

A adoção por casais homoafetivos – Os argumentos e a construção de regras que atendam aos Princípios da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança

The adoption by homosexual couples - Arguments and construction rules that meet the principles of human dignity and the best interests of the child

Regina Fátima Wolochn
Maria Cristina Rauch Baranoski

Resumo: Este artigo é resultado dos estudos realizados no projeto de pesquisa “Adoção e o poder regulador do Estado em relações homoafetivas” do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, que se justifica em razão das mudanças e dos novos paradigmas das relações sociais, especialmente no tocante à formação da família e filiação e na falta de regulamentação específica a respeito da possibilidade da adoção por casal homoafetivo. Tem o objetivo geral de apresentar reflexões sobre o estudo, apontando alguns interesses que envolvem a questão e as respostas dadas pelo ordenamento jurídico nacional. O procedimento metodológico foi a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da sistematização do referencial teórico com as duas principais categorias: família e criança e adolescente, conforme alguns autores de referência sem prejuízo de outros. Apresenta, de forma breve, a noção de filiação no direito brasileiro e os princípios constitucionais que o norteiam, passando posteriormente ao reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar apta à adoção, e por fim a uma observação crítica sobre os argumentos utilizados pelo judiciário para análise das questões inerentes à adoção por casais homoafetivos. Por fim, propõe modificações no processo para atender de fato os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Adoção. Novas famílias. Princípios constitucionais. Efetividade.

Abstract : This article is the result of studies in the research project "Adoption and the regulatory power of the State homosexual couples ", which is justified because of the changes and new paradigms of social relations , especially regarding family formation and membership in the absence of specific regulations regarding the possibility of the adoption by homosexual couples. Has the general objective of presenting reflections on the study pointing out some concerns that involve the question and the answers given by the national legal system. The methodological approach was a literature survey, conducted from the systematization of the theoretical framework with two main categories: family and children and adolescents, according to some authors of reference without prejudice to others. Presents briefly the notion of membership in Brazilian law and the constitutional principles that guide, going after the recognition of homo-affective family as a family unit capable of adoption, and finally to a critical remark about the arguments used by the judiciary to review the issues inherent in the adoption by homosexual couples. Finally it is proposed process modifications to meet in fact constitutional principles

Key words: Adoption. New families. Constitutional principles. Effectiveness.

1 Introdução

No âmbito do direito de família, a preponderância do afeto apresenta-se como parâmetro para uma nova visão de família. O legislador brasileiro, porém, por diversas vezes, não se apresenta capaz de reconhecer e disciplinar os direitos pertinentes aos novos arranjos oriundos das mudanças sociais, ora porque não há consenso sobre determinadas questões, ora porque geram perplexidade, dúvidas e preconceitos.

Evidentemente que o conceito de família não pode ser limitado por lei, pois implicaria em ofensa ao Princípio da dignidade humana e da igualdade substancial, na medida em que determinaria discriminações em relação às opções afetivas.

O Judiciário brasileiro vem oferecendo respostas às novas questões trazidas pela evolução da sociedade, abordando o reconhecimento das uniões homoafetivas, multiparentalidade, entre outras.

Quando se trata de adoção, ao contrário de países como Portugal, Espanha e Argentina que, através do processo legislativo, regularam a adoção para as novas entidades familiares, no Brasil também fica a cargo do Judiciário a interpretação das regras e dos princípios que atendam aos interesses em jogo.

Tanto no Brasil como no cenário internacional, a adoção por casais homoafetivos ainda gera muita polêmica, haja vista que o processo apresenta dois importantes direitos a proteger: o dos casais que possuem direito ao exercício da parentalidade, e o direito das crianças, que requer a concessão de proteção integral.

As normas aptas para regular a questão derivam da Constituição Federal, do Estatuto da criança e do Adolescente e da Lei Nacional de Adoção, compondo um conjunto de princípios e de conceitos abertos que devem ser analisados em cada caso.

Os princípios são mandatos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, sendo caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. A medida de seu cumprimento está condicionada às possibilidades fáticas (existência de meios adequados e necessários para alcançar a finalidade da norma) e jurídicas (existência de regras que excepcionem o princípio em alguma medida e colisão com princípios opostos) (ALEXY, 2008, p. 86).

Desse modo, o operador do direito deve justificar racionalmente os motivos de sua preferência pela aplicação de um princípio em detrimento de outro. Não existe a certeza de uma única resposta correta, todavia o dever de ponderar e justificar, para ele, reduziria a possibilidade de prevalência de convicções morais do próprio aplicador do direito.

Com o objetivo geral de apresentar reflexões sobre o estudo, apontando alguns interesses que envolvem a questão e as respostas dadas pelo ordenamento jurídico nacional, o presente estudo se desenvolve a partir da visão de filiação, passando pelos princípios que fundamentam o direito de família para, enfim, abordar a adoção, em especial a dos casais homoafetivos, abalizando os fundamentos utilizados para justificar a concessão.

2 A filiação

O reconhecimento das crianças, enquanto sujeito de direitos, tanto pelo Direito como pela sociedade, se dá recentemente. Os filhos tinham valor para os pais na medida em que servissem para garantir o patrimônio e honra da família.

No campo do Direito, a descoberta da infância estaria na Inglaterra do século XVIII, quando decisões judiciais começaram a apontar para a necessidade de observar o bem-estar da criança, deixando de ver os filhos como coisas pertencentes aos pais (PEREIRA, 1999). A partir de então, o Princípio do melhor interesse da criança passou a orientar convenções, tratados e decisões.¹

Uma mudança significativa na visualização da infância ocorre a partir da Consagração pelo Direito Internacional das crianças como sujeito, titular de direito, mesmo com as limitações de capacidade que não interferem na possibilidade de fruição dos direitos de personalidade (TRINDADE, 1997, p. 407).

Ao observar as Constituições já vigentes no Brasil (de 1824 até o momento), as Constituições do Império e a primeira da República sequer faziam referência à infância. Já nas Constituições de 1934, 1937 e 1967, a causa infanto-juvenil surge com medidas protecionistas às crianças e aos adolescentes abandonados, órfãos; e, é na Constituição de 1988 que a criança toma o status de sujeito de direito, cujos princípios fornecem garantia à toda criança e adolescente de prioridade absoluta.

A formação da estrutura familiar, no Brasil Colônia, conforme Costa e Moreira (2011, p. 57), “se estabelece com a segmentação da população a partir da sua condição de colonizador, escravo ou índio”. A dicotomia senhor-escravo até os dias atuais imprime distorções, a exemplo do trabalho infantil (DEL PRIORE, 2004, p. 12). No Brasil colônia, o pai era o centro da vida familiar, não tendo qualquer compromisso com o filho, de modo a

¹ O Direito à Proteção Integral do Menor e o Princípio do Melhor Interesse da Criança foram previstos na Convenção Americana sobre os Direitos das Crianças e, 1969, e pela Convenção Internacional dos Direitos da criança. Ambas foram ratificadas pelo Brasil através dos decretos 678/92 e 99710/90, respectivamente.

agir para com este como um patrão ou protetor, sem vínculos de afeto. (FERREIRA, 1999, p. 275).

Alguns outros elementos na vida da criança neste período também refletiram sobre a vida familiar da criança e do adolescente, a exemplo da proposta da Roda² e Casa dos Expostos, no ano de 1738, na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro (LIMA; VENÂNCIO, 1996, p. 67), em razão do alto índice de abandono de crianças por suas famílias, o que preocupava as autoridades da época. Ainda, a Lei nº 2040, de 28 de setembro de 1871 - Lei do Ventre Livre, que garantiu a liberdade do filho, mantendo a mãe escrava³, reforça a negação do direito de família para essas crianças e conduz a prática de separar crianças do convívio dos pais, nesse sentido “a proteção às crianças negras não era um dever da família, mas um assunto de ordem econômica, patrimonial”. (COSTA; MOREIRA, 2011, p. 58).

Em 1926, o primeiro Código de Menores regulava a situação de dois grupos: os menores abandonados e os delinquentes infanto-juvenis. Da mesma forma, o Código de Menores de 1979, baseado na Doutrina Jurídica da Situação irregular, propunha uma ação assistencialista, a ser aplicada aos menores que se enquadravam em situação de desajuste familiar, delinquência e marginalizados da sociedade.

A partir da Constituição de 1988, enfatiza-se o Princípio do melhor interesse da criança, sobrepondo-se seus interesses a qualquer outro tutelado. Em seguida, com Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança passa a ser reconhecida como sujeito de direitos universais, como cidadão. Cidadania entendida não apenas ao direito de ter uma certidão de nascimento, ou ter declarado os direitos numa carta constitucional, mas deve ser concebida

² “Roda dos expostos” é o nome dado a um artefato de madeira, fixado ao muro ou janela do hospital, no qual era depositada a criança; ao se girar o artefato, a criança era conduzida para dentro das dependências do hospital, sem que a identidade de quem ali colocasse o bebê fosse revelada. Teve origem na Itália, na Idade Média, a partir do trabalho de uma Irmandade de Caridade e da preocupação com o grande número de bebês encontrados mortos. As primeiras iniciativas de atendimento à criança abandonada no Brasil se deram, seguindo a tradição portuguesa, instalando-se a “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados” nas Santas Casas de Misericórdia. Em princípio eram três: Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738), Recife (1789); depois, em São Paulo (1825), já no início do império. Outras rodas menores foram surgindo em outras cidades após este período, até que foi proibida pelo Código de Menores de 1927. (GALLINDO, 2009).

³ Art. 1º: Os filhos da mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§1. Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de trinta anos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de trinta dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2040.htm>. Acesso em: 04 fev. 2014.

além: é praticar cidadania; exigir direitos; conhecer o seu papel numa sociedade que se tem por democrática. (BARANOSKI, 2011, p. 35).

Dessa forma, o Princípio do melhor interesse passa a figurar como um orientador para a solução de casos concretos que envolvem o interesse infanto-juvenil, obrigando os aplicadores do direito a refletirem e justificarem suas opções como sendo as que melhor atendem a proteção integral.

A partir deste enfoque é que as questões inerentes à guarda e filiação devem ser analisadas, com vistas ao atendimento das reais necessidades da criança.

O vínculo paterno filial pode ser biológico, jurídico ou socioafetivo. O vínculo afetivo foi por muito tempo ignorado pelos operadores do direito, priorizando-se a certeza trazida pelo exame de DNA, o que transformava a filiação em determinismo biológico, que não contemplava a dimensão existencial. (LÔBO, 2009, p. 49). Resquícios desta preferência pelo fator biológico ainda se apresentam na legislação e na jurisprudência, em especial quando determina o esgotamento do vínculo biológico antes da colocação da criança em família substituta.

Atualmente, porém, retomando a noção de família nas suas origens mais remotas, em que o liame se estabelecia pelo afeto, a filiação socioafetiva passa a ser considerada a verdadeira filiação (DIAS, 2011, p. 358-9). Essa modalidade se apresenta tanto na adoção como na reprodução assistida heteróloga e, ainda, na posse do estado de filho.

Embora a adoção inicialmente se vinculasse à necessidade de perpetuidade da família e do patrimônio, nos dias atuais não está a serviço dos desejos do adotante, passando-se a eleger o interesse do adotando como fundamento principal, garantindo-se-lhe a dignidade e o direito à convivência familiar. Quando se trata das relações familiares, o legislador brasileiro tem sido tímido para apresentar soluções da vanguarda, e deste modo, apesar de reconhecidos os direitos às crianças e adolescentes por meio da Constituição Federal e do Estatuto da Criança, ainda se tem crianças e adolescentes privados do direito ao convívio familiar e comunitário⁴.

3 Parâmetros para a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente o direito à convivência familiar e comunitária

⁴ Dados disponíveis na pesquisa “Encontros e Desencontros da Adoção no Brasil: uma análise do cadastro nacional da adoção”, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 19 set. 2013.

A convivência familiar é o elemento primordial para a formação da criança e do adolescente. Para Cambi (2005, p. 65), “É dentro das relações sociais, principalmente dentro do grupo familiar, que os eventos da vida individual recebem seus significados e, a partir deles, passam a fazer parte da experiência individual da pessoa.” A tarefa do operador do direito na atualidade é utilizar os princípios norteadores do sistema jurídico com vistas a apresentar a melhor solução no caso concreto.

Anteriormente considerados meras fontes de orientação para aplicação de normas infraconstitucionais, os princípios constitucionais adquiriram, com a Carta de 1988, força normativa, mas, por possuírem alto grau de generalidade e indeterminação, impõem a interpretação do caso concreto para sua aplicação (BONAVIDES, 2010, p. 256).

Diante da constitucionalização do direito civil, os princípios que norteiam o direito de família favorecem a harmonização do direito com os valores da sociedade, contribuindo para a realização da justiça.

Para Barroso,

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo Constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.[...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costuram suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.(BARROSO, 1999, p. 147-149).

Mediante a aplicação dos princípios, com sua função estruturante e conformadora, é possível reconhecer novos direitos resultantes da evolução da vida social.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 colocou a dignidade da pessoa humana como dogma fundamental do sistema jurídico brasileiro. De acordo com Sarlet (2009, p. 86), a dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano, que o faz merecedor de respeito e consideração tanto por parte do Estado quanto da comunidade como um todo. Ao ser humano deve ser garantido um complexo de direitos e deveres fundamentais que o protejam de toda forma de tratamento degradante e desumano, e, também, que garantam as condições existenciais mínimas para uma vida digna, além de propiciar à pessoa uma participação ativa no destino de sua própria existência (SARLET, 2009, p. 86).

O Princípio da dignidade da pessoa humana possui caráter relacional na medida em que impõe um dever de respeito no âmbito da comunidade de seres humanos, e, como consequência, dentro da família que se encontra no centro desta comunidade. Assim, a família antes vista como instituição a ser preservada acima de quaisquer interesses individuais⁵, mesmo com supressão da liberdade de cada membro e da desconsideração daqueles que não se encaixavam no modelo predefinido de família, passou a ser vista como um grupo “a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo” (DIAS, 2011, p. 40-44).

A família, enquanto instituição perdeu seu valor intrínseco. A falsa paz doméstica não tinha mais que ser preservada. A família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Diante desse quadro, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais- ou de alguém que exerça a função materna e paterna- para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia. (PEREIRA, 2006, p. 127).

A função social, pois, atribuída à família pelo texto constitucional é a de garantir o pleno desenvolvimento de seus membros, com especial atenção aos filhos, tendo em vista sua condição peculiar: "A entidade familiar não é tutelada para si senão como um instrumento de realização existencial de seus membros." (LÔBO, 2009, p. 62).

3.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade inserido já no preâmbulo da Constituição determina a orientação para a extinção de preconceitos e discriminações no seio da sociedade. Para Farias e Rosenvald (2008, p. 35), não se admite, na área do direito de família, um rol fechado de modelos, pois tal situação atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas ou não no artigo 226 da Constituição Federal.

Abandonando-se a ideia de igualdade meramente formal, o princípio se efetiva na medida em que se presta a abolir as diferenças de tratamento e do exercício de liberdades

⁵ A imagem da “família-instituição dá lugar à família funcionalizada à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus componentes, nuclear, democrática, protegida, na medida em que cumpra seu papel educacional e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários.” (TEPEDINO, 2008, p. 509).

individuais. Segundo Moraes (2003, p. 88), “parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente identidade”.

3.3 Princípio da afetividade

A afetividade é o laço que une as pessoas e sua consideração como princípio jurídico decorre da interpretação sistemática da Constituição⁶, que recepcionou um modelo de família que possui como característica essencial o afeto, a consideração e o respeito mútuos, independentemente do vínculo biológico (DIAS, 2011, p.70). Para Madaleno (2008, p. 123), “a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto”.

O princípio da afetividade passa a orientar a concepção de família a partir do relacionamento dos membros e não da forma pela qual a entidade familiar se apresenta.

Pereira (2008, p. 54) aponta o afeto como um valor jurídico que distingue e define as entidades familiares contemporâneas. É o afeto que possibilita o estabelecimento de uma convivência familiar diária capaz de fornecer aos componentes referenciais para construção de sua autonomia e dignidade.

3.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O fundamento deste princípio é conceber a criança como sujeito de direito, e considerando que se trata de alguém em situação de fragilidade, em razão do processo natural de amadurecimento, é merecedora de especial atenção tanto no ambiente familiar como na sociedade.

Havendo conflito de interesses de menores e de adultos, o daqueles deverá prevalecer. Tal imposição não trata de mera “recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (LÔBO, 2009, p. 55).

Esse princípio deve ser aplicado “com repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças, adolescentes e jovens dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente.” (DIAS, 2011, p. 68). Ainda, a aplicação do princípio não pode desatender os aspectos da relatividade

⁶ A Constituição de 1988, implicitamente observa o princípio da afetividade quando trata da igualdade jurídica entre os filhos, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias (art.227§6º); prescreve normas relativas à adoção (art.225§5º e6º); prescreve ser a convivência familiar direito fundamental da criança, do adolescente e do jovem (art.227).

e da subjetividade, devendo a justificativa para sua adoção abordar os aspectos culturais e sociais do caso concreto.

4 A abertura para as novas famílias e a família homoafetiva

O reconhecimento jurídico da família homoafetiva é recente⁷, pois, embora existente na realidade, as relações entre pessoas do mesmo gênero eram condenadas à invisibilidade tanto pela sociedade como pelo direito.

Em face disto, as questões que envolviam as relações homoafetivas a princípio não eram apreciadas pelos Tribunais sob o fundamento da falta de legislação que regulasse a questão.⁸

Posteriormente, da mesma forma que ocorreu com as uniões estáveis heterossexuais, a solução das controvérsias se dava nas varas cíveis utilizando-se, por analogia, as normas pertinentes às sociedades de fato.

Em 1999⁹ e em 2001¹⁰, decisões relevantes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixaram evidente a necessidade de reconhecer as uniões homoafetivas como relação de afeto com peculiaridades diversas das sociedades de fato civis, remanejando a competência para apreciação das ações para as varas de família e câmara de direito de Família.

Na seara administrativa também foram sendo concedidos direitos a percepção de auxílios previdenciários, seguros e planos de saúde.

Em 2006, a Lei 11.340-2006, conhecida como Lei Maria da Penha, aponta para a proteção contra a violência doméstica, considerando o indivíduo independentemente de sua

⁷ Pode-se atribuir como marco a decisão do Supremo Tribunal Federal dos dias 4 e 5 de maio de 2011, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da ação direta de inconstitucionalidade, julgadas precedente, com “eficácia erga omnes” (para atingir todos os cidadãos em situação de união homoafetiva) e “efeito vinculante” (para todos os demais órgãos do poder judiciário). A partir desta decisão, todas as demandas propostas no judiciário que visem discutir o reconhecimento da união de pessoas do mesmo gênero serão decididas conforme este julgado, ou melhor, reconhecendo a entidade familiar por pessoas do mesmo gênero. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 27 mai. 2011.

⁸ Embora relevante a discussão concernente à união homossexual, sobretudo em razão dos efeitos que irradiam na divisão do patrimônio adquirido com seu esforço comum, nossa legislação não permite, por ora, seu reconhecimento como união estável (TJSP 3ª Câmara de Direito Privado. Agr. Instrumento 0121708-76.2007.8.26.0000, j. 12.02.2008).

⁹ TJRS- 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 599075496. Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j.17.07.1999.

¹⁰ JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETENCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. [...] São competentes as Varas de Família e as Câmaras Especializadas em Direito de família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam pela natureza da relação, permeada de afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. (TJRS 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 70002355204. Rel. Des. Sergio Fernando Vasconcelos Chaves, j. 11.04.2001).

orientação sexual. Chaves (2012, p. 173) considera o texto legislativo um “marco inovador que introduziu no sistema jurídico brasileiro um novo conceito de família que enlaça as uniões homoafetivas”.

Por fim, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF, que tinham a finalidade de conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, assegurou a equiparação da união homoafetivas à união estável heterossexual, retirando do artigo 1723 do Código Civil qualquer significado que impeça o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo gênero. Os votos apresentados deixam claro que o artigo 226 da Constituição Federal é um artigo aberto, voltado à inclusão de qualquer entidade familiar fundada na afetividade.

No voto do Ministro Gilmar Mendes¹¹ encontra-se importante reflexão sobre a gravidade das implicações práticas e jurídicas que poderiam advir do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão da própria sociedade e do Congresso Nacional. Ressaltou que a atuação da Suprema Corte se dava com fundamento no direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, além de outros princípios e garantias constitucionais, todavia deveria ser uma solução provisória, que não inibiria a necessidade de atuação legislativa.

Contudo, até o presente a sociedade ainda não se dispôs a exigir do legislativo posicionamento consistente a respeito da forma de realização dos direitos no caso das relações homoafetivas. O Estatuto das Famílias, em sua redação original, previa e regulamentava quatro formas de entidades familiares: casamento; união estável; união homoafetiva; família parental¹². Entretanto, na Comissão de Seguridade Social e Família foi excluída a união homoafetiva como forma de entidade familiar. Desse modo, salteiam aqui e lá textos esparsos regulando a conversão em casamento das uniões estáveis, ou formas de celebração de casamento.

De forma geral, ainda é o judiciário o recurso último para a solução das demandas por garantia de direitos nestas relações. Como afirma a Ministra Fátima Nancy Andrichi, “enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas

¹¹ ADI 4.277-DF e ADPF 132/2008 –STF julgado em 05.05.2011. (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 199-236).

¹² Redação original do Projeto 2285/2007: art. 3º É protegida como família toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades. Nova redação: art. 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida como entidade familiar: I - a união estável entre o homem e a mulher; e II - a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o Direito Constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.”¹³

Uma das situações relevantes relativas ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar diz respeito ao direito à adoção.

5 A adoção

A adoção “é um ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou de afinidade; [...]” (PEREIRA, 1996, p. 466). Trata-se de um dos mais antigos institutos do direito, sendo primeiramente reconhecida como forma de manter o culto familiar aos antepassados. (BANDEIRA, 2001, p. 17).

O Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.) apresenta-se como primeiro texto legislativo a tratar da adoção, reconhecendo sua ocorrência a partir do fato de alguém tomar outrem por filho, dando-lhe o nome e ensinando-lhe um ofício. A finalidade da adoção a este tempo era garantir ao adotante um filho varão que, posteriormente à sua morte, assumiria o poder familiar, conduzindo os cultos familiares.

Na Idade Média, a adoção caiu em desuso, ressurgindo posteriormente na Idade Moderna em diversas codificações, como forma de dar filhos àqueles que naturalmente não os geravam.¹⁴

No Brasil, o Código Civil de 1916 trouxe o modelo da adoção contratual simples, realizada por escritura pública, que restringia o parentesco ao adotante e adotado. Poderia ser dissolvida e exigia que o adotante tivesse mais de 50 anos de idade, não tivesse filhos e ainda que a diferença de idade entre adotante e adotando fosse maior que 18 anos.

Posteriormente, a Lei 3.133/1957 possibilitou a adoção por pessoas que já tivessem filhos, todavia restringia os direitos sucessórios.

A partir da lei 4.655/1965, admite-se outra modalidade de adoção, desta vez irrevogável e com a cessação dos vínculos anteriores com a família natural do adotado e a permissão de fruição de direitos sucessórios.

Em 1979, a Lei 6.697 instituía o chamado Código de Menores, que estabelecia duas modalidades de adoção: a adoção simples na forma do Código Civil e a adoção plena,

¹³ STJ, REsp 1.026.981-RJ 4ª T. julgado em 04.02.2010.

¹⁴ Código Dinamarquês de 1683, Código Prussiano de 1751; Código civil francês de 1804.

irrevogável e que expande o parentesco à família do adotante. Todavia, até então o interesse prevalecente era o do casal que desejava ter filhos.

A Constituição de 1988, com sua nova concepção de cidadania, ressalta a importância do Estado e da sociedade em proporcionar às crianças o direito à convivência familiar, o que determina uma reorientação para a adoção no sentido de se encontrar uma família para a criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069-1989, fundamentado no princípio da proteção integral à criança, trata da adoção como uma solução encontrada para tentar reinserir as crianças a uma família, e conseqüentemente à sociedade, a fim de que estas possam ter seu desenvolvimento completo como sujeitos de direitos e deveres fundamentais.

A partir de então, existe apenas uma modalidade de adoção, concedida por sentença, com caráter irrevogável e que insere o adotando na família de forma integral, criando laços com a família substituta e desligando-o da família de origem (GRANATO, 2006, p. 71).

A Lei 12.010/2009 trouxe algumas modificações visando ao aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar, com prioridade na manutenção de crianças e adolescentes em sua família natural ou extensa (ambiente social preenchido por pessoas ligadas entre si pela comunhão da identidade genética ou por força de parentesco consanguíneo), sendo a colocação em famílias substitutas (adoção, guarda ou tutela) uma medida excepcional. Pretendia-se diminuir as dificuldades para a habilitação e a adoção, passando a idade mínima para 18 anos, mantendo-se a diferença de idade entre adotante e adotado mínima de 16 anos.

O pedido de adoção de crianças ou adolescentes é formulado mediante preenchimento de um cadastro, seguido de uma preparação psicossocial orientada por equipe técnica do Poder Judiciário. O pedido instruído com todos os documentos, dados pessoais do pretendente, motivação que o leva a solicitar a adoção, será submetido à apreciação do juiz, após parecer do Ministério Público. Nesta solicitação os pretendentes indicam as características físicas, mentais e de saúde que desejam encontrar no adotando.

De acordo com pesquisa divulgada pela Associação dos Magistrados brasileiros, há centenas de crianças e adolescentes à espera de uma família e um número muitas vezes maior de famílias que estão à espera da adoção.¹⁵ No ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça

¹⁵ São Paulo é o Estado em que há mais pessoas em busca de crianças para adotar. Segundo os dados mais recentes do Cadastro Nacional de Adoção, há 710 crianças em todo o Estado à espera de uma família. De outro lado, há 4.407 pretendentes paulistas - cerca de seis pretendentes para cada criança. No cadastro, o Paraná é o segundo da lista com maior número de famílias pretendentes (2.638), seguido de Minas Gerais (1.214) e do Rio de Janeiro (1.021). Nesses locais, há também grande concentração de crianças cadastradas

publicou a pesquisa “Encontros e Desencontros da Adoção no Brasil, uma análise do cadastro nacional de adoção”, a qual repete as indicações das pesquisas anteriores realizadas pelos demais órgãos.

Poderia se imaginar que, de fato, então, não existem problemas, pois como aponta Schreiner (2005, p. 185), “se a vida fosse essencialmente quantitativa, poderíamos nos dar por satisfeitos: bastaria colocar as crianças disponíveis à adoção em famílias candidatas existentes e resolveríamos o problema do abandono definitivo de crianças e adolescentes”. Contudo, o longo tempo do processo de destituição do poder familiar aliado à inexistência de crianças com as características almejadas pelos pretendentes são responsáveis por este descompasso.

A partir deste contexto, o momento é de reflexão no sentido de encontrar soluções que possam garantir a efetivação do direito à convivência familiar às milhares de crianças que se encontram institucionalizadas e não atendem ao perfil esperado pelos pretendentes a adoção. Uma das alternativas que vem se repetindo constantemente nos discursos da doutrina e da jurisprudência refere-se a ampla abertura da adoção para casais homoafetivos.

Na atualidade, considerando os requisitos para adoção previstos na legislação brasileira, (art. 42 do ECA), os pretendentes à adoção podem ser pessoas solteiras maiores de 18 anos e, assim, diversos casais homoafetivos têm recorrido a essa forma de adoção, não se levando em conta, deste modo, a orientação sexual.

Todavia, após a repercussão das decisões judiciais conferindo às uniões homoafetivas a equiparação com as uniões estáveis, esses casais passaram a se apresentar para a habilitação conjunta.

Matos (2008, p.69-101) argumenta que, em face de uma realidade plural, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos muitas vezes afigura-se como a única possibilidade de tutelar os interesses de crianças que já convivem com casais homoafetivos, tendo neles a referência parental.

Em diversos países da Europa, embora reconhecidos diversos direitos à união homoafetiva, adoção conjunta nem sempre é possível e normalmente resulta de um longo processo de debate na sociedade.¹⁶

em busca de uma família. Atrás das paulistas, vêm as do Paraná (206), do Distrito Federal (184) e de Minas Gerais (141). Disponível em: <http://projetoacolher.blogspot.com.br/2008/11/maior-numero-de-criancas-para-adoo-de-sp.html>. Acesso em: 07 set. 2013.

¹⁶ Em Portugal, há permissão para o casamento, contudo está excluído o direito à adoção. A Dinamarca reconheceu a possibilidade de casamento homoafetivo em 1989 e somente em 2010 permitiu a adoção, da mesma forma a Suécia concedeu direitos ao casal homoafetivo em 1994 e oito anos depois regulou a adoção. (SANTOS, 2011, p. 146-149).

No Brasil, novamente, ante a omissão da legislação na questão específica, a doutrina e a jurisprudência têm apontado os principais pontos polêmicos relativos ao reconhecimento das uniões homoafetivas, e a possibilidade de adoção de crianças por essas famílias. Afinal, o principal objetivo é retirar a criança e o adolescente da posição de mero objeto de proteção dos adultos ou do Estado - passando-se da doutrina da situação irregular para o princípio do melhor interesse da criança -, colocando-os na posição de sujeitos de direitos, não só dos direitos que são comuns a todo cidadão, mas também “de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”.¹⁷

6 O conteúdo das regras e decisões a respeito da adoção por casal homoafetivo

Chamam atenção na análise da adoção as regras colocadas e os argumentos utilizados pelo judiciário para fundamentar as decisões.

As decisões veiculadas¹⁸ deixam transparecer resquícios da doutrina da situação irregular, justificando a adoção com base na necessidade de garantia do direito à parentalidade ao casal homoafetivo e ao fato de que é preferível que a criança seja adotada pelo casal a manter-se abrigada em uma instituição.

São estes os principais pontos levantados nas decisões e as críticas sobre sua generalidade ou inadequação sob o ponto de vista da justificação sobre a efetivação do direito.

6.1 Plena capacidade de exercício da parentalidade dos casais homoafetivos

Efetivamente, os casais homoafetivos são capazes de exercer a paternidade e a maternidade, conferindo ao adotado segurança e amor para que possa desenvolver-se plenamente.¹⁹ A orientação sexual não interfere na capacidade de uma pessoa em deferir

¹⁷ Decisão de 1ª instância, pela juíza MARIA LÚCIA DE PAULA ESPÍNDOLA, da 2ª vara da Infância e da Juventude de Curitiba, acatada por parte do TJ-PR, como do STJ. p.16.

¹⁸ A busca das decisões, em face do segredo de justiça que vigora nos processos, se efetivou por meio de site ou blogs de notícias a exemplo do www.direitohomoafetivo.com.br que divulga decisões recentes sobre o tema, e ainda pelas decisões abordadas em diversos artigos de doutrina.

¹⁹ Civil. Processual civil. Recurso especial. União homoafetiva. Pedido de adoção unilateral. Possibilidade. Análise sobre a existência de vantagens para a adotanda. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal

cuidados e carinho a outra. O que importa para o desenvolvimento da criança é que esteja cercada de pessoas que possam desempenhar as funções maternas (cuidados) e paternas (proteção), independentemente do gênero declarado pelos adotantes.

Considerando a família "uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função" (PEREIRA, 1997, p. 24), é claramente possível que uma pessoa ocupe o lugar de pai ou mãe, independentemente da relação biológica que tenha com a criança.

6.2 Possibilidade do registro

O fato de constar na certidão de nascimento a existência de duas mulheres ou dois homens como pais não representa atualmente qualquer dificuldade. A alternativa para superar este obstáculo implica dispensar a diferenciação dos genitores por questões de gênero e colocar como ponto central a criança como "filho de", despreocupando-se com denominações de "pai" ou "mãe". Cabe lembrar que, ante o fenômeno da multiparentalidade, são diversas as situações em que uma pessoa pode ter mais de uma pessoa ocupando a função de genitor no registro de nascimento.²⁰

6.3 Inexistência de riscos à criança

Não cabe argumentar sobre eventual confusão de papéis, passível de gerar problemas psicológicos na criança, pois na atualidade as posições paterna e materna necessariamente não se traduzem pelo gênero, mas sim pelas funções desempenhadas. Neste ponto cabe dizer que diversas decisões reproduzem informação contida em estudo americano realizado em 1970 (DIAS, 2011, p. 114) a respeito da possibilidade de convívio saudável da criança com o casal homoafetivo. Não há menção a estudo dessa situação na sociedade brasileira.

homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios [...]. (STJ, REsp 1.281.093 - SP (2011/0201685-2), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/12/2012).

²⁰ No processo 234/06, julgado em 30.10.2006 na Comarca de Catanduva-SP, deferiu-se a adoção de uma menina por um casal homoafetivo, determinando que conste na certidão de nascimento como filha dos adotantes sem declinar a condição de mãe ou pai, e também quanto aos avós, os pais do casal adotante sem constar se são paternos ou maternos. (MOSCHETTA, 2011, p. 156).

O estudo foca-se em garantir que a convivência com o casal homossexual não é perniciososa à formação moral da criança e não há indução à homossexualidade.²¹ O argumento novamente aponta forte conteúdo discriminatório, tal como se observasse que a convivência não trará doenças às crianças.

6.4 Evitar que a criança permaneça institucionalizada

A justificativa normalmente aponta que conferir aos casais homoafetivos a legitimidade para adoção contribui para retirar a criança da marginalidade, dando-lhe um lar cercado de afeto.

Nesse sentido também apontam os argumentos de que a adoção seria um ato humanitário assistencialista²² que remonta da doutrina da situação irregular. Cabe considerar que, embora este argumento seja recorrente nas decisões e discussões que envolvem a adoção por casais homoafetivos, necessariamente, nos processos, não se observa que a criança se encontre institucionalizada, pois muitas vezes trata-se da filha de um dos companheiros homoafetivos, o que torna incongruente a justificativa de proteção contra a institucionalização.

6.5 Ampliação do leque de adotantes uma vez que os casais homoafetivos adotariam as crianças rejeitadas pelas outras famílias

O argumento por si só já se apresenta discriminatório. Ora, ao apresentar a habilitação para adoção, o casal homoafetivo também aponta as características que pretendem

²¹ UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I.Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, [...] III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), [...], o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. [...] V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”. VI. **Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas “[...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo”.** (FARIAS; MAIA, 2009, p.75-76) [...] STJ REsp n.º N° 1.281.093 - SP (2011/0201685-2), Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. (grifo nosso).

²² “A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.” STJ, 4ªT.REsp 889.852-RS, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, j. em 27.04.2010. (CHAVES, 2012, p. 311-312).

no adotado, e muitas adoções são de bebês brancos e meninas, o que implica dizer que não se pode considerar que a estes casais caberiam apenas as crianças crescidas, doentes ou marginalizadas.

Sapko (2005, p. 138) ressalta que tal argumento remonta ao interesse da sociedade em manter segregados os que são diferentes, “permitindo a adoção de excluídos por excluídos, formando uma casta de cidadãos de menor categoria, o que é inaceitável em uma sociedade que se pretende livre, igualitária, fraterna e solidária”

6.6 Idade da criança não é requisito a observar

A questão foi abordada em decisão que chegou ao STF a partir de recurso do Ministério Público, que via a necessidade de que a criança tivesse mais de 12 anos de idade para o fim de deferimento da adoção por casal homoafetivo.²³ Pode-se colocar que a análise da idade por si só não parece relevante para o deferimento da adoção, contudo, considere-se que a adoção é irrevogável e que o Estado estaria colocando a criança em uma família que ainda enfrenta percalços para aceitação social, e assim seria preferível poder aferir a partir de impressões da própria criança (já com alguma idade) se quer ou tem condições físicas e psicológicas para este enfrentamento.

Conferir a adoção de um bebê sem a devida justificação de que não somente a família pretendente como também o meio onde essa se insere apresentam condições de oferecer à criança garantias de desenvolvimento pleno pode apontar que o melhor interesse da criança foi mitigado em face do direito do casal à parentalidade.

7 Os entraves à efetivação da proteção principiológica

O princípio que deveria nortear as decisões – o do melhor interesse da criança - nem sempre é observado ou perfeitamente delineado nas decisões judiciais e nos processos preparatórios. Weber (2006, p. 67) aponta que a adoção no Brasil ainda é cercada de preconceitos que legitimam a escolha do filho, baseada em predicados físicos e autorizam a

²³ Recurso extraordinário - Pleitearam a reforma do decidido a fim de que fosse afastada a limitação imposto quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas. A apelação foi provida declarando-se os recorrentes direito a adotarem crianças de ambos os sexos e menores de 10 anos. Eis o teor da emenda contida à folha 257: [...] 2. Delimitar sexo e idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação sem vínculos biológicos em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. [...]. 3. Nego seguimento ao extraordinário. (STF RE 615.261. Rel. Min. Marco Maciel. J. em 16.08.2010).

investigação das origens do adotado pela crença de que são determinantes de sua personalidade.

A inexistência de filhos biológicos ainda é uma das principais razões que levam à adoção da criança, o que indica ainda o paradigma de uma criança para a família e não a família para a criança.

Na medida em que o processo permite ao adotante selecionar as características aceitáveis do adotando, questiona-se de que forma esta possibilidade respeita a dignidade do adotando. A criança continua sendo colocada como objeto de satisfação da família, devendo portar características aceitáveis, para ser aceito e acalentado.

Para Orselli (2010, p. 34), se a ideia é buscar uma família para a criança, “talvez devesse o adotando escolher a família ideal para adotá-lo”, porém somente quando se encontra a criança que se encaixa nas preferências do adotante é que se efetiva a adoção. Uma vez consideradas as prerrogativas constitucionais do casal homoafetivo, cabe considerar a possibilidade de habilitação do casal homoafetivo à adoção, colocando, de um lado, a plenitude do direito à constituição de uma família como premissa constitucional, e, de outro, dever de proteção ao interesse da criança.

Efetivamente, a autorização para habilitação do casal homoafetivo à adoção implica no reconhecimento pelo Estado da igualdade das relações hetero e homossexuais. Ao mesmo tempo se ampliaria o número de interessados em adotar. De outro lado, não há como deixar de reconhecer que a aceitação social desta entidade familiar não é plena na sociedade brasileira, e a criança adotada deverá enfrentar uma série de preconceitos sociais ao ser integrada pelo Estado nesta família.²⁴

O Brasil não se apresenta uniforme, e, assim, o que é aceito em São Paulo não o será em outro local onde predominem princípios religiosos na sociedade. As decisões judiciais, todavia, sequer abordam tal fato na apreciação da causa e fazem poucas referências à comunidade onde a criança estará inserida além do casal pretendente.

Assim, para a concretização do Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, são indispensáveis respostas a questionamentos: o que será melhor para a criança cuja adoção se discute no caso concreto? Quais as suas perspectivas? Quais os pontos favoráveis para colocação nesta família? Qual o grau de aceitação desta adoção na família extensa e na comunidade que vai viver? Qual a aceitação por parte da família dos adotantes?

²⁴ Em grande parte do país, a liberdade do casal homoafetivo não se equipara à dos casais heterossexuais, que em face da permissão cultural podem demonstrar afeto publicamente. Por imposição social, o casal homoafetivo costuma se resguardar publicamente.

É imperioso reconhecer que a aplicação do princípio carrega certo grau de subjetivismo, que, todavia não dispensa justificação. Para averiguar o real sentido do melhor interesse da criança, diversos elementos indicativos devem ser considerados, tais como o estado emocional, a idade, o contexto familiar e social em que a criança vai se inserir, as condições dos pais para a proteção da criança, grau de afetividade.

Quanto maior o número de elementos considerados relevantes para a decisão e quanto mais delimitada for sua formulação, mais limitada e clara será a aplicação da regra extraída da decisão. Porém, ao fixar-se num pequeno número de fatos e apontar uma formulação ampla, a regra resultante manterá a insegurança. Considerando que, ante a omissão legislativa, é o judiciário que fixa os parâmetros da adoção, a definição dos fatos juridicamente relevantes são fundamentais não só para a solução do caso em si como também para servir de parâmetro a outras situações.

Não basta a mera reprodução de conceitos abertos ou de princípios, é importante demonstrar, no caso específico, de que forma estes princípios são efetivados. É preciso reconhecer que, ainda que a decisão venha empregar conceitos jurídicos indeterminados, deve explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, abstendo-se de invocar razões que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.²⁵

Embora se reconheça que a ampliação do âmbito de atuação do judiciário seja necessária à garantia da efetivação dos direitos e realização da justiça, não se pode deixar de refletir sobre os riscos da politização do judiciário. A aceitação do discurso inerente à decisão constitucional está ligada ao reconhecimento da legitimidade do agente e do próprio fundamento da decisão

Dworkin (2003), apontando os conflitos e divergências da sociedade, reforça a tese de que a fundamentação das decisões, na busca de uma solução harmônica que não afete a consistência da vida comunitária, é o modo de se obter segurança jurídica. Segundo a tese dworkiana, a integridade implica numa vinculação estreita da justiça com a aceitação de

²⁵ Mauro Cappeletti afirma: “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.” (CAPPELETTI, 1883, p. 33).

princípios morais norteadores de decisões. A integridade refere-se à necessidade de se construir uma coerência interna capaz de conformar uma decisão segundo os interesses que norteiam a comunidade.²⁶

Na obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin (apud Souza Neto, 2002) apresenta uma comunidade ideal, a que denomina comunidade de princípios,²⁷ que seria responsável pela construção de procedimentos que impliquem na completa realização de todos. A integridade seria, desse modo, o liame que entrelaça toda a estrutura.

[...] o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito seja estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, pede-lhes que apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2003, p. 291).

Para o autor, no modelo de interpretação construtiva é possível em três etapas: a) etapa pré-interpretativa, momento em que se determinam as regras, os princípios e as decisões precedentes que irão nortear as próximas etapas; b) a etapa interpretativa, em que ocorre a justificação das práticas sociais e dos valores pertinentes a serem aplicados ao caso; e c) a etapa pós-interpretativa, que implica em reelaborar criativamente a prática. Concebe a atitude interpretativa como um romance em cadeia, no qual a cada caso se escreve um novo capítulo da obra, sem que se possa desfigurá-la.²⁸

Gunther relaciona o conceito de coerência jurídica com o de integridade proposto por Dworkin, propondo que a comunidade política deve agir de modo íntegro, a fim de evitar decisões arbitrárias. Deve, assim, justificar coerentemente as decisões de modo a não agir em casos iguais segundo princípios diferentes. Isto faz com que as decisões judiciais possam ser justificadas por princípios aceitos por todos, tratando todos os membros da comunidade política com igual respeito e consideração. Afinal, as pessoas são membros de uma genuína

²⁶ A integridade refere-se "ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade" (DWORKIN, 2003, p. 201-202).

²⁷ "[...] seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem desta natureza especial que lhe é constitutiva". (SOUZA NETO, 2002, p. 25).

²⁸ "Ao decidir um novo caso, o juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões estrutura e práticas fazem a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro pro meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem nas mãos e não partir em alguma nova direção." (DWORKIN, 2005, p.152).

comunidade política, quando aceitam que os seus destinos estão fortemente vinculados, no sentido de serem governadas por princípios comuns. (GUNTHER, 2004, p. 407-414).

7. Conclusão

A partir deste ensaio, enfatiza-se a necessidade de um reposicionamento de valores na análise da adoção, adotando-se firmemente como ponto central a dignidade da pessoa humana, capaz de considerar os interesses de adotando e adotantes, efetivando o direito fundamental ao afeto e à convivência familiar e comunitária.

Observa-se a necessidade de proceder, no processo de adoção, a uma modificação para enquadrar pretendentes e crianças em um programa voltado a abolir os estereótipos que impedem a compreensão do verdadeiro significado de família, entendida como local seguro onde adultos e crianças podem contar com afeto e dedicação para o desenvolvimento de suas aspirações, e onde sejam tratados com respeito e consideração.

Propõe-se a eliminação de procedimentos e de discursos que não levam em conta o respeito e a dignidade dos sujeitos envolvidos, tais como a possibilidade de escolha pelos adotantes de características físicas e mentais do adotando e das tipificações de arranjos familiares aptos à adoção.

Ambas as medidas levam a questão a análises que não interessam à finalidade maior da adoção. O que é preciso averiguar e salientar em cada processo é se o arranjo final servirá ao desenvolvimento integral dos direitos dos envolvidos e nada mais. Manter a possibilidade de escolha de características retira do adotando a condição de sujeito de direitos e o transforma em objeto sujeito à satisfação do adotante.

Por outro lado, abrir a habilitação a todos os tipos de entidade familiar implicará em abolir a preferência pelo vínculo biológico, fazendo frutificar a importância de reconhecimento do afeto como fator preponderante para caracterizar a família.

As relações de afeto que conduzem a formação das famílias devem merecer apoio e proteção, e, para tanto, é necessário reestruturar o pensamento jurídico, eliminando as incoerências e discriminações, e aspectos secundários irrelevantes, para atender as condições emocionais que influenciam diretamente na construção da identidade.

No direito brasileiro, é o judiciário que está construindo as regras pertinentes à nova família e, em face disto, as decisões devem abordar claramente todo o contexto social,

cultural, que permeou a decisão, de modo que se possa reconhecer e garantir a todos a efetivação dos direitos para além das decisões.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA, Marcos. **A adoção na prática forense**. Ilhéus: Editus, 2001.
- BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2011
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23.ed. São Paulo:Malheiros, 2010.
- CAMBI, Eduardo. A adoção no contexto do conflito entre os direitos fundamentais á privacidade e a liberdade de expressão da imprensa. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1883.
- CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. Curitiba: Juruá, 2012.
- COSTA, Lucia Cortes da; MOREIRA, Lorena Cortes da Costa. A criança e o adolescente no Brasil: uma abordagem histórica de seus direitos. **Revista Jurídica da Faculdade União**, Ponta Grossa, Ano 5, n. 1, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADALENO, Rolf. Filiação sucessória: Parentalidade socioafetiva e biológica. **Revista brasileira de Direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, n. 6, 2008.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V., 2006, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade** Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

SANTOS, Ozéas J. **Adoção**: Novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Campinas: Syslook, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREINER, Gabriela. Apoio e acompanhamento das adoções tardias e de grupo de irmãos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Adoção**: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus (Coord.). **União estável entre homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.