



ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS E A QUEBRA DOS PARADIGMAS SOCIAIS: UM AVANÇO NECESSÁRIO

Vanessa Pinto Maia*

RESUMO

A análise das uniões homoafetivas revela a problemática referente à necessidade de uma visão plural das estruturas familiares, especialmente no que concerne à possibilidade jurídica da adoção de crianças por esses casais. É possível encontrar algumas decisões judiciais sobre o tema, inovando no tratamento dado pela norma unicamente às relações compostas pela diversidade de gêneros. Ao operador do Direito é lançado o desafio de embate e discussão dessa temática, que envolve resistências e discriminações, mas, acima de tudo, também direitos e obrigações que não podem ser olvidados.

Palavras-chave: Uniões Homoafetivas. Adoção. Afeto. Novas famílias. Eficácia do Direito.

“O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela.”

(Maria Berenice Dias)

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto apresenta-se bastante polêmico, não apenas no seio social, mas também nos ambientes forenses, visto que encontra respaldo nos parâmetros de uma cultura

* Graduanda em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), monitora da disciplina de Direito Processual Civil I e estagiária do Ministério Público Federal.

fortemente enraizada na comunidade em que vivemos. A discussão sobre a questão abrange debates jurídicos acerca do instituto da adoção, bem como pretende examinar perplexidades e questionamentos sobre temas controversos e atuais, como é o caso das uniões homoafetivas, buscando assim uma conclusão pragmática e reflexiva sobre o assunto.

O trabalho que se segue não tem o intuito de fazer uma análise propriamente dita sobre a natureza, origem e circunstâncias que envolvem tais uniões, e sim pontuar conceitos e interpretações que podem fundamentar a adoção por casais assim definidos. Pretende-se ainda relacionar as críticas jurídicas com a (*in*)eficácia que o Direito experimenta ao ambicionar romper com os paradigmas sociais eleitos por uma comunidade arraigada em preconceitos conservadores e discriminatórios.

Para tanto, faz-se necessário, preliminarmente, investigar o conceito de Direito, compreender a evolução do instituto da adoção na legislação brasileira, seja em seu aspecto sociológico ou jurídico, bem como analisar as controvérsias acerca das uniões homoafetivas, buscando subsidiar uma postura do intérprete que seja mais consentânea com a ordem inaugurada pela Constituição Federal. Desta feita, pode-se convergir para uma posição que revela a primazia que a criança ou adolescente deve assumir na relação jurídica analisada, já que os interesses desses é que devem prevalecer.

Nesse sentido, observando as conquistas que os casais homoafetivos têm logrado nas esferas judiciais, mormente a ausência de legislação específica que discipline a matéria, infere-se a importância da discussão jurídica da temática em exame, especialmente após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável entre pessoas do mesmo sexo no julgamento da ADI n.º 4.277 e ADPF n.º 132. Portanto, propõe-se uma abordagem sociológica à luz dos valores constitucionais, devendo ser esse o principal expoente na apreciação dos desdobramentos jurídicos propostos.

2 DO CONCEITO DE “DIREITO”

A análise da problemática em exame requer, para sua melhor compreensão, uma investigação, ainda que inicial, diante de um tema reconhecidamente complexo, sobre o que se entende por *direito*.

De início, faz-se imperioso repetir o alerta proferido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2010, p. 12) de que tal tentativa redundará numa série inacabada de ensaios a que já se dedicaram juristas, filósofos e cientistas sociais.

É mister advertir, portanto, que não é objetivo desse trabalho resolver tão discutida questão, nem fornecer um conceito indeclinável, senão uma aproximação conceitual que forneça diretrizes para uma investigação mais apropriada da discussão em torno da adoção por casais homoafetivos.

2.1 Definições reais

Ao longo da história, inúmeros conceitos foram formulados buscando descrever a essência do direito. Alguns tornaram-se clássicos, a exemplo dos seguintes, expostos na obra de Paulo Nader (2011, p. 78): “Direito é a proporção real e pessoal de homem para homem que, conservada, conserva a sociedade e que, destruída, a destrói” (Dante Alighieri, século XIII); “O Direito é o conjunto de normas ditadas pela razão e sugeridas pelo instinto de vida gregária” (Hugo Grógio, século XVII); “Direito é o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos outros, de acordo com uma lei geral de liberdade” (Emmanuel Kant, XVII) e “Direito é a soma das condições de existência social, no seu amplo sentido, assegurado pelo Estado através da coação” (Rudolf von Ihering, século XIX).

Da análise das definições acima, é possível identificar que todas possuem um aspecto em comum: o direito, enquanto norma, é visto sob o aspecto de sua socialidade, ora como o sustentáculo que dá suporte ao edifício social, ora como elemento motivador, finalístico ou condicionador das normas jurídicas.

2.2 O conceito adotado

Sendo a socialidade uma característica da realidade jurídica (REALE, 2009, p. 2), destaca-se a corrente que percebe no direito, enquanto conjunto de normas, um elemento ordenador da vida em sociedade, o qual permite a realização de valores pessoais e coletivos. Nesse sentido, é salutar o conceito de direito formulado por Miguel Reale (2009, p. 67), segundo o qual “Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores”, pois, não obstante reconhecer que advém de uma estrutura normativa de poder, as normas jurídicas devem ser compreendidas e implementadas consoante determinados valores, que ora são extraídos dos fatos sociais, ora estes as influenciam.

Conforme a concepção de Miguel Reale, fatos, valores e normas implicam-se mutuamente, de modo que o jurista, na resolução de um problema jurídico, deve estar atento aos valores consubstanciados no ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, para dar aos fatos a consequência jurídica mais adequada.

Nesse escólio, para o Direito, a sociedade é a sua primeira e principal destinatária e constitui o substrato no qual incidem suas normas. Axiologicamente, o Direito é concebido como um conjunto de princípios aos quais os homens devem respeitar em suas condutas, imprimindo significação às relações sociais e orientando-as para a satisfação de interesses comuns (REALE, 2007, p. 4).

As normas que compõem o sistema jurídico quase sempre vêm relacionadas à ideia de limitação, balizando as atividades dos indivíduos, bem como dos entes coletivos ou, até mesmo, do próprio Estado, como forma de assegurar um controle social.

Conclui-se, portanto, que o Direito é exatamente a organização de um sistema coercitivo sobre a comunidade, com o escopo de assegurar o cumprimento de suas regras, que devem ser plenamente objetivas e válidas, porém, não encerrando um fim em si mesmo, mas representando a eterna busca pela promoção do bem-estar social.

Outrossim, convém repisar lição de Bobbio, para quem a localização mais apropriada do direito se encontra na teoria do ordenamento jurídico (2011, p. 43). Suas considerações são relevantes na medida em que constata ser a *completude* – ao lado da unidade, coerência e relação com outros ordenamentos – um dos principais problemas do ordenamento jurídico. Isso porque não há, na legislação brasileira em vigor, dispositivo expresso que autorize a adoção de crianças por casais homoafetivos, constituindo fator de divergência jurisprudencial a partir do momento em que os julgadores brasileiros são chamados a solucionar essa lacuna.

O pensamento de Norberto Bobbio é relevante, ainda, porque identifica na norma fundamental o ápice do ordenamento jurídico que, sendo hierarquicamente superior, dá fundamento de validade às demais normas e confere-lhes o sentido de unidade (2011, p. 61).

Isso posto, a compressão do direito como fato social marcado pela dinamicidade frente a fatos e valores cambiantes, deve, à luz da Constituição Federal e demais elementos normativos, dar uma solução jurídica adequada à discussão a respeito da adoção por casais homoafetivos. É o que se verifica em seguida.

3 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

3.1 Evolução infraconstitucional

À época do antigo Código Civil de 1916 e do Estatuto da Adoção de 1957, a adoção prezava principalmente por alguns requisitos que os adotantes deveriam preencher, a fim de que sua tutela fosse garantida. Exigia-se que os casais não possuíssem filhos e tivessem idade mínima de 30 anos, bem como comprovassem cinco anos de casamento, o que traduzia a infertilidade constatada pelo tempo (MACIEL, 2010, p. 199-201).

Nesse período, o filho adotivo era tratado de maneira desigual perante a lei, quando se tinha por referência os filhos biológicos de um casal. Nesse caso, na legislação anterior, a filiação adotiva era vista de maneira restritiva, como exemplo da sucessão hereditária preceituada pelo art. 1.605 § 2º do Código Civil de 1916, que dava direito ao filho adotivo apenas a metade do quinhão a que tinham direito os filhos biológicos. Essa norma foi posteriormente revogada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que proíbe qualquer distinção entre filhos biológicos e adotivos (art. 227 §6º)¹.

Denota-se que, ao contrário do que é preconizado atualmente, quando o norte das relações familiares é o princípio da igualdade, o adotado era considerado filho ilegítimo, deixando transparecer a discriminação social que cercava o ato jurídico, pois a adoção muitas vezes era considerada apenas um gesto de caridade para com a criança ou mesmo um mecanismo assistencialista.

Já com a vigência do Código de Menores, legislado pela Lei nº 6.697, a adoção foi subdividida em duas modalidades: a simples e a plena. A primeira se assemelha ao atual instituto da Guarda, podendo ser motivadamente revogada e não sendo o adotante investido do pátrio poder (atual poder familiar), podendo ser realizada através de escritura pública.

A adoção plena, por sua vez, era um ato jurídico bem mais complexo por ser irrevogável, na qual o adotando se desligava definitivamente da família biológica, tendo inclusive o seu registro civil original cancelado. Essa última espécie de adoção curiosamente era aplicável apenas às crianças menores de sete anos de idade (MACIEL, 2010, p. 200).

Ainda assim, o instituto estava dotado de muitos preconceitos. Um exemplo claro era o de que as certidões de registro dos adotados traziam observações sobre o tipo e a origem do parentesco, inserindo notas que alertavam sobre a adoção daquela criança.

¹ Nesse sentido, interessante decisão proclamada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, resguardando o direito da mãe adotiva à licença prevista no art. 7º, XVII, da Constituição Federal na sua integralidade, isto é, 120 dias. Vide: TRT-14. MS 8300 RO 0008300. Pleno. Rel. Juiz Federal Shikou Sadahiro j. 23.03.2010. Dje 24.03.2010.

Hoje, não é permitido nenhum tipo de observação nesse sentido, consoante se depreende da inteligência do art. 47 §§2º e 4º da Lei 8.069/90, de forma a evitar a revelação da ficção jurídica que compõe o ato (TAVARES, 2010, p. 48-49).

3.2 O impacto da Constituição Federal de 1988 na transformação do instituto da adoção

Em 1988, a promulgação da Constituição Federal inaugurou uma nova ordem jurídica, premida por diversos princípios e regras inovadoras que representaram o marco histórico pelo qual passara o país e a transição de um regime ditatorial para a democracia representativa.

A redemocratização brasileira conferiu espaço para que a Constituição Federal, ao longo de todos esses anos, viesse a ocupar o centro do sistema jurídico, contemplando ideias e modelos que mobilizaram a doutrina e jurisprudência do período, instituindo uma nova percepção na hermenêutica jurídica. Esse fenômeno é cada vez mais acentuado e intenso, consistindo no fator primordial para uma postura ativa e dinâmica frente ao direito positivo.

Com a promulgação da Constituição Federal, o conceito de família foi ampliado, não mais se restringindo ao casamento civil, passando a reconhecer a União Estável como entidade familiar, nos termos do seu art. 226, §3º². O Estado se afirmou como o principal responsável pela proteção da família, pois ela é o núcleo da comunidade, devendo seus membros ter seus direitos respeitados e assegurados.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi editado e veio confirmar as diretrizes constitucionais, difundindo a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagrando o princípio da absoluta prioridade, principal pilar estatutário responsável por firmar o consectário no qual todas as crianças e jovens devem ser tratadas como sujeitos de direitos fundamentais, possuindo primazia e preferência no momento em que estes são assegurados. (GAMA, 2008, p. 198)

A adoção como medida de inserção da criança ou adolescente em família substituta está disciplinada nos art. 39 a 52-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Da sua simples leitura conclui-se que a medida é excepcional, apenas aplicável quando esgotadas as tentativas de manutenção do adotando na família natural. Ademais, vários dispositivos conclamam ao valor da afetividade, do real benefício para a criança ou adolescente, o que nos leva a crer que

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

o diploma legal não descuidou do espectro contemporâneo encerrado pelo Direito de Família nos dias de hoje.

Atualmente, a adoção é marcada pela irrevogabilidade do ato, conforme o art. 39, § 1º, da Lei 8.069/90, um passo importante capaz de velar pela segurança jurídica das relações sociais; pela igualdade jurídica com relação à filiação biológica, inclusive para fins sucessórios conforme preconiza o art. 41 da Lei 8.069/90, pela gratuidade, segundo o art. 141, §2º, da Lei 8.069/90, entre outras.

Destaque-se que, pela primeira vez, a pessoa solteira é considerada capaz de adotar (art. 42 da Lei 8.069/90), abrindo espaço para o crescimento e consolidação das famílias monoparentais, um novo tipo de arranjo familiar.

Decerto, essas poucas e breves anotações já demonstram satisfatoriamente a modificação das regras que compreendem hoje o instituto da adoção. Passa-se a abordar o tema proposto sob a ótica da possibilidade de filiação por novo núcleo familiar, formado por um par homossexual, e o seu direito de exercer a maternidade ou paternidade responsável.

4 O CONCEITO PRÉ-CONCEBIDO DIANTE DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

É cediço que a moral sexual hoje vigente em nossa sociedade ocidental repugna, censura e repreende aquelas pessoas que se relacionam com indivíduos do mesmo sexo. Um exemplo notório com relação a essas considerações são as práticas de violência homofóbicas ocorridas nas grandes cidades e frequentemente noticiadas nos meios midiáticos.

Nesse ponto são inseridas perspectivas que motivam o extermínio e a segregação, assim como influenciam na pré-concepção de certos estereótipos que figurariam como expoentes dessas relações. Considera-se a relação homossexual geralmente é permeada por promiscuidade, descuido, libertinagem sexual, entre outras análises depreciativas.

No entanto, essa visão resta totalmente equivocada, vazia na sua razão de ser, pois o que se nota contemporaneamente é que muitas uniões homoafetivas são baseadas no amor, no respeito mútuo, na solidez, na reciprocidade, tanto quanto as heterossexuais.

Para Sérgio Carrara, coordenador-geral do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, o desenvolvimento de trabalhos na esfera pública com o fito de extinguir a impunidade no sistema criminal quando as vítimas são homossexuais é passo essencial para exigência de respeito e afirmação da sexualidade com liberdade. Para ele, através de medidas públicas é que será possível desmistificar a relação homoafetiva de forma preventiva.

No mesmo patamar, a resistência face à adoção de crianças por casais homoafetivos se fundamenta basicamente na crença de que essa situação pode gerar danos futuros e sequelas psicológicas aos adotandos pela falta de referências comportamentais, já que uma criança adotada por duas mulheres ou dois homens, possuiria duas mães ou dois pais.

Todas essas falácias do conservadorismo são sustentadas por paradigmas ético-morais encarados como verdades absolutas, incapazes de suportar novas construções que se mostram já incorporadas em nosso cotidiano e que, por esse motivo, necessitam da legitimidade jurídica que lhe é reclamada.

A princípio, o legislador nega-se a emprestar juridicidade às relações homoafetivas e, por esse motivo, não há nenhum dispositivo legal autorizando ou vedando a concessão da medida. Nada obstante, há um consenso de que filhos biológicos ou adotivos convivem de fato com companheiros do mesmo sexo em seus lares – essa é a realidade – porém, não há nenhum tipo de proposta ousada capaz de intervir e regular essas relações, que, assim como tantos outros arranjos familiares, são merecedoras de assistência moral e social, devendo gozar da total proteção do Estado.

A Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias (2010, p. 2), em seu artigo “Amor não tem sexo”, faz uma constatação válida acerca da regulação familiar no plano jurídico:

Embora vanguardista, o conceito de família cunhado pela Lei Maior ainda é acanhado, pois não logrou envolver vínculos afetivos outros, que não correspondem ao paradigma convencional: casamento, sexo e reprodução. Ora, se os métodos contraceptivos e os movimentos feministas concederam à mulher o livre exercício da sexualidade; se passaram a ser considerados família os relacionamentos não identificados pelo casamento; se, em face do atual estágio da evolução da engenharia genética, a reprodução não mais depende da ocorrência de contato sexual, imperioso que se busque um novo conceito de família.

Deve-se ter em vista que a compreensão e aceitação da realidade familiar ora exposta é produto de muitos anos de evolução da sociedade, que, paulatinamente, vem se consolidando. O Direito, como ciência social que busca o equilíbrio, é o instrumento que permite o reconhecimento das mudanças sociais e culturais vivenciadas pela coletividade, homologando a proteção a bens vitais que esta mesma sociedade elege e vincula às leis.

A constatação supratranscrita da mencionada desembargadora reflete a apreensão das relações sociais pelo seu viés afetivo, abarcando o desenvolvimento biopsicossocial dos

membros da entidade familiar e, por fim, respaldando a consciência atual da sociedade de eleição do do afeto como o elemento mais importante para a formação dessas novas famílias.

Nesse diapasão, o Direito Civil abandonou sua forte carga patrimonialista, tradicional e conservadora, de modo que após a inclusão de normas que tratam do Direito de Família na Constituição Federal houve um redimensionamento da matéria sob o prisma da função social desempenhada pela família na comunidade.

Busca-se o desenvolvimento das qualidades e interesses existenciais dos seus membros, de tal sorte que a afetividade representa o principal expoente de definição das novas famílias (GAMA, 2008, p. 119-123).

5 AS NORMAS JURÍDICAS E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO

Cumprir também a importância da hermenêutica jurídica à luz da finalidade da norma que se coaduna basicamente à realidade social. O operador do Direito deve priorizar absolutamente os princípios constitucionais visando garantir a sua efetivação no plano empírico, se comprometendo com a preservação dos direitos humanos fundamentais e com o pleno bem-estar das pessoas.

Nesse sentido, as normas jurídicas que guardam maior consonância com essa afirmação compreendem o inciso IV do art. 3º e o *caput* do art. 5º, ambos da Constituição:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Essa previsão constitucional condiciona a aplicação e efetividade das demais normas constitucionais, de todas as leis infraconstitucionais ou qualquer outra regra, seja qual for sua espécie ou natureza. Destarte, esta inteligência se adapta perfeitamente com a concessão da adoção por casais homoafetivos, pois consagra o princípio da igualdade, que possui significado extensivo, constituindo um postulado básico da democracia, pois todas as pessoas são iguais em dignidade, direitos e oportunidades. (JÚNIOR, 2010, p. 660).

Urge inferir que as normas constitucionais gozam de densa efetividade, por esta razão, é possível deduzir que o constituinte primário, ao eleger como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de *sexo*, o fez sob o consectário correspondente à dimensão de liberdade sexual de todos os indivíduos.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal sustentou que o tratamento igualitário deve ser resguardado na medida em que emergem duas situações, conforme exposto pelo Ministro Ayres Britto, em voto proferido no julgamento da ADI 4.277³: o direito de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica (ser homem ou mulher), e de não sofrer discriminação ao fazer uso da respectiva sexualidade, escolhendo parceiros, sejam eles do mesmo sexo ou não, buscando satisfazer sentimentos pessoais intimamente ligados à elevação pessoal.

Posto que somente mediante uma interpretação sistemática de toda ordem jurídica pode-se chegar à conclusão de que os casais homoafetivos devem gozar dos mesmos direitos, encargos e prerrogativas postuladas em favor dos casais heterossexuais. Não se vislumbra, dessa forma, nenhum óbice que possa dificultar a legitimação de tais direitos na seara do instituto da adoção.

Caso preencham os requisitos legais necessários para adotar, o juiz deve assumir seu papel criador, colmatando as lacunas que existem no ordenamento e que configuram possivelmente casos de lacunas objetivas voluntárias, isto é, intencionalmente provocadas pela atividade legiferante devido à complexidade da matéria ou à sua extensão, confiando a interpretação do caso concreto ao Poder Judiciário.

Desse modo, após a análise das condições objetivas, o juiz deve ponderar, no caso concreto, se o ambiente familiar é, de fato, adequado para o desenvolvimento e maturação da criança a ser adotada. É certo que o conceito de “ambiente familiar adequado” não guarda uma interpretação unívoca pela doutrina, mas apenas sinaliza ao juiz a reunião de qualidades que identifiquem um lugar saudável, seguro e propício para a educação e crescimento da criança (FIGUEIRÊDO, 2005, p. 50).

Assim, o Poder Judiciário poderá acompanhar o processo com o apoio interdisciplinar da psiquiatria, psicologia, serviço social e até da antropologia de forma a evitar os riscos de adaptação e com o fim de otimizar a formação das crianças e jovens colocados, sob a forma de adoção, nos lares homoafetivos (SCHWEITZER, 2007, p. 47).

³ STF. ADI 4.277-DF. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. j. 05.05.2011. DJe 14.10.2011.

6 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO HOMOAFETIVA

O argumento de que a permanência da criança nos lares formados por casais homoafetivos pode determinar a sua opção sexual e causar efeitos deletérios ao seu desenvolvimento, visto que invariavelmente esta criança sofrerá preconceitos por parte da comunidade, que já carrega consigo os estereótipos aludidos no início desse artigo, não deve, de forma alguma, prosperar.

Inicialmente, vale ressaltar que a heterossexualidade dos genitores não garante que seus filhos possuam a mesma opção sexual. Se assim fosse, não existiriam homoafetivos, pois da procriação heterossexual adviria obrigatoriamente apenas filhos heterossexuais. Essa tese pode ser facilmente transportada para a convivência familiar que resulta da adoção, restando, portanto, totalmente infundado este argumento.

Da mesma forma, o intuito de evitar que a criança sofra com possíveis preconceitos não encontra solução com a proibição do direito à adoção por famílias homoafetivas. Ao contrário, dá margem à extinção do instituto, pois, se for pensado que a criança adotada poderá ser alvo de chacotas pela visível diferença de características biológicas entre ela e seus pais adotivos – diferenças raciais, étnicas, por exemplo –, nunca haveria sua inserção em uma família substituta, uma vez que os determinismos genéticos são naturais, não podendo ser comparados geneticamente filhos biológicos aos seus genitores e filhos adotivos aos seus pais adotivos.

O pedido de adoção formulado por um casal homoafetivo que vive em união estável atende ao princípio do melhor interesse da criança, preconizado pela Convenção de Nova Iorque de 1989; ao princípio da proteção integral previsto no art. 227 da Constituição, bem como ao princípio prescrito no art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que a adoção apenas encontrará respaldo quando apresentar reais vantagens para a criança e fundar-se em motivos legítimos.

O melhor interesse da criança perfaz-se, notadamente, na compreensão de que não são os pais que necessitam de filhos, mas sim as crianças que necessitam de uma família. Nesse ponto, é preciso destacar que nada mais do que considerar atendido este princípio quando uma criança é transferida de um abrigo para o seio de um grupo familiar, apto a lhe oferecer toda assistência material, moral e espiritual, a fim de desenvolver sua maturidade, contribuindo para florescer na criança sentimentos de segurança e estabilidade familiar.

Evidentemente, a inserção de uma criança em um lar homoafetivo não deve provir de uma análise temerária, pois não se olvidam as reais diferenças deste para um ambiente

familiar mais comum na sociedade, a família tradicional. Porém, no estudo do caso concreto devem prevalecer considerações acerca do equilíbrio e ajuste familiar; se o relacionamento é transparente para o restante da família e para os amigos, se é pautado pela estabilidade, confiança, respeito mútuo, afeto. Isso tudo é possível construir apenas após considerável lapso temporal de convivência do casal.

Essa apreciação geral, acompanhada dos estudos psicológicos e sócio-familiares devidos em qualquer outro processo de adoção, sinaliza efetivamente a garantia do afeto de pessoas habilitadas e capazes do exercício do poder familiar, pois, assim como pressupõe a Constituição Federal, essas pessoas são definidas como sujeitos de direitos.

Assim, convém concordar que a saúde mental e a felicidade individual estão muito mais atreladas à dinâmica de determinada família do que ao modo como ela é definida, isto é, é muito mais importante e significativa a maneira como a família vive do que como ela é taxada pela sociedade a seu redor. Uma família bem ajustada preza pela auto-estima e desenvolvimento social e pessoal dos seus membros, independente dos componentes que formam o arranjo familiar.

Uma hermenêutica verdadeiramente construtiva prezará exatamente por um novo paradigma na formação dessas novas famílias: o amor sem restrições ou limites. Nesse cenário, todas essas considerações sociológicas acerca do instituto familiar devem igualmente vir acompanhadas de questionamentos jurídicos sobre o tema.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime e histórica proferida na resolução da ADPF 132-RJ e da ADI 4.277, sinalizou a possibilidade de considerarmos a tese proposta ao reconhecer o *status* de União Estável a casais formados por pessoas do mesmo sexo, seja para fins sucessórios, previdenciários ou patrimoniais.

Embora a norma jurídica seja o principal elemento do nosso ordenamento, há outros meios de regulação das relações sociais que são desempenhadas pela doutrina e jurisprudência, pela analogia, costumes e princípios gerais do Direito, capazes de densificar valorativamente a norma ou, até mesmo, criá-la ou adequá-la ao caso concreto.

Nesse ponto, apesar de a jurisprudência e a doutrina serem muito tímidas no embate do tema exposto, hoje já há alguns julgados – nas cortes de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, v.g.⁴ – que concederam o direito de inserir uma criança em uma família substituta formada por pessoas do mesmo sexo. Esses julgados apontam que não há estudo

⁴ Vários julgados podem ser citados a exemplo do STJ. REsp 889852-RS. Pleno. Rel: Min. Luis Felipe Salomão. j. 27.04.2010. Dje 10.08.2010.

próprio que indique qualquer inconveniente na adoção por tais casais, sobrelevando-se a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar. (FERRIANI, 2010, p. 142-143).

No mesmo sentido, verificam-se algumas decisões a favor da adoção por casais homoafetivos proferidas pela Vara da Infância e da Juventude na Comarca de Natal-RN. Em pesquisa realizada verificou-se que, até o mês de novembro de 2011, quatro sentenças foram favoráveis à adoção, sendo três conferidas em processos aforados por um casal homossexual e apenas uma delas em processo aforado tendo como autor apenas um dos companheiros. Também se verificou que apenas um pedido de adoção formulado por um casal homossexual foi negado pelo juízo responsável.⁵

Em essência, a evolução da doutrina que trata do Direito de Família e que embasa a fundamentação dessas sentenças inovadoras e recentes passou a adotar uma postura firme de absoluta defesa e prioridade das garantias constitucionais endereçadas às crianças e adolescentes, capituladas no art. 227 da Constituição Federal⁶.

Cabe ressaltar que as decisões judiciais que adotam o mesmo parâmetro não têm o condão de legalizar e formalizar o casamento homoafetivo, que é passo secundário, porém, não distante, visto que ao reconhecer as uniões estáveis homoafetivas o direito brasileiro, através da decisão da sua Suprema Corte Constitucional, abriu espaço para a possibilidade da sua conversão no casamento, conforme dicção do art. 226, §3º, da Constituição Federal⁷.

O entendimento que deve ser postulado e garantido é o de que as relações afetivas não são delimitadas pelas possibilidades de uniões de gêneros, mas sim pela inata condição humana de realizar a vida através do afeto e da construção da felicidade, com respeito ao outro e a si mesmo. As crianças são nossos bens mais preciosos, e responsáveis pelo futuro da humanidade, tendo as leis em todo o mundo assim reconhecido, procurando garantir os direitos esculpidos nos diplomas legais que cuidam dos seus interesses.

A questão jurídica assentada no art. 1.622 do Código Civil, que revela que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, se encontra vencida, pois guarda a mesma natureza de erro de lógica formal de interpretação, pois é evidente que neste artigo a técnica legislativa não está seguramente

⁵ Informações fornecidas pela 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Natal-RN, responsável por todos os processos de adoção nacional da referida comarca de acordo com a Lei de Organização Judiciária do TJRN, tendo sido preservados os nomes das partes e das crianças envolvidas, resguardando, dessa maneira, o segredo de justiça.

⁶ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

fundamentada nos preceitos constitucionais de respeito à igualdade, à dignidade da pessoa humana e ao direito da não-discriminação, uma vez que restringe o direito de adotar sem aparente razão ou fundamento jurídico para tal.

Impõe-se dizer que tal previsão legal está em conflito direto com as normas constitucionais anteriormente citadas, as quais servem de cânone interpretativo primário para as demais regras que compõe o ordenamento jurídico.

7 A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO

A intercessão da Ciência Jurídica com a Sociologia resulta no estudo e na apreciação da efetividade do Direito no plano concreto, fático e material, isto é, visa compreender como o Direito se apresenta na experiência humana, propondo estudá-lo como função e produto de processos sociais (NETO, 1987, p. 410-411). É precisamente nesse ponto que se destaca a problemática trazida à baila, conferindo aos operadores do Direito o papel de discutir e embasar questões que vivenciamos avidamente em nosso dia-a-dia.

Nessa perspectiva, é significativo relacionar toda essa abordagem com o foco dogmático-sociológico da eficácia do Direito. Parte-se da premissa de que a norma possui três atributos, são eles: validade, justiça e eficácia (BOBBIO, 2001, p. 45-46). Como já mencionado, a sociologia jurídica concentra seus estudos no cumprimento da norma e sua influência no meio social, isto é, estuda a legitimidade ou aceitação da norma jurídica e sua efetiva produção de efeitos nas relações sociais.

O ideal é que as normas formalmente válidas gerem repercussões sociais diversas, mas previstas ou abarcadas pelo legislador. O caso em estudo destaca exatamente a ausência de normas capazes de produzir efeitos no âmbito das uniões homoafetivas. Para essas pessoas, portanto, o Direito não é eficaz, não comporta efeitos que possam ser inseridos nas suas relações, ou simplesmente não existe. Essa defasagem acaba por obstaculizar o acesso a uma ordem jurídica justa, causando inseguranças, pois esses sujeitos acabam por recorrer a subterfúgios com a finalidade de se inserir no contexto legal de eficácia do Direito.

Por essa razão, é muito comum que apenas um dos companheiros pleiteie a adoção desejada, passando o seu parceiro ou parceira também a conviver com a criança, construindo um lar. Essa situação de fato é marginalizada pelo Direito, que se mostra, nesse ponto, uma negligente, sem efetividade, deixando cidadãos à mercê da insegurança jurídica, como bem preleciona a desembargadora aposentada Maria Berenice Dias (2010, p. 02):

Há uma realidade da qual não se pode fugir. Crianças vivem com parceiros do mesmo sexo, quer por serem concebidas de forma assistida, quer por serem filhos de apenas um deles. Havendo a convivência familiar, a negativa da adoção veda a possibilidade do surgimento de um vínculo jurídico do filho com quem desempenha o papel de pai, o que, ao invés de benefícios, só acarreta-lhe prejuízos. Mesmo tendo dois pais ou duas mães, a vedação de cancelar dita situação impede, em caso de morte, a percepção de direitos sucessórios ou benefícios previdenciários. Se ocorrer a separação, não haverá direito a alimentos, não se podendo garantir sequer o direito de visitas. Por isso, merece ser louvada a as decisões judiciais, que, de forma corajosa, pensam muito mais no interesse das crianças do que nos preconceitos da sociedade. Estão cercados da proteção legal os filhos que são frutos do afeto. Gerados de forma responsável, geram a responsabilidade jurídica dos pais.

Logo, devem-se abandonar preconceitos e opiniões desprovidas de bases científicas, vencer resistências sociais e institucionais incompatíveis com o objetivo maior de acolher os novos arranjos familiares, mas não apenas esses, baseados no amor incondicional.

Não se pode silenciar sobre os vínculos que se consolidam entre pessoas do mesmo sexo em decorrência unicamente de estigmas e preconceitos infundados. A homossexualidade, em especial após decisão do Supremo Tribunal Federal, demonstrou ser um fato que merece igualmente a tutela jurisdicional e que necessita ser regulado em todas as searas. É um erro não submeter o fato social a efeitos jurídicos, pois essa constitui a razão de ser do Direito, do viver em comunidade e do abraçar e compreender as diferenças.

O direito à liberdade no exercício da sexualidade, sem que se sofra com discriminações, é corolário da igualdade substancial e o respeito à dignidade humana proclamada pela Constituição Federal, em seu art. 1º, elege esse princípio como um dos fundamentos da República do Brasil.

Essa discussão envolve vidas e tem desdobramentos pessoais e patrimoniais que estão a clamar o regramento jurídico. Os aplicadores do Direito que, nesse momento, recebem nova formação devem assumir o comprometimento com tais questões desafiadoras, contundentes, mas que, acima de tudo, devem ser objeto de uma longa caminhada pela defesa do bem-estar de todos, acompanhando, sem dúvida alguma, a evolução da realidade social.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o conteúdo apresentado, conclui-se que o Judiciário, ao equiparar as uniões estáveis homossexuais às heterossexuais, deu um passo importante e significativo em direção a um Estado laico, distanciando-se ainda mais dos dogmas religiosos que, muitas vezes, anulam o núcleo elementar do princípio da dignidade humana.

Destaca-se que esse novo cenário é produto do amadurecimento da própria legislação ao tratar do instituto da adoção, por exemplo, quando se demonstrou a preocupação em equiparar os filhos legítimos aos adotados, numa perspectiva em que se observa a mudança de valores promovida pela Constituição Federal.

Por isso, os argumentos contrários à adoção por casais homoafetivos que pretendem se revestir de “fundamentos jurídicos” revelam, na verdade, uma ordem moral-religiosa que visa proteger suas próprias doutrinas. O desejo de que esses novos arranjos familiares continuem marginalizados pela sociedade traduz um injusto sentimento de intolerância que permeia e contamina toda uma comunidade, algo expressamente vedado por nossa Constituição, que pretende ser democrática ao abraçar e resguardar as diferenças.

Nesse diapasão, conclui-se que, na verificação de problemas de lacunas normativas, o intérprete deve dar correta adequação jurídica aos fatos, embasado nos princípios vigorantes no ordenamento jurídico brasileiro. A adoção é um direito que não pode ser concebido de forma diferente, pois os maiores beneficiários são as crianças abandonadas, carentes de cuidado, afeto, carinho, enfim, carentes de uma família, independente da sua composição, que não pode continuar distante do Direito. Por essa razão, os mesmos critérios fundadores da adoção por casais heterossexuais devem ser também observados na adoção homoafetiva.

É certo que o papel do juiz é proeminente na solução dessas controvérsias, devendo o magistrado defender, como dito, os interesses e princípios tutelados pela Constituição Federal. Todavia, não se descarta o momento vivenciado pelo Poder Legislativo ao ser convocado a regulamentar a situação ora exposta. Não é recomendável macular um bem jurídico o qual o Estado se comprometeu a assegurar: a proteção à família em suas mais variadas formas e dimensões.

Para além de toda concretude, a tese proposta representa a superação de sentimentos estigmatizantes e excludentes. Propõe-se a vitória da ética, da igualdade material, do direito lúcido e vanguardista; da liberdade sobre uma moral opressora. Essa questão clama por um avanço necessário.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- CARRARA, Sérgio; RAMOS, Silva. **A constituição da problemática da violência contra homossexuais**: a articulação entre ativismo e academia na elaboração de políticas públicas. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v16n2/v16n2a04>>. Acesso em: 22 fev. 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem sexo**. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_-_amor_n%E3o_tem_sexo.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2011
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERRIANI, Luciana Paula de Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIGUEIRÊDO, Luis Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2010.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos das crianças**. 1990, Disponível em: <<http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&langpair=en|pt&u=http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>>. Acesso em: 19 set. 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHWEITZER, Fabian. A adoção por pessoas homoafetivas. **Infância & Cidadania**, São Paulo, fascículo número 6, p. 43-47, 2007.

ADOPTION BY HOMOAFECTIVE COUPLES AND BREAKING PARADIGMS OF SOCIAL: A NECESSARY STEP FORWARD

ABSTRACT

This article approaches a portion of the problem concerning of the needing of a plural vision of family structures, by analyzing more specifically about homoaffective union, especially in the core of the legal possibility of granting the adoption of children by these couples. It is possible to find some judicial decisions about the subject, innovations in the treatment given by standard only to relations built by the diversity of genres. To the operator of law is released the challenge of confrontation and discussion of this issue that involves resistance and discrimination, but, above all, also rights and obligations that cannot be forgotten.

Keywords: Homoaffective unions. Adoption. Affection. New families. Effectiveness of the justice.