

1. INTRODUÇÃO

A Ciência Jurídica pode ser conceituada de várias maneiras e ser destinada a muitas finalidades, contudo, uma característica sua é notável, a sua obrigatoriedade de acompanhar as mudanças que permanentemente acontecem na sociedade.

Não é permitido ao Direito andar em descompasso com os avanços que ocorrem no fenômeno social, aliás, sempre que possível, deve o Direito andar na vanguarda deste, para que sirva de instrumento de transformação ou até mesmo de vetor para eclodir uma mudança já instalada no âmago da sociedade, a qual só estava esperando o ensejo apropriado ao seu desabrochamento.

Com o acontecimento da Homoparentalidade não é diferente, após um longo período de inércia jurídica, onde o homossexual era condenado ao ostracismo pelo simples fato de admitir sua opção sexual, tolhido de seus direitos mais elementares – a exemplo da composição de família – por ser julgando incapaz de exercê-los, vem o Direito e aciona seu poder de mutação social para reverter este panorama de equívocos histórico.

Neste sentido, podemos hoje observar a efetivação das liberdades individuais outorgadas pela Constituição Federal aos que por muito tempo foram discriminados, sendo-lhes devolvido seu direito natural à autonomia de ser e de ter.

De “ser”, porque a sociedade hostilizava amargamente aquele que apresentasse sua opção sexual ao público. E de “ter”, porque, ao ostentar sua condição de homossexual, a estes era retirado qualquer direito de instituir família ou de conceder a uma criança o título de filho.

Desta forma, graças ao espírito inquieto daqueles que não se abstém de lutar pela Justiça, esta realidade vem sendo modificada e hoje podemos encontrar nos Tribunais diversos julgados concedendo a casais homoafetivos não só o direito de se estabelecerem em regime de união estável, como de adotarem crianças para preencher esta união.

2. DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto abordado tanto na Lei 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, quanto no Direito de Família, através do Código Civil, e tem por objetivo criar um vínculo fictício de filiação entre o adotando e o adotante, efetivado unicamente por meio de processo judicial, o qual confere, após o término do estágio de convivência, o poder

familiar àqueles que, sendo no mínimo 16 anos mais velhos que o adotado, se submetem a este processo de filiação artificial. Esta exigência de diferença de idades pode ser justificada pelo axioma *adoptio natura imitatur*, isto é, a adoção deve preencher requisitos que a tornem o mais próximo possível da relação de parentesco natural. Assim, a lei também exige que o adotante tenha, no mínimo, 18 anos de idade para intentar a adoção.

Sobre o seu conceito, o jurista Clóvis Beviláqua (1976, p. 351) já asseverava ser “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.

Já para Maria Helena Diniz (2009, p. 522) a adoção é o “ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha”.

2.1. DA ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

Não existe por parte da Constituição Federal uma preocupação em pormenorizar a questão da adoção, abordando tão somente este tema em seu art. 227, a partir de seu parágrafo 5º, a saber: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.” Entretanto, tal situação trata-se de uma inovação, pois o tema sequer fora tratado constitucionalmente antes. A CF, deste modo, inovou, mas deixou o seu detalhamento para ser tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por leis extravagantes e de forma também acanhada no atual Código Civil, Livro de Direito de Família.

Apesar da tímida abordagem sobre o assunto, a Carta Magna de 1988 trouxe uma importante disposição a respeito da adoção, posto que atribuiu a esta um caráter definitivo que permitiu aos filhos adotados serem equiparados aos filhos biológicos, conforme se pode depreender do artigo 227, §6º : “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” (grifo nosso). Isto nos permite dizer que, conforme o art. 229, aos pais será obrigatório o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, ainda que se trate de filiação não biológica, devendo prover todas as necessidades de seus filhos, sem qualquer distinção.

Desta feita, o posicionamento da Constituição/88 transformou significativamente a forma pelo qual era tratado o instituto da adoção, sobretudo se compararmos seus moldes

atuais à forma com que este era abordado no Código Civil de 1916, que conferia caráter *simples, revogável e contratual* à adoção.

2.2. DA ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Apesar de haver alusão à adoção na Constituição de 1988, ainda existia a necessidade de se criar um diploma jurídico que a disciplinasse adequadamente, tendo em vista a breve abordagem que o dispositivo constitucional oferecia e por sua norma ser marcada pela característica da não auto aplicabilidade. Destarte, em 1990 foi promulgada a Lei 8.069, consensualmente denominada Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este Estatuto tratou, em seu capítulo III, Subseção IV, da adoção de maneira mais detalhada, transcrevendo a essência do art. 227, §6º, da CF, em seu art. 41 e esclarecendo, em seu art. 39, que “a adoção é medida excepcional e **irrevogável**, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa”. (grifo nosso)

Mais uma vez, foi corroborada a característica da irrevogabilidade a que se reveste o instituto da adoção, medida que veio em boa hora, pois solucionou um problema gravíssimo que tangenciava a adoção moldada pelo CC/16, tendo em vista os graves transtornos ocasionados ao próprio adotado quando, independentemente de sua vontade, o laço afetivo gerado no seio da família adotiva era desfeito facilmente por motivos, muitas vezes, superficiais.

Neste diapasão, temos que, no atual ordenamento jurídico, não há mais que se falar em “devolução de adotados” após a finalização do processo de adoção, pois estes são verdadeiramente filhos dos adotantes – ainda que por uma ligação parental fictícia –, só se admitindo tal fato quando os candidatos a pais, ainda passando pelo período de convivência exigido em lei (art. 46, *caput*), não conseguem se adaptar ao novo membro da família, nem este a seus pretensos pais. Aqui, entretanto, é válido reforçar que antes do término do processo de adoção eventualmente pode-se admitir a desistência, mas, em virtude do trauma que esta situação possa ocasionar à criança, existe a possibilidade até de se falar em reparação civil, tendo em vista as numerosas Ações Civis Públicas impetradas neste sentido. Em ação análoga, a Promotoria de Justiça de Toledo no Paraná afirmou que:

Ao desistir, de repente e de maneira abrupta, do processo de adoção, restituindo a criança à Casa Abrigo como se fosse um produto viciado, literalmente na acepção do artigo 18 da Lei 8.078/90, a ré abusou de seu direito, violando as legítimas

expectativas criadas na criança, praticando ato ilícito na forma do artigo 187 do Código Civil, pois excedeu, manifestamente os limites impostos pela boa-fé (que é o fundamento jurídico de proteção da confiança).

2.3. DA ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

O legislador do Código Civil de 2002 pouco se manifestou sobre o instituto da adoção, debruçando-se sobre apenas dois artigos, sendo que em um deles – o artigo 1.618 – o Código remete o assunto à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no outro, dispõe sobre a adoção dos maiores de 18 anos, fazendo, mais uma vez, menção ao retrocitado Estatuto.

Contudo, ao remeter seu disciplinamento ao ECA, o CC/2002 demonstra claramente sua mudança de posicionamento com relação ao tema, porquanto ratifica tudo o que fora escrito no Estatuto.

Lembre-mo-nos, assim, que houve mudança significativa na forma com que o assunto era abordado, pois no Código Civil de 1916 a adoção possuía características bastantes diferentes das que possui hoje. Isto porque, pelo antigo Código Civil, a adoção era concebida apenas para aqueles que não pudessem ter filhos biológicos, devendo, inclusive, haver comprovação da infertilidade que acometia o casal. Além do mais, a adoção era tida como revogável, pois a simples insatisfação com o comportamento do adotado poderia dar causa à interrupção do liame familiar; era também considerada simples, pois se consolidava pela feitura de escritura pública, o que dispensava a interferência do poder judiciário. Muitos também defendem que a adoção possuía natureza jurídica de contrato, pois a rescisão do vínculo parental poderia se dar pelo consenso bilateral que, porventura, houvesse entre as partes.

Assim, andou bem o legislador ao conferir maior proteção ao adotado, inclusive constitucionalmente falando, pois impediu que se propagasse a cultura de “coisificação” das pessoas, porquanto na Ordem Jurídica anterior a figura do adotado era tratada à margem do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, isto é, o adotado era rebaixado à situação de mero objeto submetido à escrituração pública e que poderia, a qualquer momento, retornar ao seu *status quo ante*, ocasionando um traumático processo de ruptura da ligação familiar já instalada.

3. DA HOMOPARENTALIDADE

A família pós-moderna está desenvolvendo, cada vez mais, novos formatos em sua organização, o que nos permite verificar a instauração de famílias tradicionais, determinadas pela união de pessoas de sexo oposto, famílias homoparentais, formadas por pessoas de mesmo sexo, e até famílias monoparentais, formadas por uma só pessoa detentora do poder familiar.

A expressão homoparentalidade foi utilizada pela primeira vez na Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (PPGL), em Paris, ano de 1997, e inclui pelo menos uma pessoa que se autodesigna homossexual objetivando manter uma criança pelos meios da adoção.

Este desejo de pessoas do mesmo sexo por se unirem e constituir família não é recente, contudo, em outras épocas, a própria sociedade não admitia a ostentação de tal organização familiar, pois os costumes de então refreavam sua constituição. Todavia, a sociedade, por ser fenômeno em constante mutação, vem flexibilizando sua compreensão sobre o conceito de família.

Assim, a união homoafetiva já é perfeitamente reconhecida, inclusive, pelo poder judiciário brasileiro em diversos de seus julgados. Não obstante, a adoção por casais homossexuais ainda é questão irrequieta, tanto na seara jurídica quanto na seara social, uma vez que a sociedade ainda teme que a orientação sexual dos pais venha a influenciar na opção sexual do adotado, apesar da afirmação de psicólogos, assistentes sociais e estudiosos da área de que a opção dos pais não se relaciona com a opção sexual dos filhos. Na área jurídica o assunto ainda é bastante nebuloso, pois os diplomas jurídicos vigentes em nada se manifestam a respeito, existindo apenas jurisprudências sobre o assunto.

Contudo, por equiparação ao disposto no art. 42, §2º, art. 41, § 1º e 42, *caput* (ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente), respectivamente, podemos dizer que a adoção homoafetiva pode se dar de forma conjunta, pela coadoção por um dos parceiros de uma relação homoafetiva e de maneira singular por pessoa homossexual. Trataremos sobre estas modalidades de adoção em tópico ulterior.

3.1. DA EQUIPARAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA PELA SUPREMA CORTE

Construir uma família faz parte dos desejos mais primários da maioria das pessoas, onde, desde as épocas mais primitivas, estas se uniam àqueles que lhes eram mais afetos