

Possibilidade jurídica da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo

Flávia Sabino dos Santos¹

RESUMO: O tema desenvolvido no presente artigo tem por fim compreender como o direito tutela a adoção por casais homoafetivos, no sentido de verificar a possibilidade do seu deferimento ou a sua ofensa à ordem jurídica brasileira. A lei nada menciona quanto à orientação sexual dos candidatos à adoção, prevalecendo o princípio do melhor interesse do adotado. Assim, analisadas as propostas dos autores e

das jurisprudências, conclui-se, ao final, que a adoção não pode estar condicionada à preferência sexual dos adotantes, sob pena de infringir sagrados princípios constitucionais que vedam tratamento discriminatório de qualquer ordem e que a resistência em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual dos pretendentes acaba impedindo que um grande número de crianças sejam subtraídas do abandono e da marginalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Homoafetividade. Adoção. Possibilidade.

I. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira registrou nas últimas décadas um novo padrão familiar decorrente das constantes alterações sociais, nem sempre acompanhadas pelo direito. Os juízes sempre tiveram leis claras e específicas para ampará-los em suas decisões. Nos diversos assuntos que envolvem a instituição familiar atualmente muitos dos problemas não encontram suporte na legislação, demandando soluções alternativas.

Dentre essas inovações na família brasileira, estão os casais formados por pessoas do mesmo sexo, que, nos últimos anos, com maior frequência, vêm exigindo seus direitos nos tribunais, dentre eles a inclusão no plano de saúde, pagamento de pensão, herança e adoção.

Diante dos fatos, o objetivo do presente artigo se concentra na busca de solução jurídica para os casais homossexuais que desejam adotar crianças ou adolescentes, visto não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Com base na nova realidade das famílias brasileiras e em conformidade com os entendimentos dos especialistas na área da psiquiatria e no direito alternativo, entende-se que o desenvolvimento normal de uma criança ou um adolescente pode ser resguardado plenamente no seio de uma família substituta homoafetiva.

¹ Advogada. Pós-graduanda em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça pela Universidade Federal de Viçosa. Email: flaviasabino@yahoo.com.br

2. FAMÍLIA

2.1 A NOVA VISÃO SOBRE A FAMÍLIA

A palavra família origina-se do latim “famulus”, correspondendo ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. E nas famílias da antiguidade era praticamente isto que ocorria, pois “a autoridade do pai era traço marcante, destacando-se assim o *pater familias*, que possuía poder de vida e de morte sobre a prole, na condição de ascendente mais velho”. (SANTIAGO DANTAS², citado por SILVA JUNIOR, 2007, p.29). Isto significa que a chefia ficava sob o controle do pai, cabendo-lhe a direção exclusiva de sua família, dando ordens a todos e coordenando as tarefas dos diversos membros.

O casamento tinha, como objetivo principal, a geração de filhos, de tal sorte que os casais que não podiam ter filhos eram discriminados na sociedade, sentindo-se humilhados diante deste impedimento. Assim, percebe-se que a finalidade primordial do casamento era a união entre homem e mulher visando à procriação.

Hoje, com as rápidas mudanças em todos os setores, econômicos, científicos, dos meios de comunicação, do crescente desenvolvimento industrial, a concepção de família vem mudando, não mais necessariamente vinculada ao matrimônio e filhos, apesar de a instituição do casamento resistir ao tempo e continuar em destaque na moderna sociedade. O que ocorre é que nos dias atuais é perfeitamente possível matrimônio sem filhos, filhos sem matrimônio e família sem um ou outro. Hoje, o objetivo primordial das uniões é o amor, o afeto e a realização pessoal. A ausência de filhos ou da formalidade do casamento não desconstitui a família.

2.2 A FAMÍLIA SOB O ENFOQUE JURÍDICO

O Código Civil de 1916 protegia somente o relacionamento advindo do matrimônio, afastando qualquer outra forma de relações afetivas, pois a finalidade essencial da família era a continuidade. Uma rara menção era feita sobre o concubinato, mas também com o único propósito de proteger a família formada pelo matrimônio, que na época era considerada a única legítima.

Através de citada lei, vê-se claramente que a mulher não tinha plena capacidade, exemplificada pela obrigação de adotar o sobrenome do marido, comprovando que a autoridade do casamento era exercida pelo homem. Veja:

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977).Parágrafo único. A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido (parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)” (BRASIL 1916).

2 DANTAS Santiago. Direito de Família e Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.18

Além da desvalorização da mulher, outro traço marcante do antigo código era a desproteção dos filhos concebidos fora do casamento, fortemente discriminados, denominados “filhos bastardos”, e sofrendo uma série de restrições no que se refere ao direito sucessório.

Mas, a partir da promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Direito de Família sofreu profundas transformações. Passou-se a proteger os filhos havidos fora do casamento, as famílias monoparentais (formadas pelo ascendente e sua prole) e as uniões estáveis entre homens e mulheres. Com as mudanças trazidas pela Carta Magna de 1988, houve uma transformação na ideia de família, baseada na nova realidade social, afastando assim do conceito o requisito do casamento e da prole.

O direito hoje se concentra nas uniões embasadas no afeto e interesses comuns, evidenciando a necessidade da proteção integral de todo e qualquer tipo de família, independentemente da realização formal do casamento ou da orientação sexual de seus componentes.

Apesar dessas mudanças, e mesmo já tendo decisões jurisprudenciais neste sentido, não existe no ordenamento jurídico pátrio uma previsão legal reconhecendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, o que denota uma incoerência, pois o que levou o legislador a conferir o status familiar às uniões entre o genitor e seus ascendentes, independentemente dos sexos dos mesmos, ou as uniões estáveis entre um homem e uma mulher, é o vínculo afetivo, também encontrado nas uniões homoafetivas.

Apesar de não haver previsão legal expressa no ordenamento jurídico Brasileiro, o artigo 226, caput e § 4º e § 8º da Constituição Federal de 1988, possibilita uma interpretação mais ampla. Veja:

Art. 226, caput. A **família**, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

Art. 226, § 4º. Entende-se, **também** como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art. 226, § 8º. O estado assegurará assistência à família, **na pessoa de cada um dos que integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL 1988).

Ao analisar os artigos acima transcritos, percebe-se que o dever de proteção do Estado a todas as famílias e a tutela da família monoparental, independentemente da orientação sexual dos genitores, fazem com que se entenda que as entidades familiares referidas na CF/88, conforme artigos citados acima, não são taxativas, mas apenas exemplificativas.

Conclui-se, pois, que as uniões homoafetivas, embora não previstas na legislação, se identificam com o sistema constitucional de 1988, e que tais relações têm as mesmas características das outras entidades que se fundamentam no afeto, se tornando assim entidades familiares homoafetivas, uma vez que o conceito de

família para a atual legislação se vincula aos sentimentos que ligam seus pares.

3. UNIÃO HOMOAFETIVA

3.1 UNIÃO HOMOAFETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para chegar ao objetivo principal do presente trabalho, é preciso antes de tudo demonstrar que é possível, mesmo sem expressa previsão legal, se fazer o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com base no próprio ordenamento jurídico pátrio.

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, vê-se que ela consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); como objetivo fundamental, a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); e como direitos fundamentais, a igualdade e a liberdade (art 5º, caput). São, portanto, princípios, isto é, valores que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro, são os fundamentos, as bases sobre as quais a CF/88 foi criada e, portanto, devem ser respeitados. Os princípios possuem basicamente três funções: fundamentadora, orientadora da interpretação e função de fonte subsidiária (LIMA, 2001).

Mas, falando dos princípios, especificamente, da dignidade da pessoa humana, significa que qualquer ser humano, independentemente de qualquer diferença, deve ser respeitado como pessoa, como ser humano, e que toda norma deve trazer consigo proteção a todos os indivíduos. É o que diz o autor Alexandre de Moraes (2005, p.50):

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A igualdade implica o direito de ter direitos iguais a todos os demais, isto é, todos os cidadãos têm direito a tratamento idêntico pela lei. Então, se uma pessoa recebe tratamento diferenciado em relação aos demais pelo simples motivo do sexo, há uma transparente afronta a esse direito constitucional. Daí a citação:

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalta-se que, em especial o poder Judiciário,

no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas [...] (MORAIS, 2003. p. 65).

Assim, decorrem do princípio da igualdade a vedação à discriminação por qualquer motivo. Então, se uma pessoa recebe tratamento diferenciado ou humilhante por motivo de sua orientação sexual, fica clara a discriminação em razão de sua orientação sexual. “A orientação sexual é determinante, assim como são intrínsecas no ser humano a raça e a nacionalidade, todas estão condicionadas ao acontecimento natural do nascimento e a mais nada” (FUGIE, 2005, p. 145).

O Direito à liberdade, por sua vez, protege a privacidade, significando que as pessoas podem realizar suas escolhas, seus projetos de vida, sem interferência de terceiros, da maneira como acharem melhor. Neste sentido, Fugie (2005, p.143) esclarece:

Consiste a liberdade na prerrogativa da pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações. O direito à liberdade permite ao indivíduo reclamar acima de tudo os bens de viver e de viver incólume, imprimindo às suas energias no caminho que prefere, dentro dos limites prescritos. A ausência de obstáculos ao exercício da atividade pessoal nada mais é que o modo de ser das pessoas.

Então, ao interpretar esses princípios constitucionais, chega-se à conclusão de que as uniões homafetivas estão protegidas pela legislação brasileira, uma vez que os referidos princípios embasam reconhecimento e respeito, sem discriminação e de modo independente da orientação sexual do indivíduo, a qualquer tipo de relação.

4. ADOÇÃO

4.1 REQUISITOS E EXIGÊNCIAS PARA A ADOÇÃO

A palavra adoção vem do latim *adoptare*, que significa escolher, perfiilar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, escolher, desejar. Do ponto de vista jurídico é:

Um vínculo de parentesco civil que estabelece entre adotante e adotado, um liame civil irrevogável e definitivo de paternidade e filiação para todos os efeitos legais, desligando-se o adotante de qualquer vínculo com os pais biológicos, exceto os impedimentos matrimoniais (ANDRADE, 2005, p. 113).

Então, é um procedimento legal, que transfere todos os direitos e deveres de pais biológicos para a família substituta, conferindo aos adotados todos os direitos e deveres de filho.

Quanto aos requisitos da adoção, o primeiro deles diz respeito à idade

das partes envolvidas nesse ato jurídico. O adotante tem que ter mais de 18 anos e ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotando (CC, art. 1618 e 1619). Essa exigência é, sem sombra de dúvida, para poder imitar a natureza, isto é, fazer com que adotante e adotando passem a ser pais e filhos verdadeiramente.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, só os menores de 18 anos podem ser adotados, salvo se já estiverem sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40 do ECA). O estatuto só regula adoções de menores prevendo apenas esta exceção.

Diz ainda o art. 42 do ECA que todos os maiores de 18 anos podem adotar independentemente do estado civil. Assim, não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante, podendo ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo etc. Sendo requerida a adoção por um casal, basta que um deles tenha completado a idade mínima, qual seja, 18 anos, porém, deve ser comprovada a estabilidade da família (art. 1618 do NCC e art. 42, § 2º do ECA).

Ainda existe a possibilidade de a pessoa casada ou viúva em união estável adotar o filho de seu consorte, ou companheiro, mantendo-se o vínculo de filiação entre adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes. Assim: os divorciados e os separados judicialmente podem adotar juntos uma criança, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do casamento e que acordem sobre a guarda e o regime de visitas (art. 1622, parágrafo único do CC e art. 42 § 4º do ECA). Isto foi previsto pela lei para estabilizar a criança que já estivesse convivendo com o casal antes da separação.

A adoção é permitida também ao adotante que vier a falecer durante o procedimento, antes da sentença definitiva, sendo permitida, caso o interessado já tenha iniciado o processo. A adoção sempre produz efeito depois do trânsito em julgado da sentença, com exceção deste caso, que terá efeito retroativo à data do óbito (art. 1628 do CC e art. 42 § 5º do ECA).

Uma vedação que será discutida pelo presente artigo é a de que ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, a não ser que sejam marido e mulher ou vivam em união estável, dispositivo previsto somente no Código civil e ignorado pelo Estatuto da criança e do adolescente.

O estágio de convivência é um outro requisito também muito importante. Ele está previsto no art. 46 do ECA, que diz que “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a lei judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso” (BRASIL, 1990). Essa convivência tem como objetivo a adaptação do menor ao seu futuro lar. Mas este estágio de convivência poderá ser dispensado no caso de crianças com menos de um ano de idade ou se, independentemente de sua idade, já estiver convivendo com o adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a constituição do vínculo (§ 1º do art. 46 do ECA).

Dispõe o art. 43 do ECA que “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e se fundar em motivos legítimos”, e da mesma maneira o art. 1625 do NCC: “Somente será admitida a adoção que constituir

benefício para o adotado”. Isto significa que, além de todos os requisitos a serem observados, o magistrado deve se ater sempre ao bem-estar do menor, sendo este requisito mais relevante.

Além destes artigos acima mencionados que tratam do bem-estar do menor e visam a seu pleno desenvolvimento, tem-se o art. 29 do ECA: “Não se deferirá colocação em família substituta à pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado” (BRASIL, 1990). Por essa razão, o magistrado deve se valer dos serviços de uma equipe técnica, como, por exemplo, psicólogos, assistentes sociais e comissários da infância e juventude, para fazer um estudo psicossocial dos candidatos à adoção, verificando as estruturas objetivas e subjetivas da família que receberá o menor.

No que tange à forma da adoção, ao contrário do que acontecia com a adoção de outrora, que se perfazia pela escritura pública, a adoção hoje reclama a intervenção do Estado, dispendo o art. 1623 do CC que a adoção deverá obedecer a processo judicial, inclusive no caso de maiores de 18 anos.

De acordo com o art. 47 e parágrafos do ECA, o vínculo da adoção se perfaz por sentença judicial, tendo assim cunho constitutivo. Quando dada a sentença, ocorre simultaneamente, a extinção do poder familiar em relação aos pais biológicos. Após o trânsito em julgado, a sentença será inscrita no cartório de registro civil e conterà o nome dos adotantes, como pais, bem como o nome de seus ascendentes. É cancelado o registro original do adotado, não mais fazendo menção quanto à origem do ato. É importante salientar que os dados permanecerão disponíveis para eventual requisição judiciária.

Quanto aos efeitos da adoção, é importante mencionar em primeiro lugar que ela é irrevogável (art.48 do ECA), e a morte dos adotantes não restabelece o vínculo com os pais biológicos (art. 49 do ECA). O adotado se incorpora na família do adotante, desligando-se completamente de sua família natural, com exceção dos impedimentos matrimoniais para evitar casamentos entre irmãos e entre pais e filhos consanguíneos (art.41 do ECA e art. 1626 do CC). Assim, o adotado desfruta de todos os direitos que a lei confere aos descendentes naturais, dentre eles, os direitos sucessórios e alimentícios. A sentença também conferirá ao adotado o nome de seus pais adotivos, inclusive dando direito ao adotado de modificar o seu prenome (§5º do art. 47 do ECA).

Portanto, a adoção, como explicitado, rompe definitivamente todos os vínculos e ligações com os pais biológicos, sem qualquer possibilidade de anulação, com exceção de situações, que, como qualquer outro ato jurídico, estejam sujeitas a nulidades ou anulabilidades, devendo ser examinadas em cada caso concreto.

4.3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Neste último tópico, atinge-se o objetivo a que se propõe o presente artigo: a possibilidade e a viabilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos de convivência duradoura e estável no Brasil.

Nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, nem o Código Civil de

2002 vedam expressamente tal possibilidade. O único empecilho encontrado está no do art. 1.622 do NCC, que diz que: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável” (BRASIL, 2002). Tal dispositivo cai por terra quando se verifica todo o ordenamento jurídico em sua íntegra e se constata, como já realçado, que a união homoafetiva já está contemplada na legislação, uma vez que ao se analisar o artigo 226 e parágrafos da CF/88 percebe-se que o dever de proteção do Estado a todas as famílias e à tutela da família monoparental, independentemente da orientação sexual do pai ou da mãe, leva ao entendimento que as entidades familiares referidas em tal artigo na CF/88 não são taxativas, mas apenas exemplificativas, o que se extrai também do seu § 4º é que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são consideradas uma entidade familiar. Além disto, os princípios constitucionais da Igualdade, da Liberdade e da Dignidade humana, juntamente com a analogia fazem com que se confira status familiar à união homoafetiva, aplicando assim o instituto da união estável às uniões homoafetivas.

Ademais, o ECA, ao afirmar que podem ser adotados maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, não fazendo menção alguma quanto à orientação sexual dos adotantes, dá margem para que qualquer pessoa, independentemente de ser casada, divorciada, solteira, gay, hétera, em união homoafetiva possa adotar.

Sob o ponto de vista jurídico, não é possível excluir o direito de adoção a um casal homossexual, sob pena de infringir os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade. A adoção primeiramente deve primar pelo bem-estar do menor, de acordo com o que preceituam o art. 43 do ECA e o art. 1.625 do NCC. Assim, preenchidos os requisitos para a adoção, não há por que não deferir o pedido aos casais homoafetivos, uma vez que a capacidade para adotar nada tem a ver com a orientação sexual dos pretendentes. Na verdade, se o lar apresenta um ambiente familiar adequado, tanto materialmente como emocionalmente, não há por que negar a adoção aos pares do mesmo sexo, já que a condição que os futuros pais oferecerão para o melhor desenvolvimento do menor é que deverá prevalecer na decisão.

Para que uma criança possa ser adotada, os adotantes são submetidos à análise de assistentes sociais e psicológicos, que certificarão a conveniência do deferimento ou não do pedido. Por que não aplicar esse mesmo critério aos homossexuais? Se os adotantes cumprem com seus deveres e preenchem todos os requisitos exigidos pela lei, não se deve admitir que uma pessoa, por ser homossexual, tenha seu pedido de adoção indeferido. Assim, se for constatado que serão oferecidas boas condições para o menor não há por que não conceder a adoção ao casal homoafetivo.

Na esfera psicológica, muitos argumentos são colocados em discussão diante da possibilidade de adoção por casal homoafetivo, tais como a possibilidade da orientação afetivo-sexual dos pais influenciar na dos filhos; prejuízos oriundos da falta de referencial de ambos os sexos na educação do menor; e o peso do preconceito na estrutura psicológica da criança diante da convivência social. Mas se a sexualidade pura e simples dos pais influenciasse na dos filhos, como explicar as

peças criadas por casais h teros que são homossexuais? E será que uma criança do sexo masculino, criada sem a figura paterna, observando a mãe se relacionar com indivíduos do sexo masculino, tenderia a se envolver com homens? Diante de tantas indagações, a Universidade de Harvard apresentou algumas conclusões após uma pesquisa. Sobre a opinião de que a criança estaria mais propensa a sofrer mais violência sexual nas famílias homossexuais, o documento confirma que 95% dos casos de abusos provêem de convivência com heterossexuais. A respeito da influência da orientação dos pais sobre os filhos, o relatório confirma que a prole de homossexuais não está mais propensa a sentir desejo pelo mesmo sexo, com a natural convivência. E por último, tal pesquisa ratifica que gays e lésbicas são tão adequados e capazes para bem desempenharem a maternagem/paternagem quanto os heterossexuais (SILVA JUNIOR, 2007).

Estudos científicos levam a crer que, em torno dos cinco ou seis anos de idade, já está se determinando dentro da criança sua orientação sexual, fruto de um desejo inerente de cada pessoa e não influenciada por seus genitores ou qualquer outra circunstância social (SILVA JUNIOR, 2007).

Outro argumento contra a adoção por casais homossexuais se refere ao registro da criança, visto não ser possível emitir certidão de nascimento da criança sem nome do pai ou sem nome da mãe. No entanto, esta é uma questão meramente formal, que pode ser contornada, mesmo porque na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) não é encontrado nenhum óbice, e o   1  do art. 47 do ECA prevê apenas que "a inscrição consignar  o nome dos adotantes como pais, bem como nome de seus ascendentes".

Assim:

A existência de um registro (ou certidão) de nascimento, no qual constem os nomes de dois homens ou duas mulheres, pode se opor   praxes dos cartórios; mas não   contrária ao ordenamento jurídico pátrio. Devendo espelhar a filiação, a certidão de nascimento terá de contemplar os nomes dos genitores do mesmo sexo, refletindo a realidade socioafetiva na qual a criança ou adolescente estará inserida de fato, através da adoção (SILVA JUNIOR, 2005. p.154).

Como a lei não veda em hipótese nenhuma a adoção apenas por uma pessoa, os companheiros do mesmo sexo estão tendo que escolher qual dos dois adotará formalmente uma criança, ocultando sua orientação sexual, a fim de evitar o indeferimento do pedido por ambos formulado. Porém, passando a criança a viver em uma família homoafetiva, mas possuindo vínculo com apenas um dos pais, fica o adotado totalmente desamparado em relação ao outro que também considera como pai ou mãe, principalmente em relação ao aspecto patrimonial. Assim, ocorrendo separação ou a morte daquele que não é legalmente o pai ou a mãe, o adotado não poderá pleitear alimentos, benefícios previdenciários ou sucessórios.

Os magistrados não podem mais se ater   orientação sexual como diferenciador em suas decisões, uma vez que uma pessoa pode omitir sua orientação

sexual e relacionar-se com uma pessoa do sexo oposto, formando um casal heterossexual, apenas para obter o deferimento do pedido em nome de ambos, vindo mais tarde a viver com uma pessoa do mesmo sexo. Então, por que não conceder o pedido a um casal homoafetivo, considerando o afeto que existe entre ambos, como pressupostos de uma união estável? Os fundamentos para deferir um pedido de adoção se encontram nos benefícios que essa adoção possa trazer para a criança, o que independe da opção sexual dos que a pleiteiam.

Uma das vantagens em permitir a adoção por casais homoafetivos estaria no aumento das adoções, o que ajudaria a diminuir o grande número de crianças abandonadas existentes no Brasil. Cerca de 80 mil meninos e meninas estão vivendo em abrigos espalhados pelo país, à espera de uma família, além dos milhões que vivem nas ruas abandonados e marginalizados, à mercê da própria sorte (CAMPANHA DA AMB, 2007). Se um casal homoafetivo, que vive uma união sólida, estável, com respeito mútuo, possuindo condições financeiras e psicológicas para adotar uma criança ou um adolescente, não há por que negar, pois o importante é que crianças que não têm nada na vida, propícias ao crime e à marginalidade, terão a chance de um lar, uma família, estudo e profissão, enfim, de viver com mais dignidade.

Para a autora Maria Berenice Dias, diante da situação que reina no país, com milhares de crianças abandonadas, não se pode, por preconceitos tolos e infundados, negar a tantas crianças a chance de terem um vida com mais conforto e bem-estar.

Apesar da grande resistência, já há algumas aberturas do poder judiciário neste sentido, que merecem transcrição e comentário. As primeiras são do Rio de Janeiro, e o tribunal de justiça entendeu que a orientação sexual do adotante, protegida constitucionalmente, não pode servir de fundamento para a negativa da adoção de um 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.” (TJRJ, Apelação Cível nº14.979/98, Rel. Dês. SEVERINO ARAGÃO)**

Adoção cumulada com destituição de pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres (psicológicos e de estudos sociais) considerando que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai, uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende à adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança do Adolescente (ECA), de 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 à adoção, e 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 comprovada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue à formação moral e cultural dos jovens.

Apelação improvida. (TJRJ, Apelação Cível nº 14.3322/98, Rel. Dês. JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES).

Outra decisão mais recente e digna de registro deu-se na cidade paulista de Catanduva, quando o juiz, Dr. Julio César Spoladore Domingos, aceitou que um casal homossexual masculino, de cabeleireiros, que já conviviam há dez anos em uma união sólida e estável, adotassem uma menina de 5 anos. O magistrado e o Promotor de Justiça fundamentaram a decisão na Resolução 1/99 do Conselho Federal de Psicologia, segundo a qual “homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio, nem perversão”. Tais empresários passaram por uma série de testes, questionários, tendo suas vidas investigadas por assistentes sociais e psicólogos da comarca, em atendimento ao que exige o ECA (SILVA JUNIOR, 2007). Em entrevista à revista *Veja* de maio de 2007, Vasco Pedro da Gama, um dos adotantes, disse que o que os ajudou foi a mudança na mentalidade das pessoas, pois, para ele, o preconceito no Brasil diminuiu muito. Declarou também que vai à reunião dos pais e mestres e frequenta festas na escola da filha.

Outra importante decisão foi no Rio Grande do Sul, na cidade de Bagé, onde o Dr. Marcus Danilo Edson Franco, juiz da infância e juventude, permitiu que a companheira da mãe adotiva adotasse também suas crianças. As duas mulheres já viviam juntas em união sólida e estável há mais de oito anos, e de fato as crianças já estavam convivendo e sendo educadas por ambas. O Ministério Público não aceitou tal decisão e, se baseando literalmente na legislação, interpôs apelação alegando que a adoção por casal só poderia ser concedida na união entre homem e mulher, tendo sido negado provimento à apelação, por unanimidade, como se pode ver:

Processo 70013801592. Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas do 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. 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 (CF/88, art. 227). Caso em que o laudo especializado comprovou o saudável vínculo existente entre as crianças e os adotantes. **Negaram provimento. Unânime.**

Apelação Cível da Sétima Câmara Cível 70013801592/ Comarca Ministério Público apelante. Acórdão/ Porto Alegre, 05 de abril de 2006/ Dês. Luiz Felipe Santos, Relator.

Outra decisão importante vem do Rio de Janeiro, do magistrado Dr. Sandro Pithan, da Vara da infância, juventude e do idoso, que deferiu a guarda provisória de um menor a uma jornalista e uma radialista que mantêm uma relação estável há mais de cinco anos, fundamentando a decisão no princípio constitucional da igualdade. O juiz confirmou que os requisitos legais foram comprovados e que as companheiras podem oferecer boas condições de vida para a criança. (SILVA JUNIOR, 2007).

Tais decisões são acertadas, na medida em que o fato de os adotantes viverem uma união homoafetiva não os impede de requererem a adoção de uma criança ou adolescente. O que deve prevalecer é o afeto que existe entre pais e filhos adotivos, além das vantagens que a adoção poderá trazer para a criança, sendo assim, descabida a discriminação por questões da sexualidade dos adotantes, vez que esta não incapacita o casal de exercer o direito garantido a todos, de pleitear a adoção.

Portanto, não restam dúvidas de que um casal em união homoafetiva possa adotar uma criança ou adolescente, desde que preencha os requisitos legais e procedimentais para adoção, vez que o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988 não proibem a adoção pelos homoafetivos; ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, além da analogia, jurisprudência e moderna doutrina do direito de família dão suporte legal a tal procedimento.

5. CONCLUSÃO

Na análise do ordenamento jurídico pátrio, percebe-se uma aparente lacuna na legislação infraconstitucional; porém ao interpretar a Constituição Federal de 1988 em sua íntegra, chega-se à conclusão de que as uniões homoafetivas são aceitas pela Carta Magna de 1988, uma vez que os princípios sagrados da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, impõem ao Estado e a toda a sociedade o reconhecimento e o respeito às relações entre pessoas do mesmo sexo, que também são oriundas do afeto como qualquer outra formada por pessoas de sexos diversos, sem discriminações e preconceitos.

E, em conformidade com estes princípios, chega-se à conclusão de que o art. 226 da CF/88 é cláusula geral de inclusão e que seu § 4º, por apresentar a palavra, também demonstra que referido artigo é apenas exemplificativo, admitindo outras formas familiares. Com a nova noção de família, o que deve prevalecer para o direito é o afeto existente entre os parceiros, aceitando-se qualquer tipo de família, conquanto seus membros estejam ligados pelos laços da afetividade.

Diante da possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, vislumbra-se a possibilidade de casais homoafetivos adotarem crianças e adolescentes no Brasil, uma vez que, como já realçado todo o tempo no presente trabalho, o que importa é o bem-estar do adotado e não a opção sexual

dos adotantes, até mesmo porque diante da situação em que se encontra no país — milhares de crianças abandonadas sujeitas à marginalidade, ou nos orfanatos à espera de uma família afetiva — não se devem restringir preconceituosamente as chances de adoção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Diogo de Callansas Mello. Adoção Entre Pessoas do Mesmo Sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família** - Porto Alegre, v.7, pg. 98/123, jun/jul., 2005.
- AURELIO, Dicionário. Melhoramentos. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo, 1997. 562p.
- BRASIL. *Constituição da Republica Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil
- BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil
- BRASIL. *Lei nº 8.069* de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e da outras providencias
- BRASIL. *Resolução 1/99 do Conselho Federal de Psicologia*, de 23 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da orientação sexual
- BODIM DE MORAIS, Celina. O Conceito da Dignidade Humana. SARLET WOLFGANG, Ingo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003, v. I.
- COLLAÇO, Rodrigo. *Cartilha da AMB*. 2007, 25p.
- DIAS, Maria Berenice. *Um é pouco*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=1047&isPopUp=true>. Acesso em: 20 de maio de 2007.
- _____. *Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=32&isPopUp=true>. Acesso em: 20 de maio de 2007.
- _____. *Preconceito: crime contra a cidadania*. Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=974&isPopUp=true>. Acesso em: 20 de maio de 2007.
- _____. *Adoção por casais homossexuais*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=813&isPopUp=true>. Acesso em: 20 de maio de 2007.
- _____. *Adoção Homoafetiva*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=479&isPopUp=true>. Acesso em: 20 de maio de 2007.
- _____. *Brasil sem Homofobia*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=953&isPopUp=true>. Acesso em: 20 de maio de 2007.

- FUGIE, Erica Harumi. *A União Homossexual e a Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito de Família - Porto Alegre, v.7, pg.131/149, jun./jul., 2005.
- LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>>. Acesso em: 20 set. 2007
- MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 14 abr. 2007.
- MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional* – 13ª ed – São Paulo; Atlas, 2003. v.5.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Adoção. *Apelação cível nº14.979/98*. Relator: Severino Aragão. Julgado em 20/02/98. Disponível em: <<http://www.tjmg.rj.gov.br/home.htm>>. Acesso em 28 de set. de 2007.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Adoção cumulada com destituição de pátrio poder. *Apelação cível nº14.3322/98*. Relator: Jorge de Miranda Magalhães. Julgado em 14/09/98. Disponível em: <<http://www.tjmg.rj.gov.br/home.htm>>. Acesso em 28 de set. de 2007.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. *Apelação cível nº598362655, Oitava Câmara Cível*. Relator: José Ataídes Trindade. Julgado em 01/03/2000. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/index.php>>. Acesso em: 28 de set. de 2007
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Adoção. Casal formado por pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. *Apelação Cível nº70013801592*, Sétima câmara cível. Ministério Público Apelante. Relator: Luiz Felipe Santos. Julgado em 05/04/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/index.php>>. Acesso em: 28 de set. de 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família* – 28ª ed. rev e atual – São Paulo; Saraiva, 2004, v.6.
- SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Adoção por Casais Homossexuais. *Revista Brasileira de Direito de Família* - Porto Alegre, v.7, pg. 125/159, jun./jul. 2005.
- _____. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais* – 2ª ed – Curitiba; Juruá, 176p.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família* - 4 ed. - São Paulo; Atlas, 2004, v.6.