

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Oranice Alves de Lima e Silva*

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos à luz da Constituição Federal de 1988 e da nova Lei da adoção que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, com enfoque nos princípios da igualdade, da não discriminação e do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Adoção. Casais Homoafetivos. Família.

1 INTRODUÇÃO

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos vem ganhando destaque no âmbito jurídico e evolui com opiniões diversas sobre o tema, principalmente considerando a influência dos meios de comunicação, que estão discutindo cada vez mais essa possibilidade.

Há posicionamentos no sentido de que é um constrangimento à criança o fato de ter que conviver com o nome de duas mães e nenhum pai, ou dois pais e nenhuma mãe em seu registro de nascimento. Há também quem defenda que o casal homoafetivo poderia influenciar na orientação sexual da criança, existindo uma forte tendência dos menores a optarem pela homossexualidade.

Por outro lado, vale ressaltar que já houve decisões no sentido de permitir que casais do mesmo sexo adotem. Isto porque os juízes ao solucionarem tais casos, basearam-se nos princípios fundamentais da igualdade e do melhor interesse da criança para conferir o direito dos casais homoafetivos de adotar e o das crianças e adolescentes de possuírem um lar.

* Graduanda do 10º período do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: nyce_alves@yahoo.com.br

A adoção deve ser analisada do ponto de vista do amor, afeto e da solidariedade. Mais do que a estrita legalidade que se baseiam aqueles que são contra a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, argumentando que a lei pátria apenas alberga a união entre homem e mulher, o conceito de família deve ser compreendido predominantemente sob o enfoque da afetividade.

Esse artigo é dividido em seis capítulos em que se realizará a seguinte abordagem: No capítulo 2 haverá uma breve comparação da finalidade da adoção no passado com os dias atuais. Na sessão seguinte será abordado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e sua importância para a mudança da finalidade social do instituto adoção. No capítulo 4 será feita uma análise sócio-jurídica sobre a união homoafetiva, ressaltando que, embora ainda haja divergência de opiniões, o Judiciário cada vez mais reconhece esse tipo de união, conferindo os mesmos direitos de uma união estável. O capítulo seguinte tratará da possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos. Por fim, no capítulo 6, serão apresentadas as considerações finais do estudo em comento.

2 FINALIDADE DA ADOÇÃO

Na antiguidade a adoção relacionava-se a ideia de perpetuidade da família, cumprindo aos filhos principalmente dar continuidade ao seu patrimônio. Nesse período, [...] a última forma de assegurar a continuidade da família e a perpetuação de seu culto, quando não havia a possibilidade de se ter um filho, era pelo instituto da adoção, cabendo aos filhos cultuar as memórias de seus antepassados (RODRIGUES, 2004, p. 335). Assim, aqueles que não pudessem perpetuar a família pelos meios naturais, deviam fazê-lo por meio da adoção.

Na Grécia somente os cidadãos podiam adotar e serem adotados. De acordo com Venosa (2003, p. 253) “a adoção era um recurso para a manutenção do culto da família pela linha masculina, visto que o direito sucessório somente era permitido pelos homens”. Percebe-se, desse modo, que a finalidade da adoção não levava em conta os interesses do adotado, mas tão somente, a perpetuação masculina na família.

No Império Romano, as pessoas pediam pela ascendência de suas famílias, através da religião, mas caso isso não fosse possível por meios naturais, a adoção

se fazia necessária. Na Idade Média, tal instituto foi mais sistematizado juridicamente, mas ainda com viés de culto aos ascendentes.

A finalidade da adoção foi transformada ao longo do tempo. No Código Civil brasileiro de 1916 o seu principal objetivo era dar a um casal sem filhos a possibilidade de criar uma criança. Atualmente, a adoção leva em consideração o melhor interesse do menor. Assim, não visa mais exclusivamente o bem estar do adotante e sua necessidade de ter um filho, mas também o melhor interesse da criança ou adolescente adotado.

De acordo com Dias (2011, p. 483) “a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial, criando um vínculo fictício de filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”. Desse modo, os filhos adotivos possuem os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos, não se admitindo qualquer distinção entre eles.

No Brasil, a adoção é tratada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). É importante ressaltar que tal instituto foi reformulado pela Lei n. 12.010/09, que em conjunto ao ECA, trouxe mudanças significativas, principalmente quanto à sua finalidade social.

Atualmente, para que haja o deferimento da adoção, além do cumprimento dos requisitos legais, é necessário fazer a demonstração das reais vantagens para o adotado, através de sua colocação em família substituta com suporte emocional e financeiro que atenda as suas necessidades básicas.

A finalidade da adoção visa à satisfação de ambas as partes, [...] objetiva tanto a realização do desejo de uma pessoa que não pode ter um filho biologicamente ou geneticamente, como também do interesse que uma criança e adolescente possui no sentido de ter um lar digno de seus direitos (RAMOS, 2008, p. 26). Desse modo, a adoção deve beneficiar tanto adotante quanto adotado, mas priorizando sempre o interesse deste último.

É válido ressaltar que da análise da legislação brasileira que regulamenta a adoção não há qualquer impedimento para que casais homoafetivos adotem, pois a sua real finalidade é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança ou adolescente que, por algum motivo, ficou privado de sua família biológica, oferecendo-lhe um lar em que se sinta seguro e amado.

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O reconhecimento do princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico representou um grande avanço ao instituto da adoção, pois antigamente levava-se em consideração apenas a necessidade do adotante em ter um filho. Atualmente, é necessário observar as reais vantagens ao adotado para que o pedido seja efetivado. De acordo com Gama (2008, p. 80):

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Tal princípio encontra fundamento no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à criança e ao adolescente, devendo ser tratados como prioridade pelo Estado, pela sociedade e, principalmente, pela família, necessitando de cuidados especiais e proteção legal. Nas palavras de Mendes (2007, p. 3):

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Ressalte-se que quando a Carta Magna instituiu tal postulado, objetivou, principalmente, resguardar a convivência familiar e, conseqüentemente, dar efetividade ao princípio da melhor interesse da criança e do adolescente. É válido destacar também que o atual conceito de família abrange grupos formados tanto por

pai, mãe e filhos, quanto por dois pais, duas mães, ou até alguém solteiro que, a partir da adoção, constituirá uma família.

A adoção por casais homoafetivos vem sendo deferida pelos Tribunais brasileiros com base, principalmente, no princípio em questão, pois independentemente do tipo de estrutura familiar, o que se deve priorizar é o bem estar do adotado e sua necessidade de possuir um lar.

Percebe-se, portanto, que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa garantir os direitos inerentes ao menor, buscando assegurar-lhe um pleno desenvolvimento através de sua colocação em uma família substituta.

4 UNIÃO HOMOAFETIVA E SEUS ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inseriu-se uma nova concepção de família no direito brasileiro. Encontra-se no art. 226, § 3º uma de suas alterações mais importantes: o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Não obstante já reconhecidas, essas uniões foram repudiadas e ficaram desprovidas da tutela do Estado por muito tempo. Do mesmo modo que essa forma de entidade familiar foi discriminada em determinada época, as uniões homoafetivas ainda sofrem preconceitos nos dias atuais.

Argumentos contrários ao reconhecimento das uniões homoafetivas apontam que o artigo 226, § 3º da CF/88 reconhece apenas a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Entretanto, sobre esse dispositivo, Lôbo (2002, p. 95) assegura que “trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade”. Assim, embora formados por casais do mesmo sexo, tais relacionamentos têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar dignos de tutela legal.

Além disso, a Constituição Federal exalta a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, estabelecendo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, não reconhecer os direitos de uma união estável homoafetiva é um ato absolutamente discriminatório. No entendimento de Dias¹, “enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito”.

É primordial que os dispositivos que versam sobre a união estável sejam interpretados de maneira a permitir o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, pois a ausência de previsão legal não resulta na impossibilidade de aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Dias²:

Ainda que se conceitue família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher, tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade. Os relacionamentos afetivos, independentemente da identificação do sexo do par – se formados por homens e mulheres, ou só por mulheres, ou só por homens – são alvos de proteção, em razão da imposição constitucional do respeito à dignidade humana.

Nessa mesma linha de entendimento, a jurisprudência brasileira, considerando os princípios constitucionais em comento, vem decidindo em favor do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar protegida pelos mesmos direitos conferidos à união estável entre pessoas de sexo oposto. É o que ficou decidido no julgamento da apelação a seguir:

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAÍS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E

¹ DIAS, Maria Berenice. As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uni%F5es_homoafetivas_frente_a_constitui%E7%E3o_federal_-_i.pdf>. Acesso em: 01 nov.2014.

² _____. Direito fundamental à homoafetividade. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24_-_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf>. Aceso em 12 dez. 2014.

AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (TJRS. **Apelação Cível Nº 598362655**. Oitava Câmara Cível. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 01/03/2000).

Essa, dentre inúmeras decisões, confirma que as entidades familiares expressas na Constituição são meramente exemplificativas. Na prática, a jurisprudência brasileira reconheceu a união homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar, ou seja, um núcleo familiar como qualquer outro.

Por conseguinte, como tem sido reconhecido às uniões homoafetivas o status de união estável, não se pode conceber que situações como a adoção por casais homoafetivos sejam proibidas, sob pena de grave afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação.

Além disso, vale ressaltar que o atual conceito de família é totalmente incompatível com qualquer forma de discriminação, já que a entidade familiar pode ser formada tanto por pai, mãe e filhos, quanto por dois pais, duas mães, ou até alguém solteiro que, a partir da adoção, constituirá uma família, desde que haja afeto entre eles.

5 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Lamentavelmente, ainda existem muitos posicionamentos preconceituosos quanto à possibilidade de casais homoafetivos adotarem, inclusive de pessoas com conhecimento jurídico, sob o argumento de que a lei apenas alberga a união entre homem e mulher. Há quem afirme também que existe uma forte tendência das crianças em seguirem o modelo dos pais, o que as levaria, por consequência, a se tornarem homossexuais.

Entretanto, se essa afirmação de que os filhos seguiriam os pais fosse verdade, como se explicaria o fato de que crianças, geradas e educadas por casais heterossexuais, se descubram e assumam mais tarde sua homossexualidade? E como se explicaria também o fato de filhos de gênios não serem gênios, de alcoólatras não serem alcoólatras, de criminosos não serem criminosos, e assim por diante? De forma sensata e bastante esclarecedora, Silva Júnior (2010, p. 114) argumenta:

Diante da vedação constitucional de discriminação de qualquer natureza e em razão de sexo, da qual se extrai a proibição ao preconceito com base na orientação sexual, o ECA e o CC não vedam a colocação de um criança/adolescente em famílias substitutas biparentais homossexuais. Na verdade constituir um ambiente familiar adequado – emocional e materialmente equilibrado -, que proporcione reais vantagens, benefícios efetivos aos adotandos e vindo-lhes ao melhor interesse, não é prerrogativa somente de casais heterossexuais ou de relação efetiva entre homem e mulher, mas de seres humanos realmente motivados, preparados para a maternidade/paternidade.

Tolher o direito de um casal homoafetivo adotar uma criança ou um adolescente implicaria numa grave violação aos princípios da igualdade e da não discriminação. Além disso, não há qualquer vedação legal que impeça esse tipo de adoção. O que interessa, na verdade, é a idoneidade moral do candidato e sua capacidade para assumir os encargos decorrentes de uma adoção, e isso se aplica a qualquer pessoa que preencha os requisitos legais, sem distinção.

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo que trate da possibilidade da adoção por casais homoafetivos. Entretanto, a jurisprudência pátria já permite esse tipo de adoção. É o que ficou decidido na cidade de Bagé/RS, conforme a seguir:

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. 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. (TJRS. **Apelação Cível Nº 70013801592**. Sétima Câmara Cível. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006).

Esta forma de interpretação beneficia não somente os casais homoafetivos que convivem em união estável e que estejam interessados em constituir família por meio da adoção, mas também as crianças e adolescentes que aguardam o momento de serem acolhidas em um lar que atenda plenamente suas necessidades emocionais e materiais.

Ademais, a Constituição Federal sustenta como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, vedando expressamente, qualquer tipo de discriminação. Negar o direito de adotar a casais homoafetivos, em razão exclusivamente de sua orientação sexual, resulta numa interpretação totalmente contrária aos princípios esculpidos na Lei Maior.

Portanto, atendidos os requisitos legais, é desnecessário questionar a forma de constituição da família substituta, pois o que realmente deve ser levado em consideração é a necessidade do menor em ser inserido em um seio familiar. Pior do que ter dois pais ou duas mães é que ele permaneça abandonado à espera de quem lhe ofereça carinho e proteção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do Direito de Família demonstra que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva abordada neste artigo, que embora ainda não conste na legislação pátria, vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias. Isso porque a sociedade muda e a família também, cabendo ao Direito acompanhar essas transformações.

Neste artigo procurou-se demonstrar a contribuição que a jurisprudência vem trazendo ao decidir acerca da relação e da adoção homoafetivas. Foi também analisada a finalidade de adoção e demonstrou-se que no Código Civil de 1916 o instituto em comento tinha como objetivo apenas dar a um casal sem filhos a possibilidade de criar uma criança. Atualmente, a finalidade da adoção não é somente o bem estar do adotante, mas também o melhor interesse da criança e do adolescente.

As famílias contemporâneas, em razão das mudanças sociais, se constituem de diversas formas, sendo a presença do afeto entre seus membros essencial à preservação dessas uniões. A afetividade constitui um dos fundamentos da família, o que impõe o reconhecimento da pluralidade das entidades existentes, dentre elas as formadas por casais do mesmo sexo.

Além disso, foi exposta a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, bem como sua caracterização como entidade familiar. Mostrou-se que o princípio da igualdade é fundamental nessa conquista, visto que a Lei Maior veda todo tipo de discriminação.

Assim, por serem as relações homoafetivas consideradas como entidades familiares de acordo com o novo Direito de Família, não há razão para indeferir a adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo. É válido ressaltar que um ambiente familiar saudável e equilibrado não depende da orientação sexual do adotante, sendo a vinculação desse critério para a análise do pedido de adoção inconstitucional.

Diante do exposto, não há como impedir que os casais homoafetivos adotem uma criança ou adolescente, pois deixar de conferir esse direito seria uma flagrante discriminação com base na orientação sexual, conduta totalmente contrária aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

MENDES, Moacyr Pereira. A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257>. Acesso em: 27 nov. 2014.

RAMOS, Caroline Félix. **Adoção por casais homoafetivos**: a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos. Tubarão: Faculdade de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, 2008. 84 f. Monografia (Bacharel em Direito). Programa de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 6 vol. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.