

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS NO BRASIL

Elora Débora da Costa Monteiro¹

Ana Paula Cacho²

RESUMO

A adoção por casal Homoafetivo no Brasil, será o tema abordado no presente artigo que visa o estudo da possibilidade de reconhecimento ao casal homossexual o direito a adoção. O objeto de estudo não é ser a favor da homossexualidade e muito menos ir contra a opção sexual do ser humano. O objetivo principal deste artigo é mostrar o permissivo legal no Processo de Adoção por Casal Homoafetivo. Assim, toda pesquisa feita para o desenvolvimento desse artigo será acerca da proteção do menor, uma vez que esse é o bem tutelado. O Ordenamento Jurídico Brasileiro não apresenta proibição legal de adoção por casal homoafetivo, assim, estamos diante de uma possibilidade jurídica. Será mostrado também que a orientação sexual não diminui e integra a dignidade da pessoa humana, assim, tanto o casal homoafetivo quanto o casal de heterossexual são preparados e capazes para educar uma criança com dignidade. Diante dos maus tratos e do abandono que o menor vive não se afigura justo indeferir um pedido de adoção pelo simples fato dos adotantes viverem em união homoafetiva. O estudo tem como base o Código Civil de 2002, O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e a Constituição Federal de 1988. Onde também serão consideradas a legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras – chave: Homoafetividade. Adoção. Permissivo. Dignidade da pessoa humana. Família.

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade Natalense Para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.

E-mail: eloramonteiro@hotmail.com

² Professora orientadora: acacho36@hotmail.com

ABSTRACT

The adoption by couples Homoffective in Brazil, will be the subject of this article aims to study the possibility of recognition for homosexual couples the right to adoption. The object of study and not be in favor of homosexuality, much less go against the sexual orientation of the human being. The main objective of this paper is to show the permissive law in the Process of Adoption by couple Homoffective. Thus, all the research for the development of this article is about the protection of minors, since this is the value in question. The Brazilian legal system has no legal prohibition on adoption by couples Homoffective thus we are facing a legal possibility. It will be also shown that sexual orientation does not diminish human dignity, so much the couple Homoffective as heterosexual couples are prepared and able to educate a child with dignity. In the face of abuse and neglect that the child lives, is not just refuse a request to adopt the simple fact of living in union homoafetivas adopters. The study is based on the Civil Code of 2002, the Statute on Children and Adolescents - ACE and the Constitution of 1988. Where will be considered the legislation, doctrine and jurisprudence.

Key words: homo. Adoption. Permissive. Family. Human dignity.

1 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL: UMA BREVE

REFLEXÃO

Para que a problemática do estudo sobre tal tema seja compreendida, realizar-se-á um estudo investigativo através de levantamento bibliográfico e textos esparsos, no qual buscar-se-á fazer uma análise crítica-analítica sobre os diversos conceitos e informações coletados acerca do tema da adoção por pares homoafetivos, em consonância com as diferentes disciplinas que comportam seus estudos, elaborando uma abordagem através do método dedutivo-qualitativo, e explicitando a presença do tema em questão no ordenamento jurídico pátrio.

O presente trabalho tenciona mostrar de forma simplificada a adoção por pares homoafetivos no Brasil. Um tema repleto de polêmicas, preconceitos e pouco explorado juridicamente devido às inúmeras divergências acerca do assunto. O objetivo aqui é tratar de forma clara e objetiva aspectos sobre a adoção homoafetiva no Brasil com embasamento jurídico na Constituição Federal (CF), no Novo Código Civil (CC/02), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como, no entendimento jurisprudencial sobre o assunto.

No primeiro eixo, faremos uma análise sobre o conceito de família, dando ênfase a Evolução Histórica da Família. Em seguida, no segundo eixo, objetivamos uma abordagem acerca do Instituto da adoção e por último, no terceiro eixo abordaremos a adoção por casais homoafetivos no Brasil.

Contudo, espera-se esclarecer dúvidas jurídicas existentes relacionadas ao tema. Antes de tudo, é preciso analisar o assunto com bastante respeito, sem discriminação e qualquer tipo de preconceito com o próximo. A opção sexual não pode ser um motivo tão relevante para se decidir algo tão importante como a adoção. A adoção por pares homoafetivos deverá ser analisada minuciosamente e com bastante cautela, pois irá decidir a vida de muitos menores que estão em busca de afeto, ou seja, as diferenças de escolha sexual percebidas entre as pessoas não podem ser um fator decisivo para um tema como adoção.

Sendo um dos pilares do atual sistema jurídico, o respeito à dignidade do ser humano é, um dos objetivos da República Federativa do Brasil a edificação de uma sociedade justa, livre e solidária (Constituição Federal, art. 3º, inc. I), tem-se a base para o reconhecimento e “a construção do direito a orientação sexual como um direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.” (FACHIN, 1999, p.95)

Juridicamente, no Brasil não há nenhuma legislação pertinente que proíba a adoção por pares homossexuais, como também não existe nenhuma que regularize isso de forma clara e objetiva. Ou seja, não existe qualquer restrição expressa relativa à sexualidade do adotante.

De acordo com o ordenamento pátrio e vislumbrando-se o “princípio geral da não-discriminação por orientação sexual como concretização do princípio jurídico da igualdade” (RIOS, 2001, p.67), percebem-se avanços inevitáveis e complexos, nas

interpretações, bem como nas decisões relacionadas a situações envolvendo, direta ou indiretamente, a homossexualidade, o assunto principal deste artigo incide no Direito Constitucional, no Direito de Família e no Direito da Criança e do Adolescente como já dito anteriormente. Entende-se restritiva a exigência do constituinte da diversidade dos sexos (homem e mulher), no § 3º, art. 226, da Constituição Federal/88, e pelo fato de ainda não se verificar, no Brasil, uma regulamentação própria para tais uniões homoafetivas – o que não se justifica a inviabilidade de lhes garantir e de lhes aplicar a qualificação jurídica de união estável, já que o magistrado não pode se excluir de julgar e de proferir uma decisão justa e coerente conforme os reclames sociais, mesmo em caso de lacuna da lei (LICC, art. 4º e CPC, art. 126).

Com ênfase no realismo jurídico, “que busca enquadrar o Direito a realidade social” (FIGUEREDO, 2002, p. 54) e em consonância com os entendimentos mais avançados das áreas jurídicas e a fins de interesse, tencionamos demonstrar que o normal desenvolvimento de uma criança ou adolescente pode ser assegurado, ao lado de uma família substituta biparental homoafetiva. A defesa central deste artigo será a possibilidade jurídica dentro do nosso ordenamento pátrio, haver o deferimento do pedido da adoção, a dois homossexuais que convivam em uma união estável sólida. “Como o legislador brasileiro se nega a emprestar juridicidade as relações homoafetivas, nenhuma previsão legal há, autorizando ou vedando a adoção”. (DIAS, 2001, p. 109)

2 BREVE ESTUDO DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA

2.1 – Histórico do Modelo de Família

Neste primeiro capítulo, iremos demonstrar um breve histórico da evolução da família no Brasil começando pelo conceito de família. O conceito de família é definido como um conjunto invisível de exigências funcionais que organiza a interação dos membros da mesma, considerando-a, igualmente, como um sistema, que opera através de padrões transacionais. Para (MINUCHIN, 1990)

No interior da família, os indivíduos podem constituir subsistemas, podendo estes ser formados pela geração, sexo, interesse e/ ou função, havendo diferentes níveis de poder, e onde os comportamentos de um

membro afetam e influenciam os outros membros. A família como unidade social, enfrenta uma série de tarefas de desenvolvimento, diferindo a nível dos parâmetros culturais, mas possuindo as mesmas raízes universais.

Segundo o doutrinador PAULO NADER (2003), As primeiras famílias surgiram com os agrupamentos humanos sob a forma de Hordas, com seus membros vivendo de forma nômade e sem a existência de regras sociais. Outros grupos como determinadas tribos africanas, que viviam de atividades agrícolas, se organizavam adotando o Matriarcado, onde a mulher era a figura central, alvo de todas as atenções, comparada à mãe terra, sendo venerada por todos.

Por fim, surge à nova forma de organização familiar denominada de Patriarcal, chamada por alguns de patriarcal-patrimonial, devido o seu objetivo principal ser administrar o patrimônio, onde a família era uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa, tendo no centro a figura masculina como chefe supremo de toda a organização familiar.

Entendendo as famílias na realidade ou psiquicamente, percebe-se a verdade socioafetiva mais relevante como biológica, porque o amor ou a afeição recíproca e continua é que consagra o liame de respeito entre os seus membros. Assim, para se construir uma base familiar, onde cada um desempenha uma função diferente, não é dominante o vínculo biológico ou a sua orientação sexual dos componentes que integram o núcleo familiar que irão preparar para enfrentar os desafios existentes. Com efeito, “o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou ate mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão necessários (indispensáveis) a nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos”. (*LACAN apud PEREIRA, 1997, p.19*).

Freud dizia que ser adulto é assumir o papel de ser pai e mãe na sua própria vida. É entender que o seu destino depende somente de si mesmo; e que o papel de próprio pai e própria mãe não podem ser delegados sob pena de grandes estragos na vida emocional da pessoa.

Contudo, independente de ser biológica ou adotiva, a educação familiar requer atenção, amor e cuidados especiais para que seja bem sucedida. A união estável, reciprocamente correspondida e fundada pelo amor, entre duas pessoas, independentemente de suas opções afetivo-sexuais, configura-se também como uma

entidade familiar merecedora de respeito e de tutela jurídica – pelo legislador pátrio, a convivência entre qualquer dos pais (independente de opção sexual) e a sua prole, natural ou adotiva (Constituição Federal, art. 226 § 4). Eis o ponto de partida para a construção de uma “*sociedade livre, justa e solidaria*” (Constituição Federal, art. 3º, inc. I), através do respeito às entidades familiares e de redimensionamentos hermenêutico e doutrinário no âmbito do Direito das Famílias. Barros complementa³:

Este é o afeto que define a família: o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo de afeto familiar, uma vez que esta arraigada, nas línguas neolatinas, a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher (...). Mas, embora o afeto conjugal entre marido e mulher seja a espécie mais relevante, não é a única espécie de afeto familiar. (BARROS, 2002, p.8).

Agora o elemento principal do direito de família no Brasil é o Macro Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, dele decorrendo todos os outros princípios como da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da paternidade responsável, da facilitação para dissolução do casamento, do desenvolvimento e da plena realização dos membros da família, observando o respeito mútuo e o afeto. Este macro princípio pressupõe assegurar os direitos sociais alinhados no artigo 6º, como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade, a infância, a assistência aos desamparados, e também aqueles direitos atrelados ao artigo 225, da Constituição Federal.

Atualmente, a idéia de família não está vinculada a de matrimônio, uma vez que é possível reprodução sem sexo, este sem matrimônio e este sem reprodução. Nos dias atuais, o Direito de Família vincula-se a noção de afeto e interesses comuns, independentemente do sexo dos parceiros. Com a isonomia entre homens e mulheres, com o surgimento do divórcio e com a proteção dos filhos tidos fora do casamento, este deixou de ser o fundamento da família, dando lugar a outras formas de entidades familiares, tais como as uniões homoafetivas. Os filhos ou a capacidade para tê-los, não são requisitos para a noção de família, uma vez que a ausência de filhos por um casal não desconstitui o casamento, quanto mais à idéia de família.

³ BARROS, 2002, p.8

Agora para uma melhor compreensão do tema, será abordada a adoção, sua conceituação e natureza.

3 DA ADOÇÃO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

3.1 – CONCEITO

A adoção é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, este ato civil nada mais é do que aceitar um estranho na qualidade de filho, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade ou de sentença judicial. A filiação natural repousa sobre o vínculo de sangue enquanto a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica que se sustenta sobre uma relação afetiva. A adoção é, portanto, um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas e este ato faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa.⁴

No Brasil, diversos doutrinadores conceituam a adoção, cada um de uma maneira diferente e bastante diversificada. Para Clóvis Bevilacqua (apud SNICK, 2000, p.43) ele afirma que: “Adoção é o ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. Já para Maria Helena Diniz (2002, p.416) ela conceitua dizendo que a: “...adoção é um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame de paternidade e filiação civil”.

Sílvio Rodrigues⁵ aduz que “a adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.” Estabelece um vínculo fictício de filiação, dando origem a uma relação de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que permite que se crie entre adotante e adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

Neste sentido, o atual Código Civil brasileiro alberga como elemento essencial ao conceito de adoção a preservação do interesse do adotado, demonstrado claramente no art. 1625⁶ do Código Civil, que leciona só se poder deferir a adoção quando constituir efetivo benefício ao adotando.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a adoção passou a ser uma medida protetiva à criança e ao adolescente. Muito

⁴ Disponível em: < <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/fabiaandreabevilaquavaleiko/adocao.htm> > Acesso em: 18 set. 2011.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, v. VI, 28. ed., p. 340. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ Art. 1625 do CC. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.

mais que os interesses dos adultos envolvidos, é relevante para a lei e para o juiz que irá decidi-la, se a adoção trará à criança ou adolescente a ser adotado reais benefícios para seu desenvolvimento físico, educacional, moral e espiritual. A finalidade da adoção é satisfazer o direito da criança e do adolescente à convivência familiar sadia, direito este previsto no artigo 227 da Constituição Federal⁷.

Vale salientar, que a adoção não é apenas um instituto que proporciona filiação tão somente; mas, sim, traz a finalidade de oferecer um ambiente favorável àquele que, por forcas alheias a sua vontade, ficou privado de sua família biológica, do afeto, do amor e da convivência ao lado de sua família.

Assim, nos dias atuais, o que se pretende hoje com a adoção é de dar um lar e uma família para essas crianças e adolescentes que foram privadas de desfrutar do amor de um pai e de uma mãe, que foram deixadas em abrigos sem nenhum tipo de afeto, observar o que é melhor para o adotado, levando em consideração suas necessidades básicas e a oportunidade de ter um lar que lhe traga segurança, proteção e acima de tudo, amor.

Ainda existe muito receio da sociedade com relação à adoção. Talvez pelo simples fato de não conhecer o processo, ou medo de adotar uma criança que não fora gerada por aquela pessoa, valorizando assim, somente os laços sanguíneos.

Independente das razões observa-se que existem muitas crianças nos orfanatos necessitando de família, e principalmente de amor. Crianças essas que estão precisando somente de alguém pra lhe dar o carinho, o qual seus pais biológicos não puderam dar. Nota-se que a adoção é uma saída benéfica para ambas as partes. Ou seja, tanto para a criança ou adolescente que terá uma melhor oportunidade de vida, como também para os pais adotivos, que realizaram o sonho de constituir uma família.

Mas existem exigências legais indispensáveis para que ocorra o processo da adoção. Esse processo é bastante delicado, porém muito cuidadoso, no qual é necessário preenchimento de requisitos, que só depois de preenchidos, e o juiz ter acolhido a inicial, sendo o casal capaz, após uma avaliação psicossocial, estes poderão inserir a criança ou adolescente na sua vida, como uma família substituta. É necessário que essa família substituta conviva em união afetiva estável, sólida, independentemente se o casal é do mesmo sexo ou diferente.

⁷ Art. 227 da CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme relata Caio Mário da Silva Pereira, no Brasil a adoção foi sistematizada pelo Código Civil de 1916 (arts. 368 a 378) e deu nascimento a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado, com a finalidade de proporcionar a filiação a quem não a tivesse de seu próprio sangue. Estabelecia como pressuposto a ausência de filhos legítimos ou legitimados, só os maiores de cinquenta anos podiam adotar e a diferença mínima de idade entre adotante e adotado era de dezoito anos.⁸

Em 08 de maio de 1957, foi publicada a Lei nº 3.133/57 que reduziu a idade do adotante para 30 anos e a diferença de idade entre adotantes e adotados para 16 anos. Também estabeleceu o quinquênio de casamento para adotar, eliminou a exigência de não ter o adotante prole legítima ou legitimada e dispôs sobre o consentimento do adotando, o direito ao nome e sobre a sucessão hereditária.⁹

Em 1965, a Lei nº 4.655 instituiu a legitimação adotiva, forma mais ampla de adoção, pela qual o adotado ficava quase equiparado nos direitos e deveres do filho legítimo, salvo nos casos de sucessão hereditária. Essa lei estabelecia a possibilidade de ser conferido ao menor o nome do legitimante, como também a mudança de prenome. Assim os pais adotivos podiam dar ao menor o prenome que escolhessem, acrescentando os apelidos de família que eles próprios ostentavam.¹⁰

A Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1969, instituiu o chamado Código de Menores, que introduziu a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva da Lei 4.655/65, que foi expressamente revogada, e também admitiu a adoção simples. Essa lei destinava-se à proteção dos menores até dezoito anos de idade que se encontrassem em situação irregular.¹¹

A Constituição Federal de 1988, com as inovações em matéria de família, filiação e acolhendo o princípio da prioridade absoluta (Constituição Federal/88, art. 227, caput), **o estatuto da criança e do adolescente, lei 8.069/90, provocou a grande mudança no instituto da adoção**, pois além de revogar a legislação pátria que a essa, era pertinente, eliminou todas as diferenças entre filhos adotivos e biológicos, definindo claramente, que tal medida definitiva de colocação de crianças e adolescentes em

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. p. 392.

⁹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Idem, p. 45.

¹⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Idem, p. 46.

¹¹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Idem, p. 46.

famílias substitutas deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos das crianças e dos adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, art.43). Assim, a adoção, a partir deste relevante diploma, “atribui à condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, art. 41, caput)

Com a promulgação da Lei 8.069/90, parte da doutrina começou a considerar, diante do ordenamento, dois tipos de adoção: a simples (regida pelo Código Civil de 1916, com as suas posteriores modificações, como as da Lei 3.133/57) e a plena (disciplinada pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente). Com a revogação da antiga legislação civil, Lei 3.071/16, pela Lei 10.406, de 10.01.2002, há aqueles que ainda admitem a classificação distintiva da adoção, em simples e plena, isto é, em civil e estatutária.

Na realidade, o Código Civil em vigor, mesmo promulgado no ano de 2002, e lei geral não revogou as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre a adoção de crianças e adolescentes, pois esse diploma é lei especial. Portanto, o instituto é regulado pelos dois diplomas legais: o Código Civil e o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que este (Lei 8.069/90), devido a critério da especialidade, prepondera totalmente no que tange a adoção de crianças e adolescentes, ou seja, pessoas de até dezoito anos de idade.

A Lei 12.010/09, com as modificações que trouxe no ordenamento jurídico, aclarou o antigo impasse e determinou a seguinte redação para o art. 1.618 do Código Civil: “A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista da lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.” (art. 1.618 da lei 10.406/02). De igual teor, a Lei 12.010/09 conferiu nova redação também ao art. 1.619 do Código Civil, prevendo que, para a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, no que for pertinente, aplicam-se, outrossim, as regras gerais da Lei 8.069/90:

A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. (art. 1.619 da Lei 10.406/02).

Enfim, diante dos fatos expostos acima é correto afirmar que para se definir um processo de adoção, é prioritário observar se o candidato à adoção reúne algumas características pertinentes para dar início ao processo, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável, independente de sua opção sexual.

3.2 – NATUREZA JURÍDICA:

Quanto a Natureza Jurídica da adoção os conceitos são bastante diversificados. Alguns a consideram como contrato, outros como ato solene, ou então como filiação criada pela lei, ou ainda instituto de ordem pública. Muitos também consideram um instituto híbrido de natureza de direito público e privado uma mistura de contrato e instituto de ordem pública.

No entanto, com a vigência do Código Civil de 2002 o que vem prevalecendo é a corrente que classifica a adoção de natureza híbrida uma vez que a mesma possui caráter contratual e depois de instaurado o processo surge o aspecto público.

Para Clóvis Bevilacqua (apud GRANATO, 2003, p. 27), a adoção trata-se de ato solene em que se exige consentimento do adotando ou de seu representante legal.

Para os juristas que aderem à teoria contratualista, a adoção é vista como ato de vontade que requer consentimento das partes interessadas e, dessa bilateralidade, surge então o contrato e seus efeitos jurídicos. Já, para corrente institucionalista, a adoção é um instituto de interesse do Estado que atende os problemas e anseios de ordem social e, por isso, é um instituto de ordem pública.

A realidade é que não há convergência quanto à natureza jurídica da adoção, da mesma forma que seu conceito é diferenciado, dependendo do lugar. Cada um a classifica de sua maneira levando em consideração a sua definição. A sentença prolatada é de natureza constitutiva do novo estado civil do adotando e produz efeitos “ex tunc”, ou seja, a partir do trânsito em julgado.¹²

Vale salientar que a adoção não se confunde com a guarda ou a tutela. A adoção é mais ampla e tem por finalidade criar a filiação civil, levando a perda do poder

¹² PICOLIN, Gustavo Rodrigo. Adoção e seus aspectos. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128> Acesso em: 18 de set.2011.

familiar pelos pais biológicos. A guarda e a tutela são institutos temporários e a adoção é definitiva.¹³

Para finalizar o estudo abordaremos agora o último eixo do artigo cujo enfoque principal do objeto analisado é a adoção por pares homoafetivos no Brasil.

3.3 – ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS NO BRASIL

O tema da adoção decorrente de uniões homoafetivas é marcado por certo ativismo extremado: de um lado, tem-se o ativismo que defende de maneira absoluta o direito a adoção; de outro, tem-se o ativismo moralista, que é absolutamente contra essa modalidade de adoção. É certo que a lei não autoriza de maneira expressa tal adoção, mas nem precisaria dado o princípio da legalidade e sua aplicação para o particular (aquilo que não está proibido está permitido). A adoção deve ser analisada do ponto de vista do adotando, vale dizer, e perquirir se há reais vantagens para o adotante com a adoção. O art. 43 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) é bastante claro quanto a essa determinação: sempre deverá se ver o interesse do menor. Assim, imagine-se, por exemplo, a seguinte ponderação de situações concretas: há um casal em união homoafetiva que pretende adotar uma criança. Duas são as opções possíveis: permite-se a adoção e essa criança irá crescer em um lar cercado de amor, afeto e diversas oportunidades, ou simplesmente nega-se a adoção pelo simples fato dos adotantes serem um casal homoafetivo, correndo o risco dessa criança não ser adotada e ficar no abrigo até completar 18 anos e então ser deixada à própria sorte.

A opção parece ser bem clara: a proteção à criança exige como solução única o deferimento do pedido de adoção. Rejeitada como falsa qualquer opção moralista absoluta em direito: afinal de contas, esse casal deverá ter passado por todos os testes por quais um casal heterossexual passou, e sua orientação sexual não pode, por si só, ser óbice à adoção. Tendo sido o casal admitido no cadastro para adoção, não há porque se negar à criança o direito de ter um lar com pessoas que a amem devido a sua opção sexual.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

Por outro lado, permitir que a criança seja adotada apenas por um dos membros do casal é desfavorável para ela, na medida em que seus direitos deverão ser preenchidos por apenas um dos membros da família, e não por ambos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que a orientação sexual do adotante homossexual, protegida constitucionalmente, não pode servir de empecilho à adoção do menor:

ADOÇÃO. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados Princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude. (TJ/RJ, Apelação Cível n.º 14.979/98, Rel. Des. Severiano Aragão).

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológicos e de estudos sociais) considerando que o adotado, agora com dez anos sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada e provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos jovens. Apelação improvido. (TJ/RJ, Apelação Cível n.º 14.3322/98 – Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães).

Na primeira decisão abordada, o entendimento foi correto, pois se entende que a discriminação pela opção sexual do ser humano não esta de acordo com os princípios constitucionais e os direitos humanos. Já na segunda, foi admitida a possibilidade da adoção por casais de homossexuais, porém para que isso ocorra existiu uma série de requisitos para poder concluir o processo de adoção tais como: a conduta

do adotante, estudos sociais e exames psicológicos, mas sempre deixando de lado a opção sexual dos adotantes.

Ocorre que os leigos ou contra-argumento mais freqüente, no que diz respeito à adoção por casal homoafetivo, apresentam a possibilidade da orientação afetivo-sexual dos pais interferirem no desenvolvimento da afetividade dos filhos, como se por conviverem, esses tivessem mais probabilidade de se tornar também homossexuais. Ocorre que isso não é um fato verdadeiro, pois como se explicaria o fato de existirem pais heteros sexuais e terem filhos homossexuais? Se assim fosse verdade imprescindivelmente o casal de hetero jamais teria um filho homossexual. Ou seja, este tipo de argumento não condiz com o fato, este tipo de influencia não é relevante para a criação de uma criança.

Existem também, considerações sobre os possíveis danos ocorridos devido à falta dos dois referenciais básicos que seria a figura materna e paterna na convivência e educação da criança. Além de todos esses questionamentos, ainda existe o pior de todos que é o do preconceito sobre a estrutura psíquica da criança ou do adolescente, no que diz respeito à convivência social.

Não existe nenhum tipo de pesquisa científica que ateste que a orientação sexual dos pais possa fazer alguma diferença significativa na educação e formação de crianças e adolescentes. Muito pelo contrário, as pesquisas feitas acerca do assunto é que crianças e adolescentes que vivem em perfeita harmonia, que tenham afeto e uma solida estrutura emocional, são elementos indispensáveis ao pleno e saudável desenvolvimento.

Em nossa Constituição Federal, apesar dos princípios fundamentais estabelecido pela mesma percebe-se que existe um descaso por parte do legislador, uma vez que por si só já caracterizaria preconceito. Estão sendo violados os princípios mais importantes da nossa Carta Magna que são: o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, entre outros.

Deferir um pedido de adoção para casais homossexuais não resolveria o problema, mas com certeza seria uma nova etapa para se construir uma sociedade mais harmônica e com mais igualdade. Com a igualdade buscada pelos casais homossexuais que buscam a adoção as crianças que necessitam de um lar teriam a oportunidade de fazer parte de uma família, ainda que essa família não fosse um modelo que foge do

padrão convencional, que mostra a nossa sociedade. Uma vez dada essa oportunidade a criança ou adolescente ela estaria livre da rua e teria mais oportunidades como: saúde, lazer, educação, amor, afeto...

Em seu art. 1º ¹⁴ da Constituição Federal, em sua Carta Magna aponta “a dignidade da pessoa humana” como um de seus fundamentos”. Já em seu art. 3º, IV¹⁵ da Carta Magna que traz como um de seus objetivos fundamentais o de “promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Contudo, entende-se que é vetado qualquer tipo de discriminação por orientação sexual.

O nosso ordenamento jurídico, não possui nenhuma norma específica a favor da adoção por homossexuais, no entanto também não possui nenhuma que restrinja esse tipo de adoção.

Com relação ao Novo Código Civil e seus artigos referentes à adoção, pode-se afirmar que estes não revogam o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando assim tutelar o melhor interesse do menor. Então, se o interesse é o melhor para o menor e não existe nenhum impedimento legal que proíba esta adoção, fica claro que o que está sendo levado em consideração para o indeferimento deste pedido é o preconceito que a sociedade tem para com os homossexuais.

Canotilho¹⁶ assevera que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador”.

Afirma Glauco Barreira¹⁷ que “a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana”.

Em suma, a adoção não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (original não grifado)

¹⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. p. 214. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

¹⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2001. p. 248.

respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

Maria Berenice Dias ¹⁸ constata os problemas que podem gerar a falta de previsão legal de adoção por casais homossexuais:

O Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Portanto, não é difícil prever a hipótese de um homossexual que, ocultando sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver com quem mantém um vínculo afetivo estável. Nessa situação, quem é adotado por um só dos parceiros não pode desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também reconhece como verdadeiramente seu pai ou sua mãe. Ocorrendo a separação do par ou a morte do que não é legalmente o genitor, nenhum benefício o filho poderá usufruir. Não pode pleitear qualquer direito, nem alimentos nem benefícios de cunho previdenciário ou sucessório. Sequer o direito de visita é regulamentado, mesmo que detenha a posse do estado de filho, tenha igual sentimento e desfrute da mesma condição frente a ambos. O amor para com os pais em nada se diferencia pelo fato de eles serem do mesmo ou de diverso sexo. Ao se arrostar tal realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança ou o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.

Independente da opção sexual, Figuerêdo (2001, p.83) esclarece, sintetizando que não há vedação total a quem quer que seja para adotar. Qualquer pessoa pode adotar, em tese, pleitear a adoção de crianças e/ou adolescente, sendo a análise do seu pleito feita a luz das regras genéricas do art. 29 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) (...). Em todos os casos, os pedidos serão formalizados em juízo, com petição inicial contendo os requisitos e instruída com os documentos estabelecidos no art. 165 do Estatuto (...), sendo dispensável que sejam firmados por advogado, nos casos previstos no art. 166 do Estatuto.

Como os requisitos legais não vedam e o que se pede, para o bom desenvolvimento da criança/adolescente, é uma estrutura familiar afetiva estável, “porque não reconhecê-la na união proposta para toda a vida, entre pessoas do mesmo sexo?”. (VILLELA apud PEREIRA, 1999, p.153).

A doutrina da proteção integral da criança teve início, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227 estatuiu que:

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=793&isPopUp=true>. Acesso em: 10 de set. 2011.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁹.

Para Tânia da Silva Pereira²⁰ a aplicação do princípio do melhor interesse da criança está intimamente ligada ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, levando-se em consideração a sua condição especial de seres em desenvolvimento, e que por sua vez gozam de proteção especial.

Assim, o princípio do melhor interesse da criança está correlacionado com o princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento, isto é, a criança e o adolescente encontram-se em formação, seja sob aspectos físicos, emocionais, intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais²¹.

Garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor²².

Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais é negar às crianças e adolescentes, abandonadas pelos pais, ou que foram deles retirados em razão de violência, o direito de serem colocados em famílias substitutas, onde poderiam ter o carinho e o cuidado de que necessitam²³.

A Jurisprudência vem acolhendo a adoção por casais homossexuais. Em análise abaixo um Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988).

²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 28.

²¹ PEREIRA, R. C., 2005, p. 132.

²² PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Coord. PEREIRA, T.S., op. cit., p. 135.

²³ SAPKO, 2005, p. 92.

Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁴

É preciso atentar que a adoção constitui uma maneira legítima de assegurar o respeito ao interesse superior da criança e do adolescente, sendo um direito fundamental de todo indivíduo crescer em uma família e usufruir de uma vida familiar e comunitária, contrapondo-se ao habitual sistema de institucionalização, que mantém crianças e adolescentes abandonados moral e materialmente pelos pais em regime fechado²⁵.

Por fim, a adoção é um instituto admirável, pois é a aceitação de um estranho em um seio familiar já formado. Negar a adoção a uma pessoa pelo simples fato dela ser considerada diferente dos padrões normais estabelecidos pela sociedade é um ato de discriminação.

Por outro lado deferir um pedido de adoção a um casal homossexual é um grande ato de responsabilidade, uma vez que é dada total confiança de que o casal manterá um comportamento respeitável no lar, protegendo a criança dos sofrimentos e humilhação que ela certamente passará por conviver com algo diferente dentro do seu lar. Em ambos os casos é preciso pesar e ver se há a real vantagem para o adotando, pois como define o artigo 1.625 do Código Civil/02, a adoção só será admitida quando constituir efetivo benefício ao adotado e isso deverá ser analisado caso a caso, levando em consideração principalmente os fatores psicológicos tanto dos adotantes quando do adotado.

Assim, a adoção deve ser vista como um ato de amor e o que deve prevalecer é a felicidade e o bem estar do adotando.

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70013801592. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 05 abr. 2006.

²⁵ SAPKO, 2005, p. 92.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o nosso ordenamento jurídico através de estudos e pesquisas relacionadas à adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos podemos observar que existe ausência de uma legislação própria, como demonstrada, torna a adoção por pares homoafetivos híbrida, dentro da legislação pátria. Assim, é necessária sua devida regulamentação para que supra as mais diversas e inconstantes dúvidas quanto ao seu regramento legislativo, pois não há nada que impeça no ordenamento jurídico a adoção por pares homoafetivos.

Analizando alguns Princípios Constitucionais chega-se a conclusão que as relações homoafetivas estão amparadas pela Constituição Federal de 1988, quando ao interpretar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que diante da valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não poderá existir qualquer tipo de discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se, dessa forma, qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo, não se podendo admitir, portanto, desrespeito ou prejuízo em função da sua orientação sexual.

A adoção seria menos questionada se as pessoas pensassem no bem que estarão fazendo a diversas crianças e adolescentes que vivem a espera de um lar e amor, independente por quem elas serão adotadas, sejam por casais homossexuais ou casais heterossexuais, pois pior que o preconceito da adoção por casais homoafetivos é deixar essas crianças e adolescentes largados nesses ambientes sem amor, afeto, atenção e carinho impedindo de terem um desenvolvimento saudável e feliz ao lado de quem está disposto a oferecer o que muitos gostariam de receber.

Conclui-se, portanto, que o preconceito deveria ser deixado de lado e analisar o que realmente é importante para essas crianças e adolescentes que estão necessitando de um lar regado de amor e afeto, independente da opção sexual do adotante.

Espera-se despertar aqueles que lidam com todo esse preconceito e discriminação para a realidade que nos consome aos olhos dos que precisam e àqueles que possuem o papel legislativo.

Por fim, sustenta-se a possibilidade de pares do mesmo sexo adotarem, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais para o processo de adoção, pois negar a adoção a uma pessoa pelo simples fato dela ser considerada diferente dos padrões normais estabelecidos pela sociedade, é um ato de discriminação. Assim, a adoção deve ser vista como um ato de amor e o que deve prevalecer é a felicidade e o bem estar do adotando e adotado.

REFERÊNCIAS

BUCHALLA, Ana Paula. Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica. **Veja**. São Paulo, ano 34, n 27, p. 66-70, 11 jul.2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DIAS, Maria Berenice. Famílias Homoafetivas. **Revista Juristas**, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=1012. Acesso em: 28/5/2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. In: Revista Brasileira de Direito de Família, a. I, n. 4, jan./fev./mar, 2000. Porto Alegre: Síntese

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 5, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Para Homossexuais**. 1. ed., 7ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. VI. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PINHEIRO, Daniela. Sem discussão – Em decisão inédita, a Justiça concede a guarda do filho de Cássia Eller a sua companheira. **Revista Veja**, São Paulo, 16.Jan.2002.

PINTO, Flavia Ferreira. **Adoção por homossexuais** . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>. Acesso em: 12/06/2011.

RODEIRO, Taina Cunha, GALAVOTTI, Naira. **Possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Disponível em: <http://dadospessoais.net/info/a-possibilidade-juridica-de-adocao-por-casais-homossexuais/2007-09/>. Acesso em: 12/06/2011.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. VI, 28. ed., p. 340. São Paulo: Saraiva, 2004.

SECALLI, Adriana Sampaio, **Aspectos da Adoção no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/tribo/infancia/SUJEIT~1.pdf>. Acesso em: 12/06/2011.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007

SILVA, Rita de Cacia Oenning da. **O Sujeito na Infância quando a visibilidade produz exclusão**. Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/tribo/infancia/SUJEIT~1.pdf>. Acesso em: 12/06/2011.

TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de crianças ou a negação do obvio. **Revista brasileira de historia**, v. 19, n.37, São Paulo, Set. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010201881999000100003&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 12/06/2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.