Revista Direito, Justiça e Cidadania
20 anos - 2018 DIREITO

VISIBILIDADE DA HOMOSSEXUALIDADE FEMININA DIANTE O DIREITO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Djenifer Bencke da Silva[1]
Rosangela Montagner[2]

RESUMO: Por meio da abordagem dos diversos aspectos sobre a possibilidade jurídica da concessão de adoção de criança ou adolescente para casal homossexual feminino, visa-se um estudo comparativo entre os direitos tradicionais instituídos e os direitos emergentes negados. Para tanto, questionar-se-á a relação da homossexualidade feminina frente ao direito à adoção de crianças e adolescentes no direito brasileiro, analisando a importância da visibilidade de mulheres diante o direito à adoção, identificando os tipos de família hodiernos. O embasamento teórico filia-se aos pressupostos de gênero e ao realismo jurídico, enquanto o embasamento metodológico parte da pesquisa qualitativa de caráter teórico-bibliográfico, utilizando-se dos métodos dedutivo para a abordagem e dos histórico e comparativo para os procedimentos. O trabalho foi desenvolvido versando acerca da pluralidade das famílias, analisando-se o instituto da adoção e, por fim, questiona a possibilidade jurídica da concessão de adoção de crianças e adolescente para casais homossexuais femininos. Quanto aos resultados da pesquisa, valida-se a tese de que efetivamente a legislação atual não proíbe a adoção homoparental, entretanto não se verifica nenhuma legislação que fundamente especificamente as decisões tomadas pelos Poder Judiciário, momento em que o Poder Legislativo se mantém silente, ferindo o princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Família Homoafetiva. Adoção. Homossexualidade Feminina. Gênero.

1 INTRODUÇÃO

[1] Bacharela em Direito, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santiago/RS. Especializanda em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário, pela Universidade Estácio de Sá. Advogada em Direito Público.
[2] Docente na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santiago. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria.

Por meio da abordagem dos diversos aspectos sobre a possibilidade jurídica da concessão de adoção de criança ou adolescente para casal homossexual feminino. Bem como, trata sobre a construção do Direito Homoafetivo dentro do instituto do Direito de Família e sua ascensão no âmbito da infância e adolescência, visando um estudo comparativo entre os direitos tradicionais instituídos e os direitos emergentes negados.

Para tanto, questionar-se-á a relação da homossexualidade feminina frente ao direito à adoção de crianças e adolescentes para casais homossexuais femininos no direito brasileiro, para analisar a importância da visibilidade desta população de mulheres diante o direito à adoção de crianças e adolescentes, bem como, identificar os tipos de família hodiernos, seu caráter pluralístico e seus direitos e deveres enquanto base da sociedade.

Lado outro, faz-se necessário, para interpretar o questionamento proposto, buscar embasamento nos pressupostos de gênero de Joan Scott, que se dão através da dinâmica da construção histórica das relações sociais, para obter a mais ampla compreensão sobre a visibilidade de casais homossexuais femininos diante o direito à adoção de crianças e adolescentes, e do realismo jurídico de Jerome Frank, para realizar a crítica ao formalismo jurídico e analisar o funcionamento do processo judicial, considerando as decisões dos(as) magistrados(as) a fim de identificar o significado da lei ou da intenção do(a) legislador(a) face à solução dada por parte do(a) juiz(a) .

E, quanto aos pressupostos metodológicos, à pesquisa é qualitativa de caráter teórico-bibliográfico ao se dedicar a estudar teorias para se aproximar do problema proposto, com coleta de dados em jurisprudências, leis, sentenças e acórdãos pertinentes ao tema, utilizando-se dos métodos dedutivo, enquanto abordagem, ao partir de argumentos gerais para os particulares, histórico e comparativo para os procedimentos, ao considerar o contexto do objeto questionado para comparar o conjunto característico dos elementos pertinentes na atualidade com o que era anteriormente, fazendo a confrontação desses, ao levar em consideração seus atributos para que as eventuais diferenças e semelhanças possam ser constatadas e as devidas relações estabelecidas.

O trabalho será desenvolvido em quatro eixos, versando acerca da pluralidade das famílias, realizando-se uma breve análise sobre o instituto da adoção e, finalmente,

abordando adoção para casais homossexuais femininos sob a ótica de gênero e do realismo jurídico.

2 O AFETO COMO CARACTERÍSTICA BÁSICA DA FAMÍLIA

O modelo familiar vem tomando diversas formas e atualmente e muitas famílias se distanciam do perfil tradicional.

Com efeito, a existência e reconhecimento de famílias informais, monoparentais, pluriparentais, paralelas, eudemonistas e homoafetivas permite reconhecer que seu conceito se pluralizou, mostrando que a família, devido a sua amplitude real, escapa, facilmente, a letra da lei.

Assim afirma Enézio de Deus Silva Júnior, em sua obra "A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais":

> As famílias escapam ao legislável, por serem complexos subjetivos e produtos culturais mutantes. Conformando-se para a realização dos seres que as compõem, demandam – ao revés de interferência delimitadora – proteção estatal, no modo singular de suas expressões (JUNIOR,2011).

Depreende-se que a evolução da sociedade e seus costumes reconfigurou o conceito originário de família, possuindo como principal aspecto favorável a consagração do princípio da igualdade na estrutura familiar entre os (as) cônjuges e entre filhos(as).

Assim como, certa a tutela jurídica que deve ser aplicada ao reconhecimento das famílias formadas por casais do mesmo sexo, estas denominadas famílias homoafetivas, termo elaborado pela doutrinadora Maria Berenice Dias (DIAS, 2011). E, conforme Roberto Senise Lisboa "destacam-se, para os fins de regulação da família: a dignidade humana, a solidariedade familiar, a busca da erradicação da pobreza, o reconhecimento das entidades familiares e a igualdade entre os filhos (LISBOA,2012)."

Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da **pessoa humana** (DIAS, 2011). Esses novos modelos familiares com caráter igualitário e mais flexível construíram novas formas de convívio no intuito de garantir uma realização mais efetiva dos interesses afetivos e existenciais daqueles que a integram. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, chama-se

romântica essa estrutura familiar, porque com ela tem início o processo de despatrimonialização do direito de família (COELHO, 2012).

São diversos arranjos familiares novos que ampliam a gama de relacionamentos tidos como família e com isso necessária é a readequação da visão jurídica diante das novas situações.

> a medida em que a formação de um seio familiar, com os atuais avanços científicos, independe até de relações sexuais e que não é requisito indispensável para haver família a celebração do casamento ou a presença de homem e mulher, pai e mãe, **as entidades familiares só poderão ser vislumbradas, de modo coerente, através de uma interpretação sistemática da legislação pátria disponível,** para além do *numerusclausus* legislado, primando-se pelo realismo jurídico, ou seja, pela adequação da norma à realidade social mutante (JUNIOR, 2012).

Compreende-se que, além de agrupamentos humanos baseados em laços afetivos e biológicos, as famílias tratam-se de produtos culturais e de dados psíquicos que se relacionam em uma vasta teia da afetividade. Tais espaços, comumente, fogem ao normatizável e bem por isso necessitam de um olhar mais humano e despido de preconceitos de legisladores(as) e juristas.

> Frise-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família advindas da Constituição Federal de 1988, e do Código de 2002, demostram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com a atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; (...).(GONÇALVES, 2012)

A família homoafetiva, caracterizada por casais compostos de duas pessoas do mesmo sexo, assim denominadas homossexuais, tem caráter paritário aos demais tipos de famílias. Como quaisquer outras, tem total capacidade de recepcionar e prover o devido cuidado com uma criança, a gerir finanças, trabalhar e ser politicamente ativo.

Entretanto, a legislação assim não a reconhece, conforme esclarece DIAS,

> Só pode ser por preconceito que a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Ora, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (l. III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana (DIAS, 2011).

Com efeito, as decisões tomadas pelo STF e CNJ tem caráter histórico e promovem a transformação social, porém não legislativa.

> As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las como união estável, STF; ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011, com iguais direitos e deveres. A partir desta decisão passou a justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento. De imediato o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento. STJ, REsp 1.183378/RS, 4." T., Rei. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/11/2011 (DIAS, 2011).

> Até maio de 2011, só podiam casar-se, no Brasil, pessoas de sexos diferentes, quer dizer, um homem e uma mulher — uma pessoa cujo assentamento civil lhe atribui o sexo masculino com outra, registrada com o feminino. Naquele mês, o STF reconheceu, por unanimidade, que o direito brasileiro não tolera qualquer discriminação entre as uniões estáveis constituídas, de um lado, por pessoas de sexos diferentes, e, de outro, por pessoas de mesmo sexo, por força de seus princípios constitucionais (que instituem os direitos à igualdade, liberdade, dignidade, privacidade e não discriminação). Ora, como a Constituição Federal também estimula a conversão das uniões estáveis de homens e mulheres em casamento (art. 226, § 3º), às uniões de pessoas do mesmo sexo não se pode negar igual tratamento (COELHO, 2012).

Porém, é de grande valia observar que os embates junto ao Poder Judiciário não se deram por acabados, pois apenas no momento que o Poder Legislativo tomar para si a responsabilidade de reconhecer juridicamente os direitos matrimoniais e familiares dos cidadãos homossexuais na sociedade brasileira que estes estarão devidamente protegidos e reconhecidos.

3 BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

O poder familiar trata-se do dever legal dos pais e mães de realizar o exercício da administração dos bens e da garantia do desenvolvimento biopsicossocial dos(as) filhos(as) menores de dezoito anos.

O termo é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e trazem atualizações que apontam que tal autorização não se limita apenas a pessoa e aos bens dos(as) filhos(as), mas, especialmente, aos deveres afetivos dos pais e mães com estes(as).

> A expressão “poder familiar” adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo **pátrio poder**, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito

> absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos (RODRIGUES, 2013).

Com efeito, o anterior código civilista possuía teor, notadamente, machista, ao passo em que definia na figura do pai a total responsabilidade com os(as) filhos(as), enquanto resumia na "mulher-mãe" apenas uma cuidadora.

Já o Código Civil de 2002 mostra-se mais isonômico, tanto na organização dos deveres dos pais e mães com seus(suas) filhos(as), quanto à total ausência de diferenciação na origem da filiação.

> O (...) poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas (VENOSA, 2013).

Verifica-se que a responsabilidade de assegurar a convivência intrafamiliar e comunitária do(a) filho(a), proporcionando condições de desenvolvimento físico, espiritual, psíquico e social são deveres decorrentes do poder familiar. Ainda, frisa-se que os pais e mães têm a obrigação conjunta de criar, educar e acompanhar seus(suas) filhos(as) nas atividades que lhes sejam concernentes.

Nesse sentido, a adoção se trata de causa indireta de extinção do poder familiar, em razão de que se pressupõe a prévia extinção do poder familiar, seja ela através da morte dos pais e mães biológicos ou pela decisão judicial de perda de poder familiar, para possibilitar a concessão da guarda.

> A adoção permaneceu inserida na lista das causas de extinção do poder familiar no Código de 2002, como o era no Código Civil de 1916. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção passou a ter caráter irrevogável (art. 48), e o vínculo de filiação, constituído por decisão judicial, pressupõe a anterior extinção do poder familiar (§ 1º do art. 45) (MACIEL, 2014).

Os atributos do poder familiar são irrenunciáveis, entretanto a razão pela qual o legislador incluiu a adoção como causa de extinção do poder familiar reside no fato que os(as) genitores(as) podem, espontaneamente, em audiência especialmente designada na presença do juiz da infância e do Ministério Público, concordar com a adoção do(a) filho(a).

A concordância supracitada é delineada por parte da doutrina, como correspondente à extinção do poder familiar, sobre a qual o magistrado não estará obrigado a declarar na sentença de adoção (SILVA, 1996). Por outro lado, outra corrente doutrinaria entende que se trata de uma exceção à irrenunciabilidade de poder familiar, pois resulta em um benefício de outro instituto admitido no direito positivo, ou seja, a adoção (RIZZARDO, 2005).

Dessa maneira, não se trata apenas de uma causa de extinção do poder familiar, mas de um meio de transferência do vínculo de parentesco, garantindo à criança ou adolescente que não permaneça sem a proteção do poder familiar em nenhum momento processual ou factual.

Assim, afirma o artigo 6º da Declaração Universal de Direitos da Criança

> (...) para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe (...).

Com efeito, a regra geral é da permanência dos(as) filhos(as) junto aos seus pais e mães biológicos, o que foi adequadamente incorporado pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 19[3] do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De igual forma, sabe-se que a realidade de uma parcela da população de crianças e adolescentes tem caráter muito sensível, pois são vários os casos de abandono, rejeição e, até mesmo, da efetiva necessidade de afastamento dos genitores. Assim, importante ressaltar que, em tais situações, as famílias substitutas, pais e mães sociais, cumprem o objetivo de suprir esse vazio causado pela família biológica e são resposta a esperança de crianças e adolescentes institucionalizados.

Verifica-se que, independentemente da orientação sexual, existem requisitos inerentes ao pleito adotivo. O termo adoção se origina do latim, de *adoptio*, significando em nossa língua, na expressão corrente, tomar alguém como filho.

[3] Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Lei 8.069/90.

Sabe-se que, ao longo dos anos, a adoção tem recebido da doutrina jurídica diferentes conceitos e por mais diversos que estes sejam, atingem um ponto comum: a criação de vínculo jurídico de filiação (MACIEL, 2014).

A respeito do tema LISBOA (2012) bem salienta: A adoção é o ato jurídico solene pelo qual um sujeito estranho é introduzido como filho na família do adotante, passando a ter os mesmos direitos decorrentes da filiação.

DIAS (2011), arremata que A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado.

Ao longo do século XIX, a corrente majoritária da época considerava a adoção um ato basicamente contratual, contudo após ultrapassada obsoleta conceituação, uma segunda corrente passou a identificar a adoção como ato complexo.

Conforme MACIEL (2014), para a formalização da adoção, deverão ser ultrapassados dois momentos:

> (...) o primeiro, de natureza negocial, em que haverá a manifestação das partes interessadas, afirmando quererem a adoção; um segundo momento, em que haverá a intervenção do Estado, que verificará da conveniência, ou não da adoção. O primeiro momento se dá na fase postulatória da adoção, enquanto que o segundo se dará ao fim da fase instrutória do processo judicial, com a prolação da sentença.

Com efeito, para que a adoção seja consumada e aperfeiçoada fica atrelada a ela a obrigatória manifestação do(a) adotante, do(a) adotando(a) e do Estado, na figura do Juiz da Infância e da Adolescência e do representante do Ministério Público.

Para tanto,

> Ninguém discorda (...) de que a adoção confere a alguém o estado de filho. A esta modalidade de filiação dá-se o nome de parentesco civil, pois desvinculado do laço de consanguinidade, sendo parentesco constituído pela lei, que cria um nova situação jurídica, uma nova relação de filiação (MACIEL, 2014).

A adoção está prevista no ECA, em seu artigo 39 e seguintes, tem por principal objetivo, agregar de forma total o adotado à família do adotante e, como consequência, ocorre o afastamento em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável. Com isso, depois de findos os requisitos exigidos no Estatuto, o ingresso na família do adotante é completo.

Por se tratar de medida excepcional e irrevogável, só deve ser recorrida quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa[4], sendo vedada a adoção por parte de ascendentes (avós) ou pelos irmãos.[5]

A doutrina da proteção integral rompeu o padrão estabelecido e absorveu os valores esculpidos na Convenção de Direitos da Criança, passando a serem sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, como qualquer ser humano.

> O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ainda está a garantir ao menor sua permanência ao longo de seu desenvolvimento no lar conjugal, do qual deve receber gestos de amor e atenção, reveladores de toda alegria que sua presença possa representar, os quais também irão servir de alicerce de seu sistema de valores e de seu proceder com os demais (TORRES, 2009).

Com efeito, para fins protetivos levou-se em conta o eventual risco social, predefinido no artigo 98 da Lei n. 8.069, e não mais a situação irregular, prevendo um

> (...)conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, servidões especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial ás vítimas de negligência, maus tratos e abuso, e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil (MACIEL, 2014).

Em resumo, formalmente, a doutrina da proteção integral teve seu sistema perfeitamente traçado e a Lei que, atualmente, conta com 26 anos de idade necessita do comprometimento de todos(as) os(as) agentes, sejam eles(as) do Judiciário, *Parquet*, Executivo, advogados(as), técnicos(as), sociedade civil, família, para sua adequada efetivação.

Conforme o artigo 42, *caput*, e seu § 2º, do ECA, a idade mínima para adotar coincide com a maioridade civil, ou seja, 18 anos, tendo sido alterada pela Lei da Adoção (n. 12.010/1009). Objetivamente a lei projeta, através da escolha da idade mínima para adotar, critérios sobre as condições de amadurecimento e estrutura pessoal para que se possa cuidar de outra vida, idade que, certamente coincide com o alcance da capacidade civil.

[4]Parágrafo 1º, do artigo 39, da Lei nº 8.069/1990.
[5]Parágrafo 1º, do artigo 42, da Lei nº 8.069/1990.

Outro requisito para que o sujeito postule a adoção de uma criança ou adolescente é a diferença idade. Regulada no artigo 42, §3º, ECA, tal condição destina-se a imitar a família biológica, ou seja, prioriza-se o cuidado de impedir confusões entre o amor essencialmente filial e paterno (MACIEL, 2014).

Face ao rompimento do vínculo de parentesco com a família biológica, necessário se faz o consentimento dos pais biológicos. Tal regra, oriunda do artigo 45, caput, do ECA, exige tal consentimento em razão de que os pais possuem legítimo interesse em realizar oposição a que seu filho ingresse em uma família substituta.

Importante citar o valor que o ECA deu ao interesse da criança e do adolescente, possibilitando sua oitiva a fim de consentir sobre sua adoção.

> Deve-se sempre realizar a oitiva do adolescente, pois sua opinião há que ser considerada quando da decisão (...) não só o adolescente deve ser ouvido, mas também a criança, conforme comando do § 1º do artigo 28 (...) e artigo 100, parágrafo único, XII, ambos do Estatuto da Criança e do adolescente (MACIEL, 2014).

Face a importância e fragilidade da situação da criança ou adolescente disponível para adoção, está deverá ser ouvida pela equipe interprofissional do juízo,que elaborará estudo de caso com parecer. Com efeito, ficará a cargo do juiz e do Ministério Público a análise e decisão. Conforme MACIEL, *o termo sempre que possível constante do início do §1º[6] do art. 28 deve ser entendido como sempre. Só não se concebe a oitiva da criança ou adolescente que ainda não consiga expressar opinião.*

Apesar do presente princípio ter caráter subjetivo, deve-se pautar por critérios que selecionem famílias capazes de dar carinho, amor e atenção, suprindo, na medida do possível, os vazios construídos durante o período de institucionalização ou abandono.

Nesse contexto, estando a criança plenamente inserida na família substituta e revelando os guardiões plenas condições para o exercício do poder familiar, a relevância o fato do casal não estar devidamente habilitado na lista própria do juizado foi afastada, levando a efeito a premissa do artigo 43 do ECA, onde preconiza que "a adoção será

[6]Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.
§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MEIO DA ÓTICA DE GÊNERO E DO REALISMO JURÍDICO A CASAIS HOMOSSEXUAIS FEMININOS

O papel da mulher dentro da sociedade foi largamente alterado. As lutas sociais do movimento feminista e outros movimentos interligados tiveram importante papel para o aprofundamento dos direitos da mulher dentro da cultura conservadora que vivenciada. Observa-se que, apesar de equiparados os direitos da mulher em relação aos dos homens, através da Constituição Federal de 1988, ainda permanece amplo nível desigualdade no tecido social brasileiro.

Nesse mesmo contexto, a mulher lésbica consta socialmente invisibilizada, ao passo que, especialmente as que possuem traços femininos são fetichizadas, dando caráter inexistente aos relacionamentos entre mulheres e, por outro lado, aquelas que possuem traços masculinos sofrem questionamentos sobre não serem mulheres, mas sim, de que possuem o desejo incompleto em ser homens. Ainda, traçando uma linha mais ampla, podemos constatar que mulheres e mulheres lésbicas ocupam poucos cargos de poder e sofrem altos índices de violência.

Conforme dados do Balanço 2015 do Ligue 180, publicado no site do Instituto Patrícia Galvão, a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 realizou 749.024 atendimentos em 2015 – uma média de 62.418 por mês e 2.052 por dia -, número 54,40% maior do que o registrado em 2014 (485.105) (SPM, 2014).

O referido balanço informou que em comparação ao ano de 2014, houve aumento de 44,74% no número de relatos de violência, 325% de cárcere privado (média de 11,8/dia), 129% de violência sexual (média de 9,53/dia) e 151% de tráfico de pessoas (média de 29/mês).

Constata-se que as mulheres sofrem repressão em razão de serem mulheres e, no caso das lésbicas, essa situação é agravada gerando uma segregação incisiva, possuindo como efeito direto elevado nível de violência e fetichização, o qual resta sem qualquer

suporte efetivo, seja de caráter político-social ou jurídico, capaz de preservar a dignidade da pessoa humana.

Conforme Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), as mulheres lésbicas sofrem risco particular de violência devido à misoginia e à desigualdade de gênero na sociedade. Com isso:

> (...) os 770 atos de violência (letais e não letais) contra pessoas LGBT, 55 foram contra mulheres lésbicas, ou percebidas como tais. Mulheres lésbicas foram vítimas de "estupro corretivo", ou estupro para puni-las, com a intenção de "mudar" sua orientação sexual; de espancamentos coletivos por causa de manifestação pública de afeto; de ataques com ácidos; e de entrega forçada a centros que se oferecem para "converter" sua orientação sexual[7].

Diante de tal realidade, os estudos de gênero[8] procuram compreender as relações de gênero na cultura e sociedade humanas. De maneira recente, as feministas começaram a utilizar a palavra "gênero" no sentido mais literal, como uma maneira de referir-se à organização social da relação entre os sexos.

Mas, para a historiadora americana Joan Scott, a definição de gênero:

> (...) tem duas partes e várias sub-partes Elas estão ligadas entre si, mas deveriam ser analiticamente distintas. O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integrar entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder (SCOTT, 2016).

A autora indica os principais elementos constitutivos das relações sociais em pauta, entre eles pode-se indicar:

> (...) primeiro – símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas (frequentemente contraditórias) – Eva e Maria, como símbolo da mulher, por exemplo, na tradição cristã do Ocidente, mas também mitos da luz e da escurdão, da purificação e da poluição (...) Segundo – conceitos normativos que colocam em evidência interpretações do sentido dos símbolos que tentam limitar e conter as suas possibilidade metafóricas (SCOTT, 2016).

Ainda, como terceiro aspecto visualiza-se a inclusão da noção política, tanto quanto uma referência às instituições e organizações sociais e, por fim, o quarto aspecto que trata

[7] Disponível em: http:// http://revistaladoa.com.br/2014/12/brasil/brasil-concentra-mais-metade-dos-assassinatos-lgbts-no-continente-segundo-oea-que/. Acesso em 02 de setembro de 2016.
[8] **Gênero**: categoria que indica por meio desinências uma divisão dos nomes baseada em critérios tais como sexo e associações psicológicas. Há gêneros masculino, feminino e neutro (dicionário LP).

da identidade subjetiva. O gênero é uma das referências recorrentes pelas quais o poder político foi concebido, legitimado e criticado. Ele se refere à oposição masculino/feminino e fundamenta, ao mesmo tempo, seu sentido, tendo aí a sua importância para o trabalho em tela, isto é, em relação às questões do que as mulheres lésbicas estão sujeitas a enfrentar tanto no âmbito público quanto no âmbito privado preconceitos (SCOTT, 2016).

tema abordado é objeto de inúmeros preconceitos e raros registros escritos, sejam em livros ou artigos jurídicos. Das raras obras específicas existentes, várias abordam a adoção homossexual por uma ótica extremamente sociológica.

Propõe-se aqui, uma abordagem que permita vislumbrar as inter-relações entre os estudos de gênero e o realismo jurídico. Para tanto, colaciona-se a lição de DIAS (2001), em seu artigo denominado "Amor não tem sexo":

> Embora vanguardista, o conceito de família cunhado pela Lei Maior ainda é acanhado, pois não logrou envolver vínculos afetivos outros, que não correspondem ao paradigma convencional identificado pelo casamento com sexo e reprodução. Ora, se os métodos contraceptivos e os movimentos feministas concederam à mulher livre exercício da sexualidade; se passaram a ser consideradas família os relacionamentos não identificados pelo casamento; se, no atual estágio da evolução da engenharia genética, a reprodução não mais depende da ocorrência de contato sexual, imperioso que se busque um novo conceito de família.

Logo, o que se observa é que, a cada dia, as uniões de pessoas do mesmo sexo passam a ser mais estáveis, em contrário a uma visão sedimentada na sociedade de que essas pessoas seriam extremamente promíscuas (FIGUEIREDO, 2015).

Nesse contexto, algumas questões até então impensáveis foram, aos poucos, tornando-se realidade. Pode-se citar os inúmeros direitos alcançados pelos homossexuais no campo previdenciário e sucessório[9]. No entanto, os discursos sobre a adoção possuem um grande peso emocional e, com isso, tendem a realizar análises e interpretações extremamente dogmáticas.

[9] Alterações originárias da Ação Direita de Constitucionalidade – ADIN 4277, esta foi ajuizada pela Procuradoria - Geral da República – PGR, inicialmente como ADPF 178, para que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 ao artigo 1.723 do Código de Processo Civil de 2002.

Com efeito, sabe-se que o direito, fundamentalmente, tem um papel de controle social, nascido da transgressão da norma e que se renova através da burla daquilo que em determinado momento histórico é identificado como padrão dominante.

Visualizando a questão em tela por meio do positivismo jurídico, deve-se lembrar que este passou por várias fases evolutivas e, entre elas, identifica-se o *legalismo e o normativismo que entendem a lei como algo equivalente à Justiça.*

Para tanto, subentende-se que apenas aquilo que se encontra na lei é juridicamente correto e aplicável. Ao aplicar esta proposição à adoção para homossexual, percebe-se que não há lei que determine expressamente a possibilidade para homossexual.

Lado outro, uma leitura legalista ou normativista possibilitaria aos(as) magistrados(as) a negação de tal direito simplesmente por não estar estritamente redigido em lei. E, solução a tal controvérsia, é a realização da hermenêutica por meio da corrente doutrinária do realismo jurídico.[10]

Assim definido por Jerome Frank:

> o direito, então, relacionado a qualquer situação fática, ou é (a) direito presente, i.e., uma decisão específica do passado, observada em relação àquela situação, ou é (b) direito provável, i.e., uma adivinhação em relação a uma decisão futura específica (FRANK, 1935).

Cola-se manifestação do Ministro do STJ, Sálvio Figueiredo Teixeira, a título ilustrativo das alterações que o realismo jurídico vem causando no ordenamento jurídico brasileiro: Se o Juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando 'contra legem', pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenta às inspirações da justiça e do bem comum (FIGUEIREDO, 2015).

Em que pesem as divergências, não existem obstáculos à adoção para casais homossexuais. Isso porquê, as exigências que permeiam o instituto da adoção já

[10] O realismo, sem qualquer adjetivação, é um sistema filosófico oposto ao idealismo. Eis o verbete da Enciclopédia do Advogado, p. 495, in verbis: "Sistema filosófico para o qual o mundo existe indiferentemente de nosso pensamento. Opõe-se ao idealismo, que nega a existência do mundo exterior ou que sustenta que nosso conhecimento do mundo é indireto, através da intermediação da nossa consciência. O realismo admite que nós conhecemos diretamente os objetos externos ao pensamento. Sistema filosófico que admite a existência objetiva das ideias ou coisas abstratas e gerais, isto é, dos chamados universais. Opõe-se ao nominalismo.

abordadas visam a inserção da criança ou adolescente em uma família substituta que traga reais benefícios ao(a) adotado(a).

Dito isso, o casal homossexual feminino tem total capacidade em habilitar-se para adotar. Os princípios constitucionais que vem servindo a efetivação do direito à adoção são capazes de fundamenta-la juridicamente e, percebe-se que as desinências na aplicação e desenvolvimento doutrinário do tema, vinculam-se a três questões principais:

> expressamente no texto do caput do artigo 227, sobre o qual pouco se tem falado, primeiro, porque normalmente os constitucionalistas não se interessam muito por esse direito social que só agora se encontra formalmente contido na Constituição; segundo, porque os autores do Direito Infanto-Juvenil normalmente não são especialistas em questões constitucionais; terceiro, porque o excessivo dogmatismo da maioria esmagadora dos operadores de direito leva a um "esquecimento de aspectos altamente relevantes e essenciais aos seus campos de atuação (FIGUEIREDO, 2015)."

Com efeito, colacionam-se jurisprudências oriundas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corroborando a alteração de decisões sobre o tema da adoção homoafetiva:

> EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ***possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexiste vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta***. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010)

> APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente ***é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. Adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009.*** DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível

> Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em **14/10/2009**) – grifou-se.

Com efeito, depreende-se que a não existência de legislação própria não figura como agente impeditivo da realização da adoção. As decisões tomadas pelo STF e CNJ tiveram caráter histórico, no entanto não conseguiram promover a transformação legislativa e, por essa razão, que os embates junto ao Poder Judiciário não se deram por acabados, pois apenas no momento que o Poder Legislativo tomar para si a responsabilidade instituir os direitos que pertencem as relações homossexuais e a Homoparentalidade que estes estarão devidamente reconhecidos na sociedade brasileira.

Entende-se que:

> Por mais benfazejo que tenha sido este ativismo do Judiciário, parece que para o bem da nossa recentíssima democracia é preciso se instalar a cultura da lei como regra universal de conduta. As omissões do legislativo brasileiro, que não legisla, não podem continuar sendo a desculpa para que tudo seja transferido à órbita das interpretações pretorianas, as quais, muitas vezes, são conflitantes.

Lembrando que o foco deve ser o interesse da criança, que tem prioridade absoluta, verifica-se que a ausência normativa sobre a matéria abre brechas para impedir o deferimento de adoções para casais homoafetivos, havendo sempre que o juiz recorrer à luz dos princípios constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as considerações apresentadas, pode-se concluir que o instituto de Direito de Família brasileiro sofreu inúmeras mudanças nos últimos anos e, com isso, as famílias homoafetivas foram sendo, lentamente, reconhecidas no ordenamento jurídico.

Entretanto, o estigma que se sobrepõe às mulheres lésbicas perdura, fruto de uma sociedade heteronormativa e propagadora da lesbofobia, causando profundos danos e impedindo a evolução jurídica, em face de uma lógica social invisibilizante.

Quanto ao instituto da adoção para casais homoafetivos, pode-se concluir que com a revogação do Código de Menores, para então sobrevir o Estatuto da criança e do adolescente, abriu-se a possibilidade para a alteração dos requisitos promotores ao processo da adoção, demarcando perspectivas mais condizentes com o contexto histórico

social da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos da Criança e da Constituição Federal do Brasil, consolidando o afeto e o melhor interesse da criança e adolescente como requisito primordial para a da preparação e inserção em família substituta.

Verificou-se que, entre os requisitos para adoção, os(as) candidatos(as) adotantes devem preencher idade mínima de 18 anos e estabilidade familiar, possuir o consentimento dos(as) pais e mães biológicos(as) ou que este seja suprido, ter a concordância da criança ou adolescente e que, por fim, a família substituta apresente reais benefícios ao(a) adotando(a).

E, na esteira dos direitos emergentes, através do posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Superior Tribunal Federal (STF), possibilitou-se a celebração da união estável homoafetiva e, concomitantemente, a obrigação de sua conversão em casamento, o que deu caráter jurídico à família homoparental, abrindo, assim, mais possibilidades para assegurar pedidos de adoção por casais homoafetivas.

Por meio dessa leitura, validou-se a tese de que efetivamente a legislação atual não proíbe a adoção homoparental, entretanto nenhuma legislação específica foi adequada a tais decisões, momento em que o Poder Legislativo se mantém silente e gera clara insegurança jurídica.

Com efeito, verificaram-se, por meio deste trabalho, que são inúmeras as interferências institucionais que a instabilidade jurídica gera na possibilidade de casais homoafetivos femininos adotarem, entre elas, sabe-se que a frente conservadora legislatória pode aprovar nova lei específica vedando a adoção até o momento alcançada, e este pode ser o maior retrocesso da história do Direito de Família brasileiro.

Felizmente, as inovações jurídicas, levadas a feito pelo judiciário brasileiro, causaram inúmeros avanços diante aos direitos negados pelo Estado anteriormente, e que se encontravam fora do sistema denominado pelos parâmetros convencionais de "normal", e, assim, a decrépita descrição da família tradicional ainda perdura, inclusive no Congresso Nacional, sobrepondo-se, por meio de preconceitos, nesse caso lesbofobia, a instituição efetiva dos direitos dos(as) homossexuais masculinos e femininos e na própria constituição das uniões homoafetivas e em seu desejo de constituir família.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 4. ed., rev., atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, Família e Sucessões. 5. Vol. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34, 62-63, .

CRESWELL, John. **Projeto de pesquisa:** métodos qualitativos, quantitativo e misto. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem sexo.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_-_amor_n%E3o_tem_sexo.pdf. Acesso em: 01 jun. 2016. Porto Alegre, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 137,

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais.** 2. ed. rev e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015, p. 52, 67.

FRANK, Jerome.*Law and the modern mind.*New York: Tudor Publishing Company, 1935, p. 46. Tradução livre do trecho: "Law, then, as to any given situation is either (a) actual law, i.e., a specific past decision, as to the situation, or (b) probable law, i.e., a guess as to a specific future decision".

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. vol. 6 :São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 61 63.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: Direito de família e sucessões. 7. ed. 5. vol. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36, 297 e 498.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.196, 273-274.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 603.
SCOTT, Joan. **Gender on the politics of history**. New York: Columbia University Pres, 1988. p. 28-50. Disponível em português em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2016, p. 20.
SILVA, José Luiz Mônaco da. **Concordância dos pais nos procedimentos de adoção**. Revista Justitia do Ministério Público do Estado de São Paulo, nº 176, p. 49-50.

SÍLVIO RODRIGUES**, Direito civil: Direito de família**, 353. In DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 434.

TORRES, Aimbere Francisco**. Adoção nas relações homoparentai**s. São Paulo: Atlas, 2009. p. 97.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 303.