quais as conseqüências pro menor, entre outras questões não-diretivas.

Como bem informa SILVA & MENEZES (2001, p.20), na pesquisa qualitativa considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito:

[...] isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. A interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave. É descritiva. Os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente. O processo e seu significado são os focos principais de abordagem.

Como podemos ver, a presente pesquisa se enquadra no que foi supramencionado, pois se trata de um estudo explicativo, visando identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de um certo fenômeno. Ainda segundo SILVA & MENEZES (2001, p.21), a pesquisa explicativa aprofunda o conhecimento da realidade porque explica a razão, o “porquê” das coisas. Quando realizada nas ciências naturais, requer o uso do método experimental, e nas ciências sociais solicita a utilização da perspectiva observacional. Saliente-se, ainda, que o método dialético foi o prioritário na execução da pesquisa tendo em vista que houve uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade social, acreditando que os fatos não podem ser considerados fora de uma dimensão social, política, econômica, cultural e jurídica.

Fizeram parte do universo da pesquisa representantes religiosos das treze diretrizes religiosas monoteístas e/ou politeístas que tiveram participação ativa na programação do 20º Encontro da nova Consciência de Campina Grande (2011) quais sejam: Testemunha de Jeová; Católica; Evangélica (Calvinista ou Anglicana);

Hare Krishna; Espírita; Umbanda; Lectorium Rosicrucianum; Budista; Seicho-no-ie; Fé Bahá'í; Santo Daime; Neopagãs (Wicca, Druidista, Holística); Sufi Halveti Jerrahi.

A amostra foi intencional, representada por líderes religiosos de templos que representem quatro das treze diretrizes religiosas presentes no 20º Encontro da Nova Consciência de Campina Grande. Composta por indivíduos do sexo feminino ou masculino, vinculados a templos religiosos de Campina Grande, representantes de templos católicos, evangélicos (de influência anglicana ou calvinista), espírita e seicho-no-ie.

Foi feita uma entrevista entre os participantes durante o início da pesquisa. Os critérios de inclusão foram templos pertencentes a alguma das religiões presentes no *20º Encontro para Nova Consciência* realizado, líderes religiosos de templos localizados em Campina Grande que aceitaram se submeter aos termos éticos. (Termos de Consentimento Livre e Esclarecido e Termo de Autorização Institucional). Os critérios de exclusão é ausência de vínculo com o templo religioso estudado bem como idade do líder religioso inferior a 18 anos, devendo o líder entrevistado ter capacidade civil plena. O período de realização da pesquisa de campo foi de Setembro a Novembro do ano de 2011.

Quanto aos aspectos éticos, a presente pesquisa foi devidamente submetida e aprovada pelo Comitê de Ética da Universidade Estadual da Paraíba, em conformidade com as diretrizes presentes na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde – Ministério da Saúde. Todos os participantes foram convidados a assinar um termo de consentimento livre e esclarecido, houve também um termo de compromisso por parte do pesquisador (termo de compromisso do pesquisador responsável), bem como termos de autorização institucional.

I – A construção histórico-cultural dos conceitos de homossexualidade e família

Pesquisas científicas realizados por cientistas da área de saúde mostram que a homossexualidade decorre de diferenciações em parte do cérebro (hipotálamo), sendo que tais estudos ainda não são completamente claros. Contudo, SWAAB e HOFMAN (1995) asseveram que, recentemente, foram observados aspectos de diferença sexual na estrutura do hipotálamo humano e nas estruturas adjacentes do cérebro que parecem se relacionar com a heterossexualidade e com a homossexualidade.

Já os estudiosos que tendem à explicação mais psicanalítica afirmam que tal como a heterossexualidade, a homossexualidade é um estado mental; não havendo nenhuma doença ou desvio de comportamento ou perversão, como se pretendeu até algum tempo atrás; não sendo raro encontrar pessoas que ainda insistam nisso. (SOUZA, 2007). Além das teorias psicológicas (quase todas influenciadas por Freud, associando a determinação do direcionamento sexual à resolução do complexo de Édipo ou de triangulação), há inúmeras outras, como as de cunho cultural e biológico (teses genéticas). Contudo, como bem esclarece SILVA JÚNIOR (2010, p.67-68), o fato é que nenhum aspecto - hormonal, neurofuncional, genético, ambiental, psicológico ou sociocultural – foi confirmado como isoladamente crucial para a caracterização da homossexualidade.

Note-se que há muito tempo existe toda uma preocupação científica em identificar as causas do desejo homossexual, enfatizando a homossexualidade como sendo uma manifestação sexual marginal. Observe-se que praticamente não há polêmica nem discussões quanto aos caracteres que desencadeiam o desejo heterossexual. Logo, por qual razão as causas do desejo homossexual ensejam tantas pesquisas científicas? Qual justificativa final das referidas pesquisas? Cura? Tentativa de homogeneização?

Portanto, a homossexualidade, antes de ser definida uma “causa” (se é que esta causa pode ser discriminada), deve ser aceita e amparada como mais uma manifestação plural da sociedade, devendo-se pleitear a sua promoção e aceitação por meio de políticas, estudos e pesquisas que promovam a isonomia e o respeito à dignidade humana.

Quanto à perspectiva histórica, a manifestação de desejos homossexuais é constatada por historiadores desde a pré-história, passando pela Antiguidade, Grécia, Roma, Idade Média até a Idade Contemporânea; sendo que a homossexualidade intensificou-se como objeto de preconceito com o ideal de família mono parental e a alta do Cristianismo; porém, com o advento do Renascimento e do Iluminismo, que contestavam os valores “tradicionais” e defendiam a liberdade e individualidade, aumentou a aceitação de todo tipo de orientação sexual, havendo, por conseguinte, uma certa tendência a uma tolerância homossexual (principalmente a homossexualidade masculina).

Mas o século XX constituiu um dramático ponto de transição nessa história turbulenta, já que vários homossexuais alcançaram destaque na literatura, nas artes,

na política e em outras esferas de grande visibilidade; e, ao mesmo tempo, regimes ditatoriais, através da Europa, perseguiram duramente os membros desse grupo, como aconteceu, por exemplo, na Alemanha nazista e nos países comunistas do Leste Europeu. De modo que esses momentos históricos chamaram a atenção da opinião pública para a minoria homossexual, despertando então uma crescente preocupação em relação a essa discussão. Ressalte-se, ainda, o surgimento de um movimento homossexual organizado e atuante nos anos 70, que forçou a sociedade e as religiões a se posicionarem de uma vez por todas quanto a essa questão, o que vem acontecendo de modo intensamente conflitivo nas últimas décadas. (MATOS, 2003, p 51)

As promulgações da Declaração de Direitos Humanos e da Constituição Federal Brasileira de 1988, juntamente com o surgimento e popularização de inovações científicas, como as pílulas anticoncepcionais e outros métodos contraceptivos, os conceitos de família, entre outros fatos de repercussão social, foram sendo gradativamente mitigados. Ademais, a possibilidade de os cristãos brasileiros não vincularem a prática sexual com a reprodução, bem como o uso de preservativos, da pílula anticoncepcional, de se divorciar e acessar o aborto nos casos previstos em lei; tudo isso ratificou a existência de um Estado laico, além de dogmas religiosos. No Brasil, é garantido aos fiéis o direito de agir em desacordo com a hierarquia de sua própria religião. (LOREA, 2007b, p.05). Nesse mesmo sentido, assevera SILVA JÚNIOR (2010, p.47) que:

Com efeito, além dos impactos tecnológicos das duas grandes guerras e da preocupação jurídico-formal com a dignidade humana, o advento da pílula anticoncepcional e outros métodos contraceptivos, a própria emergência dos movimentos feministas [...], a virgindade rejeitada enquanto tabu ou como pré-requisito para o casamento, a admissão da maternidade fora do casamento, a evolução da ciência e da pesquisa com fecundação in vitro, a aceitação da mulher no mercado de trabalho [...], a ocorrência de mudanças quanto ao exercício da paternidade constituíram-se como elementos balizadores ao direcionamento de um novo olhar sobre a composição das famílias.

Como podemos verificar, a liberação sexual contribuiu para a formação de um novo perfil de família, visto que não há mais a necessidade do casamento para uma vida sexual plena. Com efeito, o vínculo das uniões passou a ser, primordialmente, o afeto; não sendo mais objetivo das relações a geração de filhos, e sim o amor, o prazer sexual, enfim, a vontade de permanecerem juntos. De forma que, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se

concentrar na troca de afeto, a composição da família deixa de ser, necessariamente, homem e mulher capazes de procriar. Logo, embora seja biologicamente impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos; a partir desse novo paradigma de família, o objetivo central desta passa a ser o amor em vez da prole; onde os "casais" não precisam, necessariamente, serem formados por pessoas de sexo diferentes. (MASCHIO, 2002, p.01)

Compreende-se, assim, que a utilização de argumentos deterministas, cujo uso tem sido recorrente por aqueles que defendem uma "naturalidade" da família, não resistem a uma análise adequada, revelando-se insustentáveis enquanto obstáculo à democratização do acesso ao casamento. Porém, observa-se que, no cotidiano social, a noção de família ainda tem sido juridicamente naturalizada; pois muitos juristas permanecem com uma concepção de família calcada na santidade do casamento, o qual estaria necessariamente atrelado à procriação. (LOREA, 2007a, p.04). Por outro lado, discordando do pensamento desses juristas que defendem a união afetivo-sexual com uma necessária finalidade reprodutiva, vem se concretizando um paradigma pautado em situações concretas verificadas na realidade social brasileira, com seus defensores não mais se conformando com a tradicional posituação de nosso ordenamento jurídico.

Com relação ao princípio da liberdade no âmbito religioso, enfatiza LOREA (2007b, p.05) que:

A liberdade é o princípio que rege o pertencimento religioso em nosso país, cabendo ao Estado assegurar as chamadas liberdades laicas, porque decorrentes do fato de vivermos em um país laico onde há separação entre as igrejas e o Estado artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. Contudo, tem-se observado uma expressiva participação de líderes religiosos na política partidária, chegando-se a constituir bancadas religiosas no Congresso Nacional. Qual o objetivo dessa filiação político-religiosa?

Como vemos, é marcante a influência do Cristianismo na sociedade brasileira, mas devemos lembrar que nosso Estado é laico, não podendo positivar influências preconceituosas e dogmas estáticos, pois a família trata-se de uma instituição flúida. No entanto, os posicionamentos de bancadas religiosas no Congresso Nacional, por muitas vezes, dificultam a votação de projetos e a aplicação de ações afirmativas que tutelam o direito de minorias sexuais. Nesse prisma, afirma ARAÚJO (2008, p.4) que:

Além da influência católica, as igrejas evangélicas, que cresceram em número e quantidade de fiéis nos últimos anos, também embaraçam a regulamentação das uniões homossexuais. É o que afirma Maria Berenice Dias, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

Sul, em conhecido artigo sobre famílias homoafetivas: Há um projeto de lei que autoriza duas pessoas do mesmo sexo a firmarem um contrato de convivência, chamado de "parceria civil registrada", que faculta simples estipulação de cláusulas de caráter patrimonial e assistencial. Não obstante a singeleza de suas previsões, o projeto tramita desde 1995, e, sempre que é submetido à votação, os segmentos conservadores - capitaneados pelas igrejas evangélicas, cada vez mais numerosas e radicais - mobilizam-se com tal vigor, que impedem sua aprovação.

Sem dúvida, não é a determinação natural nem singular que forma a família, é sim toda uma pluralidade de influências que originam um ideal de família multifacetado, indefinido. Realmente, não é um fato isolado que coloca em movimento e orienta a dinâmica da cidade "líquido-moderna". (BAUMAN, 2004, p.126). A tentativa de estagnar e determinar a imutabilidade social, se mostra de forma tão contundente que a dissolubilidade do casamento através do divórcio só foi aceita em 1977, tendo a regulamentação da união estável ocorrida apenas nos anos de 1994 e 1996, apesar da previsão constitucional. (ARAÚJO, 2008, p.01)

Um aspecto de extrema relevância nesse trabalho diz respeito a orientação sexual, que é um princípio humano universal, amparado pela Constituição Federal de 1988; ou seja, trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana. (FONSECA, 2007). Por conseguinte, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos que se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça a idade, a sanidade, a realização etc. (CRUZ. 2005 p 13)

Assim, compreendemos que o princípio da dignidade da pessoa humana, como instrumento superior e norteador das relações jurídico-sociais, expresso na Constituição Federal (CF) de 1988, deve por os indivíduos em condições de igualdade, em uma sociedade que inadmita qualquer forma de discriminação. Saliente-se que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe diferenciações em razão de raça, sexo, compleição física, idade, convicção religiosa ou política e orientação sexual, de acordo com o artigo 3º, IV e artigo 5º da CF. Portanto, discussões sobre direitos de gays e lésbicas são concretizações de princípios fundamentais e de direitos humanos de todos (assim como a discriminação por motivo de sexo, cor ou religião), não exceções a minorias toleradas. (RIOS. 2007. p 31)

Feitas essas considerações iniciais, entendemos que apesar da existência das diretrizes estatuídas na nossa Carta Magna, o ordenamento jurídico brasileiro carece, em muito, de legislações específicas a respeito de vários temas.

Por conseguinte, a falta de previsão específica milita a favor da possibilidade de adoção por casais homoafetivos em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Realmente, não se pode mais tolerar tratamento diferenciado na análise dos requisitos legais para o deferimento da adoção de menores unicamente pelo fato dos adotantes se declararem homossexuais. (ARAÚJO, 2008, p.14).

Portanto, aceitar a improcedência do pedido de adoção apenas pelo fato dos casais serem homoafetivos é ferir profundamente os princípios da igualdade e da não-discriminação, ambos previstos no texto constitucional. A igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é apenas um dado, não devendo restringir-se a uma norma, pois a isonomia é construída da convivência coletiva, que requer a isonomia material e o acesso ao espaço público, sendo isto que permite a construção de um mundo comum, especialmente por meio do processo de asserção dos direitos humanos. (LAFER, 1988, p.22)

Finalizamos esse tópico destacando as lições de ARAÚJO (2008, p.14) que, defendendo o superior interesse do menor, esclarece que deferir a adoção a um casal seja heterossexual ou homossexual, que esteja apto a oferecer conforto material, afetivo e psicológico a uma criança é proporcionar a mesma o aconchego e a segurança de um lar, além da convivência fundamental em família, que é a base da sociedade.

II - Homoparentalidade, entidade familiar e adoção de menor no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, faz-se *mister* citar, alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que reprimem, explicitamente, o tratamento desigual e discriminatório, objetivando uma sociedade livre e justa. Assim, a princípio, destacamos o artigo 3º, nos seus incisos I e IV, que traçam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, almejando, de forma taxativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas e discriminação. Nesse mesmo sentido é o art. 5º, incisos II e XLI, que tutela a liberdade do indivíduo, preservando-a em todo aparato jurídico-legislativo, afirmando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em

virtude de lei, devendo a legislação punir qualquer forma de discriminação. De igual modo, ressaltamos o Preâmbulo da CF/88, que, apesar de não ter eficácia jurídica de norma constitucional, demonstra a ideologia do constituinte, devendo ser, por conseguinte, interpretação do corpo constitucional. Nesse Preâmbulo, a Assembléia Constituinte fez menção às destinações do Estado Democrático de Direito, enfatizando a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Em suma, por meio dos dispositivos jurídicos supramencionados, o constituinte ratificou o texto constitucional como código atemporal, viabilizando a adequação normativa à evolução social, com o escopo de garantir a equidade e a justiça social através de instrumentos interpretativos que possibilitam a integração da norma de acordo com o momento histórico-cultural-social vigente. De modo que torna-se necessário que a ciência não desconsidere os sentimentos de justiça e injustiça, pois estes exercem fortes sinais da existência dos valores e da dinâmica social que não podem ser abstraídos do existir histórico. Com efeito, devem-se compreender as realidades que envolvem o ser humano operacionalizar o direito no sentido de alcançar a intencionalidade que marca as ações humanas em cada estágio-histórico, com fim de atuar em compromisso com a equidade e a justiça social.

Nesse sentido, o reconhecimento da União Estável como entidade familiar foi de fundamental importância para não marginalizar uma realidade social emergente. Equiparou-se a união desprovida de registro formal àquelas oriundas do casamento, igualando-a a entidade familiar e dando-a a devida proteção, como podemos observar nas disposições contidas na Constituição Federal Brasileira de 1988 e no atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002), respectivamente:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Todavia, a família brasileira está em permanente evolução, sendo ela multifacetada em sua essência (se apresenta de forma plural, não taxativa); Logo,

deixou-se de considerar família tão-somente o núcleo formado por pai, mãe e filhos biológicos. De fato, o número crescente de divórcios, por exemplo, tem dado ensejo a formação de famílias extensas, plurais: mães recasadas que unem os filhos do casamento anterior com o novo parceiro; pais que permanecem com seus filhos em uma monoparentalidade; netos e avós que compõem um núcleo familiar. Nessa perspectiva, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2010 apresentou uma Estatística de Registro Civil referente ao ano de 2009, afirmando que:

O crescimento da proporção de recasamentos de indivíduos de 15 anos ou mais de idade, ocorridos e registrados no ano, é constante e representaram 17,6% do total das uniões formalizadas naquele ano. [...] No Brasil, em 2009, foram registrados 177 604 processos judiciais ou escrituras públicas de divórcios. Deste total, 139 784 foram processos concedidos sem recursos e 37 963 foram escrituras lavradas em tabelionatos⁹. As separações totalizaram 100013 processos ou escrituras, das quais 94 200 foram concedidas sem recursos ou realizadas nos tabelionatos cujos cônjuges tinham 20 anos ou mais de idade.

As taxas gerais de separações e de divórcios tiveram comportamentos diferenciados em 2009. Enquanto a taxa de separações manteve-se estável em relação a 2008, permanecendo em 0,8‰, a de divórcios decresceu chegando a 1,4‰. Porém, analisando a série mantida pelo IBGE desde 1984, observa-se que o patamar da taxa geral de divórcios se mantém elevado na comparação com os anos iniciais da série (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010, p 45, 48- 49)

Observando essa tendência de família plural desde o início do século XXI, a psicóloga COSTA (2004, p.06) enfatiza a diversidade das constituições familiares, asseverando que:

Hoje em dia não se vê com tanta frequência a família formada por pai-mãe-filho. Os modelos de família estão mais diversificados. É comum a família monoparental formada pelo pai ou mãe e o filho; a família formada apenas por irmãos; por primos; por tios e sobrinhos; por avós e netos, e por que não, a família formada por homossexuais, sem filhos, com filhos de um deles ou até com filios adotados por um deles.

Após essas considerações, deduzimos que, apesar da notória realidade plural de família, alguns tipos de família ainda estão à margem da proteção legislativa como, por exemplo, as uniões homoafetivas, que embora sejam uma realidade histórico-social, as uniões homossexuais não são sequer comentadas em nenhuma norma jurídica. Portanto, ante a omissão legislativa, o poder judiciário vinha sendo provocado a se manifestar sobre a tutela dessas uniões. No entanto, os posicionamentos do judiciário ainda eram de forma tímida, com apenas alguns julgados reconhecendo a sociedade de fato entre homossexuais, tutelando exclusivamente direitos patrimoniais, evitando o *nomem iures*: união estável ou

entidade familiar; reconhecendo tão-somente uma sociedade de natureza patrimonial; sendo que tal entendimento não pode ser mantido, tendo em vista que a razão da união estável homoafetiva é de constituir família (*intuitu familiae*), tratando-se de uma união baseada no afeto, se distanciando completamente do instituto da sociedade de fato puramente comercial, patrimonial, sobre essa tendência na compreensão da natureza patrimonialista da sociedade de fato, apresentamos os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. A **sociedade de fato** estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. (BRASIL, 2009). (grifo nosso)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. **SOCIEDADE DE FATO**. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida **sociedade de fato** entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. (BRASIL, 2011). (grifo nosso)

De maneira que, ante a relevância do tema e as divergências dos julgados, o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar quando da apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF, e, como resultado dos referidos julgamentos, a Suprema Corte reconheceu por unanimidade a união estável homoafetiva como entidade familiar. Ressalte-se algumas passagens relevantes do voto do relator dos dois processos, *Ministro Carlos Ayres Britto* (2011, p.10, 25, 48-49):

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica**. [...] É que a total ausência de previsão normativoconstitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido [...] Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também

nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. [...] . No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. É como voto. (grifo nosso)

Note-se que, além de reconhecer a união estável entre homossexuais como entidade familiar, o Ministro *Ayres Britto* ainda salienta que o reconhecimento é de ser feito com as mesmas conseqüências da união estável. Portanto, apesar do processo em apreço não tratar diretamente da adoção por pares homoafetivos, o relator supra aborda o tema da adoção e revela claramente a aceitação da adoção por casais homoafetivos alegando que o estoque normativo da Constituição Federal e do Código Civil não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo” e a norma possibilita a adoção por uma só pessoa adulta ou por um casal, sem distinguir o estado civil dos adotantes. Afirma, ainda, que aplica-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF/88, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Carta Magna.

Nesse contexto, registre-se que, quanto ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (objeto das ações votadas) os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) foram unânimes; no entanto, poucos Ministros ousaram adentrar em outras questões, tais como a adoção por casais homossexuais. Abertamente, neste sentido, se pronunciou o relator *Ayres Britto*, enquanto que, sutilmente, o Ministro *José Celso de Mello Filho* dispôs que “os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.” (2011, p. 50).

Em síntese, apesar do avanço sócio-jurídico quando do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF, as discussões acerca dos direitos derivados dessas uniões estão distante de serem pacíficos. Até mesmo nos julgamentos da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF houveram omissões e manifestações tendentes a obstaculizar alguns direitos derivados da união

homoafetiva, como pode-se perceber no voto do Ministro *Gilmar Ferreira Mendes* noticiado pelo sítio eletrônico do STF.

O Ministro *Gilmar Ferreira Mendes* votou a favor do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, acompanhando o pronunciamento do relator da matéria (Ministro *Ayres Britto*); entretanto, pontua preocupações e divergências. Segundo noticiado pelo STF, o ministro ressaltou em seu voto que se limita a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica do texto constitucional; contudo, não se pronunciou sobre outros desdobramentos, como deixou claro em seu voto ao afirmar que “pretender regular isso é exacerbar demais nossa vocação de legisladores positivos, com sério risco de descarrilarmos, produzindo lacunas”.

Ainda acerca das conseqüências do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o Ministro *Enrique Ricardo Lewandowski* também faz ressalvas no fim de seu voto, afirmando que julga procedente a demanda para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as características da união estável heterossexual, excluídas aqueles aspectos que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, *ipsi litteris*, esse o seu entendimento:

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, **mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto**, segundo a vetusta máxima ubi eadem ratio ibi idem jus, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, **excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício**, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações. (2011, P.14 e 15). (grifo nosso)

Diante desse posicionamento, questionamos o que o Ministro Ricardo Lewandowski quis dizer com direitos que “exijam a diversidade de sexo para o seu exercício”, pois com essas palavras esse Ministro deixou de garantir à união homoafetiva os mesmos direitos das uniões heteroafetivas, sem sequer citar quais direitos entrariam na restrição feita. Consequentemente, as células familiares formadas por homossexuais, apesar do inovador julgamento da ADI 4277, foram deixadas em desamparo, sem nem mesmo saber quais desdobramentos jurídicos elas não poderão ser contempladas.

Desse modo, torna-se plenamente perceptível, em algumas afirmações, uma certa fluidez de posicionamentos que muito nos preocupa, pois os julgadores são conscientes da obrigação legal de apreciar a matéria, sabem que a realidade social clama por proteção; mas, acreditamos que eles não querem comprometer-se em um posicionamento claro e protecionista dos direitos homossexuais, provavelmente temendo a reação de parcela da sociedade ante a posição vanguardista de tutela jurisdicional às minorias. Contudo, apesar das diversas ideologias que norteiam os julgamentos da Colenda Corte, a jurisprudência contra hegemônica de reconhecimento da entidade familiar homossexual inspirou tribunais a seguirem o mesmo entendimento do Supremo Tribunal e deu respaldo aos requerentes para pleitearem seus direitos mediante Recursos Extraordinários e Especial, primando por uma interpretação extensiva da CF/88, sempre objetivando a pacificação de jurisprudência, sobre essa matéria é o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 477.554/MG:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – [...] O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO **POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** – [...] - **A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL** – [...] - **A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:** [...] RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em **valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade)** - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, [...] legitima-se pela **direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade**, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o **sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República** (art. 1º, III, e art. 3º, IV), [...] **A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA.** - O reconhecimento do afeto como **valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.** [...] **significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte**

que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País [...] (SEGUNDA TURMA 16/08/2011 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS RELATOR MIN. CELSO DE MELLO) (grifo nosso)

De fato, essa exposição é bastante reveladora, pois; por um lado insinua a crise verificada no contexto da interpretação literal, para obtenção de um sistema dinâmico que acompanhe os clamores sociais na produção do direito; já por outro lado, essa transcrição apoia-se em valiosa hermenêutica construtiva invocando princípios essenciais, primando pela força normativa dos princípios e, enfim, declarando uma perspectiva de concepção material de democracia constitucional. Sem dúvida, toda a teoria jurídica necessita de uma (re)adequação a essa proposta político-constitucional de engendramento de um novo modo (modelo) de produção de Direito (STRECK, 1999, p.03).

Nessa discussão, é imprescindível registrar que o positivismo jurídico e o ideal de hierarquia das normas de *Hans Kelsen* não mais servem, isolados, para instrumentalizar a interpretação do Direito, visto que os juristas devem valer-se de aparatos metodológicos que se adequem melhor à dinâmica da sociedade moderna. Ademais, não haver legislação norteando e taxando comportamentos humanos não implica dizer que tais comportamento não existam e/ou não necessitam de tutela jurídica. Assim, compreendemos que os direitos dos homossexuais devem ser analisados sob a teoria garantista, por se tratar de direitos fundamentais, além de serem considerados a partir de uma hermenêutica e interpretação extensiva, como já destacamos antes. O Direito contemporâneo programa ainda os seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e valores inscritos nas constituições, mediante técnicas de garantia que é obrigação e responsabilidade da cultura jurídica elaborar. (STRECK, 1999, p.04). Nesse mesmo prisma ensina ASSUNÇÃO (2011, p.01) que:

A formulação da teoria garantista de Ferrajoli, nasceu e foi aplicada primordialmente no campo do direito penal como resposta à ".. divergência existente entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores" Convicto da sua eficácia Ferrajoli procurou estender o modelo de sua teoria garantista, até então restrita à área penal, para todos os ramos do Direito, aplicando-se-lhes os mesmos pressupostos e a mesma matriz conceitual e metodológica.

A Teoria do Garantismo, difundida por *Luigi Ferrajoli*, surge com a crise de governabilidade do Estado moderno que, embora consolide uma estrutura normativa constitucional que regula os direitos fundamentais, negligencia-os em todos os níveis

do poder estatal (legislativo, executivo e judiciário). Logo, o direito dos homossexuais de pertencer, formalmente, a uma entidade familiar constituída por pais e menores adotados estão na esfera da supramencionada negligência. Segundo ASSUNÇÃO (2011, p.01), a proposta de *Ferrajoli* consiste em resolver o paradoxo entre modelo normativo e prática operativa, a fim de minimizar a crise presente nos sistemas jurídicos da época atual.

Sob a ótica da Teoria Garantista, cabe ao intérprete fazer com que a finalidade garantista seja concretizada em seu sentido substancial, mesmo quando está meramente implícita na norma. Esse modelo interpretativo é baseado em três acepções: a primeira tem sua fundamentação na diferença entre um governo *sub leges* e um governo *per leges*, sendo que este compreendendo a idéia de validade substancial (legalidade em sentido estrito) e aquele expressando a validade formal (legalidade em sentido amplo); já a segunda noção analisa a validade, eficácia e vigência das normas, identificando a discrepância entre o modelo normativo (realidade normativa) e a prática operativa vigente (realidade social); enquanto que a terceira concepção, denominada por *Ferrajoli* de “ponto de vista externo”, consiste na utilização da filosofia do Direito e da crítica política, possibilitando assim a valoração do Direito.

Ademais, em uma perspectiva filosófica-política, o garantismo se revela essencialmente em uma função *heteropoiética* do direito, que tem um caráter moral, mas que não se confunde com a moral clássica (ética/política/religiosa); ou seja, um direito separado da moral. Portanto, a expressão *heteropoiética* diz respeito à legitimação externa, cuja doutrina política se funda na finalidade social, sendo a existência de suas instituições políticas e jurídicas justificadas pelo fim de garantir os direitos e igualdades fundamentais; em outras palavras, as instituições são utilizadas como ferramentas garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Enfim, compreendemos, pelas razões expostas no decorrer desse tópico, que o Poder Judiciário deve(ria), através dos diversos mecanismos destacados, tutelar os direitos fundamentais das “minorias” sexuais ante a inexistência/ineficácia/invalidade/ilegitimidade de técnicas legislativas. Com efeito, as garantias não precisam estar sustentadas apenas em normatizações, sendo responsabilidade do Poder Judiciário decidir com o escopo de atingir os conteúdos substanciais da Carta Magna, vinculando os julgamentos aos princípios e valores constitucionais mediante técnicas de garantia.

Em resumo, é a partir da utilização de técnicas hermenêuticas adequadas e consubstanciadas no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, que podemos entender como viável a possibilidade de adoção de menor por pares homoafetivos. Nessa ótica, reiteramos a previsão legal do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que deixa claro que a ausência de lei específica sobre o tema não implica em ausência de direito, existem mecanismos para suprir as lacunas legais em consonância com os preceitos constitucionais.

Assim sendo, defendemos que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável e sendo essa relação pública, contínua e com o objetivo de constituir família, deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis. Então, cumpre concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto. Devendo-se, porém, necessariamente, auferir os critérios subjetivos do casal (da mesma forma que se dá quando os adotantes são heterossexuais): o padrão de conduta moral sólida; a viabilidade da troca de afeto; o amparo psicossocial que será dado ao menor; a disponibilidade e o desejo de cuidar; e, por fim, a possibilidade do sustento material.

III - Laicidade do Estado no contexto da adoção de menor por pares homoafetivos a partir do discurso de representantes religiosos da cidade de Campina Grande – PB

Neste tópico iremos desenvolver um estudo da viabilidade da adoção no *ordenamento brasileiro* isso a partir de uma minuciosa análise das narrativas obtidas nas entrevistas realizadas com algumas religiões sobre a aceitação ou não do processo de adoção por pares homoafetivos no Estado. O método de construção de histórias de vida como alternativa metodológica na pesquisa de campo é de grande importância, pois por meio dos relatos de valores e percepções, torna-se possível produzir os conhecimentos interdisciplinarmente, quantificando resultados que transcendem as perspectivas quantitativas, isso através de falas, silêncios e contatos com o entrevistado. Nesta pesquisa, as entrevistas foram recortadas e analisadas por temas, tendo os diálogos sido orientados nas seguintes ideias centrais: concepção dos representantes religiosos sobre homossexualidade; adoção

por pares homoafetivos, desenvolvimento da criança e influência da religião no Estado.

As entrevistas foram realizadas com representantes de quatro religiões presentes no *20º Encontro para Nova Consciência* realizado em Campina Grande-PB, realizado no ano de 2011. Sendo um Católico (RC) um Espírita (RE), um seicho-no-ie (RS), e um evangélico (REV). Para manter sigilo sobre os sujeitos entrevistados, foi adotada a supramencionada legenda; de modo que os entrevistados sabiam que o objetivo da pesquisa era o Trabalho de Conclusão de Curso de Direito e todos fizeram suposições sobre legislações e princípios jurídicos. Ressalte-se, ainda que os representantes religiosos não sabiam dos objetivos nem valores da pesquisa e dos pesquisadores, para que assim não tivessem interferência no sentido de falar o que o entrevistador “gostaria” de ouvir.

Observe-se, reiteramos, que há bastante tempo existe todo um questionamento de ordem científica, no sentido de identificar as causas do desejo homossexual, enfatizando, inclusive, que a homossexualidade é compreendida como uma manifestação sexual ainda pouco explicada na sua totalidade, como bem esclarece RIBEIRO (2003, p.02):

Várias são as explicações dadas pela Ciência e pelas religiões para a homossexualidade. Inobstantes tais esforços explicativos, a única certeza é a ausência de elementos conclusivos para a definição e classificação do fenômeno da homossexualidade.

De acordo com o trabalho de campo realizado, verificamos um descenso do representante católico (RC), padre entrevistado, divergindo do que é entendido pela literatura, informando ele que, na análise histórica do mundo antigo, não havia a discussão sobre homossexualidade, como podemos constatar:

Nós seguimos a orientação da igreja sobre essas questões que estão vindo mais à tona agora no mundo atual. **Porque se você for analisar a história da própria humanidade, da sociedade, nós não tínhamos muito essas situações.** Então hoje se está mais à tona e é como se fosse uma disputa entre igreja e sociedade. Mas a igreja sempre se coloca diante daquilo que nos foi repassado, pois a igreja anuncia: a verdade. [...] Porque nós tomamos sempre por base a bíblia, **quando Deus cria o homem e a mulher, nós viemos seguindo essa orientação**, depois nós vamos encontrar no novo testamento essa orientação, por exemplo, no apóstulo Paulo nós podemos encontrar textos se referindo a essa questão, também em coríntios. Diante de tudo isso, o papel da igreja é orientar. Nós não podemos calar diante disso, pois temos nosso papel diante do reino de Deus. (grifo nosso)

Como vemos, há no relato supra, uma reiterada relação entre a igreja e a verdade, bem como a pontuação da criação divina do homem para a mulher. Na

maioria das entrevistas (RC, RS e REV), os representantes demonstraram uma confusão entre papéis de gênero e papéis sexuais, como abordaremos posteriormente.

Com relação à perspectiva histórica, a manifestação de desejos homossexuais é destacada por estudiosos desde a pré-história, passando pela Antiguidade, Grécia, Roma, Idade Média até a Idade Contemporânea. Conforme se depreende de literatura científica de MOTT (1998, p.08-09):

Para se estudar as práticas homossexuais no Novo Mundo quando da chegada dos conquistadores europeus, dispomos basicamente de três fontes: Esculturas e cerâmicas representando cenas homoeróticas; Mitos conservados na memória oral dos nativos e registrados [...] Preservaram-se contudo até nossos dias diversas peças de cerâmica, reservatórios de água ou moringas, onde exímios artistas pré-incaicos esculpíram na argila, cenas explícitas de homossexualismo. Na célebre coleção de cerâmica erótica Mochica coletada pela Família Larco, com data anterior a 1000 A.D., 3% das peças retratam realisticamente cenas de penetração per annum nos manuscritos nos tradicionais;

Ainda revelando a presença das relações homossexuais durante todo o percurso da história humana, LACERDA, PEREIRA e CAMINO (2002, p.167) esclarecem que muitas explicações são elaboradas para homossexualidade. Afirmam que em algumas civilizações antigas como Grécia e Roma, as relações homoeróticas, principalmente entre homens, só eram repudiadas quando ameaçavam subverter a hierarquia social da época, destacam que foi na tradição judaico-cristã que a prática homoerótica passou a ser concebida como pecaminosa, representando o descumprimento do que se julgava ser a palavra de Deus e a fraqueza do indivíduo diante das tentações demoníacas.

De modo igual, entre os aborígenes do Brasil e das partes mais meridionais da América do Sul abundam evidências de que os amores homossexuais faziam parte das alternativas eróticas socialmente aceitáveis antes da chegada dos conquistadores portugueses (MOTT 1998, p.10). Ressalte-se, ainda, o surgimento do movimento Homossexual, socialmente organizado e atuante nos anos 70, que levou a sociedade e as Igrejas a se posicionarem definitivamente quanto a essa questão, o que ainda vem acontecendo de modo intensamente conflituoso nas últimas décadas. (MATOS, 2003, p 51)

Já o líder religioso da seicho-no-ie, quando questionado acerca da homoafetividade, não enfatiza a questão histórica, relata apenas que não há

explicação para origem e salienta que “os semelhantes se atraem”, como bem esclarece suas palavras:

[...] A seicho-no-ie fala que os semelhantes se atraem, assim quando acontece uma união dessa natureza foi porque um atraiu o outro, estão ali duas vidas que se gostam, ou se amam, não sei. A gente não pode determinar com certeza, com tanta segurança, às vezes pode ser carência, às vezes pode haver casos que já nascem com uma formação e é preciso uma reeducação quando criança, se for observado como “errado”, vamos dizer. Mas as vezes isso poderá se manifestar na adolescência ou na fase adulta.

Em conformidade com a narrativa de RS, verificamos que, apesar da aceitação demonstrada, também é feita uma ressalva em sua fala, pois ele se abstém de posicionar-se, revelando mesmo uma posição de “neutralidade” e tratando como “natural” a relação homem/mulher, como podemos observar:

Então, a seicho-no-ie não condena e nem aprova, dá o livre arbítrio para que cada um siga sua vida, mas ela (a seicho-no-ie) fala da seguinte forma, viva no seu lado verdadeiro, qual lado verdadeiro? Homem filho de Deus. Nós nascemos com características sexuais. Casar, ter filhos, essa é a natureza divina do homem e da mulher, viver em família.

Ainda no contexto da questão do “natural”, o Representante Evangélico assevera que o “correto” é a heterossexualidade, tendo em vista que “Deus criou a mulher para fazer companhia ao homem”, afirmando que quando a homossexualidade manifesta-se é porque a vida se encontra:

[...] de forma contrária, pois Deus criou Adão e para acompanhar-lhe, de sua costela, criou Eva. Mostrando que a companhia para o homem, pela bíblia sagrada, deve ser a mulher. Mas não temos nenhuma forma de preconceito, homofobia, eu, inclusive, tenho muitos amigos homossexuais. Mas eles sabem que eu não acho que seja o correto, isso é bem claro, não temos medo de nos posicionar, mas a bíblia sagrada abençoa a relação entre o homem e a mulher, fez a mulher para o homem, para fazer companhia ao homem.

De forma diversa, o relato do líder espírita (RE) não demonstra nenhuma conceituação quanto à noção de “normalidade”, acreditando que os espíritos são assexuados e que a sexualidade se manifesta de várias formas, dependendo do modo de encarnação espiritual. Além disso, não desenvolve nenhuma construção acerca da gênese da homossexualidade, tampouco de apanhados históricos, destacando apenas que o espiritismo vislumbra a homossexualidade com tranquilidade, afirmando que tudo faz parte da evolução humana, como podemos constatar em sua narrativa:

Na verdade, o espiritismo não encara diretamente a questão, embora saibamos que seres espirituais que somos, os espíritos são todos seres eternos, criados por Deus no mesmo patamar evolutivo, simples e ignorantes, mas todos temos uma tendência natural a atingir a perfeição. E

nesse processo de aperfeiçoamento espiritual que vai passando de encarnação a encarnação, o espírito pode está sob a forma de um homem ou sob a forma de uma mulher. O espírito, em si, não tem sexo, quando encarna ele pode ocasionalmente ser um homem e em outra encarnação ser uma mulher. Dessa forma, a homoafetividade muitas vezes vem com um caráter de vinculação daquele espírito com as tendências inatas de encarnações anteriores. [...] Portanto, o espiritismo vê com muita tranqüilidade essa questão, sem preconceito, nenhum tipo de ranço no sentido de ser o certo ou o errado, tudo faz parte da evolução do ser humano.

Diante desses discursos, percebemos que apenas os representantes evangélico e católico se posicionaram expressamente contrário à homoafetividade, todavia o discurso de o que é “natural”, esse ainda se encontra presente na maioria das filosofias religiosa, com exceção do espírita. Logo, isso revela que na moral cristã, bíblica, a idéia criacionista ainda está arraigada ao imaginário social, mesmo no contexto daqueles que aceitam a homossexualidade.

Em conformidade com FALCÃO (2004, p.54), são duas as preocupações que vêm norteando o discurso dos que se posicionam contrários à adoção de menor por pares homoafetivos: a primeira delas, é se as crianças filhas de homossexuais se tornarão homossexuais no futuro; e a segunda, é se os homossexuais têm condições de criar uma criança. Nessa linha de pensamento foram as narrativas de RC e REV, respectivamente:

[...] Como essa criança vai reagir depois? Porque nós poderemos perguntar assim: como eu reagiria se um dia eu fosse adotado por um casal do mesmo sexo, qual seria minha posição? Nós fomos acostumados com uma família tradicional, os nossos costumes, pai e mãe, a figura da mulher, a figura do homem, e isso em todos os sentidos. Então a gente precisa ser bem claro com essas questões, ver qual é o caminho que devemos percorrer. Assumirmos uma situação dessa, imagina que confusão seria para criança, na cabeça dessa criança? na escola? Algum evento de reunião de pais e mães? Então, diante dessas conclusões todas, como seria?

Também sou contrário. Encaro sob dois aspectos, primeiro o homem é produto do meio, vários estudiosos acreditam nisso e eu também. Se uma criança é criada em um lar com uma moral evangélica, embora ela futuramente não siga a religião evangélica ela trará consigo ideais de sua criação evangélica. Então, nessa mesma perspectiva, uma criança com pais homossexuais terá uma tendência, pelo meio, de ter os mesmos hábitos homossexuais. E sob um aspecto social, se as crianças forem sendo criadas por pares homoafetivos e se tornarem homossexuais, daqui a cinquenta, sessenta anos, como a humanidade estará? Mesmo se os casais representarem os dois papéis masculinos e femininos, casais homossexuais, tanto homens com homens ou mulher com mulher, não podem procriar, e aí?

Apesar do predomínio “tradicional” de tais argumentações, compreendemos que elas não logram prosperar por muito tempo, pois, a literatura específica e as pesquisas em grupos de adoção têm demonstrado que a sexualidade dos pais não influenciam na manifestação da sexualidade da prole; como também, que o desenvolvimento psicossocial de filhos de pares homoafetivos é o mesmo de filhos de pares heterossexuais.

Nesse sentido, realizando recortes de várias pesquisas de campo, FALCÃO afirma que quando uma pessoa se posiciona contra a adoção de menor por pares homossexuais, essas pessoas sustentam a idéia de que o adotando virá a ser homossexual devido à opção sexual dos pais, todavia, o determinismo é improvável, pois, várias pessoas nascidas de casais heterossexuais são homossexuais. Também relata pesquisa que verificou que 91% dos filhos que têm algum dos pais homossexual se declararam como heterossexuais e viveram com aquele de 1 a 28 anos. Ou seja, sobre a questão ambiental não foi encontrada nenhuma relação significativa, a orientação sexual dos filhos não se correlacionou com a frequência que se encontravam com o pais. Logo, o autor concluiu que a maioria dos homossexuais tem filhos heterossexuais e que psicologicamente as crianças não precisam de pais heterossexuais para se desenvolverem de forma equilibrada. (FALCÃO, 2004, p. 56 e 58). Acerca do desenvolvimento psicossocial da criança afirma:

[...] pesquisadores verificaram que não havia diferença significativa nos índices psicossociais entre adultos de famílias lésbicas ou heterossexuais. Somente duas mulheres do grupo de filhas de lésbicas se identificaram como homossexuais de acordo com o exame de Kinsey (1948). No entanto, os filhos de lésbicas apresentaram uma maior aceitação à orientação sexual das pessoas. Golombok e Tasker (1996) concluem que os resultados dessa pesquisa contrariam os pressupostos genéticos e psicológicos que acreditam que a orientação sexual dos filhos é influenciada pelas atitudes parentais (FALCÃO, 2004, p.60)

Ainda sobre estudos psicológicos dos menores adotados por pares homoafetivos FUTINO e MARTINS (2006, p.08) informam que:

Embora os trabalhos a respeito da criança criada por pai ou casal homoafetivo sejam recentes, dentre eles encontram-se pesquisas empíricas como a de González (2005) e Tarnovski (2002) com estas famílias, cujos resultados apresentam semelhanças no que diz respeito ao desenvolvimento criadas por heterossexuais. A Associação Americana de Psicólogos, a Academia Americana de Pediatras, a Associação Psicanalítica Americana e a Associação Americana de Psiquiatras já se pronunciaram a respeito do tema, afirmando que pais homossexuais são capazes de proporcionar ambientes saudáveis e protetores aos seus filhos – cujo

desenvolvimento é similar ao de crianças criadas por heterossexuais nos âmbitos emocional, cognitivo, social e sexual [...]. Um dos argumentos utilizados para o indeferimento da adoção por homossexuais relaciona-se ao estabelecimento de papéis, ou seja, a importância do modelo pai/mãe no desenvolvimento da criança – como tendo a mãe a função cuidadora e o pai a normatizadora. Isto é um equívoco, visto que as atribuições de gênero em nossa sociedade são socialmente construídas. Fernández e Vilar (2004) levantam questões acerca deste modelo referencial comparando monoparentalidade à homoparentalidade – se é necessário um casal heterossexual para a construção da identidade sexual dos filhos pode-se dizer que um filho do sexo masculino criado apenas por sua mãe necessariamente apresentaria dificuldades com sua sexualidade. O modelo do “pai durão” e alienado da educação dos filhos está ultrapassado. Atualmente o cuidado com o filho não traz mais o estigma que o contrapõe à “virilidade masculina”. Há uma tendência nos casais homoafetivos de que as decisões acerca das tarefas domésticas e da criação dos filhos sejam igualitárias – tal qual a afetividade oferecida (González, 2005). A abertura para o diálogo diminui os conflitos, o que favorece um desenvolvimento infantil saudável.

De acordo com o que foi apresentado por FALCÃO; FUTINO e MARTINS, as pesquisas revelam que não há diferença psicossocial entre os filhos de homo ou heterossexuais que contra-indique a adoção por pares homoafetivos, tampouco há determinismo entre a sexualidade do pai e da prole. De forma que quando esses argumentos são utilizados para obstaculizar a adoção por pares homoafetivos, são posições puramente demagógicas, sem respaldo científico nem social. Com efeito, para mostrar que o argumento não é empírico, questionou-se aos entrevistados (representantes religiosos) se os mesmos conheciam alguma criança que estava sob guarda de algum homossexual, na tentativa de averiguar se as conseqüências alegadas pelos entrevistados seriam resultado da observância da realidade social; No entanto, todos os entrevistados que se posicionaram contrários à adoção por pares homoafetivos informaram que não conhecem tal realidade concreta, como podemos comprovar:

Eu, sinceramente, não conheço, não tenho nem notícia. Só pela mídia, casos distantes. Mas casos próximos, na minha realidade, não tenho nem notícia. (REV)

Eu, no presente momento, não tenho conhecimento dessas realidades. Há casos na justiça, e eu outras realidades por aí que agente acompanha pelos meios de comunicação e a própria justiça também não decidiu. Não há uma decisão concreta, há uma petição, um pedido para que isso seja aceito e daí a discussão, não temos uma certeza em relação a isso até pela justiça e nós enquanto líderes religiosos expomos nossa posição de não aceitação. (RC)

Em *contrario sensu*, o único representante que já teve contato com a realidade de um menor sob a guarda de um homossexual se revelou completamente favorável a concessão da adoção a pares homoafetivos e homossexuais solteiros:

Particularmente, eu não vejo nenhum obstáculo para que se possa fazer a adoção de uma criança por um casal homoafetivo. Independente do conhecimento espírita, como cidadão, como magistrado, eu não vejo nenhum problema. Porque o fato da pessoa ser homossexual não quer dizer que seja uma pessoa promiscua ou uma pessoa de moral condenável, que não tenha uma condição de dar boa educação ao filho adotivo. Agora, sob a ótica estritamente espírita eu também vejo com bons olhos porque o mais importante é uma questão afetiva dos que querem adotar com os que estão sendo adotados, ou seja, a doação que se faz, a doação de amor que se faz é muito mais importante do que a preocupação dos adotantes serem pessoas do mesmo sexo. [...] Tenho conhecimento de uma pessoa que adotou uma criança na comarca de esperança. Não fui eu quem presidiu o processo, que decidi, mas como eu era da comarca tive conhecimento do fato. Ela é do Estado de Pernambuco e adotou uma criança. Embora não tenha sido um casal, ela, solteira, visivelmente e assumidamente homossexual adotou sozinha. Mas extra-autos as pessoas sabiam que ela tinha companheira, porém a parceira não entrou no processo como adotante. Adotou, sozinha, um casal que passou por sérios problemas de saúde, tiveram que fazer cirurgia cardíaca e ela custeou tudo, uma pessoa idônea, de grande capacidade moral. E eu tive acesso a fotos dessas crianças, depois de um tempo, e elas estão muito bem, muito bem, realmente. (RE)

Portanto, seguindo a mesma linha de pensamento revelada pela vivência do representante espírita, a análise dos casos reais de menores sob guarda/adoção de homossexuais ou pares homoafetivos tem demonstrado a realização dos pais e das crianças, realidade de afeto e troca completamente condizente com o propósito da adoção e do ideal de família. Nesse sentido, esclarece COSTA (2004, p 27-28); FUTINO e MARTINS (2006, p.8) que:

Augusto e seu companheiro chamaram o menino e perguntaram se ele queria ser adotado por eles, pois esse era o desejo de ambos. O garoto concordou imediatamente e foram ao juizado. Hoje, morando em Brasília com Augusto, Leonardo tem 21 (vinte e um) anos: 'Tivemos todos os problemas que há entre pai e filho na adolescência', diz Augusto [...] Em outubro de 2002, a justiça do Rio de Janeiro concedeu a guarda do filho de Cássia Eller a Maria Eugênia, que a ajudou a criar o garoto desde seu nascimento e o tem como filho. O mais interessante é que a opinião pública ficou a favor dos dois permanecerem juntos

González (2005) e Tarnovski (2002) pesquisaram famílias compostas por pais homossexuais respectivamente na Espanha e no Brasil, e ambos apontam que pais homossexuais são tão capazes de proporcionar um desenvolvimento saudável quanto pais heterossexuais. Os autores também indicam como facilitador na criação e adequação da criança à sociedade: a vasta rede social e de apoio com a qual mantém relações de parentesco e amizade freqüentes tanto com hetero quanto homossexuais – alguns deles também com filhos.

Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente (artigos 42, 45 e 46): a adoção não pode ser deferida a ascendentes (avós, bisavós) ou a irmão; o adotante, pelo menos um dos membros do casal, deve ter mais de dezoito anos e ser dezesseis anos mais velho que o adotado; a adoção independe do estado civil do adotante; os divorciados ou separados judicialmente podem adotar em conjunto, se acordarem sobre a guarda e visitas, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal; é necessário que exista avaliação psicossocial favorável, realizada por técnicos do Judiciário, demonstrando existir um ambiente familiar equilibrado; o cônjuge pode adotar o filho do consorte; faz-se necessário o consentimento dos pais ou responsável, que será dispensado caso tenha ocorrido a destituição do Poder Familiar dos mesmos; o adolescente com mais de doze anos deve, necessariamente, ser ouvido em juízo; deve ser respeitado o estágio de convivência a ser fixado pelo Juiz, podendo ser dispensado se a criança for menor que um ano ou já residir com o adotante.

Logo, se até mesmo algumas religiões, consideradas como tradicionalmente tendentes a impedir o reconhecimento da família homossexual, já estão abertas à idéia da adoção por pares homoafetivos, por qual razão os direitos sexuais e os direitos da criança e do adolescente continuarão sendo mitigados? Ora, como bem lecionou Vossa Santidade, o Papa João Paulo II, em sua Carta Encíclica: *Fides et Ratio*: a igreja não pode deixar de apreciar o esforço da razão na consecução de objetivos que tornem cada vez mais digna a existência pessoal. (JOÃO PAULO II, 1999, p.07)

Por fim, uma vez preenchidos os requisitos estatuídos no ECA, sempre observando-se os princípios da Prevalência do Interesse do Menor e da Dignidade Humana, a adoção deve ser concedida independente da orientação sexual do adotante; sob pena de ferir a isonomia e promover a discriminação. De maneira que, enquanto houver omissão do Poder Legislativo o Judiciário deve primar pela promoção da justiça e dos valores constitucionais, concedendo adoção de menor aos pares homoafetivos, isso quando preenchidos os requisitos para adoção, sendo que não se pode exigir requisitos além dos previstos na norma, com base em preconceitos ou moral religiosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da presente pesquisa, compreendemos que existe uma crescente e desenfreada batalha de correntes no que tange à efetivação da cidadania sexual, destacando-se uma linha de pensamento que pleiteia os direitos dos homossexuais fundamentando-se primordialmente na isonomia, na dignidade humana, na laicidade estatal e no estabelecimento da família baseada no afeto; enquanto que outra vertente nega tais direitos, fazendo menção a dogmas prioritariamente religiosos, enfatizando que a moral cristã está ligada ao povo e não pode ser dissociada deste, como também ressaltando alguns aspectos jurídicos, como por exemplo, a ausência de legislações específicas.

Constatamos, de igual modo, que a definição de família e a aceitação da adoção para os entrevistados que foram favoráveis, teve como referência fundamental a afetividade, em consonância com a atual acepção doutrinária de família, abrindo caminhos ao reconhecimento dos direitos sexuais, em perfeita harmonia com a lei menorista.

Foi também verificado, por meio de pesquisas científicas e literaturas específicas que a variável que mais influenciou na decisão de conceder ou não a guarda a um homossexual foi a religiosidade dos participantes. No entanto, percebemos no presente trabalho que até mesmo a opinião religiosa (tradicional e moralista) está sendo relativizada ante a realidade social emergente. De fato, a partir da análise das entrevistas realizadas, observamos que apenas os representantes católicos e evangélicos se mostraram totalmente contrários a adoção de menor por pares homoafetivos, revelando a posição de 50% dos entrevistados.

Portanto, foi também concluído que mesmo ainda existindo uma manifestação religiosa contrária à homossexualidade, já não é sem tempo que o nosso ordenamento acompanhe as evoluções sociais sem ficar à margem das relações humanas, pois condicionar o reconhecimento da cidadania dos homossexuais ao consentimento de uma “maioria” representa negação dos direitos a liberdade e a autonomia; ou seja, significa outorgar à maioria o direito de suprimir direitos fundamentais e o poder de determinar a supressão da orientação sexual de muitos. Logo, é importante lembrar que vivemos em um Estado que se diz laico, tendo o princípio da Dignidade Humana como núcleo norteador do nosso sistema jurídico; de

modo que qualquer situação de discriminação que atente contra tal princípio tem que ser expurgada.

Finalizamos este trabalho enfatizando que enquanto houver omissão legislativa, sempre deverá haver uma incisiva manifestação jurisprudencial no sentido de tutelar o reconhecimento dos direitos sexuais, promovendo assim, materialmente, a laicidade estatal. Faz-se essencial, também, a mobilização de educadores, pedagogos, professores, movimentos sociais, escolas, etc; no intuito de construir o real ideal plural de família a partir da dignidade humana nas novas gerações, objetivando impedir que as crianças que estão/estarão em famílias homossexuais sofram preconceitos. Logo, deve-se, de forma interdisciplinar, promover a aceitação da pluralidade inerente à essência da condição humana.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Jeyson Gomes. **Adoção por casais homoafetivos**. 2008. Disponível

<http://www.lfg.com.br/artigo/20081112120027857_direitocivil_adocaoporcasais-homoafetivos-paulo-jeyson-gomes-araujo.html> Acesso em 19 jun. 2011.

ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. **Teoria geral do garantismo: considerações preliminares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8037>> Acesso em: 14 out. 2011.

AURÉLIO, Marco. **Voto na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> Acesso em 4 out. 2011.

BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Amor Líquido: sobre a fragilidade das relações humanas**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei 5003/2001** Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>> Acesso em 10 jul. 2011.

_____. **Projeto de Lei 122/2006** Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Disponível em

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>> Acesso em 21 jun. 2011.

BRASIL, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. Constituição Federal (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 20 jun. 2011.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 20 jun. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Administrativo. Pensão. Relação Homoafetiva. Remessa Ex Officio em Ação Cível. Terceira Turma. Data de Publicação 29 abr. 2009. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2491400> Acesso em 20 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Civil. Recurso Especial. União Homoafetiva. Sociedade de Fato. Partilha. Patrimônio Amealhado por Esforço Comum. Prova. REsp n.º 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Publicação: 01 fev. 2011. Disponível em <<http://br.vlex.com/vid/-248723466>> Acesso em: 03 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Segunda Turma. União civil entre pessoas do mesmo sexo – alta relevância social e jurídico – constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar. Agravo Regimental NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS Publicação: 16 ago. 2011 Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/re-477554-agr-ementa.pdf>> Acesso em 20 out. 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **Voto na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.** In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AD14277.pdf>> Acesso em: 4 out. 2011.

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica**. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna, n. 1, nov. 2004. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf> Acesso em: 04 out. 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ENCONTRO DA NOVA CONSCIÊNCIA 20º – Programação Completa 2011 Disponível em <http://novaconsciencia.multiply.com/journal/item/359/359> Acesso em 20 jul. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasília DF). Estatística de Registro Civil. Brasília de 2009. v. 36. 2010 Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2009/default.shtm>> Acesso em 30 maio 2011.

FALCÃO, Luciene Campos. Adoção de crianças por homossexuais: crenças e formas e preconceito. – Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2004 Disponível em <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_arquivos/11/TDE-2006-11-28T142121Z-252/Publico/Luciene%20Campos%20Falcao.pdf> Acesso em 20 jul 2011

FONSECA, Zenóbio. A criminalização **da homofobia no Brasil e as igrejas cristãs 2007**. Disponível em <www.midiaindependente.org/pt/blue/2007/03/374677.shtml> Acesso em 10 jun. 2009.

FUTINO, Regina Silva; MARTINS, Simone. **Adoção por homossexuais: uma nova configuração familiar sob os olhares da psicologia e do direito**. Aletheia, Canoas, n. 24, dez. 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141303942006000300014&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 03 nov. 2011.

FUX, Luis. **Voto na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2011 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>> Acesso em 4 out. 2011.

JOÃO PAULO II, **Carta Encíclica FIDES ET RATIO**, Do Sumo Pontífice João Paulo II aos bispos da Igreja Católica, sobre as relações entre fé e razão. 7.ed. São Paulo: Loyola, 1999.

LACERDA, M., PEREIRA, C. & CAMINO, L. **Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais.** *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 15, 165-178, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n1/a18v15n1.pdf>> Acesso em 25 out. 2011.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Voto na **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.** In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em: 4 out. 2011.

LOREA, Roberto Arriada. **Cidadania sexual e laicidade : um estudo sobre influência religiosa no Poder Judiciário,** 2008. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/15572>> Acesso em 01 jun 2011.

_____. **A noção de família utilizada pelo poder judiciário latino-americano Uma reflexão sobre a influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual.** 2007a. Disponível em <http://www.ciudadaniasesexual.org/boletin/b21/Articulo_Roberto_Arriada.pdf> Acesso em 19 jun 2011.

_____. **Religião e Política - Limites Constitucionais.** *Jornal O Sul*, Porto Alegre, RS, p. 5, 30 dez. 2007b.

LÚCIA, Carmem. **Voto na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.** In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>> Acesso em 4 out. 2011.

MARINHO, Zequinha. **Projeto de Lei 7.018/2010** Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=470695>> Acesso em 11 jul. 2011.

MATOS, Alderi Souza de. **A Homossexualidade no Ocidente: Uma Perspectiva Histórica.** *Ultimato*, Viçosa - MG, p. 50 - 51, 01 set. 2003.

MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2764>> Acesso em: 18 jun. 2011.

MELLO FILHO, José Celso de. **Voto na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>> Acesso em: 4 out. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178918&caixaBusca=>>> Acesso em: 4 out. 2011.

MOTT, Luiz. **Etno-história da homossexualidade na América Latina**, in História em Revista, Pelotas, vol. 4, pp. 7-35. 1998. Disponível em: <http://www.ufpel.tche.br/ich/ndh/downloads/Luiz_Mott_Volume_04.pdf> Acesso em: 01 out. 2011.

PEREIRA, Bruna Caroline. **A separação do estado e da igreja para o bem do direito: uma análise jurídica fundamentada no contexto histórico**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 50, 29/02/2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4526> Acesso em 20 jun 2011.

RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. **Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais. Equiparação à união estável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3790>>. Acesso em: 25 out. 2011.

RIOS, Roger Raupp; LOPES, José Reinaldo de Lima; *et al.* **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, Hugo Carmargo **A Cruz de Cristo e o Estado laico**, 2010 Disponível em http://www.mitranh.org.br/s1/index.php?option=com_content&view=article&id=1683:a-cruz-de-cristo-e-o-estado-laico&catid=124:gerais&Itemid=81 Acesso em 10 ago. 2011.

OLIVEIRA, Hugo Victor. **Bispos falam sobre julgamento da união homoafetiva no STF**. Disponível em <http://www.capelasajose.net/2011/05/bispos-falam-sobre-julgamento-da-uniao.html>. Acesso em 13 jun 2011.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. Ed; Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Edna Lúcia da & MENEZES, Eстера Muszkar. **Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação**. 3. ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SOUZA. Claudecy de. **Homossexualidade**. 2007. Disponível em <<http://images.novaconsciencia.multiply.com/attachment/0/RIGsaAoKCn0AAFPzICg1/homossexualidade.pdf?nmid=42793184>> Acesso em 12 maio 2011.

SOUZA. Eduardo Pascoal de. **Projeto de Lei para a Criminalização da Homofobia**, 2009 Disponível em <<http://www.forumseguranca.org.br/links/projeto-de-lei-para-a-criminalizacao-da-homofobia>> Acesso em 18 mar 2011.

STRECK, Lenio Luiz . **Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro**. Revista da Famergs, Porto Alegre, v. 2, p. 3-37, 1999. Disponível em <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acesso em: 14 out. 2011.

SUPLICY, Marta. **Projeto de Lei 1.151/95**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=21/11/1995&txpagina=5827&altura=650&largura=800> Acesso em: 10 jul 2011.

SWAAB DF, HOFMAN MA. Sexual **differentiation of the human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation**. Trends Neurosci. 1995 Jun;18(6):264-70. Review. PMID: 7571001 [PubMed - indexed for MEDLINE].

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.