3

Adoção

Basicamente são três as situações quando há a intenção por concretizar-se a adoção de uma criança: quando se busca a habilitação para a adoção; quando o interessado já convive com a criança e procura legalizar a situação buscando a Justiça; e quando se adota o filho do cônjuge, chamada adoção unilateral (Uziel, 2007).

No primeiro caso, em que se pretende habilitação para a adoção, todos os interessados, casais ou solteiros, que desejam adotar, mas que não têm, nenhuma criança em vista, passam pelo processo de habilitação. Ao final do processo, podem receber um certificado de habilitação válido por um ano, ou pode ocorrer a inabilitação (Uziel, 2007).

As várias etapas até a habilitação, no Brasil, são as seguintes: os interessados devem apresentar um requerimento com a solicitação de inscrição no cadastro do banco de adoção juntamente com os documentos exigidos, apontando as características da criança ou do adolescente que deseja adotar. Esse requerimento é autuado pelo cartório e recebe numeração, em ordem cronológica crescente, conforme a respectiva apresentação dos candidatos. Posteriormente, os autos são encaminhados ao Setor Técnico do Fórum, para serem realizadas as avaliações psicológica e social. A próxima etapa é o encaminhamento dos autos, com os relatórios das avaliações dos psicólogos e assistentes sociais, à Curadoria da Infância e Juventude. Nesta etapa, o Promotor Público deve se manifestar, antes da decisão judicial, para a inclusão do cadastro de adoção. Em caso de deferimento pelo juiz, os candidatos passam a fazer parte do cadastro e esperam ser chamados pelos profissionais da Vara da Infância, para conhecerem as crianças com as características que relataram durante o processo de avaliação. Dependendo do parecer do juiz, os candidatos podem passar por nova avaliação no prazo de seis meses ou ter a inscrição indeferida (Farias & Maia, 2009).

Vale ressaltar que, não apenas na busca pela habilitação para adoção, mas também quando o interessado já convive com a criança, os requerentes são entrevistados por psicólogos e assistentes sociais. Posteriormente, o processo é encaminhado ao Ministério Público e ao juiz. Havendo divergência entre eles, o

processo pode seguir para análise em segunda instância. O Ministério Público dirige-o para a Procuradoria de Justiça. Esta fornece seu parecer, que passa ao Tribunal de Justiça para uma decisão final (Uziel, 2007). Ou seja, não basta a vontade de adotar, existe, conforme relatado, uma série de exigências e busca-se esclarecer o que estaria motivando o desejo de parentalidade por meio da adoção.

Conforme Leite (1995, p. 204-205), “a adoção é um ato jurídico e um ato de vontade que se prova e se estabelece através de um contrato ou de um julgamento (ato de vontade do juiz, mas que supõe previamente a vontade do(s) interessado(s)).”

A lei nº 12.010/09, que altera a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), legisla sobre a adoção e estabelece os requisitos para o adotante. A seguir, algumas disposições importantes contidas na referida lei: a) o adotante deve ter mais de 18 anos de idade; b) podem adotar conjuntamente, quando casados ou em união estável; c) os divorciados, separados judicialmente e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, desde que o período de convivência com a criança tenha se iniciado antes da separação, que acordem sobre as visitas e a guarda, e também que sejam demonstrados laços afetivos com o pretendente; d) o estágio de convivência será acompanhado por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que realizará relatório acerca da conveniência entre o pretendente e o possível adotado. Além disso, a adoção pelo adotante deve significar vantagens legítimas para o adotado, proporcionando ambiente familiar em que este possa se desenvolver psíquica e fisicamente, de maneira saudável; motivos da adoção devem ser autênticos, ou seja, a motivação de adotante deve ser vivenciar a paternidade/maternidade. Este é avaliado e as informações chegam ao juiz, essencialmente, por meio dos pareceres psicológicos e sociais (Farias & Maia, 2009).

Maldonado (1999) acredita que, devido à extensa burocracia existente no processo de adoção, há, no Brasil, um grande número de adoções ilegais, como por exemplo a chamada “adoção à brasileira”, na qual a família recebe o bebê e o registra como filho, sem passar pelos trâmites legais. Cabe observar que esse tipo de ação constitui crime de falsidade ideológica. Para a autora, as famílias que querem adotar, na maior parte das vezes, acabam recorrendo a tais meios no

intuito de evitar serem tão rigorosamente examinadas, controladas e fiscalizadas para se determinar se estão aptas ou não a receber a criança.

Vale ressaltar a grande discrepância existente, no Brasil, entre as inúmeras etapas exigidas para que se concretize a maternidade através da adoção, e a “facilidade”, em termos burocráticos, em concretizá-la com o auxílio das novas tecnologias reprodutivas.

Dentre as possibilidades de adoção, a *open adoption*¹⁴, um tipo de adoção em que as mães e/ou pais biológicos e a família adotiva conhecem a identidade um do outro, surge como uma opção de parentalidade para casais de gays e lésbicas, assim como de heterossexuais. A criação dos filhos numa constituição familiar que não seja aquela composta por um casal pode ser complexa e repleta de desafios como também satisfatória. Em estudo longitudinal Goldberg, Kinkler, Richardson e Downing (2011) entrevistaram quarenta e cinco casais (quinze de heterossexuais, quinze de gays e quinze de lésbicas) que escolheram a *open adoption*. O estudo elucida o complexo processo de construção de um caminho viável para a parentalidade através dessa modalidade de adoção. Dada a natureza longitudinal do estudo, a análise indicou casais que adotaram, muitas vezes, sendo capazes de desenvolver relacionamentos satisfatórios com os pais biológicos, mesmo que isso tenha sido um desafio. Esta modalidade de adoção, apesar de não ser exatamente o exercício da co-parentalidade, traz a possibilidade de algum tipo de contato entre pais e/ou mães, biológicos e adotivos.

A modalidade de adoção unilateral, por sua vez, também traz a convivência entre pais e/ou mães biológicos e adotivos e é utilizada tanto por famílias hetero quanto homoparentais como recurso para a legitimação dos vínculos com seus filhos, como será especificado a seguir.

Adoção unilateral

Tal adoção é prevista na Lei Federal n. 12.010/09, em seu artigo 41, parágrafo 1º: “Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-

¹⁴ De acordo com Grotenvant, McRov, Elde e Fravel (1994) a *open adoption* é caracterizada por trocas de informações em diversos níveis como através de cartas, fotos ou visitas entre os pais biológicos e os adotivos, antes ou depois da adoção.

se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes”.

Essa forma de adoção é comumente utilizada quando, entre casais heterossexuais, em função de uma segunda união conjugal, homens buscam adotar o filho de sua atual esposa. Segundo Brito e Diuana (2002), em estudo realizado junto à Justiça da Infância e da Juventude, foram analisados pedidos de adoção por parte do atual cônjuge ou companheiro, com relevância para as implicações na destituição do poder familiar do pai biológico. Pais e irmãos biológicos passam a ser, perante a lei, estranhos. Tornam-se ex-pais e ex-irmãos, por exemplo. Por outro lado, pessoas estranhas legalmente, até outro dia, tornam-se pais, irmãos e avós.

Caso o pai biológico seja destituído do poder familiar e a adoção se concretize, haverá um novo nascimento, conforme as referidas autoras, uma nova identidade para a criança. Cancela-se o registro anterior, há mudança de identidade e ruptura de vínculo legal com a linhagem paterna.

Vejamos a seguir como esta modalidade de adoção vem sendo utilizada nos casos de uniões homossexuais.

Adoção unilateral como recurso de legitimação de vínculos

Como já mencionado, quando do nascimento de uma criança que foi desejada e planejada conjuntamente por um casal de mulheres, optando-se pelo uso das novas tecnologias reprodutivas com doação anônima de sêmen, só há vínculo legal entre o bebê e a mulher que o gerou, embora, muitas vezes, as duas mulheres se considerem mães da criança.

Assim, o ajuizamento de uma ação de adoção por parte da mãe não biológica, a co-mãe¹⁵, é, por vezes, efetuado objetivando-se a legalização antes inexistente do vínculo. Dessa forma, a utilização deste tipo de adoção, por casais homossexuais, pode apresentar características distintas daquelas explicitadas

¹⁵ Co-mãe foi o termo escolhido para ser utilizado nesta dissertação quando em referência a companheira da mãe biológica, que planejou juntamente com ela a maternidade. Ao denominá-la desta forma não há nenhum tipo de hierarquização em relação à mãe (que gerou e concebeu a criança). Tal denominação não é ideal, contudo, acreditamos ser a mais adequada para que se compreenda quando for preciso mencionar alguma diferenciação entre mãe biológica e mãe não biológica. Quando a diferenciação for desnecessária, utilizaremos o nome mães.

acima, entre casais heterossexuais. Primeiramente, porque, na configuração familiar descrita, não há destituição do poder familiar. Não há substituição de um pai por outro ou de um pai por uma mãe, há, sim, um acréscimo. A adoção pela mãe não biológica deixaria intactos os direitos da mãe biológica e criaria um status parental legalmente reconhecido para a primeira. Em outras palavras, criaria-se espaço legal para a mãe não biológica, sem anular os direitos parentais da mãe biológica.

Já numa família homoparental reconstituída, a situação seria distinta. A questão da destituição do poder familiar estaria também presente. Hequembourg (2004) aponta que, das cinco madrastas¹⁶ participantes de estudo, nenhuma delas adotou filhos biológicos de suas parceiras, estes provenientes de relacionamentos anteriores. Todas demonstraram frustração em relação às restrições legais que impediam a partilha de direitos entre a mãe biológica, sua parceira e o pai biológico das crianças. Seria necessária, no caso, a destituição do poder familiar do pai, para que a madrasta pudesse adotar a criança. Na maioria dos casos estudados, o casal decidiu que não se sentiria à vontade para tratar sobre isso com o pai. Consequentemente, as madrastas permaneceram invisíveis aos olhos da lei. Isso tornou-se particularmente problemático para aquelas cujas relações com a mãe das crianças foi dissolvida. Essas mulheres não tinham nenhum recurso para reivindicar direito à custódia das crianças.

A adoção pela mãe não biológica é importante porque concede uma série de importantes direitos a ela e à criança: o direito de guarda ou visitação, no caso de separação do casal; permissão de tomar decisões médicas, no caso de necessidade da criança; benefícios como herança em nome da criança, caso a mãe não biológica venha a falecer; permissão de ter o nome da criança em seu seguro saúde; entre outros, além de conceder direitos legais e privilégios aos parentes da mãe não biológica. Tudo isso visa a equiparar os direitos das mães, independentemente do vínculo consanguíneo.

Os direitos da adoção são garantidos pela Constituição Federal, em seu art. 227, parágrafo 6º: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por

¹⁶ O termo madrasta refere-se à companheira da mãe biológica que, no momento, integra a família homoparental, recompondo-a. As crianças dessa família foram geradas numa união heterossexual anterior. Posteriormente, foi formada a família homoparental, agora composta por mãe, companheira da mãe (chamada aqui de madrasta) e filhos.

adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Também há garantias no caput do artigo 41 da lei n. 12.010/09, que diz o seguinte: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. No caso em questão, o da adoção unilateral pela co-mãe, não há, obviamente, desligamento do vínculo da mãe biológica com a criança, e sim, juntamente com manutenção deste laço, a constituição de novo vínculo legal, desta vez entre a mãe adotiva e a criança. Configura-se, assim, um registro de dupla maternidade.

Dessa forma, atribuem-se os mesmos direitos e deveres às mães, tanto à biológica, quanto à adotiva. Como ressalta Freitas (2001, p.155), “[...] legitimando enquanto lei formal o que a construção humana afetiva já legitimou”. Ou seja, aponta para a legitimação da parentalidade fundamentada nos laços de afetividade¹⁷.

Os argumentos jurídicos utilizados no pedido de adoção unilateral, em que se configura a dupla maternidade, baseiam-se em analogias com leis já existentes. Dentre as leis que regem nosso país, nada consta que desaprove a união homossexual ou a parentalidade exercida por pessoas do mesmo sexo, na Constituição Federal, na Nova Lei da Adoção ou no novo Código Civil. Conforme Pereira (2003, p. 36), as leis, em nosso país, não consideram a homossexualidade, “não lhe dá aprovações nem punições”.

Certas correntes jurídicas argumentam que a legislação deixa lacunas a respeito do assunto. Lacunas estas que podem ser preenchidas através dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Os referidos artigos dizem, respectivamente: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Assim sendo, pela utilização de instrumentos legais já existentes, encontra-se

¹⁷ De acordo com Lôbo (2000), as famílias que se originam e que são baseadas em vínculos afetivos são encontradas na Constituição Federal em três fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

respaldo jurídico para a legitimação de situações vivenciadas pelas famílias homoparentais.

Apesar da omissão do Legislativo quanto ao estabelecimento dos direitos e obrigações dos casais homossexuais, a recentíssima decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), de reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo, certifica a existência jurídica do casal homoafetivo, retirando-o do lugar em que direitos inexistiam e convocando o Legislativo para que se criem leis específicas.

No dia 5 de maio de 2011, por unanimidade, os ministros da Suprema Corte decidiram que as mesmas regras da união estável heterossexual, previstas no Código Civil, passarão a ser aplicadas na relação homoafetiva. Por analogia, os homossexuais poderão, por exemplo, demandar: declaração conjunta no imposto de renda; pensão, em caso de morte ou separação; partilha de bens e herança, desde que comprovada a convivência com o parceiro ou parceira. Tal decisão unifica os entendimentos distintos de tribunais e juízes sobre o assunto.

Seria, segundo o jurista Dalmo Dallari (2011, p.3), “o começo de uma solução, mas o Judiciário não substitui o Legislativo, apenas reconhece a existência de uma situação de fato, que acarreta efeitos jurídicos semelhantes ao casamento”. Mesmo não criando legislação específica com a referida decisão, o STF abre precedentes jurídicos, ampliando, assim, os conceitos jurídico-constitucionais para casais homossexuais e preenchendo uma lacuna deixada pela legislação brasileira.

A Corte decidiu também que cabe ao Congresso aprovar leis que estabeleçam direitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo: “É como uma convocação. A decisão da Corte implica que o Legislativo assumira essa tarefa de regulamentar a equiparação” (Peluso, 2011, p.3). Apesar de o Supremo não definir quais os direitos concedidos, entende-se como um destes direitos a adoção oficial de crianças por duas pessoas do mesmo sexo. Contudo, a decisão não assegura tal direito, dependendo ainda de regulamentação.

Poucos dias após esta histórica decisão do Supremo, pesquisa realizada pelo Jornal O Globo, junto à Câmara, ouviu 320 dos 513 deputados em relação à união de homossexuais e à adoção de crianças pelos mesmos. Desses, 228 votaram a favor da união estável, 86 foram contra e 30 não votaram. Quanto à

adoção por homossexuais, o resultado já foi diferente: 145 disseram não concordar, enquanto 154 foram a favor da ideia (Carvalho, Demétrio & Maltchik, 2011).

Parece que a parentalidade homossexual ainda é muito envolvida pelo preconceito, mais ainda do que a conjugalidade, dificultando sua aceitação pela sociedade de um modo geral e pelo poder público, o que gera desamparo e vulnerabilidade no seio das famílias.

O desamparo legal no universo das relações homoafetivas

A demanda por legitimação do vínculo da mãe não biológica com seu filho aponta para uma das facetas do desamparo legal, existente no universo das relações homoafetivas em geral.

A despenalização e a despatologização da homossexualidade, retirada dos códigos penais em vários países e também da Classificação Internacional das Doenças (CID), demonstra uma tendência, de parte da sociedade, em admitir formas de união distintas da tradicional. Entretanto, a manutenção dos homossexuais no anonimato parece prevalecer, sendo os mesmos ainda não beneficiados, desprotegidos e não reconhecidos pelos códigos de direito civil, em diversos países (Arán, 2005). Dessa forma, configura-se uma condição de invisibilidade pública e desamparo legal.

Apesar disso, casais ou pais homossexuais buscam existir na inexistência legal e lutam por seus direitos. A partir dos anos 90, com o surgimento da pandemia da AIDS, o debate em torno da conjugalidade homossexual ganhou espaço. Pessoas perderam seus amores e, além disso, os bens adquiridos conjuntamente, pois foram privadas da participação em heranças (Adam, 1999 *apud* Arán, 2005). Nessa época, por exemplo, casamentos entre parceiros do mesmo sexo não eram legalizados em nenhum lugar do mundo (Biblarz & Savci, 2010).

Assim, a falta de legitimidade dos casais não-heterossexuais pelo poder público contribuiu para a sua permanência na invisibilidade, que provocaria, segundo Butler (2003a, p.239), formas de “desempoderamento” dos entes destas relações.

O que isso significa na prática?

Isso significa que, ao chegar para visitar seu amante no hospital, o acesso lhe é negado. Isso significa que quando seu amante entra em coma, você não pode assumir certos direitos executórios. Isso significa que quando seu amante morre, você não pode ser aquele que recebe o corpo. Isso significa que, se a criança é deixada com o pai ou mãe não-biológico/a, esse/essa pode não ser capaz de contrapor-se às reivindicações de parentes biológicos na corte e que se perde a custódia e até mesmo o direito de visita. Isso significa que se pode não ser capaz de prover mutuamente benefícios de atenção à saúde (Butler, 2003a, p.238).

Em relação a tal estado de vulnerabilidade, pesquisa (Hequembourg, 2004)¹⁸ realizada no Estado de Nova York, com mães homossexuais de cor branca, pertencentes à classe média, demonstrou que as participantes utilizaram algumas estratégias, visando a superar as dificuldades que enfrentam em suas vidas, relacionadas ao estado em que se encontram, que seria, segundo a autora o de *incompletely institutionalized*¹⁹. Esse conceito é utilizado em relação a famílias de mães lésbicas, por se considerar que estas enfrentam dificuldades similares àquelas enfrentadas, no passado, pelas famílias heterossexuais recompostas, na tentativa de serem vistas como família, num contexto cultural que frequentemente ignora sua existência.

Um dos meios que as referidas mães, que são co-mães, buscaram para tal foi a adoção por parte da mãe não-biológica, a chamada *second parent adoption*²⁰. A adoção seria uma compensação para a lacuna que a falta de vínculo biológico

¹⁸ Quarenta mães lésbicas foram entrevistadas. Dezenove tiveram filhos em envolvimento heterossexuais anteriores, cinco tornaram-se madrastas quando se uniram a parceiras já com filhos, quatro conceberam através de inseminação artificial com doador anônimo e quatro adotaram. As demais se tornaram mães, tendo relações sexuais exclusivamente para engravidar e, em um dos casos, a concepção ocorreu após estupro.

¹⁹ O sociólogo Andrew Cherlin, no final dos anos 70, conceituou as famílias heterossexuais recompostas como “incomplete institution”, devido às dificuldades por elas enfrentadas no acesso a diversos direitos e benefícios, disponibilizados a outras famílias.

²⁰ *Second parent adoption* é um procedimento legal em alguns países e utilizado quando um dos membros do casal adota o filho biológico ou adotivo de seu/sua companheiro(a), sem que haja perda dos direitos por parte dos pais/mães já constituídos, permitindo que casais do mesmo sexo legitimem sua situação diante de seus filhos. Essa modalidade de adoção concede à criança a possibilidade de ter dois pais ou duas mães legais. Faculta a ambos os pais ou mães os mesmos direitos. Corresponde à adoção unilateral. De acordo com Connolly (2002), o termo *second parent adoption* foi cunhado por Elizabeth Delaney para designar os parceiros de lésbicas ou de gay que desejam que suas relações com os filhos de seus parceiros seja reconhecida pelo Estado.

deixaria e, com o vínculo legal garantido, a ênfase da biologia seria minimizada na relação com os familiares, como, por exemplo, com os avôs não biológicos (Hequembourg, 2004). No relato de uma das mulheres entrevistadas para tal estudo, ficou claro que, após a adoção, sua família soube que ela tinha uma filha, e completou relatando que seus familiares provavelmente teriam pensado que, sem a adoção, ela não estaria ligada ao bebê de forma legítima. Notou-se também que os referidos casais evitariam fazer quaisquer distinções com a criança ou com outras pessoas que invocassem o laço biológico. Inclusive, a divisão de tarefas direcionadas aos cuidados com os filhos, que seriam compartilhadas de formas semelhantes entre as mães, reforçaria a igualdade do vínculo com a criança.

A *second parent adoption* possibilitou, então, mudanças de atitude por parte dos parentes das mães não-biológicas, pois essa modalidade de adoção auxiliou a legitimação da posição parental, por aqueles que estão à sua volta, uma vez que os laços entre a mãe não biológica e a criança passaram a ser validados legalmente, e a companheira da mãe pôde ser vista, de fato, como mãe.

Outras duas entrevistadas para o referido estudo relataram que procuraram a *second-parent adoption* como mecanismo legal, para superar as lacunas deixadas pelos laços não biológicos de uma das parceiras com a criança, auxiliando, assim, no propósito de convencer os pais da parceira não biológica de que não precisavam se preocupar com tal lacuna na relação com os netos. Dentre as participantes, as que optaram pelo uso das novas tecnologias reprodutivas escolheram um doador de sêmen anônimo. Isso se deveu ao fato de, no caso de separação do casal, desejarem evitar problemas com a custódia da criança relacionados a uma terceira figura.

Dados de Gartrell, Rodas, Deck e Peyer (2006) demonstraram que num estudo com 78 famílias de lésbicas nos Estados Unidos, dentre os 30 casais separados que participaram, era mais provável que a guarda das crianças fosse compartilhada se a co-mãe tivesse previamente legalizado seus laços afetivos com as crianças, adotando-as. Segundo os autores, as co-mães adotivas sentiram intensamente que o relacionamento legalizado com as crianças assegurou-as do compartilhamento da guarda após uma separação, enquanto aquelas que perderam a guarda sentiram-se ressentidas.

Desta forma, observa-se a importância da abertura de caminhos que possam trazer aquisição de direitos para as referidas famílias, e que estes repercutam no cotidiano familiar.

Em estudo que analisa o papel do contexto legal e social, e a orientação sexual, na saúde mental de mães lésbicas e de mães heterossexuais, Shapiro, Peterson e Stewart (2009) analisaram 52 mães lésbicas e 153 mães heterossexuais, nos Estados Unidos, e 35 mães lésbicas e 42 mães heterossexuais, no Canadá. Esses países apresentam diferentes legislações, no que diz respeito às cidadãs lésbicas. No caso do Canadá, a legislação beneficia e garante, de uma forma mais ampla do que nos Estados Unidos, uma série de direitos relacionados à conjugalidade e à parentalidade homossexual. As mães lésbicas estadunidenses informaram maior preocupação relacionada aos direitos de suas famílias e à discriminação, e também um número maior de sintomas depressivos, do que as mães lésbicas no Canadá. Os resultados indicariam que o papel da orientação sexual na saúde mental materna é moderado pelo contexto legal e social.

Os questionamentos a respeito do reconhecimento da legitimidade dos laços existentes entre as mães não biológicas e as crianças, em famílias homoparentais femininas, estão presentes nas relações com as famílias de origem, assim como no espaço familiar, entre as próprias mães. Aquelas mulheres que adotaram os filhos biológicos de suas companheiras, passando a ter os direitos de maternidade adquiridos, indicaram que foi um importante passo, não apenas em termos da segurança e dos direitos tangíveis adquiridos, mas também num nível emocional, validando a ligação com a criança.

Tal legalização da situação familiar traz uma série de benefícios para os integrantes das famílias em questão, tanto objetivos quanto subjetivos. Contudo, achados de Souza (2005) apontaram para a persistência de posições desiguais entre as mães, mesmo entre aquelas que realizaram a adoção do filho biológico da companheira. Junto a tais mães (canadenses) que residem no Canadá, onde a concessão da dupla maternidade é um direito – através da chamada *second-parent adoption* -, observaram-se categorias de mães, ou seja, lugares desiguais entre a mãe biológica e a mãe adotiva num mesmo casal, colocando a mãe adotiva numa posição desprivilegiada. Aquelas mães adotivas que não escolheram um doador com semelhanças étnicas buscam um tipo de igualdade com a mãe biológica, que

a lei não tem como lhes garantir. Assim, as mães adotivas investem, integralmente, seu tempo na criança e na casa, a chamada *stay at home mothers*²¹. O cuidado com as crianças, abdicando de uma vida profissional, seria o vínculo substituto da consanguinidade, na busca pela igualdade entre as maternidades. Prevalece, ainda, nestes casos, o modelo do vínculo consanguíneo como o mais valorizado.

Outras maneiras utilizadas pelas referidas mulheres, como forma de afirmação de suas famílias, foram descritas por Hequembourg (2004), como por exemplo: as táticas de normalização, quando enfatizam a normalidade de suas famílias, reforçando como são semelhantes às mães heterossexuais e indicando, repetidas vezes, o quanto sua orientação sexual não tem importância em suas vidas como mães, esforçando-se para atender as expectativas socialmente aceitas sobre maternidade; e a utilização de cerimônias de compromisso²². Dessa forma, tais achados sugerem a existência do desejo de mães homossexuais por reconhecimento social e por mudanças institucionais, que lhes deem legitimidade e amparo legal.

Este estado de vulnerabilidade, experimentado por muitos casais e pais homossexuais, começou a modificar-se há aproximadamente vinte anos atrás.

Na França, a aprovação do Pacto Civil de Solidariedade - PaCS, em 15 de novembro de 1999, reconheceu o casal do mesmo sexo. Ainda que o reconhecimento tenha sido conquistado, tais casais permanecem em situação jurídica desfavorável com o Pacto. Esse dispositivo não permite um visto de permanência ao parceiro estrangeiro imediatamente; não admite direito à transmissão de pensão em caso de morte do parceiro; não faculta direito aos benefícios, em matéria de acidente de trabalho, seguro velhice e férias concomitantes; a declaração fiscal comum é submetida ao prazo de um ano de vida em comum; e o PaCS não dá direito algum relativo à filiação. Vê-se que a igualdade, em relação ao casamento, está longe de ser garantida (Borrillo, 2005).

²¹ Refere-se àquelas mães que se dedicam integralmente aos filhos.

²² As cerimônias de compromisso funcionam como um ritual importante que possibilita ganho de legitimidade aos olhos de amigos e familiares. Essas cerimônias, portanto, fornecem um mecanismo para famílias lésbicas tentarem superar as atuais deficiências institucionais. Quase metade das mães lésbicas participantes do referido estudo realizaram uma cerimônia de compromisso com a parceira. A cerimônia tornou-se uma estratégia para divulgação da união homossexual, salientando o nível de compromisso existente entre elas.

Não foi possível introduzir, no PaCS, os direitos de filiação para os casais do mesmo sexo, a despeito da organização dos homossexuais em associações, como a APGL, Associação de Pais Gays e Mães Lésbicas²³, e de suas ações políticas.

A matriz heterossexual funciona de forma tão intensa, que, durante os debates sobre o PaCS, a homoparentalidade foi colocada como um risco à sobrevivência da sociedade e à saúde psíquica das crianças.

Segundo a legislação francesa, a adoção plena conjunta é possível apenas aos casais casados. Somente os casais heterossexuais estéreis, em idade de reprodução, têm o direito à inseminação artificial, e a maternidade de aluguel é proibida. De forma alguma, a dupla maternidade ou paternidade é permitida. Diante disso, muitos casais gays franceses têm buscado a concretização da parentalidade, através da maternidade de aluguel em outros países, assim como lésbicas optam por realizar inseminações artificiais na Bélgica, Espanha ou Inglaterra²⁴. Como podemos verificar, no que diz respeito às regras de filiação, o PaCS em nada as alterou. Apesar desse panorama e de pesquisas demonstrarem que 7% dos gays e 11% das lésbicas franceses são pais e mães, e de 30% desejarem tê-los, o sistema jurídico permanece restringindo os direitos à parentalidade homossexual (Borrillo, 2005).

Em setembro de 2000, deu-se início a uma década de significativa expansão dos direitos legais e reconhecimento da união homossexual, quando os Países Baixos estenderam seus direitos de casamento a casais do mesmo sexo (Biblarz & Savci, 2010). Desde então, países como Dinamarca, Bélgica, Noruega, Suécia, Espanha, Hungria, Islândia, Austrália, Alemanha, África do Sul, Canadá, Suíça, Portugal, Equador, Colômbia, Uruguai e Argentina, a capital mexicana e alguns locais nos EUA, como Massachussets, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Washington DC, Rhode Island, Maryland e Nova York, aprovaram leis que asseguram amparo a uniões civis e/ou casamento entre pessoas do mesmo sexo e/ou direito ao exercício da parentalidade.

²³ Criada em 1986, tem por objetivo o pleno reconhecimento dos direitos familiares, em particular os relacionados à filiação.

²⁴ A doutora Anne Delbaere (2005), chefe da "clínica de fertilidade" do Hospital Erasmo, de Bruxelas, revela que, no ano de 2004, para as inseminações com esperma de doador, 72% dos pacientes vieram da França e sua maioria era formada por homossexuais.

Nos Estados Unidos, por exemplo, nove estados e o distrito de Columbia aprovaram a *second parent adoption*²⁵ para pais de gays e lésbicas, por lei ou decisões judiciais estaduais de apelação, significando que é concedida em todos os municípios do estado. Esses estados são: California, Colorado, Connecticut, Illinois, Massachusetts, New Jersey, New York, Pennsylvania, Vermont (Human Right Campaign, 2010).

Segundo Borrillo (2005), a posição de alguns países, em relação à parentalidade homossexual, é a seguinte: na Noruega, no caso de morte do pai biológico, é permitida a transferência da autoridade paterna, por decisão judicial, ao parceiro homossexual sobrevivente, com ou sem contrato de parceria; na Alemanha, o exercício conjunto da autoridade paterna é permitido, desde 2001, aos casais com contrato registrado de parceria; na Dinamarca, o parceiro do pai biológico de uma criança pode adotá-la, caso o pai biológico esteja morto ou destituído da autoridade paterna, na existência de contrato de parceria.

Os concubinos homossexuais na Grã Bretanha, segundo o referido autor, podem adotar uma criança enquanto casal, e a adoção do filho do parceiro é permitida desde 2002. A Suécia é um país que consente, desde 2003, a adoção do filho do parceiro e a adoção conjunta de uma criança, na existência de contrato registrado de parceria. Já nos Países Baixos, o casal de mesmo sexo casado ou não, exerce o pleno direito da autoridade paterna sobre a criança adotada conjuntamente ou filha de um dos parceiros.

A comunidade autônoma de Navarra tornou-se, em 2004, a primeira província espanhola a adotar lei que concede a adoção por casais homossexuais em união estável. Em Nova Jersey, Vermont, Connecticut e Massachusetts, nos EUA, a adoção conjunta é possível. Na África do Sul, a Suprema Corte reconheceu, em 2002, o direito dos casais homossexuais de adotar crianças (Borrillo, 2005).

No ano de 2002, em Québec (Canadá), instituiu-se a união civil entre casais do mesmo sexo, estabelecendo-se novas regras de filiação. A partilha da autoridade paterna e a adoção foram autorizadas para casais homossexuais. No caso de um casal de mulheres que tenha recorrido à inseminação artificial, passou

²⁵ Modalidade de adoção disponível em alguns países para casais do mesmo sexo. Para maiores explicações sobre este recurso, ver capítulo 3 do presente trabalho.

a ser presumida a maternidade em proveito da companheira da mulher que tenha gerado e dado a luz. Ou seja, é presumida a maternidade a favor daquela que não possui vínculo biológico (Borrillo, 2005).

No Brasil, desde 1995, o projeto de Lei n. 1.151/95, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, objetivando a instituição da união civil entre pessoas do mesmo sexo, encontra-se no Congresso Nacional sem ser aprovado, apesar de ter gerado uma série de importantes debates sobre a conjugalidade homossexual.

Em 2010, aproximadamente quinze anos após a criação do projeto citado acima, a Câmara dos Deputados analisa o Projeto de Lei n. 7.018/2010, que quer proibir a adoção de crianças ou adolescentes por casais formados por pessoas do mesmo sexo (Amaral, 2010).

Por outro lado, tramitava no Supremo Tribunal Federal, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), apresentada pelo Governo do Estado do Rio, de 2008, e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277), apresentada pelo Ministério Público, de 2009, a favor do reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo. O ajuizamento dessas ações objetivava o tratamento como entidade familiar à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidas as necessidades exigidas para a constituição da união estável entre homem e mulher. Os argumentos baseavam-se em que o não reconhecimento da união estável, entre pessoas do mesmo sexo, implicaria a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminação odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º caput), e da proteção à segurança jurídica (STF, 2008; 2009).

Em resposta ao julgamento da referida ADI 4277 e também da ADPF 132, a decisão foi tomada no julgamento em que o STF decidiu a extensão dos direitos aos homossexuais, justamente baseado na importância dos princípios, interpretando a Constituição de forma ampla e não restrita.

Lorea (2006, p.494; p.488) sustenta “a desnecessidade de criação de lei nova para regular o casamento de homossexuais”, além daquela já existente para os heterossexuais, uma vez que “a instituição do casamento deve estar acessível a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual, sob pena de

discriminação vedada na Constituição Federal”. Não se trata de alcançar um novo direito para os homossexuais, “mas apenas assegurar-lhes o direito que já possuem: o de não serem discriminados”.

Como visto, através da criação de novas leis ou da interpretação das já existentes, de forma não discriminatória, faz-se necessário o estabelecimento de garantias de direitos aos casais ou aos pais homossexuais. Assim, os avanços a serem alcançados, neste sentido, passariam a não depender apenas de lutas a serem travadas nos tribunais e de decisões no âmbito judicial, mas já seriam, de antemão, afiançados pelo poder público.

A referida decisão de nossa Corte Suprema é de grande magnitude e influenciará em julgamentos que, até a véspera de seu anúncio, dependiam somente da interpretação das leis existentes por parte das autoridades judiciais. Assim, é importante chamar atenção para o fato de que alguns dos operadores do direito equiparavam a união entre pares do mesmo sexo a um negócio, o que demonstraria a desconsideração da dimensão afetiva nas relações homossexuais.

Estas autoridades não concordavam com a analogia feita entre uniões heterossexuais e homossexuais, ou seja, discordavam de que a união homoafetiva fosse equiparada à união estável. Argumentavam que união estável existe entre um homem e uma mulher, conforme parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal: “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”.

Para os ministros do STF que decidiram pelo reconhecimento da união homoafetiva, o fato de não haver referência a tais uniões, na Constituição Federal, não pode ser entendida como proibição. Prevaleceu uma interpretação ampla da Constituição com relevância para princípios constitucionais como liberdade, dignidade, igualdade e proteção da segurança jurídica.

Como exemplo da interpretação literal do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, realizada por muitas autoridades do direito, cita-se uma decisão do ano de 2004, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, transcrita por Oliveira (2009), que diz o seguinte:

Apelação Cível. União homossexual. Impossibilidade de equiparação à união estável. O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971²⁶, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278²⁷, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido (TJRS, ementa, 01/07/2004).

O juiz reconhece, na decisão acima proferida, uma sociedade simples (sociedade de fato)²⁸. Ou seja, reconhece a equiparação entre a união de um casal de mulheres a uma sociedade, portanto não aceitando a analogia entre união homossexual e união estável.

O que isto implica?

Implica a não aceitação das uniões homossexuais no âmbito do direito de família, e sim no âmbito do direito obrigacional²⁹. Na prática, isso faz toda a diferença. Existe implícita, nesta decisão, a visão de que pessoas do mesmo sexo não constituem família, havendo uma negação da relação amorosa. O que o Direito lhes garantiu, neste caso, foi a partilha de bens, conforme uma sociedade. Além disso, sendo encarada como uma sociedade, há a necessidade de comprovação, para partilha de patrimônio, da quantia contribuída. Exigência esta que não existiria no caso de ter-se considerado o casal vivendo em união estável.

Conforme afirma Maria Berenice Dias (2009), primeira Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a situação de um dos parceiros, quando da morte do outro, na maior parte das vezes, ainda é de grande vulnerabilidade:

Mesmo comprovada a convivência familiar duradoura, pública e contínua, na imensa maioria das vezes, é reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. A tendência é não conceder nem alimentos e nem direitos sucessórios. Ao parceiro sobrevivente, no máximo, é deferida a metade –

²⁶ Regula o direito dos companheiros em relação a alimentos e à sucessão.

²⁷ Regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

²⁸ Sociedade de fato é atualmente denominada de sociedade simples. Termo modificado quando das alterações do novo Código Civil de 2002.

²⁹ O Direito Obrigacional atribui a alguém a faculdade de exigir de outra, determinada prestação de cunho econômico. Exemplo: direito de exigir o pagamento de uma nota promissória (Consumidor Brasil, 2011).

às vezes nem isso – do patrimônio adquirido durante a vida em comum e, ainda assim, mediante prova de sua efetiva colaboração. Nada mais. Invoca-se a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal³⁰ [...] (p. 138).

Segundo Oliveira (2009), quando as relações entre pessoas do mesmo sexo são reconhecidas como sociedade simples (sociedade de fato), as situações, envolvendo separação ou morte de um dos entes do casal, implicam decisões que, em sua maioria, impõem a obrigação da prova do percentual de contribuição financeira de cada um. A cada parte será atribuído um percentual dos bens, equivalente à contribuição comprovada, o que denomina-se “tese da colaboração direta”³¹.

O mesmo não ocorre quando os envolvidos são de sexos diferentes, uma vez que a “tese da colaboração indireta” é considerada, ou seja, “o apoio espiritual, a troca de afeições, os trabalhos domésticos, os cuidados com os membros da família de seu companheiro (podendo englobar filhos)” são aceitos (Matos, 2004, p.78).

Assim, a diferença entre um e outro caso diz respeito à necessidade de prova de cada parte na construção patrimonial. Na união estável, a contribuição se presume; na sociedade simples, a contribuição deve ser provada. Percebe-se, dessa forma, que uma relação de afeto é tratada como um negócio, quando os membros desta relação são do mesmo sexo. Conforme relator do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recurso de 1999 (Oliveira, 2009), as discussões de patrimônio numa união heterossexual, independentemente de haver casamento, com ou sem papel, são dirigidas à Vara de Família. No entanto, em relação às situações que envolvam casais do mesmo sexo, o relator assim se pronuncia e completa: “[...] aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza (AI/TJRS, Recurso F, 17/06/1999)” (Oliveira, 2009, p. 147).

³⁰ Súmula 138 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

³¹ Tese segundo a qual, a partir do entendimento da Súmula 380 do STF, só se comprova a sociedade de fato para partilha a partir de comprovação de participação econômica na formação do patrimônio.

Outras autoridades, contudo, se valem da analogia com a união estável, para legitimar a união homoafetiva e a parentalidade homossexual, concedendo-lhes ou não direitos.

Argumentos a favor da equiparação da união do casal homossexual com a união estável, como os descritos por um desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 11/09/03 (Oliveira, 2009), utilizam os artigos 3º e 5º da Constituição Federal³² como base para a interpretação do art. 226, parágrafo 3º da própria Constituição. Há a confirmação através dos referidos artigos (3º e 5º) de que não é permitida a discriminação de qualquer espécie, não cabendo, então, discriminação quanto à orientação sexual; e ainda a argumentação de que tais artigos possuiriam uma superioridade hierárquica na Constituição Federal, por tratarem de princípios, direitos e garantias fundamentais, sobrepondo-se aos demais, inclusive ao artigo 226, parágrafo 3º.

Percebe-se aí a vulnerabilidade em que se encontravam, antes da decisão do STF descrita acima, os casais e as pessoas do mesmo sexo, na dependência das interpretações das autoridades do judiciário.

Tais interpretações distinguiam-se de um estado para outro, de acordo com Oliveira (2009), e as decisões jurídicas eram mais ou menos conservadoras, dependendo da tendência de tribunais de diferentes estados do país. O motivo principal dessas diferenças, segundo a autora, estaria vinculado ao maior ou menor apego à letra fria da lei, havendo interpretações literais ou não da mesma, em relação a questões que envolvam a homossexualidade.

Apesar do exposto, observa-se a conquista de resultados positivos em relação à aquisição de direitos relacionados aos homossexuais, especificamente acerca da homoparentalidade, em algumas áreas, como no judiciário, mas nem tanto em outras, como no legislativo.

As sentenças, concedendo maternidade ou paternidade duplas, por exemplo, demonstram certo espaço conquistado no âmbito judicial, no que diz respeito ao reconhecimento da legitimidade da união conjugal homossexual e do exercício da parentalidade homossexual.

³² Tais artigos regulam princípios, direitos e garantias fundamentais.

Conforme declaração de Maria Berenice Dias, “ausência de lei não significa ausência de direito”³³. Dessa forma, diante da omissão do legislador, avanços isolados, assegurados por demandas judiciais, acabam gerando conquistas mais amplas. “Embora ainda distante da formulação consistente de políticas, o resultado desse processo de luta é a garantia de alguns direitos relativos à família” (Uziel, Mello & Grossi, 2006, p. 483).

No âmbito das conquistas jurídicas, vale ressaltar alguns debates e lutas recentes, relacionados ao direito à parentalidade homossexual no Brasil:

- Em maio de 2009, em Santa Catarina, os gêmeos nascidos há dois anos, através de inseminação artificial, foram registrados em nome de um casal de mulheres. A sentença foi dada pelo juiz da 8ª Vara de Família de Porto Alegre. As duas crianças passaram a ter sobrenome de ambas as mulheres. A advogada do casal resolveu encaminhar o processo à Justiça gaúcha, por esta ser reconhecidamente mais avançada nestas questões (Consultor Jurídico, 2009).
- Por outro lado, foi negada a antecipação de tutela³⁴ a um casal de mulheres homossexuais, de Carapicuíba (SP), que teve seu pedido negado pela Justiça de São Paulo, em maio de 2009. Uma das mulheres do casal recebeu óvulos de sua companheira, os quais foram fecundados através de inseminação artificial, gerando gêmeos nascidos em abril de 2009. O juiz da 6ª Vara da Família de Santo Amaro adiou a decisão sobre o registro para o momento em que julgar definitivamente a ação declaratória de filiação impetrada há um mês pelas mães. Segundo Maria Berenice Dias, especialista em direito homoafetivo, "se não colocarmos as crianças em nome das duas, elas, as crianças, poderão ficar vulneráveis no futuro". A advogada do casal quer que o nome das duas conste na certidão de nascimento (Folha online, 2009). A discussão divide especialistas. Estes afirmam que as crianças devem ser registradas em nome da mãe biológica. "Uma delas é efetivamente mãe e a outra não tem nenhum vínculo", afirmou juiz da 7ª Vara da Família, João Batista Vilhena. Segundo ele,

³³ Declaração emitida em programa exibido pela TV Justiça, em junho de 2010.

³⁴ Uma antecipação realizada pelo juiz, que concede de forma antecipada e provisoriamente os efeitos da tutela definitiva (Sousa, 2010).

difícilmente o pedido será atendido neste momento: "No estágio de nossa legislação não temos embasamento para uma decisão como essa e aproveito para fazer a crítica a nossos legisladores, para que se mexam. Podemos admitir a existência de casais homossexuais, mas ainda não admitimos. A Constituição é clara: a união que se reconhece é aquela entre homem e mulher. Alterado esse dispositivo, aí sim poderemos discutir pontos como esse e analisar suas consequências", afirmou. Já o Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), Rodrigo da Cunha Pereira afirma que: "As crianças têm duas mães. Foram fecundadas nos óvulos de uma e gestadas no útero de outra", afirmou. Para ele, o registro de dupla maternidade não é juridicamente impossível e a Justiça vai ter de encontrar um caminho para traduzir essa realidade. "O direito é muito mais do que uma regrinha jurídica, está revestido de várias outras fontes" (G1, 2009). Somente em janeiro de 2011, veio a decisão favorável ao casal, concedendo-lhes a dupla maternidade (Direito homoafetivo, 2011).

- Em agosto de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu ganho de causa à adoção por casal gay. A decisão histórica negou recurso do Ministério Público do Paraná que visava a impedir que um casal de homens pudesse adotar filhos em conjunto. Em 2005, o casal deu entrada na Vara da Infância e da Juventude de Curitiba, para qualificação de adoção conjunta. Em seguida, o casal recebeu a visita da psicóloga e da assistente social da Vara, participou dos cursos de orientação, cumprindo todos os procedimentos exigidos. Após dois anos e meio, o juiz deu sentença favorável à adoção conjunta, com as seguintes ressalvas: “julgo procedente o pedido de inscrição de adoção formulado [...] que estarão habilitados a adotar crianças ou adolescentes do **sexo feminino na faixa etária a partir dos 10 anos de idade.**” O casal, embora feliz pelo reconhecimento da procedência do pedido, considerou as ressalvas discriminatórias e recorreu da sentença. O Tribunal de Justiça do Paraná determinou que a limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos, em razão da orientação sexual dos pretendentes, seria inaceitável. A decisão foi unânime em março de 2009. O Ministério Público do Paraná propôs embargos de declaração cível. Os magistrados do Tribunal de Justiça do

Paraná acordaram, por unanimidade, em rejeitar os embargos de declaração em julho de 2009. O Ministério Público do Paraná interpôs Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando a violação do artigo 226 da Constituição Federal e a impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo. O STF negou o recurso do Ministério Público, com base na argumentação do ministro Marco Aurélio, de que a questão debatida pelo Tribunal de Justiça do Paraná foi a restrição quanto ao sexo e à idade das crianças, e não a natureza da relação entre o casal, que já convivem maritalmente há 20 anos. Com a decisão do Supremo, volta a valer a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná de que o casal pode adotar em conjunto, e sem restrição quanto ao sexo ou à idade das crianças (Direito homoafetivo, 2010).

Desta forma, no Brasil, avanços em relação aos direitos à homoparentalidade, no sentido de maior amparo jurídico estão ocorrendo, contudo, ainda não são direitos adquiridos por lei. Hoje, casais homossexuais podem recorrer à Justiça, caso alguns dos direitos pleiteados não sejam reconhecidos por órgãos ou empresas envolvidas, alegando-se descumprimento de decisão do STF. Espera-se, assim, que tais conquistas se multipliquem.

O reconhecimento jurídico da homoparentalidade: um viés da heteronormatividade?

As sentenças que concedem aos homossexuais direitos equiparados aos dos heterossexuais, inclusive os conjugais ou parentais, facultam tais direitos na dependência de que os requisitos da família heterossexual possam ser satisfeitos.

Se, por um lado, o argumento de que famílias homossexuais são como as heterossexuais permite a extinção das diferenças entre elas, por outro, reforça a ideia da família heterossexual como referência, intensificando a heteronormatividade³⁵.

³⁵ “A heteronormatividade é um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle, até mesmo aqueles que não se relacionam com pessoas do sexo oposto. Ela não se refere apenas aos sujeitos legítimos e normalizados, mas é uma denominação contemporânea para o dispositivo histórico da sexualidade que evidencia seu objetivo: formar

Connolly (2002) sinalizou, em estudo com vinte pais gays e lésbicas que obtiveram sucesso nos processos de adoção dos filhos de seus parceiros, que, embora os representantes dos tribunais tenham retratado os peticionários de forma semelhante à unidade familiar heterossexual, mesmo que com dois pais do mesmo sexo, os entrevistados viam a comparação como limitada e útil apenas em termos de formulação de uma pretensão jurídica (reivindicação), com base em precedentes. Os resultados indicaram que os peticionários não se enxergaram como similares às famílias heterossexuais e que encararam como resistência, por parte de agentes estatais, a tentativa de descreverem suas famílias como semelhantes às heterossexuais.

De acordo com a autora, mesmo que os referidos pretendentes não tenham considerado suas famílias de dois pais ou de duas mães como semelhantes às famílias heterossexuais, não foram descritos, em tal estudo, formas de relacionamentos como “família de amigos”, ou *multi-household families*³⁶, por exemplo. Desta forma, questões complexas não foram abordadas pelos tribunais ou pelas petições apresentadas pelos inquiridos entrevistados para esse estudo.

Mesmo que a matriz heterossexual seja tomada como referência, as sentenças proferidas judicialmente com concessão de dupla maternidade estão ocorrendo. Tal fato pode ser considerado como conquista, desvio e subversão da norma vigente, apesar de ser, paradoxalmente, uma reiteração da mesma, uma vez que os preceitos de uma sociedade heterossexista estariam sendo cumpridos. De toda forma, essas sentenças configurariam um ato performativo, ou seja, ato de linguagem com força de ação (Butler, 2002). Assim, nesse contexto, ao se proferir uma sentença concedendo dupla maternidade, ocorreria uma repetição, porém uma repetição diferencial³⁷.

A proposta do filósofo da linguagem J. L. Austin, de visão performativa da linguagem, nos esclarece: “enunciados performativos indicam que, ao emitir um proferimento, está se realizando uma ação. Nesse sentido, dizer algo é fazer algo” (Rangel, 2004, p. 8). Assim, Butler (2002, p.316, tradução nossa), reportando-se aos enunciados performativos do referido filósofo, diz que “o juiz que autoriza e

todos para serem heterossexuais ou organizarem suas vidas a partir do modelo supostamente coerente, superior e ‘natural’ da heterossexualidade” (Miskolci, 2009, p. 156-157). O termo foi criado por Michael Warner, em 1991.

³⁶ Quando várias famílias vivem num mesmo local.

³⁷ Sobre a questão da repetição diferencial, ver Deleuze (2006).

instala a situação que nomeia, invariavelmente cita a lei que ele aplica, e é o poder dessa citação que dá à expressão performativa seu poder vinculante ou de conferência [...] é pela invocação da convenção que do ato de fala do juiz deriva seu poder vinculante”. Ou seja, por poder vinculante, entende-se o poder de vincular, através da fala e do pronunciamento, uma citação ao ato.

Assim, quando um juiz declara a adoção, por uma mulher, de uma criança que já é filho biológico de sua companheira, ele autoriza a dupla maternidade, realizando uma ação. Dessa forma, constrói e estabelece novos significados; permite a aquisição de força por aqueles que se encontram no lugar de sujeição, proporcionando um deslocamento da norma.

Contudo, nesta dinâmica entre norma e subversão, faz-se necessário um olhar atento, a fim de que o ato performativo não signifique, somente, um deslocamento da norma, e sim que se mantenha uma abertura para a transformação da ordem social estabelecida em relação à parentalidade, permitindo uma equidade jurídica e social no reconhecimento da família homoparental e de outras formas de família.

Legitimação seletiva

Se, por um lado, a vida sem normas de reconhecimento gera prejuízos de várias ordens, por outro, a demanda por reconhecimento, por parte de casais do mesmo sexo, pode dar lugar a novas formas de hierarquia social, deslocando o espaço de deslegitimação de uma parte da comunidade gay para outra. Isso seria “transformar uma deslegitimação coletiva em uma deslegitimação seletiva”, legitimando o casamento e deslegitimando formas de aliança sexual fora do casamento, como os que vivem não monogamicamente, os que vivem sós ou em quaisquer outros arranjos que não sejam formas de casamento (Butler, 2003a, p.240).

Para a referida autora, “é crucial que, politicamente, reivindicemos inteligibilidade e reconhecimento, [mas também] é crucial que, politicamente, mantenhamos uma relação crítica e transformadora em relação às normas que governam o que irá ou não irá contar como aliança e parentesco inteligíveis e

reconhecíveis” (Butler, 2003a, p.242), sustentando, assim, dois lados de uma moeda.

Discutir a desigualdade de direito, sem levar em conta estes questionamentos, pode ser uma armadilha para uma repetição sem reflexão sobre as normas. Estas se baseiam numa hierarquia da sexualidade, considerando o casal homossexual ou a parentalidade homossexual marginal, em relação ao casal e à parentalidade heterossexual, sobretudo se pensarmos em termos das relações entre aqueles que não formam casais e os não monogâmicos. Dessa forma, os diversos tipos de relações possíveis em face da pluralidade das formas de ser, acabam sendo reguladas por um “sistema de valores sexuais, segundo o qual a sexualidade ‘boa’, ‘normal’ e ‘natural’, seria a heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva e não comercial” (Rubin, 1989, p. 21). Outras formas de relação, diferentes das citadas acima, são consideradas “más”, “anormais” ou “antinaturais”.

Ainda que a família homoparental seja vista de forma negativa por muitos, ela ganhou visibilidade e, na atualidade, seus componentes vêm reivindicando direitos civis. De acordo com Mello (2006), neste contexto de luta por legitimação dos direitos, não se encontra uma busca por legalização, por exemplo, de uma família de amigos, de amantes, de filhos em variadas combinações. Segundo ele, o caminho que os homossexuais estariam tomando seria o da “domesticação da insubordinação erótica tradicionalmente associada à homossexualidade” (p.505), uma vez que a luta existente seria por igualdade de direitos com os heterossexuais e não pelo direito por novas formas de existência.

Por tudo que foi visto, fica a indagação acerca da chance de reconhecimento jurídico e social das famílias homoparentais: existir somente sob o padrão da família modelo, ou seja, por meio da reprodução de família composta por pai, mãe e filhos concebidos biologicamente.