

O Novo Modelo Familiar a Luz dos Direitos Fundamentais da Criança

*Iriana Maira Munhoz*¹

1. Introdução

O presente trabalho objetiva refletir sobre a possibilidade legal de casais homoafetivos virem a dotar uma criança ou um adolescente. No Brasil, até o presente momento, as decisões judiciais que conferem as adoções aos homossexuais são extremamente raras e estão centralizadas, basicamente no Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro.

Nada obstante, o aparecimento de novos modelos familiares como a família homoafetiva, suscitou ao Direito, que, enquanto ciência, tem como escopo regular os comportamentos sociais, a necessidade de investigar e proteger a nova realidade social.

Considerando o direito não só como um mero regulador da ordem legal instituída, mas também como possibilidade de ser um instrumento hábil a reconhecer direito àqueles excluídos do acesso a justiça. Nessa esteira, objetivamos fazer valer o direito à igualdade e o respeito a diferença, pois esses elementos são substanciais para se configurar uma sociedade democrática, solidária e livre, que defenda a cidadania de todos num verdadeiro Estado de Direito.

Assim sendo, o texto a seguir compõe uma análise despida de qualquer preconceito e tem com o fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Advogada militante formada pela Instituição Toledo de Ensino. Pós-graduada pela Instituição Toledo de Ensino em Direito Civil e Processual Civil. Mestre em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantias de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino. Professora das Faculdades Marechal Rondon e Anhanguera da disciplina de Direito Civil.

2. Novo Modelo Familiar a Luz dos Direitos Fundamentais da Criança

A difícil e tormentosa questão que se coloca no cerne deste artigo e que vem dividindo juristas, psicólogos, assistentes sociais e outros especialistas é o problemático tema da adoção por casais homoafetivos².

O assunto homossexualidade além de complexo é tendencioso, pois suas discussões quase sempre estão baseadas em opiniões de segmentos ideológicos, quando não, em opiniões políticas.

Como as relações sociais são marcadas majoritariamente pela heterossexualidade, é grande a resistência de sua aceitação. Contamos ainda com vários mitos criados ao redor do assunto, mormente que a criança no futuro possa ter danos psicológicos e comportamentais.

Evidente que tal postura se deve à tradicional tendência da ciência jurídica em centrar quase todos os interesses na solução dos conflitos familiares a partir da ótica dos adultos, esquecendo-se dos direitos das crianças e adolescentes que são os principais sujeitos dessas relações, pois se encontram em peculiar desenvolvimento.

A criança e o adolescente possuem Direitos Fundamentais Especiais, esses direitos são uma derivação dos Direitos Fundamentais da Constituição, destinados à garantia das necessidades específicas da criança ou do adolescente. São eles:

- a) direito à vida: corresponde ao direito à não interrupção do ciclo vital do ser humano e à existência em condições dignas;

² O termo homoafetividade foi criado pela desembargadora Maria Berenice Dias para substituir o termo união homossexual, tal denominação foi muito bem colocada, pois representa a denominação do sentimento que permeia essas relações, o afeto.

b) direito à saúde: direito ao bem estar físico, psíquico e social da pessoa, assim como as ações preventivas e curativas por parte do Estado;

c) direito à liberdade: devem as crianças e os adolescentes se conduzir em conformidade com a própria vontade, observadas as vedações legais, nada obstante o controle vai depender dos pais, pois eles são elementos balizador da liberdade dos filhos;

d) direito à dignidade: direito a um tratamento que preserve a integridade física e psíquica;

e) direito ao respeito: a criança e o adolescente têm direito à moral, com preservação de sua imagem, identidade e autonomia;

f) direito à educação: direito à formação intelectual com a finalidade de preparação para a cidadania;

g) direito à convivência familiar: direito à criação e educação no seio familiar de uma comunidade familiar. Somente na família existe à proteção psíquica, afeto, segurança. Dessa forma, se esse direito não for possível com sua família natural, que seja então com uma família substituta.

Desses princípios norteadores da adoção, decorre um direito supremo, que é o Direito à Convivência Familiar. A família é considerada a base da sociedade, conforme alude o Art. 226 da Constituição Federal de 1988. De fato, o seio familiar apresenta-se como o local próprio para o desenvolvimento pessoal em todos os sentidos.

Com maestria, afirma Perlingieri (1997, p. 243):

A família como sociedade natural, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e individual, mas,

sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.

Diante dessa notória proteção constitucional em relação às crianças e aos adolescentes, devemos iniciar uma reflexão em face da adoção por casais homoafetivos, ou melhor, por entidades homoafetivas, as quais a cada dia vem se multiplicando quase que na mesma proporção de crianças abandonadas por suas famílias heterossexuais e legítimas.

A reflexão deve partir do princípio do melhor interesse da criança, pois toda a estrutura de um Estado está nas mãos dessas crianças que hoje são renegadas por ele em detrimento de um falso moralismo. Haja vista que um Estado soberano que ignora seu futuro não pode almejar um perfil equilibrado de família.

No campo jurídico, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente como o Código Civil não trazem qualquer restrição à possibilidade de adoção por um casal homossexual e tampouco fazem referências à orientação sexual do adotante.

Na ausência de impedimento, deve prevalecer o princípio insculpido no Art. 43 do estatuto menorista, que dispõe: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Percebe-se que o cuidado do legislador com o bem-estar da criança está vinculado à nossa realidade social que nos apresenta um cenário de enorme contingente de crianças e adolescentes abandonados e não quanto à orientação sexual do adotante.

A regra norteadora sobre o assunto se encontra no Art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aludindo que: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Trata-se de uma regra ampla e abrangente, que possibilita a análise de cada caso concreto. A equipe interdisciplinar, o representante do Ministério Público e o juiz, em face do dispositivo legal, poderão verificar se o interessado preenche os requisitos, os deveres de lealdade, assistência mútua e se oferecem ambiente familiar favorável. Em qualquer hipótese, deve prevalecer o melhor interesse da criança ou do adolescente. A discriminação e a prevenção, além de serem injustas e inconstitucionais, não poderão prevalecer diante das necessidades, expectativas e direito do adotado.

Na verdade, constituir um ambiente familiar adequado emocional e materialmente equilibrado, o qual proporcione benefícios efetivos aos adotandos não é faculdade somente de heterossexuais ou de relação afetiva entre homem e mulher, mas de seres humanos realmente inspirados, preparados para a maternidade ou paternidade.

Não será deferida a adoção, por exemplo, a um viciado em drogas, a um alcoólatra, a quem foi destituído do poder familiar, a quem apresenta antecedentes criminais, especialmente se as vítimas forem crianças e adolescentes.

A orientação sexual do adotante não representa riscos como muitos idealizam, pois o que se deve levar em conta é o que o adotante poderá oferecer ao adotado. Nesse sentido, assevera Luiz Carlos de Barros Figueiredo (2004, p. 106):

[...] muitos homossexuais levam vidas inteiramente ajustadas, completamente fora dos padrões estereotipados que se tenta generalizar, sem que sua preferência sexual tenha influência negativa determinante no adotando, ao contrário do que, eventualmente, pode ser observado em alguns heterossexuais que, mesmo enquadrados na visão normal da maioria, podem influenciar negativamente aquele a quem adotou, especificamente em função de sua conduta sexual.

Os requisitos necessários previstos no Art. 165 do Estatuto da Criança e do Adolescente para a concessão da colocação de criança ou adolescente em família substituta são:

Art. 165: [...].

I – qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;

II – indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;

III – qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV – indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;

V – declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

Parágrafo único: Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos.

Sob a orientação de Enézio de Deus Silva Júnior (2006, p. 97), os dois primeiros incisos se aplicam à união homoafetiva, pois quando se trata da relação afetivo-familiar estável, independente do sexo dos que se relacionam, esses podem ser classificados e reconhecidos como companheiros, parceiros, conviventes, concubinos e, até mesmo cônjuges. Não obstante a utilização cultural dominante do vocábulo cônjuge refere-se a quem convive maritalmente sob a chancela matrimonial.

Mais uma vez fica demonstrado que não há nenhuma vedação no campo jurídico com relação à adoção por pessoa homossexual ou um casal homoafetivo. Dessa forma, não cabe ao magistrado se basear na orientação sexual do adotante para o deferimento da adoção, pois a legislação não o faz. O que se quer para o bom desenvolvimento da criança é uma estrutura familiar afetiva estável.

A não proibição da adoção por casal homoafetivo, no direito pátrio, assim como a similitude da união homoafetiva com a união estável, pede uma interpretação extensiva e sensata a ser realizada pelo magistrado, o qual deve pelo menos acolher a inicial, deferindo a guarda provisória, e que tenha

acesso não só ao resultado do estágio de convivência, mas também às peculiaridades da análise psicossocial.

Portanto se indeferido, de plano, o pedido da inicial, por impossibilidade jurídica (argumento aceitável do ponto de vista legal, mas que, na verdade é puro preconceito), o juiz priva um estudo relevante por parte de profissionais com formação específica para analisar o relacionamento dessa futura constituição familiar.

Assim não podemos negar a existência de novos modelos familiares, pois a sociedade evolui e com ela o direito deve caminhar. Toda família é merecedora das garantias previstas na Constituição Federal, ainda que esta família fuja do padrão tradicional, que deixou há muito tempo de ser a única forma de criação familiar.

Trata-se de uma parte minoritária da população, mas que existe e necessita ser respeitada, pois assim ocorreram com as mães solteiras, os negros, as concubinas, os filhos ilegítimos e tantos outros que tiveram uma árdua luta para terem seus direitos reconhecidos.

A omissão de tratamento legislativo a essas uniões e conseqüentemente a adoção almejada por esses casais é ao nosso ver uma lacuna grave, pois é de interesse e dever do Estado criar uma legislação específica para os que mantêm essa união e as adoções por eles realizadas, haja vista que cabe ao Estado regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito.

A doutrina moderna lamentou o fato de o novo Código Civil não ter disciplinado a união homoafetiva, perdendo-se com essa reforma uma grande oportunidade de legislar uma questão conflituosa que já vem buscando no judiciário a solução desses direitos marginalizados.

A família atualmente é considerada um núcleo de afetividade, logo o afeto não pode ser exclusividade das uniões heterossexuais. A relação homoafetiva é um fato; hipocrisia fechar os olhos para sua existência e cruel não garantir dignidade para essas pessoas.

Nesse sentido não falamos somente da dignidade desses casais ou da concretização da maternidade ou da paternidade por eles, mas de um direito maior, que é o direito a convivência familiar amparado por nossa Carta Maior. Tal direito é reflexo do art. 1º, inciso III da Constituição Federal, que é o fundamento da República Federativa do Brasil.

Diante disto como se ter dignidade ou garanti-la a crianças e adolescentes que nunca desfrutaram de afeto familiar, ou será que a cama fria das instituições ou o leito da rua deram ou ensinaram o que é amor? Talvez o Estado e a sociedade estejam sendo mais cruéis do que aqueles (pais) que os abandonaram, pois com a ausência de uma legislação específica, os impedem de reconstruírem suas vidas ao lado de pessoas que voluntariamente estão dispostas a devolverem e ensinarem o amor, o respeito, a educação, etc.

A análise desse tema tão polêmico vem sendo pautada por estudos do direito comparado, isto é, países que já concederam esses direitos a casais homoafetivos, como por exemplo, a Holanda e a Espanha, vem contribuindo para uma posição jurídica sobre o assunto.

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não-convencionais, filhos de hippies e de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças.

As meninas são tão femininas quanto às outras e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornarem homossexuais. Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas nos papéis maternos quanto as heterossexuais. Elas procuram estimular seus filhos através de brinquedos típicos de cada sexo, e não demonstraram preferência na opção sexual de seus filhos.

As evidências apresentadas por essa pesquisa e por muitas outras que vem sendo realizadas são incisivas em afirmarem a não ocorrência de qualquer distúrbio ou desvio de conduta por alguém ter dois pais ou duas mães, pois convém ressaltar que todo homossexual é originário do tradicional modelo familiar, ou seja, de casais heterossexuais. Isso significa que será necessário rever princípios, valores, dar espaço para novas discussões e afastar a resistência de aceitar a realidade social que deve estar em consonância com o sistema jurídico.

Nosso ordenamento jurídico já conta com variadas decisões favoráveis a adoção em face de casais homoafetivos. Contamos com decisões inovadoras, vanguardistas em todos os estados brasileiros, como por exemplo, no interior do Estado de São Paulo na cidade de Catanduva, onde foi deferida a adoção de uma menina a um casal homoafetivo masculino, no Rio de Janeiro, contamos com a presença do desembargador Siro Darlan, o qual expresso posição contemporânea frente a este fenômeno social, bem como no Estado do Rio Grande do Sul, onde se localiza a notória presença da ilustre desembargadora Maria Berenice Dias, pioneira na luta dessa classe tão marginalizada por nossa sociedade.

Diante do exposto observa-se que não existe argumento nem pela via judicial e muito menos pela social, para a proibição da adoção por casais homoafetivos. Nos dizeres de Enézio de Deus Silva Júnior os magistrados não estão atados ao ordenamento positivo como literalmente está posto, pois o

conjunto de leis deve ser interpretado, frente às possibilidades dentro do sistema jurídico, com vistas à sua melhor adequação ao caso concreto.

3. Conclusão

Procurou-se no desenvolvimento deste trabalho, uma proposta de reflexão sobre como o Direito vem considerando e tratando a nova demanda social, representada pelo desejo de homossexuais tornarem-se pais por meio da adoção de crianças e adolescentes, bem como a ausência de impedimento legal para a realização de tal direito.

O direito tem como função precípua compreender e contemplar as diferenças, inerentes a uma sociedade que se pretenda democrática e solidária sem descuidar do respeito à diferença com base na concretização do direito a igualdade da dignidade humana.

Nessa perspectiva contamos ainda com pesquisas e estudos organizados para se atender o melhor interesse da criança diante deste fato social.

Assim a partir de uma compreensão de liberdade e de igualdade, trazida por nossa Carta Magna somada à necessidade de o direito acompanhar a evolução das demandas sociais, conclui-se que as uniões homoafetivas se configuram entidades familiares, pois assim como as demais formas de criação familiar, estão fundamentadas no afeto.

Não obstante, os direitos constitucionais dessas crianças e adolescentes estão sendo infringidos de forma gritante, pois a ausência de norma reguladora em face da adoção por entidades homoafetivas reflete o descaso legislativo por esses sujeitos de direito que possuem a garantia constitucional de se desenvolverem em um ambiente familiar saudável.

Por derradeiro ressalvamos que nossa análise não teve qualquer pretensão em exaurir o tema, mas sim sinalizar as diversas formas como o assunto poderá ser tratado.

Está posto o desafio!

Referências Bibliográficas

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio da dignidade da pessoa humana: enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARCE Y FLOREZ, Joaquim. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FENANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São paulo: Método, 2004.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2006.