



Escola da Magistratura do Estado Rio de Janeiro

A Adoção por casais Homafetivos

Clarice Pereira Rego

Rio de Janeiro
2012

CLARICE PEREIRA REGO

A Adoção por casais homoafetivos

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Clarice Pereira Rego

Graduada pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo: O A adoção por homossexuais é um tema bastante polêmico no Brasil por colidir com dogmas e preconceitos sociais que não podem ter lugar no atual ordenamento constitucional. Após a decisão pioneira do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo, o tema entre novamente em debate. Em um país extremamente miserável, no qual há milhões de crianças abandonadas, não se pode permitir que a sexualidade seja um requisito para adoção. Ademais, se a legislação pátria não prevê, nem obsta a possibilidade da adoção por homossexuais, devemos buscar na Constituição Federal meios para viabilizá-la. Ao intérprete cabe proteger aqueles que não possuem seus direitos expressamente tutelados por meio de mecanismos de interpretação e, através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proteção especial à família e do melhor interesse da criança, pois, o Direito de Família deve proteger as relações afetivas, independentemente da orientação sexual.

Palavras-chave: Direito de Família. Adoção. Homoafetividade.

Sumário: Introdução. 1. A família Homoafetiva. 2. Adoção. 3. Princípios Constitucionais. 4. Adoção por casais homoafetivos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É evidente que o conceito de família evoluiu muito nas últimas décadas. A Constituição Federal de 1988, trouxe a concepção de entidade familiar plural, visando proteger as relações oriundas do afeto. Nessa perspectiva de proteção às relações provenientes do afeto, que os homossexuais encontram uma forma para lutar pelos seus direitos.

A lacuna legislativa quanto aos direitos destes não pode servir de escusa para que não haja proteção legal ao direito dos mesmos. A adoção por casais homoafetivos é uma das

principais questões que pela ausência de previsão legislativa, acaba por restringir os direitos destes indivíduos.

Não obstante, a existência de preconceitos de ordem moral, religiosa e cultural, os operadores do Direito não podem ignorar a realidade fática, negando aos casais homossexuais o direito de adotar sob pena de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do melhor interesse da criança.

Ao intérprete cabe proteger aqueles que não possuem seus direitos expressamente tutelados por meio de mecanismos de interpretação e, através dos princípios mencionados, pois, o Direito de Família deve proteger as relações afetivas, independentemente da orientação sexual.

Além disso, para o efetivo exercício da parentalidade exige-se apenas o afeto e um ambiente adequado para que se possa possibilitar o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente, não havendo a necessidade da pluralidade de sexos para que haja filiação trabalho ora proposto enfoca a temática dos meios alternativos de solução de conflitos, vale dizer, métodos que propiciam a solução harmônica das controvérsias, permitindo a ampliação da escolha da via mais adequada de resolução de cada caso concreto, de acordo com as especificidades da situação, porquanto nem sempre o acesso ao Judiciário assegura a consecução da verdadeira distribuição de justiça.

1. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

A família é o elemento identificador do indivíduo em sociedade. Com as evoluções tecnológicas e culturais ocorridas, sobretudo nas últimas décadas, a sociedade mudou, modificando, por conseguinte, a estrutura familiar. Novas estruturas familiares surgiram.

No início do séc. XX era inconcebível, quiçá impensável, casais divorciados, monoparentalidade, filho adotivo com status de filho natural. A luta para positivar as citadas instituições familiares, atribuindo-lhes proteção jurídica, foi grande.

A lacuna legislativa de outrora não foi empecilho para que através de uma evolução jurisprudencial e doutrinária, lhes fosse atribuída proteção jurídica e construída a legislação pertinente. Logo, a ausência de expressa previsão legal não significa que as uniões homoafetivas não devam ser juridicamente protegidas. Não se pode negar a existência dessas uniões, somente porque são diferentes daquele modelo posto como correto.¹

Os tempos mudam, a sociedade muda. O Direito deve incorporar a evolução social, harmonizando-se com a realidade da sociedade. O Direito resulta da vontade social, devendo se adequar com a forma em que vive a sociedade.²

O art. 226 da Constituição Federal de 1988 significou grande mudança no conceito de família, diminuindo as discriminações existentes, consagrando o conceito de entidade familiar plural.

Todavia, o citado artigo não procurou esgotar as formas de família capazes de dar ensejo a uma proteção constitucional, pois sendo a família um fenômeno social em constante mudança, não seria ato da melhor técnica legislativa engessar a proteção constitucional das famílias.

A instituição familiar não deve ser considerada como fruto de um vínculo jurídico, capaz de impor deveres e direitos, mas sim, como fruto de uma relação de afeto e respeito, possibilitando aos indivíduos desenvolver seu potencial de realização e de felicidade.

1.1 UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

¹ DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. in.: *Conversando sobre direito das família*. Porto Alegre: Livraria dos advogados. Editora, 2004, p. 1

² NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 21

Os que não reconhecem as uniões homoafetivas como sendo família juridicamente protegida, utilizam o argumento de que o art. 226 da Constituição Federal seria taxativo, todavia, olvidam-se da *ratio legis* do artigo. O mencionado artigo prestigia a pluralidade familiar, tendo como característica o afeto como elemento identificador, sendo a proteção dessa pluralidade a sua finalidade precípua.

A ausência de disposição legal sobre as uniões homoafetivas abre caminho através de uma perspectiva civil-constitucional a buscar proteção nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia a essa entidade familiar. Vale destacar também, o tratamento analógico cabível na situação. Através dos referidos norteadores se consegue obter a proteção jurídica as uniões homoafetivas.

Portanto, o que se busca é proteção das relações oriundas do amor. A constituição de uma família "significa manter uma relação amorosa que vise a uma comunhão plena de vida e interesse, de forma públicas, contínua e duradora".³

1.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

O art. 226 da Constituição Federal é cláusula geral de inclusão, que permite classificar como entidade familiar qualquer união que possua afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Dessa forma, o valor protegido pelo art. 226, ou seja, a proteção das famílias afetivas, combinado com os princípios da dignidade humana e isonomia, os quais serão abordados minuciosamente nos próximos capítulos, permitem uma tutela constitucional das uniões homossexuais.

Além disso, não se pode permitir que pelo fato do art. 226, §3º, Constituição Federal estabelecer como união estável a união entre homem e mulher, seja vedado o

³ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p207.

reconhecimento das uniões homoafetivas. O silêncio do legislador não deve ser interpretado como proibição implícita e, ainda, há mecanismos de interpretação jurídica, os quais possibilitam que situações semelhantes às reguladas sejam agasalhadas pelo ordenamento jurídico, consagrando o princípio da isonomia.

Os indivíduos quando constituem uma união estável ou uma união homoafetiva, possuem o mesmo objetivo, qual seja constituir uma família com base no afeto, buscando a realização pessoal através da vida em comum, mútua assistência, existindo a convivência pacífica e duradoura.

A Constituição Federal não estabeleceu em seu art. 226 nenhum significado jurídico restritivo. Não há qualquer tipo de vedação prevista na Carta Magna de forma a impossibilitar a equiparação dos casais homoafetivos as uniões estáveis.

1.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO ART. 1723 DO CÓDIGO CIVIL

É preciso que haja um enquadramento jurídico das relações homoafetivas para as conceder proteção jurídica. À mingua de uma previsão normativa, faz-se necessário estender o art. 1723 do Código Civil.

Em pese a redação do art. 1723, CC, trazer a redação “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”, é necessário que haja a interpretação da norma infraconstitucional de modo que alcance os valores colimados pela constituição.

Nesse sentido, a interpretação conforme à Constituição é um processo de interpretação de uma norma com mais de um sentido possível, no qual, há a escolha de uma interpretação em consonância com os preceitos constitucionais.

A interpretação conforme à Constituição Federal do art. 1723, CC serve como forma de preencher a lacuna existente no ordenamento pátrio, conferindo proteção as uniões homoafetivas.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4277 conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 “para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável entre indivíduos do mesmo sexo”.

Considerando-se possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo, concluímos ser plenamente possível reconhecer o direito de estes indivíduos adotarem em conjunto, fato que será abordado nos capítulos seguintes.

2. ADOÇÃO

O instituto da adoção sofreu significativa mudança no Brasil no século passado. As consolidações das leis civis apenas abordavam o tema. Com entrada em vigor do Código Civil de 1916, o instituto foi introduzido de maneira sistemática no ordenamento pátrio. A obrigatoriedade de não possuir prole evidenciava o caráter do instituto à época que era beneficiar a pessoa do adotante.

Após diversas leis alterando o instituto permaneciam requisitos exagerados como a comprovação da estabilidade conjugal; persistência dos direitos e deveres oriundos do parentesco natural e diferença nos direitos sucessórios entre os filhos legítimos e os adotados.

A constituição de 1988 equiparou todos os filhos, conferindo os mesmos direitos dos filhos legítimos aos filhos adotivos, consagrando a tutela constitucional da família afetiva.

Alguns requisitos que tornavam muita das vezes inviável a adoção (art. 368 e art. 1605, Código Civil de 1916), com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente foram

revogados, introduzindo-se requisitos mais plausíveis com o intuito de preservar o que realmente deve ser tutelado, ou seja, o direito fundamental das crianças e adolescentes a ter uma convivência familiar.

A Constituição Federal de 1988, em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil, fornecem instrumentos a serem utilizados como norteadores na adoção, visando sempre consagrar o princípio do melhor interesse da criança.

2.1. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A partir da entrada em vigor da Lei 8.069/90, estabeleceu-se uma nova ordem jurídica, modificando os conceitos até então vigentes no tocante à adoção.

Diz o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 19, que toda criança tem direito à convivência familiar, preferencialmente com sua família biológica e na falta desta, tem direito à colocação em família substituta.

A colação em família substituta por ser medida de caráter excepcional, exige uma intervenção do Estado, pois é dever do mesmo garantir às crianças e adolescentes as condições para que possam viver adequadamente, tendo seus direitos respeitados, conforme preceitua o art. 227, da Constituição Federal.

A adoção na sistemática do ECA rompe os laços com a família natural do adotando, adquirindo este a condição de filho do adotante. Nos dizeres do próprio ECA em seu art. 41: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."

2.3 DA ADOÇÃO

A adoção é ato no qual alguém forma um vínculo jurídico de filiação irrevogável, colocando em sua família como filho uma pessoa estranha a esta. A adoção é um ato solene, por isso necessário que sejam seguidos os requisitos estabelecidos em lei.⁴

O art. 43, ECA determina que "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.". Estabelecendo, portanto, a diretriz a ser seguida nos processos de adoção em conformidade com o princípio do melhor interesse da criança.

Deve-se levar em conta que adoção é uma forma de proteger os direitos das crianças e adolescentes, dando a estes a oportunidade de pleno desenvolvimento. O intuito do instituto da adoção deverá ser sempre "de encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para aqueles que querem adotar."⁵

Impende destacar que o ECA não faz nenhuma vedação quanto à orientação sexual do adotante e, dentre os critérios estabelecidos pelo citado diploma legal, ficaram proibidas as adoções por ascendentes e irmãos do adotando. Logo, quando Estatuto visou fazer alguma restrição deixou expressa no seu texto, não comportando lugar, portanto, a vedação da adoção por pessoas homossexuais.

O juiz nos processos de habilitação à adoção deve se utilizar de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos e assistentes sociais para verificar como será a inserção do menor na família substituta, daí a necessidade do estágio de convivência para verificar na prática a adaptação da criança. Dessa forma, busca-se que a criança ou adolescente possa ter uma convivência familiar digna, atendendo aos objetivos do instituto da adoção.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*, v.2, 13 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126-127.

⁵ BECKER, Maria Josefina. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. coord. Munir Cury. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175.

O art. 29, ECA dispõe que o menor não deverá ser colocado em família substituta quando esta não puder propiciar a criança ou adolescente um ambiente familiar adequado, onde seja possível a plena realização dos direitos da criança. Assim, devido ao art. 29, faz-se necessária investigação da vida dos adotantes para que se verifique como será desempenhada a função.

Por conseguinte, depois de verificadas as circunstâncias do caso e preenchidos os requisitos estabelecidos no ECA, deverá ser constituído o vínculo da adoção por sentença judicial, conforme o disposto no art. 47, ECA.

2.4. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança está regulado em nosso ordenamento pelo art. 5, §2º da Constituição Federal e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto nº 99.710/90.

No Brasil, embora o decreto nº 99.710/90 em seu art. 3.1 mencione “o interesse maior da criança”, entende-se que pelo conteúdo da Convenção e da Constituição Federal, o critério adotado para aplicação do princípio deve ser o critério qualitativo, ou seja, o melhor interesse na criança.⁶

Definir o que realmente significa o princípio do melhor interesse da criança não é tarefa fácil. O art. 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança não define o princípio. Devemos, portanto, buscar naquilo que se dispõe a proteger a Convenção e através de suas normas, uma definição do citado princípio.

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.6.

Logo se pode definir que seja do melhor interesse da criança: receber educação (art.28, Decreto n° 99.710/90); ter direito à convivência familiar (art. 9); direito à identidade (art.8); direito à saúde (art.24); ser ouvido em assuntos que lhes digam respeito (art. 12).

Insta ressaltar que os mencionados direitos, também, encontram-se dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Consequentemente, a adoção pode ser um meio de efetivar os requisitos, ou melhor, direitos acima descritos, pois à criança para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

É um dever social do Estado proteger crianças e adolescentes em razão de suas necessidades para o desenvolvimento. Portanto, ao serem analisados candidatos à adoção o que se deve aferir é a capacidade destes possibilitarem à criança ou adolescente a chance de se desenvolverem, tendo seus direitos respeitados. Assim sendo, consagrar-se-á o princípio do melhor interesse da criança.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são uma espécie de norma fundamental ao ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, servindo como informadores da ordem jurídica, possuindo força normativa e vinculante, impondo sempre sua aplicação. Os princípios constitucionais devem ser entendidos como normas que expressam os valores supremos do ordenamento jurídico.

A juridicidade dada a certos princípios gerais do Direito na Constituição Federal de 1988 fez nascer o pós-positivismo que tem como característica a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais,

afastando-se do legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo.

Logo, inexistindo lei que regule a adoção por homossexuais e a união entre pessoas do mesmo sexo, devemos buscar nos princípios constitucionais diretrizes para que essas relações sejam juridicamente protegidas.

3.1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 dentre outros princípios, consagrou o princípio da dignidade humana como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Além disso, Constituição estabeleceu como direito fundamental o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF), vedando tratamento desigual entre as pessoas.

O princípio da isonomia consagra que “todos são iguais perante a lei”, vedando-se qualquer tipo de discriminação e preconceito. Entretanto, a igualdade disposta no artigo deve levar em conta as diferenças existentes entre as pessoas, ou seja, a igualdade meramente formal não atende o almejado, pois está define que sejam tratadas igualmente pessoas que estão em circunstâncias desiguais.

Por conseguinte, deve-se adotar a igualdade material, aplicando-se a definição de igualdade Aristotélica, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

O princípio da isonomia tutela que a lei não seja uma fonte de privilégios ou perseguições, devendo esta ser o meio para conferir tratamento equitativo às pessoas. Isto posto, deve haver uma razão suficiente para que se justifique o tratamento diferenciado em

algumas situações, caso não esteja presente, o tratamento igual tornar-se-á obrigatório. O princípio da isonomia deve servir como instrumento para reduzir e eliminar as desigualdades fáticas.

Destarte, quando houver omissão ou lacuna legislativa acarretando tratamento diferenciado entre pessoas substancialmente iguais, configurar-se-á afronta ao princípio da isonomia, pois na medida em que o grupo protegido faz jus à proteção legal, não pode outro grupo ser excluído quando não haja razão. O princípio da isonomia impõe que a diferenciação seja razoável, tendo um fim legítimo.

Os direitos concedidos ao grupo privilegiado devem ser estendidos ao grupo discriminado para que se efetive a isonomia, ou seja, a interpretação extensiva em conjunto com a analogia será um meio de aplicação e efetivação da isonomia.

Através da análise do princípio da isonomia observa-se que não há motivação suficiente para negar direitos aos casais homoafetivos simplesmente por haver duas pessoas do mesmo sexo, pois estas pessoas encontram-se em situações idênticas e equivalentes aos casais heterossexuais.

Assim sendo, preconceitos de ordem moral e religiosas não fornecem uma motivação razoável, adequada e suficiente para restringir direitos daqueles que possuem orientação sexual diversa da apregoada como “correta e decente”.

O direito à diferença encontra base no princípio da isonomia, não devendo o intérprete nos casos onde houver omissão ou laguna legislativa atribuir condições desiguais a determinada pessoas somente por possuírem características diversas.

Por essa razão, os casais homoafetivos têm o direito de expressar sua orientação sexual, mesmo sendo esta diferente da maioria das pessoas, tendo ainda, o direito aos mesmos direitos concedidos àqueles em situação equivalente, porém heterossexuais.

É necessário destacar que o direito à igualdade, é um dos principais fundamentos do princípio da dignidade humana, pois esse princípio preceitua que todos os seres humanos merecem tratamento igual, tendo seus direitos fundamentais respeitados da mesma forma. O princípio da dignidade da pessoa humana tem como núcleo fundamental a consideração, a proteção e o respeito dos seres humanos.

O direito ao respeito implica reconhecer que os seres humanos devem ter sua identidade e individualidade respeitadas, não devendo existir nenhuma desigualdade jurídica entre pessoas, exceto quando estas precisem de tratamento diferenciado.

Assim, aquele que opta por viver sua vida de maneira diferente não infringindo nenhuma lei, tem o direito a ser respeitado pelo que se extrai do princípio da dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe a todos a obrigação de possuir respeito pela pessoa. Esse princípio não admite discriminações ou depreciação ao indivíduo assegurando o direito à igualdade, integridade psicofísica e liberdade. O mencionado princípio deve servir de limite à atividade estatal, pois a dignidade é algo intrínseco ao ser humano, devendo ser respeitada.

Interessante ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como qualquer outro princípio, pode ser relativizado quando conflitar com outros princípios.

Entretanto, cabe ao juiz diante do caso concreto verificar se há motivação suficiente para restringir a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando os princípios da igualdade e proporcionalidade como norteadores. Portanto, não se deve restringir direitos de uma minoria somente por preconceito e incompreensão sob pena de negar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana deverá garantir a igualdade de tratamento aos homossexuais, já que a homossexualidade é uma expressão do direito à liberdade e o direito de

desenvolver a personalidade, atendendo ao direito à realização pessoal, inexistindo prejuízo a terceiros no seu exercício.

Através da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, chegamos à conclusão que existe um direito fundamental à parentalidade, já que o indivíduo tem o direito de ter respeitada a sua individualidade e personalidade, optando por viver da forma que melhor lhe convier desde que não prejudique outras pessoas.

O exercício da parentalidade muitas das vezes será a única forma com que certas pessoas consigam obter a sua felicidade, tendo sua dignidade e integridade psicofísica respeitadas. Portanto, o exercício da parentalidade deve ser permitido como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA VERSUS O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO AO EXERCÍCIO À PARENTALIDADE

Aqueles que defendem, como por exemplo Enéas Castilho Chiarini Júnior⁷, a impossibilidade jurídica de casais homossexuais adotarem, afirmam que tal hipótese confrontaria o princípio do melhor interesse da criança, pois seria de seu melhor interesse ser posta em uma família semelhante à de origem.

Como o princípio do melhor interesse da criança sempre deverá prevalecer nos processos de adoção, não caberia alegar a igualdade de direitos dos casais homossexuais e heterossexuais, muito menos o direito fundamental ao exercício da parentalidade pelos homossexuais.

Contudo, como se demonstrará no capítulo seguinte inexistem prejuízos comprovados àquelas crianças que vivem em um lar homossexual.

⁷ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Acesso em: 25/03/2012.

Sendo assim, negar o direito dos homossexuais adotarem conjuntamente quando formam uma entidade familiar, além de violar o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, e com isso o direito fundamental ao exercício da paternidade, viola também, o princípio do melhor interesse da criança, pois se estará negando o direito das crianças e adolescentes de serem colocados em um lar substituto quando necessário, impedindo o direito constitucionalmente consagrado à convivência familiar.

4. ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

É sabido que ao se analisar a possibilidade de uma criança ser inserida no seio de uma família substituta, essa inserção deverá atender ao melhor interesse da criança em detrimento de outros direitos.

Não há nenhuma disposição no sistema jurídico pátrio que proíba a adoção de crianças por casais homoafetivos. Tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto no Código Civil de 2002, não existe nenhuma referência a opção sexual como requisito para adotar, estando em perfeita consonância com a Constituição Federal que proíbe qualquer forma de discriminação, inclusive no que tange à orientação sexual.

Os antigos modelos familiares já foram ultrapassados. Atualmente protege-se a família fundada nas relações de afeto, que é “mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”⁸.

Há pessoas que argumentam, como por exemplo Fernanda de Almeida Brito⁹, que possibilitar adoção por casais homossexuais afrontaria o melhor interesse da criança, pois esta

⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 299.

⁹ BRITO, Fernanda de Almeida. *União homoafetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: Ltr, 2000, p.34.

seria lançada em um ambiente inadequado e imoral. Desse último argumento, resulta uma discrepância jurídica, já que se utiliza o preconceito alheio para justificar a discriminação.

Além disso, a legislação brasileira permite pessoas solteiras adotarem crianças; dessa forma, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, os tribunais e juízos têm permitido adoção por homossexuais individualmente, uma vez que a orientação sexual não é requisito para adotar.

Por isso, há aqueles que sustentam que já que se permite que um homossexual individualmente adote, não seria necessário pretender a adoção em conjunto que traria alguns problemas na prática como, por exemplo, no registro da criança no qual irá constar dois pais ou duas mães.

Entretanto, os que defendem essa posição olvidam-se de que impossibilitar a adoção por casais homoafetivos poderá trazer prejuízos reais para criança, que pode ser adotada individualmente por uma pessoa criando afetos com o companheiro (a) desta independentemente de ser do mesmo sexo que o adotante.

Negligenciar esses acontecimentos, impedirá que em uma eventual ruptura da união homoafetiva, possa se pleitear alimentos ou quaisquer outros benefícios do antigo companheiro do adotante.

Ademais, o vínculo formado entre o adotado e o ex-companheiro (a) do adotante se perderá, já que ao ignorar a existência da união homoafetiva e do elo entre o adotando com o casal homossexual, não existirá direito de visitação, nem guarda, também, não haverá direitos sucessórios, de forma a descaraterizar com essa omissão aquilo que deve ser protegido pelo direito de família.

A exemplificação não se faz necessária, pois é nítida a vantagem de o menor ser adotado por ambos os conviventes, protegendo-se, desta forma, não somente os interesses patrimoniais, como também os interesses afetivos da criança.

Tendo em vista que as uniões entre pessoas do mesmo sexo alcançam o *status* de entidade familiar como previamente defendido, não há nada que impeça estes casais de adotarem, nem mesmo o princípio do melhor interesse da criança, pois não há nem prejuízo a estas, pelo contrário há uma proteção de seus direitos na medida em que se garante o direito à convivência familiar do menor.

O direito à convivência familiar é um dos direitos mais importantes das crianças e adolescentes, pois é através desta que se desenvolveram social e psicologicamente.

Ademais, estudos especializados não apontaram qualquer diferença ou prejuízo em crianças que sejam adotadas por casais homossexuais, na verdade, os estudos psicossociais apontam que o que importa é qualidade do vínculo, a capacidade dos adotantes em formar um ambiente familiar adequado e o afeto dado à criança.

Por outro lado, a institucionalização das crianças e adolescentes interfere no seu desenvolvimento psicológico, pela restrita inserção social e a inexistência de vínculos afetivos. Sendo assim, é do melhor interesse da criança ser colocada em uma família substituta, não importa a sua formação.

A orientação sexual dos adotantes não implica influência na sexualidade do adotado, bem como não significa que ele será vítima de abuso sexual¹⁰. Não se pode qualificar um lar homossexual como inadequado simplesmente pela presença de duas pessoas do mesmo que possuem uma relação de afeto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 43, que adoção será deferida quando apresentar reis vantagens para o adotado, sendo evidente que a adoção tanto por heterossexuais quanto por homossexuais atenderá a este objetivo, inserindo a criança ou adolescente em uma família, possibilitará o seu desenvolvimento.

¹⁰ Salienta Roger Raupp Rio, referindo-se a pesquisa “Hidden Victims: the sexual abuse of children” que 95% dos casos de abuso sexual do adotado pelo adotante, provêm de heterossexuais. (RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 142-143).

O que se nota, por parte daqueles que são contrários à adoção por casais homoafetivos, são manifestações dotadas de preconceito, desprovidas de critérios realmente científicos.

4.1 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O DIREITO DAS CRIANÇAS A SEREM COLOCADAS EM UMA FAMÍLIA SUBSTITUTA

O instituto da adoção é um direito concedido a crianças e adolescentes quando não possuem família ou quando houver destituição do poder familiar, conforme o disposto no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pois bem, tendo o Estado o dever de garantir às crianças e adolescentes uma vida digna e adequada que possibilite o pleno desenvolvimento das mesmas, e sendo este incapaz de assegurar efetivamente que isso ocorra com as crianças sob sua guarda, é sua obrigação colocá-las em um ambiente adequado, assegurando o direito à convivência familiar constitucionalmente tutelado.

Não é do melhor interesse da criança ser institucionalizada, tendo através do passar dos anos suas reais chances de ser adotado são diminuídas, pois como sabemos no Brasil são preferencialmente adotadas crianças com até uns quatro anos, sendo às vezes periodicamente transferido, não possuindo laços e vínculos afetivo, não podendo se desenvolver plenamente, ficando propenso a se marginalizar ou se tornar um habitante de ruas e praças públicas.

Verificam-se claramente as reais vantagens que adoção pode trazer para o menor, não se trata de escolher a opção que menos prejudicaria a criança ou adolescente, ou seja, escolher entre deixar a criança abandonada ou inseri-la em um lar homoafetiva, a verdade, não havendo diferenças efetivas entre o menor ser adotado por um casal homoafetivo e um casal heterossexual, é imperioso consentir com adoção por pares homossexuais sob pena de afronta ao princípio do melhor interesse da criança.

4.3. A VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Devido à ausência de regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Através dos mecanismos de interpretação, a jurisprudência e doutrina de vanguarda vêm conferindo às uniões entre pessoas do mesmo sexo o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis.

Enquanto não há nenhuma disposição legal regulando as uniões homoafetivas, são plenamente aplicáveis as regras referentes às uniões estáveis, pois ambas possuem as mesmas características e têm como fundamento o afeto.

Constata-se, portanto, que a *ratio legis* que buscou proteger as uniões estáveis era a proteção das relações oriundas do afeto. Existindo convivência familiar pacífica e duradoura com base no afeto, através da vida em comum, é evidente a semelhança entre as uniões estáveis e as uniões homoafetivas, devendo-se conceder a mesma proteção legal em face dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O art. 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente possibilita a adoção para aqueles que vivem união estável, utilizando-se, portanto da analogia e da interpretação extensiva, não havendo qualquer prejuízo ao adotando segundo anteriormente ressaltado, impõe-se a possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Ressalta-se ainda, que a orientação sexual não é requisito para adoção, não havendo qualquer proibição expressa aos homossexuais adotarem nos diplomas legais que regem a adoção.

No registro civil do menor adotado pelo casal homoafetivo, deverá se refletir a realidade fática, não havendo necessidade de se declinar a condição de mãe ou pai. No mais,

na Lei 6.015/73 que dispõe sobre os registros públicos, não há nada que impeça que no registro de alguém haja como filiação o nome de duas pessoas de sexo idêntico.

Sendo o requisito primordial para o efetivo exercício da parentalidade o afeto como se reconhece atualmente, não há a necessidade da pluralidade de sexos para que haja filiação. O que deve haver na relação parental é o amor, carinho, promovendo-se um ambiente adequado à criança ou menor, possibilitando o seu pleno desenvolvimento.

4.4 A JURISPRUDÊNCIA E O TEMA

A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

Dessa evolução necessária na interpretação das leis necessária para adequar e atualizar o direito à realidade fática, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão pioneira, permitindo a Adoção por casal homoafetivo:

Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.
A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que acolher o pedido das autoras significava formalizar uma situação fática evidente e, ainda, dar cumprimento ao comando constitucional que determina a proteção integral aos direitos da criança e do adolescente.

CONCLUSÃO

O intuito do presente artigo foi abordar a possibilidade de adoção por casais homossexuais. Inicialmente, analisando o sistema constitucional percebemos que as uniões homoafetivas foram elevadas implicitamente ao status de entidade familiar, já que a Constituição Federal visa proteger as famílias afetivas.

Assim, considerando o valor protegido pelo art. 226, Constituição Federal, aliado as técnicas de interpretação do Direito, como a analogia, reconhecemos o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas, pois possuem as mesmas características das uniões estáveis protegidas constitucionalmente (art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988).

Nessa esteira, devem ser atribuído às uniões homoafetivas os mesmos direitos garantidos às uniões estáveis.

Conferindo status de entidade familiar as uniões homoafetivas, verificamos também, que não há nenhum óbice aos homossexuais adotarem na legislação pertinente à adoção no Brasil, haja vista que a orientação sexual não é requisito para adoção.

Adoção como forma de colocação em família substituta deve atender ao princípio do melhor interesse da criança. A finalidade, portanto, da adoção é possibilitar ao menor seu direito à convivência familiar, garantindo o seu bem-estar, possibilitando seu pleno desenvolvimento.

Não existindo nenhum malefício à criança ou adolescente em ser colocada em uma família homoafetiva, não se deve permitir que por preconceitos e falta de regulamentação legal, interfira-se no direito da criança em ser colocada em um lar.

Concluimos ser totalmente cabível a adoção por casais homoafetivos no ordenamento jurídico brasileiro. É papel dos operadores do direito, jurisprudência e doutrina contribuírem

para o debate acerca do tema, não permitindo que o Direito seja fonte de discriminações devido à ausência de regulamentação legal.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Acesso em: 25 mar 2012

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre direito das família*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

_____. *União Homossexual: o Preconceito & a Justiça*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FIGUEIRÊDO, Luis Carlos de Barros. *Adoção por homossexuais*. 8ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

PERES, Ana Paula Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001,