

Adoção homoafetiva e os paradigmas da sociedade contemporânea

Mariana Salimena Pires¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar as implicações da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que estende aos casais homoafetivos a condição de entidade familiar, reconhecendo, destarte, a união estável homossexual. A adoção homoafetiva é o problema específico abordado, sendo examinado à luz da Lei, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei da adoção e a Constituição Federal; e das questões fáticas e filosóficas relacionadas, principalmente no que tange o desenvolvimento da criança e a atual jurisprudência sobre o tema.

Palavras chave: adoção, união estável, direitos homossexuais, adoção homoafetiva.

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

Abstract

This paper aims to analyze the implications of the recent ruling of the Supreme Court that extends to homosexual couples the condition legal status of family entity, recognizing, therefore, the stable union to homosexuals. The problem of homoaffective adoption is the specific issue of an investigation guided by a critic of approach law and the recent jurisprudence of this subject, without disregard to the empirical and philosophical question related, specially the children's development and best interests.

Key words: adoption, homosexual rights, homoaffective adoption, same-sex union

"O Amor, que não ousa dizer seu nome"

*Bateu-lhe à porta, ao acaso, um dia.
E ele, inebriado pela cotovia
(que paira à janela, mas depois some...),
Sentiu crescer, súbito, na alma, u'a fome
De algo que, até então, desconhecia.
Desejo... estranheza... culpa... agonia...!
Desce aos umbrais, na angústia que o consome!
... porém, depois das lágrimas enxutas,
Chamou a cotovia, deu-lhe frutas,
E sorveram, um no outro, a própria essência.
E ambos, nessa atração de semelhantes,
Num cingir de músculos, os amantes
Ergueram-se aos portais da transcendência.
-Oscar Wilde, 1876.*

1.Introdução

Com essa epígrafe o advogado Luis Roberto Barroso inicia sua defesa acerca dos direitos dos homossexuais em sessão histórica do STF: “Em 1521 era estabelecido que os homossexuais deviam ser condenados à morte na fogueira, seus bens confiscados e suas famílias consideradas infames por duas gerações.”. Tal prática parece tão surreal quanto as execuções em praças públicas; a idéia de que, até o século XIX, mulheres só podiam sair de casa acompanhadas e apenas para ir à Igreja, ou a proibição estrita do casamento interracial, que só se legalizou no século XX.

A vida em sociedade manifesta uma consciência popular que, como na dialética hegeliana (HEGEL, 1807), está em constante movimento de afirmação, negação e

superação. Daí pode-se aferir que esse *ethos*² está em constante mudança, refletindo a aceitação da sociedade relativa ao contexto em que se insere. Assim, há por trás das práticas acima citadas, um juízo popular que delimita se são certas ou erradas, se quem as pratica é socialmente aceito ou marginalizado. No entanto, como a própria teoria hegeliana prega, a realidade do Espírito é movimento (op. Cit.). E, no movimento, se inserem valores do tímido avanço e modificação dessas práticas, culminando em um momento de êxito representado pela sua transformação dicotômica, de um âmbito a outro que é seu completo oposto, em que se fundamenta até representar um direito constitucionalmente previsto.

O caso dos direitos homossexuais se insere no raciocínio apresentado acima: no momento da TESE, apresenta-se o fato inquestionável que é a evidente existência de casais homossexuais (segundo dados do Censo de 2010, já são mais de 60 mil casais no Brasil) acompanhada do lapso constitucional, já que não existe legislação que aborde especificamente esse objeto; No momento da negação (ANTÍTESE), podemos observar o tratamento moroso que é dado pela Justiça quanto ao assunto em questão, que há anos se mostra inerente à sociedade moderna mas é ignorado como um assunto proibido e preterido nas pautas jurídicas, além de um comportamento também estabelecido no seio da sociedade como um todo, em que há o novo que rompe com a estabilidade (SÍNTESE) anterior e o tradicional; Um terceiro momento, a SÍNTESE, em que nós nos encontramos e é representado pela progressiva aceitação e atenção ao assunto, firmando as diretrizes que acompanham a inflexão do tema desde o momento da negação até o momento do seu conhecimento, pontualmente evidenciada pela decisão em que, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal vota a favor do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar.

A incompatibilidade que o STF elimina só pode ser compreendida à luz do contexto em que nos inserimos, retomando a noção do *ethos* temporal e espacial abordada

²*Ethos* aqui considerado como costume, forma de vida, susceptível tanto ao lugar onde se examina quanto à conjuntura temporal.

acima. O artigo 1723 do Código Civil traz, em sua redação que:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL, Art. 1723/CC)

À primeira vista, nada há de inconstitucional no artigo em questão, mas através de uma análise contextual, observando os paradigmas da sociedade moderna, o dilema se mostra na definição arbitrária de entidade familiar como união do HOMEM e da MULHER. O legislador de 2002 não observa a negação explícita do núcleo familiar tradicional sendo manifestada socialmente com o crescente número de casais homossexuais e culmina por refletir no código uma postura que, hoje, se torna inadequada e até mesmo retrógrada, já que não é mais capaz de suportar uma realidade evidente. Destarte, o legislador moderno trata de compatibilizar a questão com a realidade histórica, como versa Savigny na Escola Histórica.

“O povo é um ser vivo marcado por forças interiores e silenciosas que segrega uma espécie de consciência popular, o espírito do povo (Volksgeist). O povo é anterior e superior ao Estado e é do espírito do povo que brota tanto a língua como o direito”. (MALTEZ, 2009, p. XX)

Essa decisão se trata de uma sentença aditiva, na qual se manipula uma norma para que esta seja plenamente compatível e coerente com a Constituição. Combinam-se na atividade do legislador tanto o dever de traduzir a realidade social quanto a necessidade e permissão de buscar a transformação da própria realidade. O Supremo Tribunal se atém à colisão normativa que se dá entre o dispositivo do Código Civil e o princípio da igualdade celebrado no Art. 5º /CF: (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”); e no preâmbulo da Carta Magna:

“Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias.”. (BRASIL, Constituição Federal de 1988)

Na resolução da colisão, a solução praticada é a modificação de uma das normas em conflito, como versa Norberto Bobbio(2003), que no caso, foi uma modificação substancial, contetudística, não havendo modificação formal da letra da lei. Foi alterada a *ratio legis*, apesar de ter sido mantida a *mens legis*. Assim, podemos aqui compreender a decisão como estendendo os direitos que requerem união estável para a entidade familiar homoafetiva, fato que só foi possível porque a decisão foi norteadada pelos princípios consignados na Constituição, principalmente no art. 5º, que proíbe a discriminação por gênero.

A partir disso, intenciona-se expor as especificidades da adoção. A adoção é o ato de tornar parte da dinâmica familiar uma pessoa proveniente de uma história de vida distinta, podendo ser realizada por várias motivações, a impossibilidade de ter filhos ao auxílio de uma criança em dificuldades. Esse instituto é abordado em um código próprio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990, doravante, ECA), na subseção IV, que estabelece que para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. Quanto ao adotando, são crianças e adolescentes de até 18 anos, órfãos de pais falecidos ou desconhecidos, ou cujos pais tenham perdido o pátrio poder ou que tenham concordado com a adoção de seu filho. É importante dizer que em relação aos adotandos acima de 12 anos, necessário é seu consentimento com a adoção.

Ainda sobre a adoção, o ECA estabelece as diretrizes formais do processo:

“estágio de convivência acompanhado por equipe interprofissional a serviço da Justiça, com apoio de técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida”,

“inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar”,

Além de que: *“a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.*

No artigo 227, caput, CF/88 é estabelecida a função da família, tais quais:

“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”

Intenciona-se, destarte, mostrar que o processo da adoção é burocrático e minucioso, o Estado exerce um papel positivo face ao adotando ao estipular tal preparação psicológica, tanto do mesmo quanto da família que irá adotá-lo de modo a assegurar um convívio familiar saudável e desenvolvimento normal ao titular desse direito. Dessa forma, é possível refutar o temor infundado de que a criança poderia ser destinada a uma família desestruturada que prejudicaria sua evolução, haja vista que a o Poder Judiciário, através da Lei, age de maneira interventiva na pesquisa das condições para a adoção, tanto para casais tradicionais quanto para as novas modalidades de família.

Ao prever as funções da família, o legislador cria uma categoria de requisitos mínimos para todos aqueles que vêm à vida nessa sociedade, se propondo a garantir esse mínimo como um direito fundamental. Assim, o Estado assume uma função positiva com essa prestação de garantir uma vida familiar saudável e, baseando-se na lógica da equidade que consiste base principiológica constitucional, estende esse direito também aos adotados.

Para concretizar essa pretensão, cria análises tanto procedimentais quanto substanciais para o processo de adoção. Dessa maneira, age examinando o núcleo familiar que se propõe à adoção, sua dinâmica, seus componentes, assim como a aptidão psicológica desses, deliberando sobre a aptidão de receberem um novo ente familiar; atua também estabelecendo uma série de requisitos formais de burocracia, para que haja analogamente um grande controle e precisão no ato, não admitindo falhas e erros que poderiam causar eventuais danos aos participantes do processo. O processo evidencia tais requisitos formais: Inicialmente, deve-se procurar o Juizado da Infância e Juventude para que se possa solicitar uma entrevista com os técnicos para se informar sobre o pedido de inscrição (atendendo ao que se estabelece na lei, como idade mínima para se habilitar como adotante); depois, os técnicos, psicólogos e assistentes sociais conduzem entrevistas, buscam informações, analisam dados e visitam as residências dos pretendentes adotantes; o pedido então segue para o promotor e para o juiz, que irá deferir sobre a habilitação dos adotantes, que em caso afirmativo os torna aptos a se inscreverem em um cadastro nacional de possíveis adotantes (momento no qual os adotantes informam suas preferências relativas à criança, tais como sexo e idade). Entretanto a adoção não se formaliza imediatamente com a chegada da criança, pois há um estágio de convivência, ou seja, um prazo em que se experimenta a inserção desse novo ente, em que se analisa se tem sido benéfica e salutar para o mesmo, podendo a adoção então ser deferida e formalizada ou não. É importante ressaltar que, uma vez formalizada, a adoção é irrevogável.

Após uma análise à luz da Lei e da decisão do Supremo Tribunal Federal, chega-se à conclusão de que formalmente o direito de se aplicar para uma adoção conjunta é, de fato, estendido aos casais homossexuais. Pelo fato de consistirem, agora, núcleo familiar reconhecido pelo precedente, podem se inserir no processo de adoção pela lista nacional

ao lado dos casais tradicionais, ficando à mercê do mesmo exame e análise a que estes serão submetidos.

No entanto, intenciona-se abordar alguns aspectos substanciais que são inerentes a essa nova modalidade de adoção, como a questão de aceitação social e desenvolvimento da criança. Tais facetas serão abordadas adiante.

2. O estado da arte: como o tema tem sido visto ultimamente

No dia 6 de maio de 2011 a manchete da Folha de São Paulo declama: “União estável já vale para gays”; e o conteúdo da reportagem continua:

“Em um julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal decidiu ontem que não há qualquer diferença entre as relações de homossexuais e heterossexuais. Pelo menos 7 dos 11 ministros consideraram que casais gays formam uma família e que possuem os mesmos direitos e deveres[...] Apesar de não ter tratado de questões específicas e polêmicas, como adoção, o voto majoritário permite isso aos gays, exatamente por igualá-los, sem qualquer restrição, aos heterossexuais”.(SELIGMAN, 2011)

Em uma análise, o professor Joaquim Falcão aborda a questão procedimental da decisão levantada pela CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), pois, estritamente, iria requerer uma emenda constitucional para mudar o texto da lei, prática de reserva legal do Congresso e não do Judiciário. Porém

“o argumento dos católicos é jurídico, a estratégia é política e o resultado, religioso. Se fosse necessária uma emenda à Constituição, seria preciso o voto favorável de pelo menos 357 congressistas. Evangélicos, católicos e outros grupos pressionaram os congressistas.

Provavelmente não mudaria a Constituição [...] Há sempre um espaço para mudar a aplicação da Constituição sem precisar emendar seu texto”. (FALCÃO, 2011)

Ainda na mesma reportagem, contrário ao resultado da sessão, se pronuncia o deputado federal Jair Bolsonaro: “O Judiciário era o último poder que faltava para ficar de costas para a família, a religião e os bons costumes”(BOLSONARO, J. 2011. Folha de S. Paulo), num derradeiro conflito com o que dispõe o Art. 5º/CF: (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”) e com a noção laica de Estado em que vivemos.

Sobre isso se manifesta também o Ministro do Supremo, Luiz Fux: “Por que o homossexual não pode constituir uma família? Por força de duas questões que são abominadas pela Constituição: a intolerância e o preconceito”. (FUX, L. 2011)

Em pesquisas do IBGE (Censo 2010) relacionadas ao tema, a tendência da opinião pública se mostra evoluindo em direção a uma favorabilidade aos homossexuais:

“De maneira geral, a pesquisa identifica que as pessoas menos incomodadas com o tema estão mais presentes entre as mulheres, os mais jovens, os mais escolarizados e as classes mais altas[...]Sobre a decisão do STF, 63% dos homens são contra, enquanto apenas 48% das mulheres são da mesma opinião. Entre os jovens de 16 a 24 anos, 60% são favoráveis. Já os maiores de 50 anos são majoritariamente contrários (73%). Entre as pessoas com formação até a quarta série do fundamental, 68% são contrários. Na parcela da população com nível superior, apenas 40% não são favoráveis à medida”(IBGE, 2010).

A pesquisa ilustra uma sociedade onde predomina o machismo e a homofobia³, apesar das exaustivas especificações constitucionais contra essa ideologia e as tentativas de conscientização da população. Mostra, também, que a resistência cai de uma geração para outra, o que evidencia a coerência da tese de Hegel de que a realidade e o movimento do espírito criam um novo momento de SÍNTESE, que se refletiria na consciência popular.

Assim, vemos coligados dois aspectos antitéticos na opinião popular: por um lado, uma crescente aceitação, principalmente dos estratos sociais apontados na pesquisa, cujo futuro é otimista, já que penetra nas gerações mais jovens que contêm os formadores de opinião do amanhã; por outro lado, certa resistência em alguns outros grupos sociais, fruto principalmente do conhecimento vulgar, da cultura tradicionalista e católica, de uma sociedade onde o preconceito é enraizado e cultuado. Esses dois pólos convivem pela convivência entre várias gerações, que dividem não só opiniões como valores, e a própria tensão entre ambos gera progressos em temas que são examinados como “tabus”

3. O contra-argumento

O principal ponto que se contrapõe à idéia da adoção homoafetiva é criado pelas condições sociais em que as formas contemporâneas de família se inserem, como apresentado acima, uma sociedade rígida enraizada na tradição e com temor aos novos rumos que segue, mas que no momento encontra espaços de evolução e crescente maleabilidade, o que evidencia um panorama otimista para o futuro.

As questões da adoção e do casamento não foram abordadas diretamente pelo Supremo na sessão que estendeu a união estável aos casais homossexuais, então ainda permanecem nebulosas e dependentes de cada caso concreto e da interpretação do juiz. É certo, no entanto, que os caminhos para a permissão dessas práticas foi facilitado pelo

³O termo homofobia está sendo usado neste artigo com o sentido de aversão irreprimível a homossexuais.

voto dos ministros do Supremo. A questão do casamento se mostra delicada, pois envolve uma crença religiosa, permeado de tradição e valores que, claramente, não são favoráveis a essa nova configuração que lhes é proposta. Quanto à adoção, os principais temores de alguns segmentos sociais abordam a inserção social e o desenvolvimento da criança adotada, pois se acredita que é primordial a referência materna e paterna na formação da personalidade, e uma criança criada na modalidade familiar homoparental careceria desses referenciais e até mesmo traria conseqüências na sua preferência sexual futura. Além disso, há manifesta preocupação quanto ao convívio social da criança adotada, que seria alvo de repúdio e escárnio no meio em que freqüenta.

Essas ressalvas podem ser confrontadas com uma pesquisa sobre o processo de formação da criança relacionada com as configurações familiares.

“Em tempos de fluidez e fragmentação das relações humanas, isso significa que a família tem sido recriada não mais segundo padrões hegemônicos do patriarcado, mas conforme demandas dos sujeitos e das possibilidades oferecidas pela sociedade- atualmente mais aberta e igualitária [...] Vivemos contextos sociais mais democráticos, que promovem expressões afetivas e sexuais mais livres. Em alguns países a flexibilização tem sido muito visível, bem como suas claras repercussões no que concerne à produção de novas conjugalidades e modos de viver as parentalidades. Embora o Brasil acompanhe essa tendência, nem sempre as novas formas de família são assimiladas sem preconceitos, as escolhas parecem ainda envergonhadas e, muitas vezes, procura-se escondê-las sob o manto normativo do patriarcado”(PASSOS, 2008)

A jurista esclarece o progresso das novas configurações familiares, que se originam na sociedade contemporânea e na sua tendência de liberdade de expressão e, por extensão, de afeto, nas mais diversas modalidades em que este se apresenta. O

crescimento expressivo dos casais homossexuais (apontados aqui como FATO inegável e inerente à nossa sociedade) pode ser observado em todo o mundo, mas passa por juízos desiguais, dependente da cultura em que se examina. Sabemos que as diferenças culturais entre nações são consideráveis, então é compreensível que sejam aceitos sem resistência em umas e sejam condenados em outras. No caso do Brasil, presenciamos um progresso na aceitação desse fato, que encontra as maiores resistências no preconceito tão característico da nossa sociedade (uma antítese a uma nação tão mista), impedindo que se quebre a hegemonia segura das configurações tradicionais para conceder um direito de fato a um segmento ao qual só o que se destina a aversão e o medo.

Os órgãos judiciários, detentores do controle de constitucionalidade, exame de colisões entre leis e ações práticas, são, na maioria das vezes, relacionados diretamente com interpretações mais tradicionais, primazia da Lei, salvaguarda dos costumes arraigados no seio social. O STF, órgão de última instância do Judiciário no Brasil, surpreendeu a muitos ao tomar a primeira atitude para enfrentar essa cultura do preconceito e do medo do diferente e conceder aos casais homossexuais tal direito.

A faceta mais importante do amadurecimento da criança é a segurança que lhe é gerada pelas figuras paternas, conforme podemos perceber no excerto a seguir:

“É essencial compreender que a criança, para não correr o risco de problemas psíquicos, tem necessidade, durante seu desenvolvimento, de dois adultos que possam se constituir como pais, ou seja, possam cumprir o trabalho psíquico da parentalidade.”. (DUBREUIL, 1998).

Como podemos ver, essa função é representada pelas figuras adultas que a envolvem, não sendo estritamente relacionada aos gêneros. A noção comum de mãe e pai é uma construção tradicional, mas a essência da parentalidade é a relação entre a criança e o adulto, mitigada de aceitação, amor, afeto, etc. Isso evidencia que a crença de que o desenvolvimento infantil seria prejudicado pela ausência das referências tradicionais se

baseia em uma instituição tradicional e no “medo” de outros modos de criação, apoiados no preconceito já citado como característico de nossa sociedade.

Outra faceta do desenvolvimento infantil se mostra na noção e conhecimento da origem da criança por ela mesma, haja vista que representa uma referência fundamental para o autoconhecimento, aceitação e relação familiar salutar. Por essa razão, um histórico transparente da vida do adotando leva ao desenvolvimento de uma criança bem resolvida com suas origens e situação. Com a noção da própria origem, a criança passa por um amadurecimento amparado pelo acolhimento parental, podendo assim estar preparada para as transições e mudanças dentro do grupo familiar e, posteriormente, com os ciclos sociais externos.

Análogo às novas composições familiares é a própria dinâmica familiar. *“Paradoxalmente, descarta o velho e mantém parte dele.”* (PASSOS, 2008). Novamente podemos ver o movimento dialético, neste momento na estrutura familiar, que confronta a todo tempo o velho e o novo, a tradição e as novas formações, culminando num momento de SÍNTESE que traz elementos dos dois momentos precedentes (TESE-ANTÍTESE). O núcleo familiar é dotado de uma inegável tradição, interferindo diretamente na *psique* infantil do terceiro elemento na vida parental (a própria criança) como elementos de referenciação e segurança. Entretanto, as novas estruturas familiares modernas confrontam essa tradição, não de modo a destruí-la, mas sim a recriando com elementos distintos, mantendo o seu núcleo essencial. Assim são concebidas as formas contemporâneas de família, tais quais o monoparentalismo, o homoparentalismo e a recomposição familiar (no caso de irmãos de outros casamentos inseridos na mesma realidade).

Assim, percebemos que: *“O que conta para o bebê é a qualidade do acolhimento afetivo e simbólico por meio do qual os adultos lhe garantem um lugar seguro e de reconhecimento”*. (PASSOS, 2008). E, na mesma linha de pensamento, temos:

“Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais

homossexuais⁴, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal)” (EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMAO, RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS 2006/0209137-4)

Quanto ao segundo temor abordado pela sociedade e citado acima, relativo ao provável escárnio e exclusão social pelo qual passaria o adotando de pais homoafetivos, não se sustenta como um argumento válido. Trata-se, invariavelmente, de um sofisma moderno fundado nas bases de um indisfarçável preconceito. Podemos comprovar isso exemplificando os direitos da mulher: inicialmente era inconcebível, por exemplo, uma mulher trabalhar fora de casa, pois iria sofrer preconceito no ambiente de trabalho e em todo seu ciclo social, vizinhos, amigos, familiares. Uma vez declarados seus direitos, foram se inserindo com cada vez mais força no mercado de trabalho, até que se tornou um fato inegável e progrediu até a total aceitação que se tem hoje em dia, estando equiparadas com o sexo masculino integralmente (ao menos no que tange o aspecto formal). O preconceito e deslocamento social de uma situação inédita para a época não constituiu um impedimento para o progresso dos direitos da mulher, e da mesma forma deve ocorrer com os direitos homossexuais. Os primeiros casos provavelmente sofrerão com o choque social que estão a promover, mas isso abrirá portas para a plena efetivação desses direitos e será dirimido pelo bom ambiente familiar, acolhedor, que será garantido pela exaustiva revisão estatal no chamado “melhor interesse da criança”.

⁴Estudos realizados na Universidade da Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia americana de psicologia

4. Práxis

Como dito por Guilherme Strenger, *"a conjunção homossexualidade e família não está longe de se tornar um fato concreto a desafiar a criatividade da jurisprudência, no afrontamento desses novos pactos que reclamam jurisdição"*. (STRENGER, G. 2006)

Após a análise dos aspectos formais e substanciais que concernem à questão, nos dedicamos a um exame da prática atual em torno do assunto. Para isso, utilizaremos as mais recentes jurisprudências coletadas sobre o tema.

No Processo 0582499-9/02, apreciado pela 2ª Vara da Infância da Juventude e Adoção, do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, consistiu uma apelação para adoção emanada por casal homossexual, tendo em vista habilitação para a adoção de crianças do sexo masculino maiores de 10 anos. No entanto, houve uma grande divergência no julgamento, cingindo à questão da idade mínima do adotando, a qual se desejou que fosse formalmente 12 anos, quando o adotando (à luz do ECA) tem o direito de expressar seu consentimento pela adoção. Munindo-se da decisão do STF, e de que:

“seu estoque normativo não abre distinção entre adotante 'homo ou heteroafetivo'. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, combinadamente com o inciso IV do artigo 3º e o § 1º do artigo 5º da Carta Magna. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do artigo 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental”

Ainda nesse processo, apreciou-se o conteúdo consagrado pela jurista Maria

Berenice Dias:

"A dificuldade de deferir adoções em face da orientação sexual dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças seja subtraído de situações de vulnerabilidade. Não se pode olvidar a realidade social brasileira, com enorme contingente de crianças abandonadas, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção. A adoção é o meio mais legítimo para assegurar respeito ao interesse superior da criança abrigada. É um direito fundamental de todo indivíduo usufruir de uma vida familiar e comunitária, contrapondo-se ao habitual sistema de institucionalizações, que mantém crianças e adolescentes, abandonados moral e materialmente pelos pais, em regime fechado, privando-os da colocação em família substituta. (Dias, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça / Maria Berenice Dias. 4. Ed. Ver. E atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.)"

Assim sendo, a decisão favoreceu às apelantes, concedendo-lhes a habilitação para a adoção.

No Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) intencionou-se a adoção de dois menores por casal homossexual, entre os quais já havia fortes vínculos afetivos e comprovada estabilidade da família. Na fundamentação do julgamento, aparecem novamente os conceitos de “melhor interesse da criança”, dever positivo do legislador frente a uma realidade metamórfica, constatação de estabilidade familiar e análise do caso concreto, no qual se constata:

“10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

II. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.”

Como se mostra perceptível nos casos analisados acima, todas as questões relativas a menores, como no critério de atribuição de guarda e na adoção, culminam no princípio do melhor interesse da criança, critério norteador das decisões que concernem menores, dentro do Direito de Família. Mas esse conceito abstrato:

“não conseguiria capturar o fenômeno da família na sua vasta variedade e complexidade infindável [...] pode-se tentar delinear o interesse do menor como sendo todos os critérios de avaliação e resolução que possam conduzir à certeza de que estão sendo atendidos todos os propósitos, que levam ao esperado desenvolvimento educacional, ético e de saúde da criança, de acordo com os cânones vigentes” (CHAVES, MARIANNA. 2009)

No caso do Recurso especial, exemplifica-se com maestria a noção empírica de melhor interesse da criança, haja vista que havia um relacionamento já estabelecido com fortes vínculos emocionais entre o casal e os adotandos, como dito, que já as chamavam de “mães” e estavam de certa forma, acostumadas com o homoparentalismo. Além disso, o casal até então se responsabilizava pela saúde, educação, lazer, bem-estar das crianças, como requer o artigo 227/CF citado acima.

Processo:0648257-5

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 648257-5 DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA 2ª VARA DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E

ADOÇÃO APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
APELADO: J. S. B. J. RELATOR: DES. COSTA BARROS

Nesse processo, surge novamente a intenção de se estipular a idade mínima de 12 anos para o adotando no caso de casal homossexual, visto que, dessa forma, a criança poderia expressar seu consentimento ou não. No entanto, foi apontada uma falha nesse argumento: *“Certo é que, quanto mais idade tem a criança, mais difícil é a sua adaptação num ambiente familiar diverso do modelo tradicional, posto que ela já tenha conceitos e preconceitos formados, muitas vezes estigmatizados pela sociedade.”* (BARROS, C. 2010). A imposição da idade mínima apenas para adoção homossexual claramente fere o princípio da isonomia (aqui entendido como “todos são iguais perante a lei”), já que impõe uma restrição fática, não prevista na lei, que poderia ser interpretada como um empecilho artificial imposto para a adoção homoafetiva.

Além disso, novamente é apresentado um argumento de autoridade que clarifica a questão do desenvolvimento da criança:

“Acerca do tema, ANA CARLA HARMATIUK MATOS, leciona: 'O que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade.'

E, mais adiante, observa: '(...) pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicam que "não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. (...) o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento 'psicológico das crianças'. A maioria das crianças em todos os estudos funcionou bem intelectualmente e 'não demonstrou comportamentos ego

destrutivo prejudiciais à comunidade'. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais, que não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais" (MATOS, A. C. H. 2006)

Dessa forma, durante o presente julgamento apreciou-se o pedido, constatando “inadmissível” a imposição de idade mínima do adotando, já que não encontra previsão legal: “*Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.*” (BARROS, C. 2010)

E também, a primazia dos princípios constitucionais:

“Agora, impor aos apelantes crianças com estas características porque capazes de manifestar os seus preconceitos e aceitar ou não as intempéries de ter como pais um casal homossexual, é contrariar todo o discurso sobre igualdade e isonomia, princípios primordiais de garantia e direitos fundamentais.” (BARROS, C. 2010)

5. Conclusão

A questão abordada neste artigo toca numa área sensível do Direito, contrapondo de maneira explícita a importância que presta à tradição e seu viés científico, que demanda renovação, pesquisa e evolução em um processo cíclico.

Com a decisão do STF que reconhece a união estável homossexual, levando em conta seu status de última *ratio*, podemos conduzir uma análise acurada nas leis relativas à adoção e união estável. Concentrando primeiramente na letra fria da lei, temos uma

construção fundamentada de permissão da prática da adoção homoafetiva, haja vista que os requisitos para a adoção conjunta são a existência de união estável e um conjunto de condições sócio-psicológicas relacionadas à união familiar como ambiente de inserção de um novo componente.

Em um segundo momento, a análise recai sobre as questões alheias à lei, tais como o desenvolvimento da criança e a inserção social dessa. Através das pesquisas e dados utilizados temos um panorama favorável para a nova composição familiar, pois comprovado está que não há malefícios na criação dessas crianças adotadas por famílias homoafetivas e também não há interferência fatal na sua escolha sexual e desenvolvimento psicológico.

Em um terceiro momento, foca-se no exame fático da questão, como tem sido vista pela sociedade e como tem sido praticada nos Tribunais. As pesquisas do Censo 2010 e do Ibope apontam um tímido avanço no que tange a aceitação dos homossexuais como fato inegável do mundo contemporâneo e um considerável número de núcleos familiares homoafetivos.

Como apontado por Paulo Nader, “a atividade dos juízes é fecunda e, sob certo ponto de vista, criadora” (NADER, P. 2010). Assim, a análise da jurisprudência aponta para um futuro otimista no que diz respeito à adoção homoafetiva, com a prevalência dos princípios enraizados na Constituição, tais quais os princípios da legalidade, da isonomia e do melhor interesse da criança, principalmente.

É importante também apontar o Direito como ciência viva, fenômeno sócio-cultural que consegue cada vez mais vincular os valores orgânicos da sociedade com sua função essencial, retora da vida comunal, e ainda alcançar uma postura vanguardista e adequada com a Modernidade, quebrando e caminhando lado a lado com os paradigmas do mundo contemporâneo.

Agradecimentos

Dedico este artigo aos professores doutores Denis Franco Silva e Nathalie Barbosa de La Cadena, pela leitura crítica, e ao professor e mestre Roberto Perobelli de Oliveira, pela orientação, contribuição e ajuda imprescindíveis para a realização deste projeto.

Referências Bibliográficas

Nader, Paulo. (2010) Introdução ao estudo do direito/ Paulo Nader- Rio de Janeiro: Forense. 32ª edição, p.177.

PASSOS, M.C. (2008) in Os Pilares do Sujeito. p. 6 – 15. Revista A mente do bebê: o fascinante processo de formação do cérebro e da personalidade/ [coordenadora Graziela Costa Pinto]. –2ª edição revista e atualizada – São Paulo : Duetto Editorial(2008).

Seligman, Felipe & Falcão, Joaquim (2011).Folha de São Paulo, edição nº 29.983 de 6 de maio de 2011, caderno Cotidiano, p. C1.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigos 3º; 5º ; Lei n 8.069/90 ; Lei n 12.010/09.

Processos e Recursos:

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS 2006/0209137-4

PROCESSO 0582499-9/02 2ª Vara da Infância e Juventude e Adoção (Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 648257-5. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de

Curitiba - 2ª Vara da Juventude e Adoção. Disponíveis em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ado%C3%A7ao+homoafetiva&s=jurisprudencia>> Acessados em 23 e 24 de agosto de 2011.

Paulsen, Leandro. Disponível em:

<http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33> Acessado em 24 de agosto de 2011.

Lanna Lima, Andrea (2004). “O Direito da Mulher perante o novo Código Civil”. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/71750/?noticia=O+DIREITO+DA+MULHER+PERANTE+O+NOVO+CODIGO+CVIL>> Acessado em 10 de agosto de 2011.

Almeida, Aires. (2009). Dicionário Escolar de Filosofia, versão online. Plátano Editora. Disponível em: <<http://www.defnarede.com/>> Acessado em 10 de agosto de 2011.

Rede mulher. “Luta pelos direitos das mulheres.” Disponível em: <<http://www.redemulher.org.br/luta.htm>> Acessado em 11 de agosto de 2011.

Soraya, G.K. (2000) Trechos da monografia: A mulher frente aos direitos da personalidade. Disponível em: <http://www.catho.com.br/jcs/inpuiter_view.phtml?id=2473> Acessado em 3 de agosto de 2011.

Wilde, Oscar (1876) “O amor que não ousa dizer seu nome”. Disponível em: <<http://apoesiadosoutros.blogspot.com/2009/05/o-amor-nos-tempos-de-oscar-wilde.html>> Acessado em 3 de agosto de 2011.

Dias, Maria Berenice. “Adoção homoafetiva”. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf> Acessado em 5 de agosto de 2011.

Silvia Futino, Regina & Martins, Simone (2006) “Adoção por homossexuais- uma nova configuração familiar sob os olhares da psicologia e do direito.”. Periódico Aletheia, nº 24, 2006. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-03942006000300014&script=sci_arttext&tlng=pt> Acessado em 11 de agosto de 2011.

Lauriano, Carolina & Duarte, Nathália (2011) Canal de notícias Gl. “Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais” Disponível em: <<http://gl.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>> Acessado em 19 de agosto de 2011.

Bezerra, David Ricardo (2006) “A dialética Hegeliana e o espírito da Constituição”. Revista eletrônica Estudos Hegelianos- ano 3º -nº04, junho de 2006. Disponível em: <http://www.robertexto.com/archivo11/a_dialetica.htm> Acessado em 19 de agosto de 2011.

Maltez, José Adelino. “Respublica”(2009). Disponível em: <<http://maltez.info/respublica/>> Acessado em 11 de agosto de 2011.

Nunes, Branca (2011). Veja online, 28/07/2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/pesquisas-revelam-que-brasileiros-se-tornou-mais-receptivel-aos-homossexuais-nos-ultimos-18-anos>> Acessado em 17 de agosto de 2011

IBOPE. “Casamento gay divide brasileiros”, 28/07/2011. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOP&pub=T&nome=home_materia&db=caldb&docid=639993E9DDC6DC32832578DA00603AE> Acessado em 17 de agosto de 2011.

Bobbio, Norberto (2003). Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB.

Dubreuil, Éric (1998) Des parents du même sexe, Paris: Odile Jacob.

Santana, Danilo (2011). Curso online : Processo de adoção-processo e etapas. Acessado em 26/12/2011. Disponível em :

⟨http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=45&id_titulo=814&pagina=21⟩

Strenger, Guilherme (2006). Guarda de Filhos. DPJ Editora 2ª Edição. Pág. 81.

Matos, A.C.H. (2006). In Filiação e homossexualidade. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, p. 78 e p.83.

