

## Capítulo 2

Cidadania dos homossexuais

Maria Cristina Rauch Baranoski

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

BARANOSKI, MCR. Cidadania dos homossexuais. In: *A adoção em relações homoafetivas* [online]. 2nd ed. rev. and enl. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, pp. 69-100. ISBN 978-85-7798-217-2. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

*As pessoas e as instituições têm o direito de ser iguais,  
quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser  
diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*

Boaventura de Souza Santos

## **2.1 Cidadania dos homossexuais: da homofobia à cidadania**

No início da década de 1980 transparece a discussão sobre a homossexualidade, bem como a luta pelos direitos humanos de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais (GLTTB).

A Sigla GLTTB exprime a condição de gay: pessoa do gênero masculino que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero masculino; lésbica: pessoa do gênero feminino que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero feminino; travesti: pessoa que nasce do sexo masculino e feminino, mas que tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, assumindo papéis de gênero diferentes daquele imposto pela sociedade; transgênero: terminologia que engloba tanto os travestis quanto as transexuais. É um homem no sentido fisiológico, mas se relaciona com o mundo da mulher; e bissexual: pessoa que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com homens e mulheres (CÂMARA, 2004, p. 31).

A discussão surgida a partir dos anos 1980 sobre a homossexualidade decorre da preocupação de saúde pública, em razão das consequências da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS -, ocasião em que os homossexuais foram colocados como grupo de risco:

A Aids, considerada o câncer gay, um verdadeiro castigo divino que recaía sobre os homossexuais por terem contrariado a vontade de Deus, apresentando-se como medida eugênica para livrar a humanidade da degeneração [...] (COSTA, 2007, p. 100).

Mesmo após a mudança da concepção de que a Aids não é exclusiva de grupos de risco, e sim de comportamentos de risco, conforme Costa (2007, p. 100), os homossexuais, em razão da visibilidade obtida no período, tornam-se, então, alvos de violência de grupos neonazistas que surgem no Brasil em 1980.

Se o século XX foi marcado pela concepção do direito a ter direitos, para os homossexuais, somente no final do século começam a ter alento nas questões que dizem respeito à orientação sexual de cada ser. Isso se deu em razão dos movimentos sociais que surgem para a defesa e efetivação dos direitos dos homossexuais.

O Brasil, no ano de 1985, ao menos teoricamente, avança quando retira o termo homossexualismo da catalogação de doenças do Conselho Federal de Medicina, o que, para a Organização Mundial da Saúde (OMS), somente ocorreu uma década após, no ano de 1995, quando a mesma retira o termo homossexualidade da catalogação de doença na Classificação Internacional de Doenças (CID).

O Conselho de Psicologia, apenas em 1999, com a Resolução nº 1/1999, determinou aos profissionais não exercerem ações que venham a favorecer a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas.

Contudo, o marco propriamente dito referente aos direitos dos homossexuais se dá no ano de 1995, em razão de fatos ocorridos nesse ano, quais sejam: a 1ª Conferência da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT) e a 17ª Conferência da International

Lesbian and Gay Association (ILGA) e ainda em razão da apresentação, pela então deputada Marta Suplicy, do Projeto de Lei nº 1.151/95, que institui a união civil entre pessoas do mesmo sexo, projeto esse que, apesar de apresentado e amplamente discutido, não votado até o momento. No entanto, os debates em razão do Projeto de Lei nº 1.151/95 resultaram na luta dos homossexuais pelo reconhecimento de sua cidadania.

De outro lado, o Brasil continua a caminhar na via contrária a essas lutas e, desde o ano 1997, é citado em documentos internacionais como um dos países que mais comete violência contra homossexuais (KOTLINSKI, 2007, p. 42). O Estado brasileiro deve garantir e efetivar os direitos fundamentais de seus cidadãos, independentemente da orientação sexual que possam ter, sob pena de não ser considerado um Estado Democrático de Direito. A democracia impõe aos seus cidadãos o direito à liberdade de expressão, viver com dignidade, tratamento igualitário em deveres e direitos – e isso diz respeito, também, à liberdade de expressão da orientação sexual.

Através da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o direito à liberdade de expressão é reconhecido como essencial para o desenvolvimento do conhecimento e do entendimento entre os povos, bem como ao efetivo desenvolvimento do processo democrático e vem estabelecido como princípio fundamental, inerente à dignidade do ser humano, a liberdade de expressão “em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, além disso, um requisito indispensável para a própria existência das sociedades democráticas” (DECLARAÇÃO, 1948). A igualdade une

[...] os diversos indivíduos, abrindo espaço para o cultivo das diferenças que não os separa, mas somente os identifica entre os seus pares. Como consequência, o indivíduo passa a se identificar com suas realizações particulares e, também, com a sociedade em que está inserido [...] (COSTA, 2007, p. 61).

Os princípios da liberdade e da igualdade fazem parte do rol dos direitos fundamentais intrínsecos à natureza da pessoa humana, ou seja, são inerentes à dignidade da pessoa humana.

Em outubro de 2003 ocorre outro marco importante para o reconhecimento da cidadania dos homossexuais, foi criada a Frente Parlamentar Mista pela Livre Expressão Sexual, composta por deputados e senadores comprometidos com os direitos humanos de gays, lésbicas, travestis e transexuais, que lutam pela aprovação de leis antidiscriminatórias no Congresso Nacional, visando dar *status* de cidadão independente da orientação sexual, combatendo a discriminação e o preconceito, em especial às questões relacionadas ao gênero.

O termo “gênero” refere-se às características sociais e, numa perspectiva sociocultural, pode ser designado em masculino e feminino, sem que haja relação com o sexo fisiológico. Pelo gênero foram divididos os papéis relacionados com o comportamento, traços da personalidade e expectativas sociais, que geralmente associam-se aos papéis masculino e feminino (GRIGOLETO, 2004, p. 37).

Dos trabalhos da Frente Parlamentar resultou o programa “Brasil sem Homofobia”, que, juntamente com o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB, formaram uma das bases do movimento, ampliando a luta para o exercício da cidadania do ser humano, independentemente da sua orientação sexual.

Por orientação sexual entenda-se como a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual existe num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade (CÂMARA, 2004, p. 30).

No Brasil, o período culmina com o surgimento de inúmeras associações e grupos de ativistas que, no ano de 2004, segundo registros do Programa de Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, perfazem cerca de 140 grupos espalhados por todo o território nacional.

A expressão desse fortalecimento está em diferentes momentos e eventos comemorativos, a exemplo, o Dia Mundial do Orgulho GLTB, quando é realizada a parada do orgulho GLTB, que mobiliza milhões de pessoas em todo o país. A perspectiva para a aceitabilidade dessa condição depende não só de iniciativas do Governo, mas também,

da participação de cada cidadão, para que assim possa a cidadania do homossexual ser efetivamente reconhecida.

## 2.2 Reconhecimento dos direitos dos homossexuais

A Constituição Federal de 1988 não faz alusão, especificamente, à proibição da discriminação relativa à orientação sexual. No entanto, o sistema jurídico brasileiro oferece inúmeros instrumentos que norteiam o reconhecimento da qualidade de cidadãos dos homossexuais. Alguns estados, como Mato Grosso, Sergipe, Pará e Alagoas, através da respectiva Constituição Estadual, ou mediante legislação infraconstitucional, Bahia (ainda Projeto de Lei desde 1999), Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 3.406/00), Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 11.872/02), Distrito Federal (Lei Estadual nº 2.615/00), Minas Gerais (Lei Estadual nº 14.170/02), São Paulo (Lei Estadual nº 10.948/01), Santa Catarina (Lei Estadual nº 12.574/03), Mato Grosso do Sul (Lei Estadual nº 3.157/05), Piauí (Lei Estadual nº 5.431/04), Paraíba (Lei Estadual nº 7.309/03) e Maranhão (Lei Estadual nº 8.444/06), sendo que mais de 80 municípios brasileiros contemplam expressamente a proteção aos direitos humanos dos homossexuais e o combate à discriminação por orientação sexual<sup>8</sup>.

Instrumentos internacionais relativos ao assunto também foram assinados e ratificados pelo Brasil (KOTLINSKI, 2007, p. 59), incluindo na discussão os direitos relativos aos homossexuais, seja vinculado às questões trabalhistas ou de relações sociais, a saber:

### ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

- Carta das Nações Unidas, 1945;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1945;
- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966 – ratificado pelo Brasil em 14/01/1992;
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, 1966;

---

8. Disponível em: <<http://www.athosgls.com.br>>. Acesso em: 27 nov. 2008.

- Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW, 1979;
- Protocolo facultativo à CEDAW, 1999;
- Declaração e Plataforma de Ação da III Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – Viena, 1993;
- Declaração e Plataforma de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo, 1994;
- Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher – Baijing 1995;
- Declaração do Milênio das Nações Unidas – Cúpula do Milênio, 2000;
- Declaração e Programa de Ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata – Durban, 2001.

## ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”, 1994.

## ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT

- Convenção nº 100, 1951;
- Convenção nº 103, de 1952;
- Convenção nº 111, de 1958;
- Convenção nº 156, de 1981.

Relembrando que o Projeto de Lei nº 1.151/95 foi um importante marco para o reconhecimento da luta dos direitos dos homossexuais, contudo, hoje é um modelo que não mais alcança as discussões que emergem da garantia de direitos desse grupo, pois aquele projeto era de “parceria civil” e na atualidade a discussão afeta ao direito de família e ao direito da paternidade/maternidade dos homossexuais, enquanto unidos pelo afeto.

No ano de 2007 foi proposto no Congresso Nacional, em data de 25/10/2007, pelo deputado Sergio Barradas Carneiro (PT-BA), o

Projeto de Lei nº 2.285/2007, que estabelece o Estatuto das Famílias, trazendo previsão expressa do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e prevê, dentre outros direitos, a possibilidade da adoção.

No entanto, no ano de 2008, outro Projeto de Lei, de nº 4.508, é proposto, de autoria do deputado federal Olavo Calheiros, com a finalidade de vedar expressamente a adoção por homossexuais, caminhando na contramão das conquistas das pessoas homossexuais tanto no campo legislativo como também jurisprudencial.

Em 2013, no dia 16 de outubro, mais um projeto de lei proposto denominado Estatuto da Família – projeto de lei nº 6.583/13, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR-PE)<sup>9</sup>, o qual, cumprindo preceito constitucional para a proteção da família, no artigo 1º estatui o Estatuto da Família que deverá dispor a respeito dos “direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar”. (BRASIL, 2013, Art. 1º).

Apesar de estabelecer diretrizes e ações para a valorização da entidade familiar, no artigo 2º define a entidade familiar a partir do núcleo formado entre um homem e uma mulher, seja pelo casamento ou em razão de união estável, além das famílias formadas por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, a família monoparental. Com a redação do artigo 2º as famílias formadas por pares do mesmo sexo, ou seja, as famílias homoparentais, bem como também as famílias formadas pela adoção, por exemplo, vez que o projeto utiliza a terminologia “descendentes”, referindo-se exclusivamente à parentalidade biológica, ficam excluídas e não serão objeto de proteção do Estado.

O projeto foi arquivado no ano de 2014 e, por iniciativa do Deputado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB/RJ), voltou a tramitar e, no dia 08 de outubro do ano

---

9. O relator do Projeto de Lei nº 6.583/13 é Ronaldo Fonseca (PROS - DF) e o principal objetivo do projeto é definir o núcleo familiar para o mentor do projeto propor uma discussão com a sociedade. Além disso, há a proposta da criação dos Conselhos de Família para discussão das políticas da família, de disciplinas na Escola voltadas para a família e, ainda, a proposta visa rediscutir a adoção por casais homoafetivos, a lei da palmada e a internação compulsória, tudo numa linha extremamente conservadora.



de 2015, a comissão especial que analisou o projeto votou pela sua constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do mesmo. Dois recursos foram propostos contra esta aprovação, um da Deputada Erika Kokay e outro do Deputado Jean Wyllys, ambos com basicamente o mesmo argumento: inconstitucionalidade da proposição.<sup>10</sup>

Entende-se que o artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013, tal qual está redigido, atenta contra os princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, caput, da CF/88), bem como da inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º, X), porque não reconhece a diversidade da formação da família. Contraria inclusive a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132), reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

Inclusive, para a discussão da definição de família, a Câmara dos Deputados (CÂMARA, 2015) questionou, com uma enquete, a comunidade virtual sobre o conceito de entidade familiar, como sendo o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou, qualquer dos pais (viúvo (a); divorciado (a) e mãe solteira e seus descendentes). Para votar o internauta deveria marcar favorável ou desfavorável a definição de família nuclear tradicional e, até 31 de janeiro de 2015, apurou-se um total de 4.607.276 votos, em percentuais, 51,16% (2.357.250 votos) favoráveis; 48,52% (2.235.520 votos) contrários e 0,32% (14.537 votos) sem opinião formada.

A enquete não tem caráter científico, mas traz indícios do ideal da família conjugal nuclear que pode estar no imaginário social, vinculado a um comando legal. Isto já foi observado por Fonseca (2005) ao estabelecer que o “problema é que muitas pesquisas são presas a uma visão jurídica da realidade”, a se referir que a lei dará repertório para as normas hegemônicas que medem uma realidade

---

10. O tramite do projeto de lei nº 6583/2013 pode ser acompanhado no seguinte endereço <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_recursos?idProposicao=597005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_recursos?idProposicao=597005)>

e excluem o que não está nesta configuração, no caso, outras formas de relacionamento.

Se por um lado a luta para efetivar os direitos dos homossexuais e incluí-los definitivamente como cidadãos que participam ativamente das relações sociais, impondo deveres e atribuindo direitos, avança, por outro lado percebe-se também um retrocesso. Um exemplo recente é a Lei Nacional da Adoção – Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 – que deixou de tratar a adoção por uniões homoafetivas.

Quando das discussões sobre o Projeto de Lei nº 6.222/2005, ocorreu o veto do artigo 19, motivado pela emenda proposta pelo deputado João Matos (PMDC-SC) para retirada do artigo que visou alterar a Lei de Registros Públicos, quando tratou do registro civil das adoções por homoafetivos, proposta essa seguida pelos líderes da maioria dos partidos. Essa atitude demonstra a contradição que existe num Estado que se declara laico, em que seus representantes ora reconhecem os direitos dos homossexuais, propondo programas de apoio e antidiscriminação em razão da orientação sexual e em outro momento recuam, não reconhecendo direitos que também se incluem no rol dos direitos humanos fundamentais, que são os direitos reprodutivos, o direito a paternidade/maternidade do ser humano, independentemente da orientação sexual que possua.

Para que exista coerência entre a legislação de um país com sistema federativo, como é caso do Brasil, o corpo de normas legais editadas deve adequar-se e ter a interpretação à luz dos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Constituição Federal. Especificamente às questões ligadas aos homossexuais, a orientação deve ocorrer pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito de livre expressão e da isonomia.

O que se percebe, em especial relativamente à Lei Nacional da Adoção, é o recuo do legislador que deixa de assegurar efetivamente o direito às minorias ainda excluídas do poder. A omissão legal dificulta em muito o reconhecimento de direitos dos cidadãos, sobretudo àqueles fora dos padrões impostos, como é o caso das uniões homoafetivas.

Observando-se o fato de que a delimitação da concepção de família, na antiguidade, seria “uma associação religiosa, mais que associação natural” (COULANGES, 2002, p. 45), percebe-se que não estava ligada, unicamente, na geração ou no afeto, mas sim na união dos membros, em razão da religião do lar e do culto aos antepassados.

A partir do século IV (Idade Média) o cristianismo foi estabelecido como religião oficial de quase toda civilização ocidental e passa-se a reconhecer a família, constituída com o sacramento (casamento), como entidade religiosa, indissolúvel, rejeitando qualquer outra forma de união que não fosse dessa forma constituída. A interferência da Igreja na concepção de família implicou em normas para o matrimônio, estabelecendo-se, como finalidade do casamento, a procriação do ser humano, com vistas à continuidade.

Esse estigma religioso perpassa os séculos, marcando a estrutura social e as instituições da respectiva época, ou seja, “a religião é um fenômeno onipresente em todas as épocas e em todos os lugares” (NALINI, 2008, p. 109) que acaba repercutindo diretamente na questão homossexual.

No Brasil contemporâneo o cristianismo também se faz presente, não obstante o Estado brasileiro, desde a proclamação da República em 1890, adotar o princípio da laicidade. (NALINI, 2008, p. 110).

Religião e poder, na História, andam muito próximos, com a religião influenciando institutos afetos ao Estado, gerando muitas vezes tensão entre o comando legal e o dogma religioso estabelecido,

A chamada civilização ocidental é conhecida como a civilização cristã. Os valores sobre os quais ela se desenvolveu são aqueles fornecidos pelo Cristianismo nutrido em sólida tradição judaica. Concorde-se ou não com o asserto, a civilização de que o Brasil se abebera é de inspiração nitidamente cristã. Decorre disto que a crise dos valores em que se debate a sociedade moderna é também resultado do abandono dos valores cristãos [...] (NALINI, 2008, p. 86).

A História da humanidade está repleta de exemplos dessa dicotomia que forma o poder/valores morais religiosos e a configuração

legal de família atende essa dicotomia. Toda a regulamentação estatal, até o momento, incluindo o Código Civil de 2003, estabelece a configuração de família a partir da união de pessoas de sexo diferentes, dessa forma, grupos religiosos (como a bancada dos evangélicos, dos deputados cristãos, Conferência Nacional dos Bispos – CNBB) depõem para a negativa do Estado em reconhecer eventuais direitos ligados à sexualidade, a exemplo a conjugalidade homossexual, sob o argumento de que contraria a concepção de família idealizada, fundada na heterossexualidade, com função procriativa (de construção ligada à religião).

Ideologicamente há presença marcante da religião (especialmente a cristã) nas relações sociais, que influencia e mostra a força que a religião tem no dia a dia dos cidadãos. Em termos de Estado, essa “valoração” faz com que os representantes do Executivo, do Legislativo e do Judiciário reproduzam a visão de família, em razão da influência religiosa.

Para enfrentar a discussão do que é “família” deve-se afastar a visão dogmática, pois a variedade dos arranjos familiares inviabiliza um modelo padrão, assim, na análise de decisões judiciais do estado do Rio Grande do Sul, Lorea (2008, p. 93) observa que é “recorrente o argumento da vinculação entre o casamento (ou união civil) e a procriação, adotando-se uma naturalização da família que se harmoniza à doutrina católica”.

Dizer que o Estado brasileiro é laico,

[...] é tão simples de enunciar quanto, à primeira vista, difícil de praticar. Como vimos ele consiste simplesmente em que o Estado não tem religião, o que equivale dizer que as estruturas políticas e burocráticas – os órgãos públicos, em outras palavras – não podem beneficiar nenhuma religião nem podem professar nenhuma fé. Afinal de contas, enquanto estão no exercício de suas funções, esses cidadãos referem-se ao conjunto da coletividade, isto é, a todos os brasileiros, e não apenas aos membros de suas próprias igrejas [...] (LACERDA, 2008).

Reconhecer o direito dos homossexuais para a constituição da família (homoafetiva) significa reconhecer que o Estado garante as

liberdades fundamentais de pensamento e de expressão, reconhecendo efetivamente a cidadania dos homossexuais e não apenas formalmente, atos esses compatíveis com um Estado que se intitula laico.

Na conduta diária dos chefes do Poder não se pode afirmar que a religião não tenha influência nos comandos. Um exemplo claro é que recentemente veio à baila a discussão religiosa na votação, pelos parlamentares federais, da Lei Nacional de Adoção, ocasião em que foi retirada do texto a regulamentação relativa ao registro civil da adoção realizada por união homoafetiva. Emergiu na discussão a tensão existente entre convicção religiosa e garantia de direitos. A laicidade não se fez presente.

Essa tensão transparece em outras situações (relacionadas às pesquisas com células tronco, aborto legal, interrupção da gravidez em razão da anomalia do feto, reconhecimento da união civil dos homoafetivos).

As dimensões da laicidade no Estado brasileiro, analisada por Lorea (2008) demonstram, através de exemplos recentes, o confronto entre o Estado e a Igreja no Brasil. Em termos de legislativo, o autor cita duas leis, a primeira provinda de uma cidade do Rio Grande do Sul, a qual previa a obrigatoriedade da leitura da Bíblia nas escolas públicas municipais e a outra do estado de São Paulo, aprovada por unanimidade pela Assembleia Legislativa, referente ao projeto “Deus na Escola”, cujo objetivo era promover o ensino religioso nas escolas da rede estadual de ensino. Nenhuma está em vigor. A primeira foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a outra não obteve a sanção do governador.

Apesar da não vigência das citadas leis, a iniciativa do poder legislativo demonstra claramente a forte ligação das atitudes com a religião – especificamente a cristã, demarcando de forma negativa membros da sociedade em razão da orientação sexual. A dominação simbólica de que são vítimas os homossexuais se estabelece com o estigma imposto por meio dos “atos coletivos de categorização que dão margem a diferenças significativas, negativamente marcadas, e com isso a grupos ou categorias sociais estigmatizadas”, assume desta

forma a negação de sua existência legítima e pública, permanecendo invisível para o Direito, para o Estado. (BOURDIEU, 2012, p. 143-144).

Essa situação ficou nítida por ocasião das discussões tanto do Plano Nacional de Educação - PNE, como também dos Planos Estaduais - PEE e Municipais de Educação - PME, na quase totalidade de votações nas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, ao longo do ano de 2015.

Os planos de educação, propondo diretrizes para a educação a respeito de gênero e dos direitos da comunidade LGBT, foram veementemente criticados por entidades religiosas que levaram ativistas de movimentos religiosos para os locais de votação, sob o argumento da “ideologia de gênero”, objetivaram pressionar o legislador e fazer a retirada dos termos “gênero” e “LGBT” dos documentos, o que, foi conseguido, seguindo a mesma sorte do PNE, dissimulando o texto para tratar das questões relativas às diferenças de uma maneira mais geral e sutil. Desse modo o movimento LGBT:

Tem que exigir do Direito ([...]) um reconhecimento da particularidade, que implica sua anulação: tudo se passa, de fato, como se os homossexuais, que tiveram que lutar para passar da invisibilidade para a visibilidade para deixarem de ser excluídos e invisibilizados, visassem a voltar a ser invisíveis, e de certo modo neutros e neutralizados, pela submissão à norma dominante. Basta pensar em todas as contradições que a noção de ‘arrimo de família’ implica quando aplicada a um dos membros de um casal homossexual para compreender que o realismo que leva a ver no contrato de união civil o preço a ser para ‘retornar à ordem’ e obter o direito à visibilidade invisível do bom soldado, do bom cidadão ou do bom cônjuge, e, no mesmo ato, de uma parte mínima dos direitos normalmente concedidos a todos os membros da parte inteira, que é a comunidade (tais como os direitos de sucessão), dificilmente possam justificar totalmente, para inúmeros homossexuais, as concessões à ordem simbólica que um tal contrato implica, como, por exemplo, a condição de dependente de um dos membros do casal.” (BOURDIEU, 2012, p. 146-147).

Segundo Bourdieu (2012, p. 115) a família é a principal guardiã do capital simbólico, e, “as famílias burguesas não deixaram de investir

nas estratégias de reprodução, sobretudo matrimonial, visando a conservar ou aumentar seu capital simbólico”.

O Legislativo, deixando de regulamentar tais questões, faz com que o Judiciário tenha que apreciá-las individualmente a cada provocação e novamente, nessas decisões particularizadas, o Judiciário pode ou não se deixar influenciar pela religião, para isso,

[...] tomar consciência de que essas decisões estão informadas pela moral sexual cristã parece ser o primeiro passo para que o magistrado possa ser capaz de elaborar uma reflexão mais aprofundada a respeito do tema. A conscientização acerca desse condicionamento religioso é de grande importância, na medida em que os achados no presente estudo indicam que essa conscientização pode fazer a diferença em termos de como irá decidir o magistrado frente a uma demanda em matéria de direitos sexuais [...] (LOREA, 2008, p. 150).

O Poder Judiciário realçando a marca da religião nas decisões relativas às relações sociais com os demais elementos apontados neste item levam a considerar que há um (des)compasso da jurisprudência em relação ao tema.

### **2.3 O (des)compasso da jurisprudência: avanços e recuos**

Quando o legislador se omite no momento de inscrever os direitos dos homossexuais, como ocorreu com o veto do artigo 19 da Nova Lei de Adoção, o Judiciário é chamado a exercer uma função criadora do direito, quando temas como as uniões homoafetivas batem as suas portas.

Assim, o Judiciário continua a “dizer o direito” também de outras situações de exclusão, como ocorreu com a filiação fora do casamento ou em relação às uniões afetivas que não estavam institucionalizadas pelo casamento e que tomaram seu lugar para o reconhecimento. Agora, as uniões homoafetivas se apresentam e exigem seus direitos.

O fundamento para o reconhecimento dos direitos dos homossexuais, inicialmente, não foi pela situação de “entidade familiar”,

mas sim para a proteção da identidade sexual. O surgimento das demandas pelos direitos sexuais importa, para Lorea (2008, p. 79), nem tanto pela procedência ou não do pedido efetuado judicialmente, mas, principalmente, em razão da fundamentação da decisão, e resgata uma decisão de 1991, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 591.091.831 – 4ª Câmara Cível, decisão publicada em 05/06/91, cuja postulação referiu-se à alteração de registro civil para um transexual com a finalidade de alterar os documentos e adequá-los ao gênero, tema esse, até o momento, controvertido. Dessa decisão o autor analisa o voto vencido do relator que se posicionou contra o pedido.

O processo de feminilização não justifica a retificação pretendida, pois o apelado nasceu com a fisionomia e o biótipo masculino e por mais que deseje ser mulher, jamais o será, pois sob o aspecto biológico, somático, continuará sendo sempre do sexo masculino, de modo que a retificação do registro seria até mesmo uma falsidade, com a grave consequência de que poderia autorizar casamento com pessoa do mesmo sexo e ensejar ação de nulidade por erro essencial quanto à pessoa [...] (LOREA, 2008, p. 79).

O relator desse feito, conforme observa Lorea (2008), teve uma grande preocupação em não permitir a subversão da ordem, pois poderia ocorrer a união de duas pessoas do mesmo sexo, motivação suficiente para negar o pedido. O pedido de alteração foi deferido porque o voto do relator restou vencido, porém, espelha a contradição existente na temática.

No decorrer dos anos, outros pedidos foram surgindo: para repartir patrimônio, alimentos, direitos previdenciários. Inicialmente, as uniões homoafetivas eram vistas pelo Poder Judiciário como sociedades de fato, relegando a discussão ao campo de direito obrigacional. No entanto, discussões sobre a competência da Vara de Família para o julgamento das uniões, sob o fundamento no Direito de Família e não apenas obrigacional, emergiram e são causas de grande debate atualmente.



O reconhecimento da competência da Vara de Família para julgar litígios provindos das uniões homoafetivas se deu, inicialmente, através do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (DIAS, 2008, p. 186), tribunal reconhecido pela vanguarda das decisões, por esse motivo, foi importante a investigação proposta por Lorea (2008), sobre a conjugalidade homossexual e religião justamente no tribunal de vanguarda das decisões relativas aos direitos dos homossexuais e, mesmo assim, com uma importante influência da religiosidade.

No Brasil há uma “tendência negativa do Poder Legislativo, que reluta em não admitir a entidade familiar composta de convivência de pessoas do mesmo sexo” (AZEVEDO, 2011, p. 455), ou seja, ocorre um “vazio legal no trato da dimensão familiar dos vínculos afetivo-sexuais para os homoafetivos, o que faz com que ora seja afirmada, e, ora seja negada” (MELLO, 2006), conforme pode ser observado em algumas decisões a seguir alinhadas:

1. Em julgamento de 01/03/2000, a 8ª Câmara Cível, entendeu pela possibilidade jurídica do pedido, em ação de reconhecimento de união estável entre homossexuais ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo. (RIO GRANDE DO SUL, 2000).
2. Em 2003, o Conselho Nacional de Imigração determinou, por meio de resolução administrativa, que a concessão de visto temporário ou permanente ou permanência definitiva a estrangeiros companheiros/as de brasileiros não deve fazer distinção de sexo. Ou seja, em outras palavras, os casais homossexuais passam a ser reconhecidos para efeito de concessão de visto a estrangeiro, contanto que provem viver em união estável.
3. Em janeiro de 2005 foi proposta pelo Ministério Público a ação civil pública número 2005.61.18.000028-6, na Subseção Judiciária Federal de Guaratinguetá em Taubaté – SP, para permitir o casamento entre homossexuais, argumentando que o Código Civil brasileiro não proíbe as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O pedido liminar foi negado

sob o fundamento de que o estado de casado implica em consequências de ordem moral e de relações jurídicas dos cidadãos, de modo que seria inconveniente uma decisão liminar para tal situação (BRASIL, 2009).

4. Em janeiro de 2005, decisão proferida no Recurso Especial Eleitoral nº 24.564 impugnou a candidatura de Eulina Rabelo ao cargo de prefeita de Viseu - PA. O Superior Tribunal Eleitoral, por seis votos a zero, decidiu sobre a sua inelegibilidade, sob o fundamento de que as pessoas que estão em uma "relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no artigo 14º, § 7º, da Constituição Federal". O voto foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL-TSE, 2005).
5. Em novembro de 2005, o juiz da Vara da Infância e da Juventude de Bagé - RS, Marcos Danilo Edson Franco, concedeu a adoção de duas crianças a um casal de mulheres que mantém relação homoafetiva. As meninas são irmãs biológicas e cada uma delas já tinha sido adotada por uma das parceiras, decisão confirmada em 05/05/2006, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através do acórdão 70013801592, da 7ª Câmara Cível, onde foi relator o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, por decisão unânime (RIO GRANDE DO SUL, 2005).
6. No final de 2008, no Recurso Especial nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4), da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgamento de 02/09/2008, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Constituição não proíbe expressamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os ministros mandaram a 4ª Vara de Família de São Gonçalo - RJ julgar o processo ajuizado pelo agrônomo brasileiro Antônio Carlos Silva e o canadense Brent James Townsend. O objetivo principal do casal que propôs a ação foi pedir visto permanente para que o estrangeiro possa viver no Brasil a

partir do reconhecimento da união estável. Eles vivem juntos há 20 anos. A ação foi extinta no primeiro grau de jurisdição, sem análise do mérito, porque o juiz entendeu que ocorreu a carência de ação por falta de interesse processual. As partes recorreram, sendo que a discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que proferiu essa importante decisão que servirá de norte às demais situações propostas perante a Justiça e que justifiquem a aquisição de direitos em razão da afetividade e não apenas por questões contratuais (BRASIL-STJ, 2008).

7. Em 27 de abril de 2010, através do REsp 889.852-RS, da 4ª Turma, que teve como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a adoção – baseado no relatório social positivo, emitido pela assistente social que atendeu ao caso, para pessoa que mantém união homoafetiva – de duas crianças, irmãos biológicos, já adotadas pela companheira. O fundamento foi o do direito à convivência familiar das crianças bem como o de que perante lacuna da Lei, posto que inexistente previsão legal que permita a inclusão do nome de companheiro do mesmo sexo como adotante, não é óbice à proteção que o Estado deve proporcionar às crianças e adolescentes.
8. Julgado em 16 de agosto de 2010 e publicado no Diário do Supremo Tribunal Federal no dia 24 de agosto de 2010 (p. 147, edição 157/2010), o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio de Melo, garante o direito de união homoafetiva em cadastrar-se perante os registros de adotantes, em conjunto, sem limitação de sexo ou idade da criança ou adolescente, ao negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Paraná, que postulava pela manutenção da sentença de 1º grau que deferiu o pedido de inscrição de adoção para habilitar os adotantes a adotar crianças ou adolescentes do sexo feminino, com faixa etária a partir dos 10 anos, ressalva essa considerada discriminatória pelas partes.

9. Em 2012 um casal homossexual teve o pedido de habilitação para casamento negado pela juíza Sirlei Martins da Costa, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia. A decisão da magistrada vai contra o entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal), que em maio do ano de 2011 reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar. Na sentença emitida no dia 1º de julho de 2012 a decisão teve como fundamento que, mesmo o STF reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar o casamento homoafetivo depende de uma lei específica. Assim, segundo ela, o casamento só seria possível se houvesse uma mudança na legislação brasileira. A mesma juíza, dois anos após, muda a posição e passa a deferir os casamentos.
10. Em 14 de maio de 2013 o CNJ aprovou a Resolução 175 do CNJ, de 14 de maio de 2013, determinando no artigo 1º que “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável.”
11. Em 2013, mesmo após a Resolução do CNJ, um promotor de justiça de Florianópolis - SC negou a habilitação de casamento, justificando que a situação era “anômala”, porque “protagonizada por pessoas do mesmo sexo [...]”, utilizando a interpretação literal da CR/88. Em razão da Apelação Cível nº 2012.060613-9, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 18 de junho de 2015 manteve a decisão de primeiro grau, proferida por Alexandre Moraes da Rosa, que reconheceu a conversão da união estável em casamento. Foi o primeiro caso de Florianópolis. O Ministério Público recorreu e a decisão foi mantida (SANTA CATARINA-TJ, 2015).

Não obstante as decisões positivas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, que não tinham efeito vinculante, quanto ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar dependia do juiz do feito, causando

insegurança aos cidadãos homossexuais que precisam exigir na Justiça o reconhecimento e a efetivação de seus direitos.

No entanto, duas ações relacionadas aos direitos dos homoafetivos tramitavam no Supremo Tribunal Federal: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - nº 132/2008-RJ, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de garantir aos funcionários estaduais do estado do Rio de Janeiro, que mantem relações homoafetivas estáveis, os mesmos benefícios (assistência, licença e previdência) decorrentes da união heterossexual e a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - nº 4277/ 2009, proposta pela Procuradoria Geral da República, cujo pedido era o “reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”.

E, numa decisão histórica, nos dias 04 e 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como ação direta de inconstitucionalidade, após seguindo-se julgou procedente, as duas ações, com “eficácia *erga omnes*”, ou seja, atingindo a todos os cidadãos em situação de união homoafetiva e “efeito vinculante” para todos os demais órgãos do poder judiciário, ou seja, a partir de então, todas as demandas propostas no judiciário, que visem discutir o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, serão decididas conforme este julgado.

A decisão do STF, segundo DIAS (2011), estendeu para a união homoafetiva 112 direitos que até então eram exclusivos dos casais heterossexuais que vivem juntos.

Não obstante a decisão, que foi amplamente divulgada, na semana que se seguiu a decisão, observou-se na mídia a dificuldade de Tony Reis e David para registrar a união estável de 21 anos. O casal passou por quatro cartórios antes da resposta positiva para o registro público desta união. Este fato demonstra que o legislador deve

atuar, pois ao ter os direitos negados a única alternativa que restará ao casal homoafetivo será socorrer-se do judiciário, cuja decisão, em razão da súmula vinculante, será mais rápida e eficaz.

Porém, merece destaque o fato de que a decisão não vincula todos dos direitos da união heterossexual, como a adoção de crianças e adolescentes, por exemplo. Para tanto, a discussão persiste.

Em consequência das discussões provocadas por esse julgamento, em 14 de maio de 2013, O CNJ aprova, durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução nº 175, estabelecendo que a partir de 16 de maio de 2013 as autoridades competentes de todo o Brasil não podem recusar a celebração de casamentos civil ou a conversão em casamento da união estável relacionados a pessoas do mesmo sexo.

Até o ano de 2014 foram realizados 3.701 casamentos amparados nesta resolução, conforme estatística divulgada pelo IBGE.

O Judiciário não pode se omitir ante a falta de leis específicas para julgar as situações reclamadas pelas partes. Na falta de normas jurídicas específicas a respeito de determinado assunto o juiz pode recorrer aos princípios gerais, os quais, quase na totalidade, estão insertos na Constituição Federal.

Quando se trata das questões relativas ao reconhecimento das uniões homoafetivas, a base principiológica utilizada pelos julgadores, ao reconhecê-la como entidade familiar, está no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ou seja, na condição de ser humano digno, merecedor de respeito, respeito nas suas particularidades, nas suas diferenças, pois

[...] o que une os seres humanos, e os iguais entre si, é que todos, independentemente dos seus níveis de renda ou de educação e do país em que vivem, são lançados num mundo de mercados e de técnicas que ultrapassa o seu meio de origem, seus valores e suas formas de organização e no qual cada um corre o risco de ser reduzido a viver acontecimentos fragmentados, a ziguezaguear de uma situação a outra perdendo a unidade da própria personalidade [...] mas este mundo é também aquele no qual o

indivíduo procura ser o Sujeito de sua existência, de fazer de sua vida uma história singular [...] (TOURAINÉ, 1998, p. 69).

Sendo o sujeito autor de sua história singular, interage de formas diferentes na sociedade. Por isso há necessidade de se procurar um princípio de igualdade, segundo Touraine (1998, p. 71), “na vontade e no esforço de cada um para ser diferente de todos os outros e criar sua própria particularidade”, por que “somos iguais entre nós somente por que somos diferentes uns dos outros” (1998, p. 72). Assim,

[...] há necessidade de se pensar no direito à diferença, pois dada a diversidade de manifestações da sexualidade (heterossexuais, bissexuais, transexuais, homossexuais) não se pode reivindicar direitos igual para todos, é necessária a especificidade [...] (GRIGOLETO, 2004, p. 67).

Ou seja, há necessidade de se pensar nas diferenças, sejam físicas ou biológicas, para que os homossexuais possam ser sujeitos socialmente reconhecidos como cidadãos, tanto na ordem pessoal ou na questão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. É preciso discutir a questão com caráter de seriedade e inclusão. Faz-se necessário a exigência dos direitos por parte dos homossexuais e também há necessidade de que essa discussão e reconhecimento sejam feitos de forma a tornar a sociedade consciente das relações existentes – e de que qualquer forma de exclusão é forma de negar a cidadania.

## **2.4 Relacionamentos homoafetivos e a conjugalidade homossexual**

As lutas do reconhecimento dos direitos dos homossexuais, inicialmente, eram restritas às esferas do “trabalho, do lazer e do acesso a bens e serviços. Atualmente, o reconhecimento destes direitos impõe também, a discussão acerca da conjugalidade e da parentalidade dos homossexuais” (MELLO, 2006, p. 4). Isso porque a Constituição Federal, no artigo 1º, estabelece como princípio basilar do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, o que implica

em dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas e, efetivamente, nas relações sociais.

Para Dias (2008, p. 174), não existe o Estado Democrático de Direito enquanto mantiverem-se os homossexuais como segmentos-alvo da exclusão social. Ao tratar esses homens e mulheres como criminosos ou pecadores nega-se a sua condição humana e cidadã, porque a sexualidade “íntegra a própria condição humana, é um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza” e “como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível”.

É contraditória uma sociedade que se proclama defensora da igualdade no discurso legal, enquanto que nas relações sociais mantém uma posição discriminatória nas questões da homossexualidade. Essa situação é uma negativa da condição do “ser” cidadão.

Ainda para Dias (2008, p. 175), não há como se excluir a homossexualidade do mundo do direito porque a sua inclusão no rol dos direitos fundamentais é imperativa, ou seja, eventuais leis ou interpretações que possam desnaturar os direitos dos homossexuais, inclusive no tocante à conjugalidade, não tem amparo, porque a afetividade faz parte das relações humanas. Assim, a afetividade dos homossexuais tem guarida no rol dos direitos humanos fundamentais, ou seja, da dignidade da pessoa humana, independentemente da sua orientação sexual. Além do que

[...] o direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos da personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica [...] (DIAS, 2008, p. 175).

Estabelece o comando constitucional que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Mas afinal, o que é família? A “instituição” família é reconhecida em todas as sociedades,



porém, esse reconhecimento ocorre limitado a “determinadas formas padronizadas pelo modelo hegemônico em um dado contexto histórico” (ALMEIDA, 2008, p. 10).

A família patriarcal, utilizada para retratar o modelo de família da sociedade brasileira, foi por muito tempo aceita como “representativa, estática e praticamente única para exemplificar toda a sociedade brasileira, esquecidas as variações que ocorrem na estrutura das famílias em função do tempo, do espaço e dos grupos sociais” (SÂMARA, 1985, p. 8).

Inúmeras são as concepções para a família, dependendo do olhar que para ela seja dirigido. O fato é que “a família é, ao mesmo tempo, origem e consequência de forças diversas, quer psicológicas, como sociológicas, econômicas e culturais” (ALMEIDA, 2008, p. 3).

Após a década de 1980, com a visibilidade dada por movimentos sociais aos mais diversos grupos, emerge a configuração de novas organizações familiares, rechaçando um modelo universal. Desse modo, chegam ao debate as famílias monoparentais, homoafetivas, de afeição, enfim. Para uma “visão conservadora, as novas famílias se configuram como uma ‘desestruturação’; para os que lutam e defendem a liberdade das expressões humanas, elas são o direcionamento de uma sociedade mais igualitária” (ALMEIDA, 2008, p. 3).

A classificação teórica de família, conforme Uziel (2007, p. 19), pode ser dada em razão do número de pessoas que compõe os laços parentais com a criança (monoparental ou pluriparental), da forma de composição (recomposta ou por adoção) e também se propõe a reflexão em função da orientação homossexual dos pais, ou seja, a homoparentalidade.

O fato é que a família sofreu transformações ao longo dos tempos, seja pela eliminação de seu papel como unidade produtiva, ou porque a estrutura patriarcal foi fragilizada, ou ainda em razão da separação entre sexualidade, conjugalidade e procriação (DIAS, 2006, p. 396), segundo a autora alguns fatores, também contribuíram para as transformações da concepção da família nos últimos tempos,

como por exemplo a elevação da idade média das mulheres em seu primeiro casamento e no primeiro parto, o que tem retardado a formação de novas famílias; diminuição do tamanho das famílias e dos lares; aumento das responsabilidades financeiras dos pais, que passam a ter dependentes mais jovens e também mais velhos; elevação do número de lares chefiados por mulheres; maior participação das mulheres no mercado de trabalho formal e modificação na balança de responsabilidade econômica nas famílias.

As mutações familiares são complexas e Uziel (2007, p. 14) as-sinala que isso decorre em parte da fragilidade de sua visibilidade, apontando que no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente não restringe a família à existência de dois sexos como casal parental.

Basta que exista um e sua prole, oferecendo reconhecimento e visibilidade para uma situação fática. Apesar de esta lei existir há mais de 10 anos, operadores do direito e técnicos ainda fazem referência a casais quando querem falar sobre requerentes à adoção, por exemplo, esquecendo que a legislação concede direitos iguais aos solteiros. Embora os novos modelos de família constituam realidade, ainda são pouco absorvidos pelo discurso dos profissionais da justiça e da sociedade civil como um todo [...] (UZIEL, 2007, p. 14).

Dias (2008) afirma que o artigo 226 da Constituição Federal é cláusula geral de inclusão, e outorga proteção à família independente da celebração do casamento, marcando um novo conceito de entidade familiar, com a proteção a outros vínculos afetivos. De consequência, não se admite excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência de vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo [...] (DIAS, 2008, p. 172-173).

Excluir os homoafetivos da condição de entidade familiar é negar a cidadania aos homossexuais, é o retorno às primeiras concepções do termo cidadania, em que a exclusão era a marca da qualidade

do não cidadão. O direito à constituição de família, à paternidade/maternidade dos homossexuais encontra amparo frente aos princípios constitucionais que orientam o Estado brasileiro, quais sejam, o princípio da isonomia, da dignidade do ser humano, da liberdade de expressão e incluem os homossexuais na condição de cidadãos.

## 2.5 Uniões homoafetivas e adoção

Tratar da união homoafetiva com o manto do direito de família impõe proporcionar aos homossexuais o direito à paternidade/maternidade.

A pertinência em se tratar de homossexualidade quando o tema é família não tem uma resposta simples. É fato que hoje homossexuais ocupam não apenas o lugar de filhos, mas o de pais, na estrutura familiar. A discussão a respeito não inaugura essa realidade social, dá apenas visibilidade a tal condição e a inclui na pauta da conquista de direitos, concorrendo para a extensão da concepção de entidade familiar [...] (UZIEL, 2007, p. 197).

Leite (2005, p. 101) mostra que o tema difícil, controvertido e complexo da adoção por homossexuais ainda não foi enfrentado, no Brasil, com a profundidade científica e o rigor metodológico que a problemática exige. Ainda coloca que sempre quando se trata da adoção por homossexuais, o questionamento está em se um homossexual pode ou não adotar? Se os homossexuais são ou não assimiláveis aos casais heterossexuais?

Assevera Leite (2005, p. 118) que “[...] entre o direito das crianças, de terem pai e mãe, e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito, em detrimento deste [...]”, ou seja, o escopo perseguido pela legislação atual é o interesse da criança e esse escopo está na maioria das legislações estrangeiras, não é um ato isolado, está no direito interno e no direito internacional. O interesse da criança ou adolescente é um dos fundamentos para se deferir ou não a adoção, ou seja, a orientação sexual não deve ocasionar o deferimento, ou indeferimento, da adoção, até mesmo porque,

[...] a restrição não mais se justifica. As únicas exigências para o deferimento da adoção (CC 1625 e ECA 43) são as que apresente **reais vantagens** para o adotado e se fundamente em motivos legítimos. Ora, vivendo o adotado com quem mantém um vínculo familiar estável, excluir a **possibilidade de adoção, e mantê-lo institucionalizado**, só vem em seu prejuízo [...] (DIAS, 2006, p. 396, grifo nosso).

Importa em dizer que a criança e o adolescente têm o direito à convivência familiar, ou seja, tem direito a viver com uma família. Mantê-lo institucionalizado é diminuir a perspectiva da efetividade de cidadania.

A análise da legislação vigente aponta que a família adotante é fator decisivo para o deferimento da medida. A definição atual de família tem o afeto como determinante. Hoje se sabe que o afeto é a mola propulsora da formação da personalidade, assim,

[...] a oportunidade de repensar todo o Direito de Família se coloca em um momento particularmente especial: o final do século é, pois, o início de uma nova era. Aos juristas cabe a tarefa de adaptar os novos valores a bases jurídicas mais sólidas, mais reais, perfeitamente reprodutoras da realidade social, de modo a garantir aos seres humanos, como cônjuges, pais ou filhos, a plena realização de seu destino humano [...] (LEITE, 2005, p. 10).

Até o ano de 2006 pode-se dizer que o sistema legislativo não reconhecia, em termos de formação de família, as realidades das uniões homoafetivas. Contudo, em 07 de agosto de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11.340, Lei Maria da Penha, cuja finalidade é coibir a violência doméstica contra a mulher, por isso precisou estabelecer os contornos para a definição de família e o fez no seu artigo 5º, inciso II, estabelecendo tais contornos “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” e, nesse contexto, inseriu as relações homoafetivas consideradas como família através do enunciado contido no parágrafo único.

Com a Lei Maria da Penha, pela primeira vez em termos de legislação, a família é reconhecida também pela comunidade formada por indivíduos unidos por afinidade ou vontade expressa, mesmo que não se considerem aparentados, independentemente da orientação sexual que possuam.

As pessoas em uniões homoafetivas são protegidas por princípios constitucionais, por isso tais situações devem ser respeitadas, pois princípios constitucionais são as verdades primeiras (SPENGLER, 2003, p. 53). Abordar a temática relativa à união homoafetiva através do direito de família é efetivar o pleno exercício da cidadania aos homossexuais, garantia assegurada face aos princípios da igualdade, da liberdade, e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Dias (2006, p. 396) assevera que inexistente obstáculo legal à adoção homossexual e, ainda, que o Judiciário vem concedendo a medida sem necessidade da ocultação da orientação sexual no momento da habilitação, porém, ressalta uma curiosidade sobre a habilitação dos pretendentes à adoção:

Não se questiona sequer ao pretendente se ele mantém relacionamento homoafetivo. Não é feito o estudo social com o parceiro do candidato, deixando-se de atentar que a criança viverá em lar formado por pessoas do mesmo sexo. Logo, a habilitação é deficiente e incompleta. Deixa de atender aos prevalentes interesses do adotando [...] (DIAS, 2006, p. 396).

Entende a autora que a restrição da adoção em uniões homoafetivas não mais se justifica e que as únicas exigências para o deferimento da adoção são as reais vantagens oferecidas para o adotado, fundamentadas em motivos legítimos. Acrescenta ainda que:

A jurisprudência vem avançando. Já foi deferida a guarda à companheira da genitora que veio a falecer. Também foi deferida a guarda ao companheiro travesti do pai, a quem a criança sempre reconheceu como mãe. O grande tabu continua sendo a adoção, mas já começaram a surgir antecedentes. A decisão pioneira ainda pende de recurso<sup>11</sup>.

---

11. A autora refere-se respectivamente: 1º) o juiz de Direito Leonardo Castro Gomes, da 1ª Vara da Infância e Juventude do RJ, em 08/01/2002 concedeu a guarda do filho de 8 anos

[...]

A postura omissiva da justiça olvida tudo que vem sendo construído, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre a identificação das relações de parentalidade. A filiação socioafetiva sobrepõe-se a qualquer outro vínculo, quer biológico, quer legal. Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber [...] (DIAS, 2006, p. 397).

No dia a dia, a discussão sobre as causas do abandono, a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas e os direitos dos homossexuais, especialmente no tocante ao reconhecimento das uniões homoafetivas, como uniões aptas ao direito de família, não é simples. A discussão pode ser consolidada para o reconhecimento dos direitos de ambas as categorias a partir da mudança cultural de valores.

Com *status* de direito fundamental, garantido constitucionalmente, o pleno exercício dos direitos culturais deve apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (Constituição Federal de 1988, artigo 215), estabelecendo os modos de criar, fazer e viver como patrimônio cultural (Constituição Federal de 1988, artigo 216, § II).

O preâmbulo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001) enuncia cultura como

[...] conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou

---

de idade a sua companheira; 2º) Pelo juiz de Direito Marcos Henrique Caldeira Brant, da Comarca de Santa Luzia - MG, em 2/10/2001 foi deferida a guarda do filho biológico ao travesti, companheiro de seu genitor. Desde o nascimento o menino vivia com o pai e seu companheiro, sendo que, com a concordância da mãe, havia sido registrado com o sobrenome dos pais biológicos e do parceiro do genitor; 3º) O juiz de Direito Júlio César Spoladore Domingos, da Comarca de Catanduva - SP, em 05/07/2005 habilitou um candidato e seu companheiro à adoção; e 5º) em novembro de 2005 o juiz da Vara da Infância e da Juventude de Bagé - RS, Marcos Danilo Edson Franco, concedeu a adoção de duas crianças a um casal de mulheres que mantém relação homoafetiva. As meninas são irmãs biológicas e cada uma delas já tinha sido adotada por uma das parceiras.

um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças [...] (DECLARAÇÃO, 2001).

Quando o “homem vê o mundo através de sua cultura tem como consequência a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural”, situação essa denominada etnocentrismo, o qual pode inclusive ser responsável por “numerosos conflitos sociais” (LARAIA, 2002, p. 72), na medida em que existe na sociedade uma pluralidade de culturas que convivem entre si.

Como forma de combater o etnocentrismo, a garantia de efetivação desse direito fundamental à cultura, proclama também o respeito ao multiculturalismo e à diversidade cultural.

Santos e Nunes (2003, p. 27) estabelecem a diferença entre a cultura – “um dos campos do saber institucionalizados no Ocidente” – e a pluralidade de culturas – que tem como base os “critérios de valor estéticos, morais ou cognitivos, que definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam”. A concepção que reconhece a pluralidade de culturas coexiste com a anterior e é definida “como totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida baseados em condições materiais e simbólicas”.

A reflexão sobre cultura é relevante na medida em que, para o exercício dos direitos culturais, garantidos constitucionalmente, podem ser impostos, na prática, a adoção de determinados padrões culturais dominantes, em detrimento de manifestações culturais de tradições diversificadas, o que novamente causaria a negação da cidadania das minorias.

É dentro dessa ótica que a adoção em uniões homoafetivas deve ser analisada. Não somente focalizada no ato adoção, ou no direito dos homoafetivos adotarem, mas sim na criação de uma nova cultura, na possibilidade da exigência dos direitos. Como cidadãos que são, a criança e o adolescente devem exigir seus direitos à convivência familiar e, os homoafetivos, exigir o seu direito ao respeito,

à liberdade, à igualdade, pois a cultura é dinâmica, não é feita de modelos rígidos,

[...] cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para atenuar o choque de gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir [...] (LARAIA, 2002, p. 101).

O desenvolvimento animal impôs, segundo Laraia (2002, p. 42), a aquisição de uma nova característica que importa em perder a anterior, e isso ocorreu com o ser humano pelo menos uma vez, quando adquiriu a cultura.

O ser humano perdeu a sua característica animal, determinada geneticamente, “de repetir atos de seus antepassados, sem a necessidade de copiá-los ou de se submeter a um processo de aprendizado” e passou a ter a capacidade de observação das mudanças latentes na sociedade, de tomar decisões e de ser o senhor dos seus atos e o responsável por suas consequências. Isso deu ao ser humano a possibilidade de construir sua história, contudo, essa construção, conforme Marx (1978, p. 329), não é feita como cada um quer e sim através de circunstâncias transmitidas e impostas pelo passado, que vêm e “oprimem como um pesadelo o cérebro dos vivos”, ou seja, é num cenário de contradições entre a possibilidade de construir a história e as circunstâncias impostas no meio onde o ser vive que surge a capacidade da mudança, da revolução, da criação.

Dessa capacidade de mudança, a “adoção por homoafetivos” pede o debate quando analisada sob o prisma da atual concepção de cidadania, do direito a ter direitos, necessitando do compromisso do Poder Público e da sociedade que deve acompanhar as novas perspectivas, o multiculturalismo, a diversidade cultural, materializando uma transformação ético-social.



Conclui-se que pessoas em união homoafetiva, seja pelo casamento ou em união estável, enquanto cidadãos, podem habilitar-se para adotar uma criança ou um adolescente, e uma criança ou um adolescente, privados do convívio familiar, podem, enquanto cidadão, ter efetivamente garantido o seu direito ao convívio familiar, entendendo que a família é a união de pessoas que possuam entre si afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Essa é uma condição de cidadania para ambos (criança/adolescente e homossexuais) que vivem num Estado Constitucional, Social, Democrático e de Direito Social. Têm eles assegurada a participação, a inclusão, porque

[...] a verdadeira democracia consiste na abertura de espaços de participação em todos os setores da vida, permitindo a cada ator social a afirmação de sua identidade, a criação de vínculos, o desenvolvimento da consciência política e da responsabilidade social, bem como a realização da autonomia [...] (DIAS, 2003, p. 73).

A ampliação da garantia da participação das crianças e dos adolescentes cidadãos na vida familiar e comunitária através da adoção por pessoas em união homoafetiva garante, igualmente, a participação dos homossexuais como entidade familiar, o que, por conseguinte, amplia os direitos e garantias deles enquanto cidadãos.