



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
YLUSKA DA CRUZ PEREIRA

A ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Campina Grande – PB

2011

YLUSKA DA CRUZ PEREIRA

A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Artigo apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, sob orientação do Prof. Msc. Valfredo Aguiar Filho.

Campina Grande – PB

2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

P436a Pereira, Yluska da Cruz.
A adoção por casais homoafetivos [manuscrito] /
Yluska da Cruz Pereira.– 2011.
35 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro
de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Me. Valfredo de Andrade Aguiar
Filho, Departamento de Direito Privado”.

1. Adoção. 2. Direito familiar. 3.
Homossexualidade I. Título.

21. ed. CDD 362.734

YLUSKA DA CRUZ PEREIRA

A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Artigo apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba – UEPB, como pré-requisito
para obtenção do grau de bacharel.

Aprovada em: 17/06/11

BANCA EXAMINADORA

Valfredo de A. Aguiar Filho

Orientador: Prof. Msc. Valfredo de Andrade Aguiar Filho – UEPB

Herry Charriery da Costa Santos

Prof. PhD. Herry Charriery – UEPB

rub

Prof. Msc. Raissa de Lima e Melo - UEPB

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, Pai Todo Poderoso, que me deu forças para seguir durante toda essa jornada, concluindo mais uma etapa da minha vida.

A minha família que acreditou em mim desde o início de minha existência e hoje celebra comigo este momento tão esperado.

Ao meu namorado, que me ajudou em vários momentos, sempre com disposição e paciência.

As minhas amigas, que mesmo sem saber, me ajudaram me ouvindo nos momentos de angústia.

Ao meu orientador, que acreditou em mim durante a produção desse trabalho acadêmico, sempre me atendendo com carinho.

Aos outros membros da banca examinadora, que não hesitaram em aceitar o meu convite para avaliarem este trabalho.

Aos mestres que me apresentaram o Direito e me mostraram como agir, sempre fazendo justiça.

Enfim, a todas as pessoas que me apoiaram e contribuíram de alguma forma, para a realização desse momento da minha vida. Muito obrigada a todos vocês.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico propõe-se a discutir a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos. A Nova Lei da Adoção traz um ponto controverso, não faz referência a tal adoção, o que continua sendo possível, dependendo do entendimento do magistrado ou se a criança for adotada por homossexual solteiro ou por apenas um integrante do casal. Tem como objetivo compreender, a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, de acordo com os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Liberdade, analisando se tais arranjos são compatíveis com o Ordenamento Jurídico brasileiro. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva, utilizou-se o método dedutivo, e monográfico de pesquisa. Como materiais de pesquisa, usou-se bibliografias nacionais e documentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família; Homoafetividade; Adoção; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This scholarly work is proposed to discuss the possibility of legal adoption by homosexual couples. The New Law of the Adoption brings a controversial point, makes no reference to such an adoption, which is still possible depending on the understanding of the magistrate or the child is adopted by homosexual singles or just a member of the couple. Aims to understand the possibility of adoption by homosexual couples, according to the Principles of Human Dignity, Equality and Liberty, examining whether such arrangements are compatible with the Brazilian legal system. This is a bibliographic research, qualitative and descriptive, we used the deductive method, and monographic research. As research material, used to bibliografias and national documents.

Key-words: Family Law; homoafetivas; Adoption; Human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 HOMOAFETIVIDADE.....	10
2 ADOÇÃO.....	15
3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico propõe-se a discutir a possibilidade jurídica da adoção entre casais homoafetivos, pessoas que, entre si, estão naturalmente impossibilitadas de se tornarem pais e mães biológicos.

Direito antes de ser Norma é fato social. Existe pelo simples fato da sociedade existir e, por esse caráter sociológico inato, deve responder aos anseios do povo que rege e sempre se renovar para atender as demandas que possam surgir.

A Nova Lei da Adoção (Lei n.º 12.010/09) veio como tentativa de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas. Tal lei não impede alguém de adotar sozinho, simplesmente em razão da sexualidade ou opção sexual, porém, cria um conjunto de requisitos impeditivos à adoção por casais homoafetivos. Para o ordenamento jurídico tradicional de família, é inviável a formação de uma família substituta por um casal do mesmo sexo.

As relações sociais são marcadas pela heterossexualidade e a resistência em aceitar a possibilidade de homossexuais habilitarem-se para a adoção é enorme. São suscitadas dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento da criança, como a falta de referências comportamentais de ambos os sexos, que possam acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado.

O modelo tradicional e majoritário é o da família heterossexual, principalmente o modelo clássico: homem, mulher e seus filhos. Por muito tempo esse modelo foi o único aceito pelo ordenamento e ainda é o aceito e pregado pela Igreja. É necessário reconhecer que num Estado Democrático de Direito, as individualidades são protegidas e hipoteticamente devem conviver em harmonia.

A família, base de qualquer sociedade passa por mudanças em decorrência do influxo que o direito de família recebeu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, visto que, ela estabeleceu no seu artigo 5º, o princípio da Igualdade e ainda determinou como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito, a promoção do bem de todos sem preconceito de qualquer natureza, inclusive relativo ao sexo, ou seja, vedando qualquer discriminação por conta da opção sexual de qualquer pessoa.

Na nossa sociedade, o preconceito em relação aos homoafetivos ainda é muito grande e até bem pouco tempo a Organização Mundial de Saúde incluía o homossexualismo na lista de doenças (CID), situação que só mudou no começo dos anos 90, quando a partir de então não se pôde mais ser usado o termo "ismo", que nesse caso quer dizer doença. Havendo assim, uma mudança da palavra homossexualismo para homossexualidade

Isto posto, é justo e evidente que os homossexuais tenham o direito de constituir família, mas, como eles não se enquadram no modelo sexual seguido pela maioria, são perseguidos, e a igualdade tão citada em nossa Carta Magna, na grande maioria dos casos, não sai do papel.

Se em uma união entre duas pessoas, os parceiros, ainda que do mesmo sexo, tiverem um lar duradouro, onde cumpram com os deveres de fidelidade e assistência recíproca e convivam num ambiente digno e tranquilo, não se pode negar uma real vantagem para o adotando.

Há de se convir que as relações sociais evoluem de forma mais rápida do que as atrasadas leis. Existe uma lacuna na lei, ou seja, não há proibição em relação a adoção por casais homossexuais, tendo ocorrido vários casos de adoções homoafetivas, sem procedimento judicial prévio, devido a Jurisprudência de vários Tribunais brasileiros.

Quando se trata de homossexualidade a questão da adoção é um assunto extremamente polêmico e tal situação, tem ensejado inúmeras discussões e controvérsias, seja nos meios jurídico, religioso e social.

Seguem-se abordagens sobre homoafetividade e adoção, mostrando o tema na sua peculiar e verdadeira dimensão jurídica. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva, utilizou-se o método dedutivo, e monográfico de pesquisa. Como materiais de pesquisa, usou-se bibliografias nacionais e documentos.

1 HOMOAFETIVIDADE

O amor por pessoa do mesmo sexo, por ser diferente, é encarado com maus olhos por uma grande parcela da sociedade, embora sempre tenha existido na história da humanidade. Mas, como não é igual à maioria, sofre preconceito e discriminação.

Não é fácil encarar com naturalidade o que sempre foi taxado de anormal. É preciso evoluir com o passar do tempo e enxergar que a homoafetividade é uma realidade e que esses casais só querem viver suas vidas, sendo felizes com suas escolhas.

A opção sexual é inerente à personalidade da pessoa humana, assim como a raça, a nacionalidade. Tudo isso, está inserido no princípio fundamental de tratamento digno ao ser humano e na cláusula geral de proteção igualitária no artigo 5º *caput*, da Constituição Federal de 1988 (GIUDICE, 2008): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

A nossa Constituição garante a igualdade de tratamento a homens, mulheres, brancos, negros, ricos, pobres, ou seja, são todos iguais perante a lei, inclusive minorias como os homossexuais, que são dignos do mesmo tratamento dado a todas as outras classes.

“Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual” (DIAS, 2007).

Todos merecem viver de acordo com seus princípios, pois o direito à liberdade permite escolhas, inclusive na vida amorosa, optando por outrem do mesmo sexo. O ser humano tem sua dignidade e não a pode perder pelo fato de ser homossexual.

A discriminação aos homossexuais vem de um longo tempo. Excluídas do sistema jurídico, as relações de pessoas do mesmo sexo acabam condenadas à invisibilidade. Mas, essa classe não é desprovida de direitos, pelo contrário, é protegida pela nossa Constituição, que garante a todos igualdade perante a lei.

Homoafetividade é um neologismo criado por Maria Berenice Dias, em seu livro *União homossexual: o preconceito e a justiça*, para designar as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

No princípio, chamavam-se sodomia as relações de pessoas do mesmo sexo. Seguiu-se a expressão homossexualismo, que foi afastada por significar ‘desvio ou transtorno sexual’. O sufixo ‘ismo’ utilizado para identificar doença foi substituído por ‘dade’, que quer dizer ‘um modo de ser’. Assim, surgiu a palavra homossexualidade, que, na Classificação Mundial das Doenças – CID, passou a nominar: ‘transtorno da preferência sexual’. (DIAS, 2002).

Quando o assunto é sexualidade, sempre existem tabus e preconceitos. Tudo o que é visto como fora do normal é rotulado de estranho, sendo repreendido, levando a sociedade a agir com discriminação e exclusão social.

“A democracia requer construção jurídica, o direito é assim, um meio indispensável para modelar e garantir a qualidade das instituições democráticas, a razão é um instrumento necessário para elaborar e interpretar o Direito.” (GIUDICE, 2008).

Para se ter uma sociedade justa e organizada, é necessário seguir normas e leis. É para isso que existe o Direito, para apontar o caminho certo, não permitindo preconceitos e injustiças, agindo com a razão.

Mas, para que não exista preconceito, é inevitável que as pessoas percebam que muitos valores mudaram e que precisam enxergar o novo e se acostumar a conviver com isso. Uma parte da sociedade é aberta a mudanças e aceita o diferente, porém outra parte não aceita e reage mal, é aí que está o problema.

A lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social cada vez mais acentuado, sendo as relações afetivas as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos. Dada a aceleração com que se transforma a sociedade, elas escapam ao direito positivado, não tendo o legislador condições de prever tudo o que é digno de regramento. (DIAS, 2005).

A sociedade se desenvolve muito rapidamente, fazendo com que as coisas aconteçam sem serem previstas em lei, deixando sempre um parcela desamparada, tendo esta, que ir atrás de seus direitos, na esperança de ser protegida. Novos acontecimentos fazem com que os advogados, magistrados e afins, sejam pegos despreparados para casos inéditos, sem saber o rumo que devem tomar.

A lacuna entre o direito vigente e a nossa realidade, no confronto entre o conservadorismo social e a emergência de novos valores, coloca os operadores do direito diante de um verdadeiro dilema para atender à necessidade de implementar os direitos de forma ampliativa. (DIAS, 2005).

Até que se passe a encarar de um modo natural quem se afasta do modelo tido como certo, normal, de conformidade com a moral e os bons costumes leva tempo, não é um processo simples, mas também não é impossível. Os vínculos homoafetivos têm passado por avanços, ganhando maior visibilidade e respeitabilidade.

Um grande avanço ocorreu, quando as uniões homoafetivas foram reconhecidas como sociedades de fato. As ações tramitavam nas varas cíveis e não nas varas de família. A mudança começou pelo Rio Grande do Sul, a partir do ano de 2001. Definida a competência das varas de família, as uniões de pessoas do mesmo sexo passaram a ser identificadas como entidade familiar.

Recentemente as uniões homoafetivas foram beneficiadas sendo reconhecidas por votação unânime pelo Supremo Tribunal Federal, assegurando direitos como meação, exercício da inventariança, direitos reais, entre outros.

Estabelece a Constituição em capítulo próprio sobre a família, a começar pelo artigo 226 e desdobramentos. Entende-se pelo *caput* de tal artigo, que família é uma instituição protegida pelo Estado, por ser a base formadora da sociedade. Tal artigo apresenta um problema doutrinário:

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

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

De acordo com o parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição, atualmente, a família toma novos aspectos obedecendo tão somente aos princípios da afetividade, ostensibilidade e estabilidade. Entende não ser necessário a presença de um homem e uma mulher para poder constituir uma entidade familiar. Esta entidade é denominada monoparental, que dispensa a existência do casal, exigindo basta-se que comprove os requisitos exigidos no conteúdo do parágrafo. (PINTO, 2008).

São requisitos essenciais para configurar entidade familiar: afetividade (o afeto é o principal vínculo, entre os membros da família); estabilidade (união afetiva digna de reconhecimento como entidade familiar, duradoura, e com afetividade presente constantemente); ostensividade (que seja notória, a figura familiar enquanto espaço de afeto e amor entre seus integrantes). (GIUDICE, 2008).

Não é necessário que para uma família ter os citados requisitos essenciais, seja formada por pai, mãe e seus filhos. Com essas características encontramos muitas entidades familiares, de parentes, assim como, de pessoas que se unem por laços de afetividade. Sendo democrática nossa Constituição não podemos interpretá-la discriminatoriamente, ou seja, se organizações afetivas que possuem mesmas organizações, finalidades, não podem ter tratamento diferenciado .

A maior parte da doutrina entende que é expresso o descaso do Estado ao reconhecer como união estável somente a entre homem e mulher, ainda que não existam diferenças entre aquela e a convivência homossexual, fato este, que possa dificultar a proteção da relação homoafetiva como entidade familiar. (GIUDICE, 2008).

Os grandes pilares da Constituição brasileira são liberdade e igualdade, Maria Berenice Dias, em acórdão, narra:

Tais enunciados não podem se projetar no vazio, não se concebendo como normas programáticas, sendo necessária reconhecer sua eficácia jurídica no Direito de Família, que recebe seu influxo. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito da opção sexual. (GIUDICE, 2008).

O princípio da dignidade humana é considerado como cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade, garantia que está expressa na nossa Constituição. Portanto, em todos os casos que necessitem recorrer à Justiça, a interpretação dada será aquela que tem por base tal princípio. Do mesmo modo irradiam outros princípios também acolhidos constitucionalmente, em especial o da igualdade. (GIUDICE, 2008).

Liberdade e igualdade, deveriam ser vistas no cotidiano de todos os brasileiros, mas infelizmente essa não é a realidade. Todos os dias ouvimos casos de homossexuais que são destratados, apenas pelo fato de usufruírem de sua liberdade, como se fossem diferentes do resto da sociedade.

Maria Berenice Dias, em sua obra: Homoafetividade: O que diz a Justiça!, esclarece:

O fato de não haver previsão legal para específica situação não impede seu reconhecimento nem significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Portanto, julgar compreende também a identificação do direito a ser aplicado quando a legislação não oferece uma solução à hipótese submetida a juízo. Não ter lei não significa ausência da possibilidade de se extraírem efeitos jurídicos de determinações fáticas. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativas para negar a prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de

reconhecer a existência de um direito merecedor de tutela jurídica.(GIUDICE, 2008).

A Constituição Federal de 1988 não faz referência às uniões homoafetivas, porém, também não se manifesta contra tal relação. Se a lei, não exclui, expressamente, a proteção das uniões homoafetivas, então fazemos referência ao que Bobbio chamou de Norma Geral Exclusiva, que é uma das premissas básicas do pensamento Kelseniano, que afirma que "tudo o que não está explicitamente proibido, está, implicitamente, permitido", idéia protegida pela Constituição Federal que afirma que "ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" em seu artigo 5º, inciso II. (RODRIGUES, 2010).

O matrimônio, o sexo, ou a capacidade de procriar não são elementos fundadores da família, ou seja, não é assim que se justifica a existência de um núcleo familiar. O que é necessário é amor, responsabilidade, respeito, afeto, qualidades que um casal homoafetivo pode perfeitamente passar um ao outro.

“Não podemos mais fechar nossos olhos para a problemática existente em nossa sociedade. Gostemos ou não, a verdade é que as famílias homossexuais têm-se proliferado e a maioria vive muito bem. Não cabem mais discriminações, a Carta Magna consagra igualdade a todos os homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza.” (GIUDICE, 2008).

O papel do Direito é garantir que o indivíduo possa exercer sua dignidade de forma igualitária, inclusive a livre manifestação sexual, dentro da ética e da moral para que os valores familiares possam ser garantidos. Vivemos em um Estado laico e por isso não se pode manter a discriminação e o preconceito, pois, assim haverá sempre uma contradição entre a nossa realidade e a nossa Carta Magna.

2 ADOÇÃO

Adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. (PEREIRA, 2005).

O primeiro conceito de adoção que se tem notícia é o de Cícero: “Adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não se pôde obter” (FERNANDES, 2004).

Segundo Maria Helena Diniz (2002):

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 39, §1º, define a adoção como “medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.”

Na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. Se fugir de tais parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento. A adoção possibilita que se constitua um laço de parentesco de 1º grau na linha reta, entre adotante e adotado.

A adoção é irrevogável, mesmo que os adotantes venham a ter filhos, aos quais o adotado está equiparado, tendo os mesmos deveres e direitos, proibindo-se qualquer discriminação. Esse tratamento não discriminatório e de igualdade visa respeitar e preservar a dignidade da pessoa humana. Só se extingue em hipóteses especiais, por deserdação, indignidade, pelo reconhecimento de paternidade do pai biológico e pela morte do adotante ou do adotado.

Teve evolução histórica de forma peculiar, como forma constitutiva do vínculo de filiação. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico. A Bíblia nos dá notícia de adoções pelos hebreus. Também na Grécia, o instituto era conhecido como forma de manutenção do culto familiar pela linha

masculina. Porém, foi em Roma, que a adoção difundiu-se e ganhou contornos precisos. (VENOSA, 2005).

“A idéia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-lares. Nessa contingência, o *pater familias*, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade. O princípio básico do instituto antigo que passou para o direito civil moderno era no sentido de que a adoção deveria imitar a natureza: *adoptio naturam imitatur*. O adotado assumia o nome e a posição do adotante e herdava seus bens como consequência da assunção do culto. O direito sucessório, permitido exclusivamente pela linha masculina, também era corolário da continuidade do culto familiar” (VENOSA, 2005).

Havia duas modalidades de adoção no Direito Romano. A *Adoptio* era a adoção de um *sui iuris*, uma pessoa capaz, um emancipado ou *pater familias*, que abandonava publicamente o culto doméstico originário para assumir o culto do adotante, tornando-se seu herdeiro. A *Adrogatio*, que pertencia ao Direito Público, exigia formas solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia o próprio adotando e sua família, não sendo permitida ao estrangeiro. Havia interesse do Estado, pois a ausência de continuador do culto doméstico poderia redundar na extinção de uma família (VENOSA, 2005).

Era exigida a idade de 60 anos para adotar, destes, 18 anos mais que o adotado e ainda, que não tivesse filhos naturais, nas duas modalidades de adoção. A mulher não podia adotar. Somene pôde fazê-lo, na fase imperial, com autorização do imperador.

Em época recente do Direito Romano, surgiram duas formas de *adoptio*: *adoptio plena*, realizada entre parentes, ocorria apenas quando o adotante era um ascendente que não tinha o pátrio poder sobre o adotado. O pai adotivo adquiria a *patria potestas*. Já a *adoptio minus plena*, era modalidade nova, ocorrendo sempre que o filho era dado em adoção a um estranho. Essa modalidade não gerava a *patria potestas*, facultando-se, assim, a adoção pelas mulheres (VENOSA, 2005).

Na Idade Média, a adoção cai em desuso, sob novas influências religiosas e com a preponderância do Direito Canônico. Estando de volta com a legislação da Revolução Francesa na Idade Moderna, tendo sido inserida no Código de Napoleão de 1804. Lei Francesa de 1923 ampliou a adoção. Outra Lei naquele país, no ano de 1939, fixou a

legitimação adotiva, com maior amplitude e aproximando o adotado da filiação legítima (VENOSA, 2005).

No Brasil, a adoção civil ou comum era regulada nos artigos 368 a 378 do Código Civil de 1916. Lei eminentemente patrimonial, priorizava os adotantes, ficando o adotado em segundo plano. O Código disciplinou a adoção conforme tendência internacional da época, ou seja, como instituição destinada a dar prole àqueles que não tinham e não podiam ter filhos. Somente era possível na idade dos 50 anos. A adoção era feita por escritura pública, sem interferência do magistrado.

O mesmo Código Civil, na sua versão original, dizia no seu artigo 368: “Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada, podem adotar.” E o artigo 370 complementava “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher”.

Com o passar do tempo e a atualização das idéias, tornou-se necessária a modificação do Código Civil, o que ocorreu com a chegada da lei 3.133/57, e a adoção sofreu profundas alterações. Essa lei reduziu de 50 para 30 anos a idade mínima para adotar, com ou sem filhos legítimos ou ilegítimos. Na redação dada ao artigo 377, do antigo Código, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária (VENOSA, 2005).

Com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, foram equiparados os filhos de qualquer natureza: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Diferente do que ocorria com a adoção do Código Civil de 1916, o filho adotivo concorre na sucessão aberta do pai sem qualquer restrição. É herdeiro necessário e na partilha, receberá o mesmo que os filhos havidos de relação de casamento. Está ainda, em condições iguais, com relação ao que se estabelece no artigo 229 da Constituição Federal, o qual impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, como também, vigora o mesmo dever de ajudar e amparar os adotantes na velhice, carência ou enfermidade.

Nos dias atuais no Brasil, a adoção é regida pelo Código Civil que com o advento da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 (Nova Lei da Adoção), teve revogados os artigos 1.620 e 1.629 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Deve haver intervenção do juiz, em processo judicial, com participação do Ministério Público.

Logo, restaram apenas os artigos 1.618 e 1.619 do citado código com relação à adoção. Tais artigos foram ainda reformados pela nova lei, sendo mantidos no Código Civil, apenas para preceituar que a adoção de crianças e adolescentes será realizada de acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente e, que a adoção de maiores de 18 anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva.

Havia uma divergência com relação à idade mínima para adotar antes de a Lei nº 12.010/09 ser promulgada. O Código Civil, norma geral, dizia que só poderiam adotar os maiores capazes de dezoito anos, independente do estado civil. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente afirmava ser vinte e um anos a idade mínima para adotar. Como nosso sistema admite que norma especial prevalece sobre a geral, ficou fixada até o advento da referida lei, a idade mínima do adotante em vinte e um anos. E, com o surgimento desta lei, ocorreu a unificação de ambos os textos legais sobre tal matéria.

A Nova Lei de Adoção estabelece a idade mínima de dezoito anos para adotar, pois, essa é a idade que se alcança a capacidade civil plena, na qual a pessoa tem pleno discernimento, com relação aos atos que pratica. O fato de ser capaz quanto aos atos da vida civil não irá afastar o dever de se verificar se a sua presença será benéfica aos interesses do adotando.

A adoção pode ser singular, independente do estado civil (artigo 1.618 do Código Civil) ou por casal, ligado pelo patrimônio ou união estável, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade e comprove a estabilidade familiar.

Ao adotar individualmente, o adotante mesmo que casado não depende da anuência do outro cônjuge para efetuar a adoção, pois tal exigência não consta no artigo 1.647 do Código Civil, que especifica quais os atos que o cônjuge não pode fazer sem o consentimento do outro.

Mas, tal possibilidade vai de encontro com o conteúdo do artigo 1.611 do Código Civil, o qual reza que, para o reconhecimento da filiação, o filho adotado somente poderá residir no lar conjugal se houver o consentimento do cônjuge ou companheiro. Provavelmente o adotado terá domicílio, se for maior e independente.

Como prevê o artigo 165, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em se tratando de adoção por um casal, a anuência de ambos os cônjuges ou companheiros, é requisito fundamental: “Qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste [...]”

A diferença de idade entre o adotante e o adotado deve ser de, no mínimo, dezesseis anos. “[...] imitando a filiação biológica, e propiciando autoridade e respeito” (PEREIRA, 2005). Pois não se poderia conceber um filho de idade igual ou superior a qualquer dos pais, por ser imprescindível que o adotante seja mais velho, para que seja possível desempenhar com responsabilidade o exercício do poder familiar.

São também requisitos para o deferimento da adoção, o consentimento dos adotantes, consentimento dos pais ou dos representantes legais de que se deseja adotar, se vivos, conhecidos e localizados. Tratando-se de adotando maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, processo judicial e efetivo benefício para o adotado (artigos 42, §2º e 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Atendendo aos princípios que norteiam o direito da criança e do adolescente, que são o melhor interesse, prioridade absoluta e proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece os direitos fundamentais, entre os quais o direito à convivência familiar. Porém, se esta regra da criança ou adolescente ser criado e educado na sua família natural não for possível, deve o jovem ser inserido em família substituta, sob a modalidade de guarda, tutela ou adoção, para que a vida em família seja preservada. Assim, a família substituta é pela adoção.

A nova Lei alterou o artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando o §1º para textualizar a adoção como medida excepcional à família natural e também à família extensa ou ampliada - aquela que se estende além da unidade dos pais e filhos ou da unidade do casal e se forma pelos parentes próximos que tenham vínculo de afinidade e afetividade com a criança ou o adolescente (artigo 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente). Pois a adoção somente deve ser deferida na impossibilidade de se manter a criança ou o adolescente na família natural ou na família extensa. Logo, é estimulada a preservação do jovem na família de origem, considerada em sua amplitude, tendo sempre o afeto como maior valor.

O ambiente familiar adequado atua como elemento estrutural para o desenvolvimento físico, emocional, social e da personalidade da criança e do adolescente. A Lei nº 12.010/09 limita o tempo de abrigamento em dois anos, buscando sua reintegração à família natural ou sua integração em família natural, conforme o artigo 19, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (acrescentado pela citada lei):

§2º - A permanência da criança e do adolescente em programa do acolhimento institucional não prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo

comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

O programa de acolhimento institucional somente deverá ser utilizado como medida subsidiária ao acolhimento familiar, modalidade incluída pela nova Lei, dentre as medidas protetivas do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas, os acolhimentos familiar e institucional são medidas provisórias e excepcionais utilizadas para reintegração do jovem na sua família natural ou, em última hipótese, em família substituta. Tais medidas protetivas devem ser reavaliadas a cada seis meses, de acordo com a Lei nº 12.010/09, que acrescentou o §1º ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Antes de seu nascimento o jovem já tem a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, ao garantir direitos à gestante, preserva o nascituro durante o período gestacional, para o nascimento com vida e saúde. Tal proteção foi ampliada pela Lei nº 12.010/09, garantindo acompanhamento psicológico durante a gravidez e depois no período pós-natal, para prevenir as intercorrências emocionais que afetam o nascituro e as consequências do estado puerperal. E ainda traz assistência psicológica à gestante ou à mãe que deseja dar seu filho em adoção, acrescentando os §§ 4º e 5º ao artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (PINTO, 2011).

À adoção não cabe arrependimento, pois, requer, plena consciência do significado da medida, além do carinho e afeto e se cria o vínculo filial, o qual é irrevogável. A Lei nº 12.010/09 tornou mais rígida a exigência de prévio cadastro daqueles que desejam adotar, com exceção da adoção unilateral, aquela na qual a pessoa adota filho de seu cônjuge ou companheiro, comprovado o vínculo afetivo, e preenche os requisitos para a adoção.

Para a concretização da exigência de prévio cadastro, a nova Lei exige uma preparação dos adotantes, a qual será feita durante o processo de habilitação. A preparação psicossocial e jurídica será feita pela equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude. Em cada comarca ou foro regional a autoridade judiciária manterá um cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

Em se tratando de adoção internacional, aquela em que a pessoa ou o casal é residente ou domiciliado fora do Brasil, não era definida no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que gerava dúvidas, mas veio a ser parte da nova Lei. A adoção

internacional é forma excepcional de colocação de criança e adolescente em família substituta, e somente será deferida se, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil, após ser consultado o cadastro de pessoas interessadas a adotar mantido pelo Juizado da Infância e Juventude estadual e nacional. Os brasileiros que vivem no exterior ainda têm preferência aos estrangeiros (PINTO, 2011).

A adoção é ato pessoal e exclusivo do adotante, e é vedada por procuração (artigo 39, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente). A adoção pode ser judicialmente anulada, desde que não sejam seguidas as devidas prescrições legais (artigo 166, incisos Ve VI do Código Civil).

Na falta de nova regulamentação, é da competência dos juízes das Varas de Família a concessão da medida aos adotandos que já atingiram a maioridade, ressalvada a competência exclusiva do juízo da Infância e Juventude para concedê-la às crianças e adolescentes, e ainda, aos que já alcançaram a maioridade, mas estavam sob a guarda ou tutela dos adotantes, como está previsto no artigo 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Daí, cabe apenas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 39 ao 52, tratar sobre a adoção de menores, disciplinando, também, no que se refere à habilitação dos pretendentes à adoção.

Na adoção também existe a licença-maternidade, que é válida desde a promulgação da Lei nº. 10.421, de 15 de Abril de 2002 na qual assumiu-se um período de tempo em que os adotantes possam estreitar uma maior afinidade com a criança. A referida lei acrescentou à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) o artigo 392-A. Configurando-se como a interrupção do contrato de trabalho sem prejuízo do emprego e do salário (PEREIRA, 2005).

Com tal artigo, percebeu-se a licença-maternidade no caso de adoção ou guarda judicial da criança. Foi considerada, especialmente, a idade da criança fixando prazos diversos para o afastamento da mãe adotiva ou da detentora da guarda provisória: até 1 ano de idade, o período de licença será de 120 dias; a partir de 1(um) ano a 4 (quatro) anos de idade, a licença será de 60 dias; crianças com mais de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 dias. É exigido para isso a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã (PEREIRA, 2005).

O próximo passo será reconhecer também ao pai adotivo uma licença, que já é assegurada aos trabalhadores urbanos e rurais, no tempo de 5 (cinco) dias, cujas

diretrizes encontram-se no princípio constitucional do artigo 7º, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2005).

Um ponto controverso é que a Lei é omissa em relação à adoção por casais homoafetivos. Percebe-se que, a Lei Ordinária deixou de tornar mais verdadeiro e eficaz o aludido Princípio da Igualdade, dando aos homossexuais a possibilidade de ter resguardado o direito de junto com seu parceiro se submeter ao processo de adoção.

Existem vários casos de adoção por casais do mesmo sexo no Brasil mas apenas após recurso aos tribunais. A adoção conjunta por união homoafetiva é vedada pela lei. Não obstante, o Poder Judiciário já se decidiu em contrário.

Não influenciam na capacidade ativa da adoção o estado civil, a nacionalidade, o sexo, tampouco a orientação sexual. O adotante deve, todavia, estar em condições morais e materiais de desempenhar a função parental.

Logo, se a adoção pode ser deferida individualmente, um homossexual pode adotar, apenas individualmente, haja vista, que a legislação brasileira admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo em votação recente do Supremo Tribunal Federal, mas ainda não permite a adoção por tais casais.

Mesmo nos países que já se adiantaram na regulamentação das uniões homoafetivas, a adoção entre eles não tem sido admitida, salvo algumas exceções. A questão é objeto de grandes debates, colocando juristas, psicólogos, assistentes sociais, entre outros especialistas em posições antagônicas (FERNANDES, 2004).

Há uma distinção entre a adoção por pessoa homossexual (adoção unilateral) e adoção por um casal homossexual (adoção conjunta). A primeira não tem gerado as reações e objeções da segunda. A regra principal sobre o assunto está no artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele por qualquer modo incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

“Trata-se de uma fórmula ampla, abrangente, que permite a análise de cada caso. A equipe técnica, o membro do Ministério Público e o juiz, diante do parâmetro legal, verificarão, concretamente, se o interessado preenche os requisitos, oferece ambiente familiar adequado. Em qualquer hipótese, tem de prevalecer o melhor interesse da criança ou do adolescente. E o preconceito, a prevenção quanto à orientação sexual do

adotante, além de ser injusta, retrógrada e inconstitucional, não pode prevalecer diante das necessidades, expectativas e proteção do adotado” (FERNANDES, 2004).

A opinião dominante na doutrina e em muitos julgados, é que a adoção por casais do mesmo sexo não representa, por si só, uma espécie de atentado à integridade moral do menor. Não existe impedimento legal para se condenar a possibilidade jurídica de tal adoção, uma vez que a capacidade para adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante.

Luiz Carlos de Barros Figueirêdo adverte que:

(...) muitos homossexuais levam vidas inteiramente ajustadas, completamente fora dos padrões estereotipados que se tenta generalizar, sem que sua preferência sexual tenha influência negativa determinante no adotando, ao contrário do que, eventualmente, pode ser observado em alguns heterossexuais que, mesmo enquadrados na visão normal da maioria, podem influenciar negativamente aquele a quem adotou, especificamente em função de sua conduta sexual (FERNANDES, 2004).

A homossexualidade do adotante não constitui um fator de perturbação emocional para a criança e, uma vez atendidos todos os requisitos legais, sendo favorável o parecer psicológico de equipe técnica, a adoção deve ser deferida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e as outras leis que regem a adoção, não trazem nenhuma vedação, explícita ou implícita, para que uma pessoa homossexual adote. O primordial é que o candidato tenha idoneidade moral, presente disposição e capacidade para assumir os encargos decorrentes da maternidade ou da paternidade adotiva. O que tem que ser levado em consideração é se a medida atende aos interesses, se é útil, boa, oportuna, conveniente para o adotando, trazendo vantagens para este, e se é fundada em motivos legítimos.

3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente com nova redação dada pela Lei 12.010/09 estabelece que os maiores de 18 anos podem adotar, independente do estado civil, mas vedada a possibilidade da adoção conjunta se o casal não for casado ou não viver em união estável. Logo, não há vedação legal alguma à pessoa homossexual solteira que postula adotar, desde que, cumpridas as exigências e formalidades da lei.

Segundo o artigo 43 do ECA, “ a adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Como mostra a jurisprudência (BLUM, 2001) :

ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER – O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato, pela emissão de Declaração de Idoneidade para a Adoção com parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, e apresenta reais vantagens para o Adotando, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e frequenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercer o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. **JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO NA INICAL. 1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO RIO DE JANEIRO – PROCESSO Nº 97/1/03710-8/ JUIZ SIRO DARLAN DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 1998.**

“Se em uma união entre duas pessoas, os parceiros, ainda que do mesmo sexo, tiverem um lar duradouro, onde cumpram com os deveres de fidelidade e assistência recíproca e convivam num ambiente digno e tranquilo, não se pode negar uma real vantagem para o adotando.” (BLUM, 2001).

A adoção unilateral por homossexual muitas vezes, torna-se um problema, pois o casal tem o desejo de criar um filho, mas por encontrar muitos obstáculos, ou por vergonha, não tenta a adoção conjunta, tornando a criança filha apenas de um integrante, mesmo sendo criada pelos dois.

A noção errônea de que todo homossexual é promíscuo e não tem condições de educar decentemente uma criança é a justificativa daqueles que se opõem à adoção

homoafetiva. Está claro que há homossexuais, como também, heterossexuais, que não têm os atributos legais para a adoção.

Atendidos os pré-requisitos estabelecidos em lei, não há o que ser discutido sobre a possibilidade jurídica de homossexual solteiro adotar, já que o parâmetro do instituto não é a sexualidade e, sim, o superior interesse do menor. Mas, quando o casal tem o intuito de adotar e o processo para fins legais se faz apenas unilateralmente, ou seja, só um companheiro postula, o interesse do menor fica em segundo plano. Nesse sentido, Edileuza Gobbo *apud* Fernandes, afirma que:

A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios, que, ao invés de ter em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante. (FERNANDES, 2004).

Seja pela separação do par ou pela morte de quem não é legalmente o genitor, não pode o filho desfrutar de qualquer direito daquele que também reconhece como verdadeiramente seu pai ou sua mãe. Essa limitação acarreta injustificável prejuízo ao menor.

Na adoção conjunta é condição essencial o vínculo matrimonial ou a comprovação de que o casal constitui união estável. Esta foi aprovada recentemente entre os casais homoafetivos pelo STF, no dia 04 de Maio de 2011, por unanimidade, mas a adoção ainda não está prevista na lei. Embora existam vários casos de adoção por casais do mesmo sexo no Brasil, apenas após recurso aos tribunais.

O ministro Ayres Britto argumentou em seu voto que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Na sustentação do seu voto, o ministro Ayres Britto disse que em nenhum dos dispositivos da Constituição Federal que tratam da família está contida a proibição de sua formação a partir de uma relação homoafetiva. Também ao contrário do que dispunha a Constituição de 1967, segundo a qual a família se constituía somente pelo casamento, a Constituição de 1988 evoluiu para dar ênfase à instituição da família, independentemente da preferência sexual de seus integrantes.

“A preferência sexual é um autêntico bem da humanidade”, afirmou ainda o ministro, observando que, assim como o heterossexual se realiza pela relação heterossexual, o homoafetivo tem o direito de ser feliz relacionando-se com pessoa do mesmo sexo.

Por fim, o ministro disse que o artigo 1723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações.

Nesse sentido, analogicamente, deve-se permitir a adoção por casais homoafetivos, entendendo que não há dispositivo taxativo proibindo-os de adotar. É a mesma linha do pensamento Kelsiano de que “tudo o que não está expressamente proibido, está, implicitamente permitido”, o que na mesma linha de pensamento, assevera Bobbio, no que chama de Norma Geral Exclusiva, ou seja, não há espaço jurídico vazio.

Havendo a impossibilidade de se aplicar a Norma ao caso concreto, o juiz deve se valer da analogia (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). A homossexualidade deve ser acatada e respeitada com base nos direitos da personalidade.

Então, se a lei não afirma taxativamente que é proibida a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, o entendimento estende-se à possibilidade de adoção pelos parceiros homoafetivos, pelo fato de viverem uma união estável.

Ainda na Lei de Introdução ao Código Civil, reza o seu artigo 5º que o juiz na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, o que consagra a equidade, a aplicação alternativa do direito, observado o sistema normativo.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, abrange os direitos da personalidade. O indivíduo recebe proteção total com o conhecimento de tais direitos. São subjetivos da pessoa, inatos, imprescritíveis, irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, que se relacionam com o próprio modo de ser e de viver, liberdade, integridade,

imagem, reputação, honra, privacidade e ainda, a autonomia de exercer a orientação sexual.

Deixar de conferir efeitos às uniões homossexuais, ignorando, excluindo, perseguindo, ferem profundamente vários princípios, assim como, desobedecem muitos preceitos, os mais importantes de nossa Constituição, especialmente o fundamento da dignidade da pessoa humana, o objetivo republicano de construir uma sociedade livre, justa e solidária e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade, etc.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) síntese de todos os direitos fundamentais. Quanto ao aspecto moral, um dos papéis do Estado é o de garantir uma vida digna às pessoas. Ofender ou agredir, física ou espiritualmente, um indivíduo por sua orientação sexual, fere o princípio da dignidade humana.

O objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1º, inciso I da Constituição Federal) tem um profundo conteúdo ético e social, e tem a finalidade de afastar as injustiças e desigualdades. O homem é livre, tem autonomia para assumir e exercer sua orientação sexual, sendo injusto, alguém ser perseguido por isto. A liberdade é um bem supremo.

Discriminar alguém por ter uma determinada orientação sexual é agredir os direitos humanos, é ferir o ser humano em sua liberdade, em sua individualidade, intimidade, vida privada. Sérgio Rezende de Barros afirma que direitos humanos são poderes-deveres:

Constituem direitos que ao mesmo tempo são deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada um e de cada um para com todos – nos aspectos objetivos e subjetivos necessários a manter a humanidade pela manutenção da comunidade humana fundamental, isto é, pela preservação dos fatos e valores que são logicamente porque são historicamente comuns e necessários à humanidade (FERNANDES, 2004).

O princípio da igualdade (ou da isonomia) é o princípio dos princípios (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal). Só existe Democracia onde todos são iguais perante a lei. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (artigo 5º, inciso I) e muito se deve ao Cristianismo, que até a atualidade difunde este princípio, que se relaciona com a liberdade, sendo ambos valores básicos, elementares, fundamentais.

Os argumentos dos que se posicionam contra a adoção por casais do mesmo sexo são ultrapassados. Seguindo um paradigma religioso ou pessoal, esses discursos se fundamentam na crença de que a constituição de tal família gere na criança perturbações emocionais e frustrações das mais variadas ordens como ser alvo de chacotas, piadas, passando por constrangimento na escola, no meio em que vive, acarretando dificuldades insuperáveis na sua inserção social.

Outro argumento, mais preconceituoso e retrógrado, é que a orientação sexual dos pais homossexuais induza na orientação sexual dos filhos, sendo também o adotante um homossexual. Isso não se sustenta, os filhos não seguem, necessariamente, a orientação sexual de seus pais, se assim fosse, não haveria homossexuais filhos dos mais conservadores casais heterossexuais. É possível que os pais homoafetivos, assim como os pais heterossexuais, quando estruturados, criem seus filhos com respeito e amor, buscando para eles sempre o melhor. Essas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias com essa conformação.

“Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não-convencionais, filhos de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais *gays*. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos [...]” (DIAS, 2001).

Essas crianças não apresentam nada de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada nenhuma tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a ser homossexuais.

Quem combate a adoção por casais homoafetivos, não leva em consideração que a paternidade ou a maternidade, antes de tudo, são funções que necessariamente não precisam estar vinculadas ao sexo dos pais. Um pai pode funcionar como pai e mãe, uma mãe que cria o filho sozinha, exerce os papéis de pai e mãe, como estamos tão acostumados a ver no nosso país.

“[...] Não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gera patologias, desvios ou problemas de ordem comportamental, psíquica ou social. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à

estabilidade emocional decorrentes do convívio com pais do mesmo sexo” (DIAS, 2001).

Assim, nada justifica a visão errônea de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente excluído ou marcado, ou ainda terá o seu desenvolvimento prejudicado. O que não pode faltar é a vontade e a disposição dos pais em propiciar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável.

Depois da votação histórica que reconheceu como união estável a homoafetiva, o segundo passo será permitir a adoção por esses casais, por norma legal expressa. Maria Berenice Dias observa que há grande dificuldade em aceitar a adoção por casais do mesmo sexo, mesmo entre os que vêem as relações homoafetivas como uma expressão da afetividade:

Como as relações sociais são marcadas predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência em face da crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais e, por consequência, a possibilidade de ocorrerem sequelas de ordem psicológica (DIAS, 2001).

Ainda segundo a autora, é garantida a possibilidade legal de adoção por parte de casal homossexual, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente não traz restrição à possibilidade de adotar, nem faz referência à orientação sexual do adotante, e, na ausência de impedimento, deve prevalecer o conteúdo do artigo 43 da lei menorista: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo” (DIAS, 2001).

Na nossa Constituição não é possível que por causa da preferência sexual de alguém, seja excluído o direito à paternidade e à maternidade, batendo de frente com o princípio da igualdade e com a vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

De todas as discriminações das quais são vítimas os homossexuais, a de não terem o direito de ter filhos adotivos é a mais cruel. São impedidos de realizarem o sonho de ser pais ou mães, tornando inviáveis as realizações de seus projetos pessoais como seres humanos, de terem uma família e filhos a quem dar amor e transmitir o que aprenderam ao longo da vida (DIAS, 2001).

O direito de ter filhos está incluído nos direitos de personalidade, pois a maternidade e a paternidade fazem parte da realização de qualquer ser humano. Não há dúvida que existe um direito subjetivo de ter filhos, do qual tratam os direitos de

personalidade e de família, sendo principalmente um desejo pessoal da personalidade da pessoa.

O artigo 227 da Constituição Federal, consagra o princípio da proteção integral, atribuindo ao Estado o dever de assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, os quais não encontrarão na rua, meninos e meninas, quando largados à própria sorte.

Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais é, antes de qualquer coisa, negar às crianças abandonadas pelos pais, ou que foram deles retiradas em razão de violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas, onde poderiam ter o carinho e o cuidado que necessitam. Não se pode olvidar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação de risco, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção.

“[...] A adoção constitui uma maneira legítima para assegurar o respeito ao interesse superior da criança, sendo um direito fundamental de todo o indivíduo crescer em uma família e usufruir uma vida familiar e comunitária, contrapondo-se ao habitual sistema de institucionalizações, que mantém crianças e adolescentes abandonados moral e materialmente pelos pais, em regime fechado, privando-os da colocação em família substituta” (DIAS, 2001).

Os pretendentes à adoção desejam encontrar crianças que sejam sua imagem e semelhança, como forma de encobrir a incapacidade procriativa do casal. É inviável a adoção homoparental somente de crianças inadotáveis, ou seja, crianças doentes, não-brancas ou com idade além do desejado (DIAS, 2001).

Deferir a adoção a pares homossexuais de crianças que ninguém quer é discriminar a criança por sua doença, origem, marginalidade e depois, o homossexual por sua orientação sexual, por sua forma de ser e viver.

É necessário rever princípios e valores, abrir espaços para novas discussões e afastar a severa resistência contra indivíduos ou casais homossexuais. O preconceito com relação a orientação sexual do adotante, não pode prevalecer diante das necessidades, expectativas e proteção do adotado, assim como a injustiça e a inconstitucionalidade.

Opiniões ou convicções de ordem moral não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais e sem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma

família de pessoas de sexos distintos ou não. Pais verdadeiros são aqueles que dão amor incondicional.

As parcerias homoafetivas merecem todo o respeito da sociedade, assim como a atenção do legislador. Sem dúvidas, no estágio atual do nosso direito, nada impede que um homossexual promova a adoção, trazendo o adotado para conviver com o parceiro, com o qual mantém um vínculo afetivo estável.

A adoção entre casais homoafetivos é raramente admitida ao redor do mundo. A Holanda foi o primeiro país a permitir tal adoção. Nos demais países que admitem o casamento de homossexuais, Bélgica, Espanha e Canadá, não existe restrição à adoção.

Hoje, no Brasil, há um número alarmante de crianças em orfanatos à espera de uma família, um lar, amor e atenção. Privar os homossexuais de exercer o direito pessoal de adotar é, por extensão, privar tais crianças do que assegura a Carta da República nos princípios protecionistas à infância, aos desenvolvimento saudável, à educação, à saúde e à Dignidade Humana.

Será que as pessoas que não apóiam a adoção por os casais homoafetivos, não percebem que o mais importante é ter uma casa, recebendo amor, atenção, educação? Para as crianças abandonadas, o fato de serem adotadas por dois pais ou duas mães será apenas um detalhe, pois, o que realmente importa para quem não tem um lar, é ter um cantinho seu para morar, onde receba as condições mínimas para viver com dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção existe desde a antiguidade, em Roma era exigida a idade de 60 anos para adotar, com uma diferença de 18 anos entre adotante e adotado. E para adotar era necessário não ter filhos. Com o passar do tempo, foi sofrendo modificações, sempre buscando o melhor para aqueles que precisam de uma família.

A adoção passou por mudanças com a Lei nº 12.010/09, como a idade mínima para adotar que agora é de 18 anos, a diferença de idade entre adotando e adotado de pelo menos 16 anos, os menores não poderão permanecer por mais de dois anos em abrigos ou orfanatos, dentre outros avanços. Esta lei veio com o desafio de dar mais celeridade aos processos de adoção e resolver um problema social que há muito vem aguardando uma solução.

Nos dias atuais, tem a função de dar pais às crianças abandonadas, além de dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente. Se assim não for, a adoção perderá sua finalidade.

O Código Civil de 1916, via o filho adotivo de forma diferente daqueles havidos no casamento. Hoje, sendo herdeiro necessário, concorre na sucessão aberta do pai sem qualquer restrição, tendo os mesmos deveres e direitos. Esse tratamento não discriminatório e de igualdade visa respeitar e preservar a dignidade da pessoa humana.

Qualquer pessoa com a idade mínima de 18 anos pode adotar, sendo casada ou não. Se sim, pelo matrimônio ou união estável, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade e comprove a estabilidade familiar.

Já que qualquer solteiro maior de idade pode adotar, um homossexual pode fazê-lo, mas apenas de forma singular, pois, a Lei é omissa em relação à adoção por casais homoafetivos.

Existem vários casos de adoção por casais do mesmo sexo no Brasil mas apenas após recurso aos tribunais. A adoção conjunta por união homoafetiva é vedada pela lei. A legislação brasileira admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo em votação recente do Supremo Tribunal Federal, não permitindo por estes, ainda, a adoção.

Como um casal de homossexuais ainda não pode pleitear uma adoção, a solução encontrada no momento, é um dos dois adotar e levar a criança para viver ao lado do outro parceiro.

Não estão entre os requisitos para adotar, o estado civil, a cor da pele, o sexo, tampouco a orientação sexual. O mais importante é que o adotante esteja em condições morais e materiais para exercer essa função.

Homossexualidade não é doença. É um modo de ser, afirmação da personalidade, exercendo sua liberdade. Não é uma escolha consciente, e sim, uma variação do impulso sexual.

Os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, vedam discriminações, tratamentos desiguais. Para haver democracia, todos tem que ser iguais perante a lei. E os homossexuais merecem viver sem perseguições, sem preconceitos, exercendo seus direitos como todo e qualquer cidadão.

Quando duas pessoas do mesmo sexo vivem juntas, em um ambiente saudável, onde predomine afeto e o respeito e existam os mesmos requisitos da união estável entre o homem e a mulher, não há motivos para serem negados os mesmos direitos a esse convívio, que em nada deixa a desejar em relação às demais entidades familiares.

A adoção entre os casais homoafetivos é uma solução para a problemática das crianças que estão em orfanatos à espera de uma família. O que precisa ser colocado à frente de tudo é o superior interesse do menor. Os legisladores precisam pensar em como esse tipo de adoção vai diminuir essa espera tão dolorosa, dando uma vida digna aos menores e também aos homossexuais que estarão realizando o desejo da paternidade ou maternidade

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLUM, Melissa de Mattos. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/direitodecuritiba/melissademattosblum/a-docaohomoafetiva.htm>. Arquivo capturado em 10 de mai de 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406/02.**

_____. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2009.

_____. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

Chaves, CAMILA OLIVEIRA. Carmo, CLÁUDIO JOSÉ DO. Berino, JUAN ALEXANDRE ALMEIDA ET AL. **A HOMOAFETIVIDADE SOB UM OLHAR JURÍDICO**. Publicado em 08/11/09. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica.html>. Arquivo capturado em 10 de março de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade**. Publicado em 18/12/2007. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Arquivo capturado em 13 de março de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **É dever da jurisprudência inovar diante do novo**. Publicado em: 11/09/2005. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=463. Arquivo capturado em 19 de março de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

GIUDICE, Lara Lima. **Liberdade de orientação sexual e a proteção da dignidade humana**. Publicado em 20/05/2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/6189/1/Homoafeto/pagina1.html>. Arquivo capturado em 11 de março de 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: RT, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.5. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINTO, Davi Souza de Paula. **União homoafetiva como entidade familiar**. Publicado em: 13/12/2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37492/2>. Arquivo capturado em 18 de março de 2011.

RODRIGUES, Jefferson do Amaral. **União Homoafetiva**. Publicado em: 12/08/2010. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2144/2216>. Arquivo capturado em 20 de março de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Ayres de Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>

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