

Adoção por casais homoafetivos

Dr^a. Mônica Rodrigues Cuneo Promotora de Justiça
Titular de Família de Cabo Frio

O modelo legal de família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada vem sendo suplantado pelas novas formas e arranjos familiares. As relações familiares contemporâneas encontram seu fundamento na afetividade, fazendo emergir um novo conceito de família.

A família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. O reconhecimento da parentalidade socioafetiva predomina sobre o vínculo biológico.

A superação da tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização evidenciam o desafio do Direito de Família contemporâneo, no sentido de considerar a pessoa em toda a sua dimensão ontológica, direcionado à realização personalística da afetividade, em uma concepção puramente eudemonista.

Dispõe o art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988 que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Diante desse macroprincípio, o Direito Privado vem sendo alvo do que se denomina personalização, repersonalização ou despatrimonialização, vale dizer, à medida que o patrimônio perde importância, a pessoa é valorizada.

Neste contexto, a Constituição da República quebrou paradigmas e emprestou juridicidade aos laços de afeto, admitindo a concepção plural de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar trouxe o alargamento conceitual de família. Igualmente, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar vem ganhando cada vez mais visibilidade e amparo jurídico.

A Carta Magna de 1988, ao estabelecer o capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, no Título VIII, da Ordem social, dispôs em seu art. 226, caput que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Em seus parágrafos 1º e 2º expõe normas relativas ao casamento, reconhecendo a união estável no §3º e, por último, no parágrafo quarto a família monoparental, todas como entidades familiares. Da leitura do citado dispositivo, infere-se que não há qualquer referência a determinado tipo de família, ao contrário do que ocorreu em relação às Constituições anteriores, que somente agasalhavam a família “reconhecida pelo casamento” (art. 175, da Constituição de 1967-69). Assim, diante da ausência da cláusula de exclusão, conclui-se que a “família” – sem qualquer referência a que tipo de família – encontra-se sob tutela jurisdicional.

Nesse ponto, há duas questões que merecem enfrentamento, ainda que superficialmente, já que diretamente ligadas à questão das uniões homoafetivas. A primeira corresponde à concepção axiológica hierarquizada das entidades familiares com primazia do casamento em relação às demais entidades familiares; a segunda diz respeito à característica não taxativa de entidades familiares agasalhadas pela Constituição Federal. Aqui, interessa-nos a segunda.

Lobo¹, ao comentar o citado dispositivo constitucional, leciona:

“o fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos

situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. (...) O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação”.(grifou-se)

E prossegue:

“A regra do § 4o do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido. “Também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto. Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”.(grifou-se)

A família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais. A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, cujos interesses materiais secundariamente emergem da comunhão de vidas. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade.

O dinamismo do conceito de família evolui conforme o desenvolvimento da sociedade na qual se insere e empresta sentido às entidades assim formadas fora do casamento. Lacan, em 1938, buscou demonstrar que família não é apenas um grupo natural, mas também uma estrutura psíquica, na qual cada um de seus membros desempenha uma função, um lugar sem que estejam, necessariamente, ligados biologicamente, ao afirmar que “(...) a família desempenha papel primordial na transmissão da cultura”.

Conclui-se que a nova concepção de família tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro lar, locus de afeto e respeito.

Desta forma, a família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico – modelo até então único de família - para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o intuitu familiae, o afeto como elemento volitivo de sua formação - modelo aberto e plural de família. A dignidade de cada um dos membros da família e o relacionamento afetivo existente entre seus membros passam a ser mais valorizados do que a instituição em si mesma.

É a partir da convivência em família que o indivíduo se estrutura e se organiza rumo à construção de uma identidade que irá lhe conferir o título de membro do grupo social e ditará sua atuação na comunidade.

O fato de a criança integrar uma família incute em sua consciência um sentimento de pertença a um grupo específico. Portadora de crenças e códigos

próprios, a família espelha o modelo de sociedade em que está inserida, transmitindo à criança, ser em desenvolvimento, os valores vigentes dessa cultura, inscrevendo-a em uma nova ordem social, que pouco a pouco vai se desdortinando.

A família desempenha relevante papel de núcleo do sistema jurídico-social. Conforme já afirmado, ao longo da história, revestiu-se de variadas funções, seja de cunho religioso, político, econômico e procracional. Considerada base da sociedade, gozava de um conceito sacralizado, recebendo por parte do Estado um tratamento intervencionista calcado em padrões de estrita moralidade. Objetivando regulamentar a ordem social, a onipotência estatal transformou a família em uma instituição matrimonializada. Sua estrutura patriarcal, herdada da cultura romana, legitimava o exercício do poder masculino sobre a mulher e os filhos. A feição da família encontrava-se, à época, entrelaçada com o retrato da própria sociedade.

Mas como a família não traz ínsita em si padrões de imutabilidade conceitual, ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico, observa-se a transição da entidade familiar como unidade econômica e reprodutiva (núcleo de produção) para uma compreensão igualitária e socioafetiva (núcleo de expressão de afeto). Desde então, surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares.

A instituição familiar, a par das profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção que sofreu nas últimas décadas, passou a engendrar novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei. Inspirada por novos valores que sobrepõem e rompem com a concepção tradicional de família, a sociedade contemporânea adota um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado.

No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, sobreveio o pluralismo das entidades familiares, escapando as novas estruturas de convívio às normatizações existentes. Os vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade ingressaram no mundo jurídico por obra da jurisprudência, em consonância com uma nova proposta de arquitetura familiar. A família passou a ser percebida sob um novo enfoque, mais inclusivo e menos moralista, regida pelo afeto, como mola propulsora.

Atualmente, a família está matizada em um fundamento que explica sua função: a afetividade. A base da família moderna é o afeto, fruto da autenticidade das relações familiares fundadas no amor e no respeito à dignidade dos seus integrantes. Enquanto grupo social, não é concebida como um fim em si mesma, mas como agente propulsor assecuratório de condições de desenvolvimento aos seus membros, em especial as crianças.

O afeto é reconhecidamente o elemento nuclear das relações familiares. Conforme lição de Schreiber² (2001, p. 38), não há dúvidas de que as relações pessoais fundam-se originariamente no afeto. Prossegue a autora, referindo que é o sentimento de afeição que atrai e une as pessoas sobre um mesmo teto ou que faz com que convivam com estreitos laços. Alvim apud Schreiber³ (2001, p. 39), complementa:

Com efeito, o principal papel da família moderna é dar suporte emocional à pessoa humana, promovendo-lhe o desenvolvimento e realizando seus interesses afetivos e existenciais. (...) Hoje, as famílias constituídas ou não pelo

casamento, são calcadas, substancialmente, por laços de afeto, solidariedade e cooperação: não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade. A affectio deve ser a única ratio das uniões matrimonializadas ou não, sendo papel da família a promoção do bem-estar de seus membros, com respeito à esfera individual de cada um. (grifou-se)

O que identifica a família é um afeto especial, um sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio, em razão de uma origem ou um destino comum. É esse afeto que define a família: a comunhão de vidas, enlaçadas pela íntima conjugação de interesses comuns. Atualmente, o afeto ganhou o status de principal ingrediente de uma relação familiar. Assim, a criança que nasce e cresce no seio de uma família, estrutura básica social, sente-se aceita através da energia receptiva que se cria no lar. A partir desta ambientação primária, inicia a moldagem de suas potencialidades, com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e completem. Tem-se, aqui, a busca pela dignidade da pessoa humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais. Nesse novo panorama que se desvenda, a família é concebida como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade, edificada sob o prisma eudemonista.

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade. O texto constitucional não deixa margem à outra espécie de interpretação. As mudanças que se verificam no âmbito da família evidenciam que a estruturação da sociedade em núcleos familiares somente faz sentido se enfrentada como refúgio para a plena realização do indivíduo, na implementação de projetos de felicidade pessoal e concretização do amor. Nada há mais relativo a um consenso do que o amor. Ao se falar em afeto, fala-se em amor. Já se disse alhures que o amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações.

Pode-se afirmar, portanto, que os laços de afeto que se constroem entre pais e filhos não dependem de imposição da natureza (origem biológica) ou de imposição da lei. A filiação nem sempre coincide com a origem genética, o que seria transformar um fato cultural em determinismo biológico, não contemplando suas dimensões existenciais.

Assim como o modelo tradicional, o modelo científico é inadequado, eis que ambos partem de um equívoco de base. Se a origem biológica, indispensável à família patriarcal, caiu por terra, a certeza absoluta da origem genética não é mais suficiente para fundamentar a filiação, à medida que outros valores passaram a dominar esse campo das relações humanas.

Atualmente, o biodireito confronta-se com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, corroborada pela bioética, aponta para atribuir a paternidade ao dador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito.

A identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexa trama das relações afetivas construídas pelo ser humano entre a liberdade e o desejo. Imperioso reconhecer-se que a filiação não é um determinismo biológico. Embora na maioria dos casos a filiação se origine da relação biológica, em tantos outros emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. Em suma, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

Em nenhum momento histórico foi possível vislumbrar tamanha importância como é atribuída atualmente ao afeto, quer para a identificação dos vínculos familiares, quer para definir os vínculos de parentesco, sobrepujando-se, quando em confronto, ao vínculo biológico. Tal reconhecimento da posse do estado do filho passou-se a ser denominado como “filiação socioafetiva”.

Não basta os genes para se declarar a filiação, uma vez que os laços sanguíneos são insuficientes para caracterizar o efetivo exercício das obrigações paternas e maternas. Pai e mãe, efetivamente, são aqueles que criam, não apenas quem concebe.

Ante essa nova realidade, imperiosos novos referenciais, pois não mais se pode buscar nem na verdade jurídica nem na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares.

A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Também não se pode mais deixar de albergar no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, apesar de posturas discriminatórias e preconceituosas, que, por puro conservadorismo, insistem em não emprestar visibilidade a ditos vínculos familiares.

Cumprir ressaltar que a Constituição da República, ao instituir o Estado Democrático, já em seu preâmbulo, vela pela garantia do exercício dos direitos sociais e individuais, zelando pelo primado da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, além de elevar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ao estabelecer direitos e garantias fundamentais, proclama que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput, da CR/88), invocando os princípios da igualdade e da isonomia como mola propulsora e balizadora de todas as relações jurídicas.

Não mais se questiona que a afetividade é uma realidade digna de proteção. Desta forma, o Poder Judiciário, diante da realidade dos fatos, deve agasalhar, sob o manto da tutela jurisdicional, tais uniões, que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A negação ao reconhecimento de tal direito revela postura discriminatória, que, através de mecanismo de exclusão, procura manter, pelo véis da invisibilidade, afastados da proteção estatal crianças e adolescentes que cada vez mais vivem em lares formados por casais homossexuais. Esta é a forma mais cruel de exclusão da cidadania.

O Direito pode ser um poderoso instrumento de inclusão ou um perverso meio de exclusão, a depender da utilização que se faz dele. A negativa do reconhecimento das uniões homoafetivas duradouras e públicas como entidades familiares, além de revelar postura retrógrada, equivocada e preconceituosa, é geradora de injustiças.

O cotejo da realidade apresentada com a necessidade da prestação jurisdicional, quando casais homoafetivos pleiteiam a adoção de uma criança ou adolescente, remete à reflexão e busca de uma resposta jurídica em sintonia com os reclamos do contexto social atual, que exige a superação de

certos padrões do Direito positivado, incapaz de prever regramento para as novas situações que se apresentam.

Compete ao Poder Judiciário, visando à realização da justiça social, valor supremo invocado pelo preâmbulo da Constituição, o preenchimento das lacunas legais originadas com o avanço tecnológico e evolução da sociedade. A resposta deve ser encontrada não só na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, como dita a lei civil, mas principalmente ter como fundamento direitos e garantias fundamentais, que servem de base ao Estado Democrático de Direito, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da livre orientação sexual.