

A possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos ***The legal possibility of adoption for homoaffective couples***

Carla Luciane Bettio¹

Resumo: No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, a Suprema Corte Brasileira reconheceu, por unanimidade, a união estável entre casais homossexuais. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, surge o desejo de tais casais constituírem família, ensejando expectativas em adotar uma criança ou adolescente. Eis então os seguintes questionamentos: existe a possibilidade jurídica de um casal homossexual adotar uma criança ou adolescente? Esta adoção trará algum prejuízo ao adotando? É melhor ser inserido nessa forma de entidade familiar ou permanecer em abrigos? Em que pese a omissão legislativa, fator que gera inúmeras controvérsias que dividem a jurisprudência nacional, imperiosa se faz a análise do caso concreto. Diante disso, recorre-se ao método hipotético-dedutivo de abordagem e promove-se uma análise da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade e da igualdade da pessoa humana, os quais, aliados aos princípios do melhor interesse da criança e da inclusão familiar, vêm a contribuir para o debate acerca da possibilidade de adoção por casais homoafetivos.

Palavras-chave: Adoção. Dignidade e igualdade da pessoa humana. Inclusão Familiar. Melhor interesse da criança. União homoafetiva.

Introdução

Inevitáveis modificações na realidade cultural das famílias brasileiras ocorreram, principalmente nas últimas décadas. Os valores mudaram e os legisladores e juristas, como parte dessa transformação, também devem se modificar conceitualmente em meio à tamanha dinamicidade.

Hodiernamente, à relação de afetividade entre homossexuais é atribuída um novo sinônimo: homoafetividade, vocábulo introduzido pela ex-desembargadora e jurista Maria Berenice Dias, a qual defende que o afeto é o fator de maior relevância na atração que uma pessoa sente pelo mesmo sexo. Nota-se que não se trata apenas de uma relação de cunho sexual, mas sim, acima de tudo, de um vínculo criado pela afetividade, pelo carinho, pelo desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor.

Na sociedade atual ampliar os tipos de parentalidades existentes no ordenamento jurídico vigente é uma necessidade. As relações homoafetivas de fato existem e fazem jus à tutela jurídica. Cumpre destacar que a Carga Magna de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana. Além disso, o seu artigo 5º elenca os direitos e garantias fundamentais, proclamando prevalecer a igualdade perante a lei e a não distinção de qualquer natureza. A legislação deve evoluir e abarcar os vínculos em que exista comprometimento amoroso, arraigados pelos laços de afetividade independente do sexo dos parceiros.

O foco do presente artigo engloba a problemática causada pela omissão legislativa, envolvendo julgados e, inclusive, projeto de lei que objetiva proibir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. O argumento pretende alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), para fins de estabelecer que para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, sendo vedada a adotantes do mesmo sexo.

Todavia, no intuito de adequar a melhor interpretação da legislação às atuais formas de convivência familiar, é necessário perquirir acerca da real possibilidade de casais homoafetivos adotarem uma criança ou adolescente, em face da aplicação dos princípios constitucionais, do princípio do melhor interesse do adotando, bem como dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civilista.

¹ Aluna formanda da Faculdade de Direito da Fundação Universidade de Passo Fundo, Estagiária do Ministério Público Estadual, residente e domiciliada na Rua Vilmo de Conti, 72, em Carazinho – RS, E-mail: karla_bettio@hotmail.com.

*Artigo realizado pela acadêmica com inspiração no tema do trabalho de conclusão de curso: “A possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos”, o qual teve a orientação da professora Ms. Renata Holzbach Tagliari, sendo indicado para publicação no site <http://repositorio.upf.br>.

Para tanto, analisar-se-á a demonstração da possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais de convivência estável no Brasil. Nesse viés, torna-se imprescindível a análise acerca da relevância social e jurídica do instituto da adoção, objetivando demonstrar a necessidade de criação de leis específicas para regular os direitos dessas minorias em uma sociedade tão excludente e concentradora de riquezas.

Para a análise da viabilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, há de ser conjugada a realidade fática dessas famílias com os dispositivos constitucionais, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, colocando-se em evidência os melhores interesses dos adotandos. Apontam-se, finalmente, os entendimentos decorrentes das conquistas jurisprudenciais como forma de “tapear” a hodierna postura omissiva do Poder Legislativo no âmbito federal, obstaculizando o acesso a uma ordem político-jurídica mais justa por parte das famílias homoafetivas.

1 Conceituação e perfil jurídico e social da adoção

O direito de família, calcado na interpretação sistemática da Lei Maior e no ideal democrático, permite a ampliação dos modelos familiares, o que abarca a tutela de famílias homoafetivas e, conseqüentemente, atinge a noção de filiação, vez que do objetivo de constituir família emerge o desejo de ter filhos, como forma de realização dos indivíduos que a compõe.

No Brasil a adoção pode ser definida como o ato solene do adotante, pelo qual ele introduz, para sua família e na condição de filho, indivíduo que lhe é estranho. Por ser um ato solene, “a adoção deve se efetivar por meio de *escritura pública*, tratando-se de adoção de pessoa capaz, ou de *sentença judicial* nos demais casos”. (grifo do autor) (LISBOA, 2004, p. 336).

Pode também a adoção ser conceituada como um ato jurídico de natureza complexa, dependendo de decisão judicial para produzir seus efeitos. “Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração”. (LÓBO, 2009, p. 251).

Nesse contexto, referido instituto civil constitui um ato jurídico complexo que coloca, por meio de escritura pública ou sentença judicial, um indivíduo estranho no núcleo familiar da família do adotante, passando a possuir este os direitos inerentes à filiação. Além disso, não é negócio jurídico unilateral, é indisponível e não pode ser revogada.

É cediço que a adoção é também conhecida como filiação civil, pois não decorre de uma relação biológica, e sim de uma manifestação de vontade ou de sentença judicial. Importa salientar que tal instituto é caracterizado por uma relação eminentemente de cunho afetivo que faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra, independente do vínculo biológico.

O conceito de filiação, em virtude da valorização jurídica do afeto, não está restrito ao liame entre o ser humano e aqueles que o geraram biologicamente. Com a ampliação constitucional esculpida no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal¹, dando conta de que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, fixou-se o dever de um tratamento igualitário, indistinto para com a prole, seja biológica ou socioafetiva.

Seguindo o pensamento aberto do constituinte de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, provocou a grande mudança no instituto da adoção, pois além de eliminar todas as diferenças entre filhos adotivos e biológicos, definiu que a medida de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas deve preservar as reais necessidades, interesses e direitos desses, conforme prevê o artigo 43 do referido diploma legal².

O Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, considera seus destinatários como sujeitos de direito, contrariamente ao Código de Menores que os considerava como objetos de direito. Dessa forma, entre os diversos direitos elencados na Lei n.º 8.069/90, dispõe que a criança ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou substituta.

A colocação em família substituta deverá verificar o interesse do adotando, que será ouvido sempre que possível, conforme o artigo 28, parágrafo 1º³, levando-se em conta o grau

de parentesco e grau de afinidade ou afetividade, a fim de minorar ou evitar as consequências decorrentes da medida, haja vista que a adoção estatutária,

é concebida na linha dos princípios constitucionais e objetiva a completa integração do adotado na família do adotante, “desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (art. 41). A mesma noção encontra-se no novel Código. Trata-se de ato jurídico complexo cujo ponto culminante é a sentença, pela qual é constituído o vínculo da adoção. (VENOSA, 2006, p. 292-293).

A adoção atualmente é regida pelo Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, possuindo este preponderância no que tange à adoção de pessoas de até 18 anos de idade, devendo sempre atender aos fins sociais e ao bem comum por tratar-se de direitos e interesses daqueles que se encontram em fase de desenvolvimento físico e biopsíquico, ou seja, das crianças e adolescentes.

Imperioso ressaltar que a adoção no Brasil foi reformulada pela nova Lei de adoção – Lei nº. 12.010/09 –, com o intuito de buscar o melhor para o adotando, criando laços de filiação e paternidade, com os direitos e obrigações daí decorrentes.

Dessa forma, o Estatuto, com a redação dada pela Lei 12.010/09, dispõe os requisitos básicos para se efetuar a adoção, que segundo o artigo 42, são:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (PLANALTO, 2011).

Em face disso, devem ser observados os requisitos do artigo supra referido, afirmando-se de antemão que, em relação ao objeto deste trabalho, é possível perceber a inexistência no Estatuto da Criança e Adolescente e na Nova Lei de Adoção de critério impeditivo de adoção por causa da orientação sexual dos adotantes. Assim, constata-se que o homossexual, em princípio, está apto para adotar desde que cumpra os requisitos exigidos no mencionado artigo 42.

2 O princípio do melhor interesse da criança e da inclusão familiar

A Lei Maior de 1988 trouxe a materialização do princípio do melhor interesse, assegurando ao adotando tudo àquilo que for necessário para atender às suas necessidades básicas, bem como lhe garantir que tenha uma vida digna. Nesse sentido, é dever da família, da sociedade e do Estado, conforme dispõe o artigo 227 da Constituição Federal⁴, assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, e, não

podendo ser esta exercida junto à família biológica, a adoção é uma forma de dar efetividade ao princípio da proteção integral.

Discussões sobre processos que envolvam direitos de crianças ou adolescentes de um modo geral e também especificamente sobre a adoção por casais homossexuais atualmente se movimentam em torno do princípio do melhor interesse do infante, o qual:

possui importância reconhecida uma vez que a condição peculiar de seu desenvolvimento não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, partindo do pressuposto de que não tem condições ou não é capaz de discernir. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado. (SPENGLER, 2011, p. 352-353).

Tal princípio se consolidou com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, se aplicando a todo e qualquer procedimento que diga respeito a direito de crianças, especialmente em ações que envolvam dissolução ou extinção do vínculo matrimonial e naquelas dispostas junto ao Estatuto, entre elas a adoção. (SPENGLER, 2011, p. 353).

Em função disso, o magistrado, antes de deferir ou indeferir o pedido de adoção em razão da orientação sexual dos futuros adotantes, deverá examinar se o melhor interesse da criança está realmente protegido. É necessária a reflexão em torno da questão: a orientação sexual dos adotantes será efetivamente fator de risco para o seu desenvolvimento sadio?

Dúvidas existirão. Contudo, vislumbra-se a certeza de que

não existe uma receita pronta para resolver tais impasses e que a melhor maneira é sempre buscar ajuda em equipes interdisciplinares que possam demonstrar com quem estarão melhor resguardados os interesses do infante. Talvez este tenha desenvolvimento mais saudável na companhia de pais homossexuais do que na companhia de heterossexuais que tenham conduta desregrada, façam uso de entorpecentes ou álcool, sejam agressivos ou cometam abusos sexuais. Talvez sejam adotantes que não tenham condições de zelar pelo cuidado, de oferecer afeto e de proteger os interesses do adotando, ainda que cumpram os requisitos do ECA para que lhes seja deferida a adoção. (SPENGLER, 2011, p. 354).

Assim, é preciso buscar ajuda em equipes interdisciplinares, no intuito de verificar no caso concreto com quem estarão resguardados os melhores interesses do infante, ou seja, com quem este terá garantido o desenvolvimento mais saudável, se na companhia de pais/mães homossexuais ou heterossexuais, considerando-se as condições dessa família de maneira ampla, compreendendo os fatores de cunho econômico, social, cultural e, sobretudo, afetivo.

No que tange aos estudos envolvendo a psicologia e a psicanálise, importa trazer à baila as esclarecedoras considerações da Psicóloga e Psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta, no sentido de que

não são conhecidos, por exemplo, fatores psicológicos vinculando o exercício da parentalidade à orientação sexual da pessoa. Ao contrário, estudos realizados nas culturas anglo-saxã e latino-europeia apontam que indivíduos ou casais homossexuais estão aptos a exercer tanto a paternidade quanto a maternidade. [...] Cada caso tem a sua particularidade, porém, perversão e perversidade, inadequação e patologia não são prerrogativas das pessoas com orientação homossexual, podendo ser encontradas nos indivíduos heterossexuais que carreguem em si inadequações atitudinais e

comportamentais, capazes de se refletir na criação dos filhos, quando não se voltam contra eles. (2010, p. 29-30).

As evidências mostram que, para a psicologia e a psicanálise, indivíduos ou casais homossexuais são aptos para exercer a parentalidade, em nada influenciando a orientação sexual no comportamento dos filhos adotados. Apesar disso, fato é que a sociedade tem mostrado preocupação com o desenvolvimento da personalidade de crianças no seio de famílias homoafetivas, o que, por vezes, acaba por influenciar nas decisões judiciais envolvendo pares homoafetivos, revelando-se o preconceito ainda existente com relação a esses indivíduos.

No entanto, destaca a aludida Psicóloga e Psicanalista, que estudos realizados nos últimos anos sobre a influência da paternidade homossexual na formação da identidade da criança e em sua tendência sexual afastam qualquer comprometimento de seu desenvolvimento psicosssexual, atestando que a futura opção homossexual dependerá de diferentes fatores ligados à relação parental. (MOTTA, 2010, p. 30).

A Resolução n.º 1/99 do Conselho Federal de Psicologia, que estabelece normas de conduta profissional no tocante à orientação sexual da pessoa, veda qualquer tipo de tratamento discriminatório com relação à homossexualidade, ratificando que não se trata de doença, desvio ou distorção.

Importante esclarecer que, para a Psicanálise,

as funções “materna” e “paterna” não correspondem, necessária e biunivocamente, a uma mulher e a um homem. Na realidade, a criança necessita de pais que de algum modo lhes proporcione o contato com a função libidinizante (materna) e a limitadora ou castradora (paterna). Daí, podemos dizer que a função parental corresponde à forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos e aquelas relativas ao controle do comportamento e à tomada de decisão. Em outras palavras, as atitudes compreendidas na função parental são aquelas que favorecem a individualidade e a autoafirmação por meio de apoio e continência. (grifo da autora) (MOTTA, 2010, p. 30).

Em face disso, percebe-se que não é levada em conta a orientação sexual dos pais como fator decisivo para o saudável desenvolvimento de uma criança - considerando a sua futura opção sexual e formação da personalidade - mas sim que exista na relação parental o exercício da função paterna e da materna, ou seja, a forma de poder e hierarquia estabelecida no relacionamento com os filhos, objetivando favorecer a individualidade e a autoafirmação destes.

Ademais, não se pode ignorar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, o que eleva a pessoa humana como valor fundamental e enfoque principal do direito. Ora, dificultar a adoção, em qualquer aspecto, é permitir que um número cada vez maior de crianças permaneça nos abrigos e instituições acolhedoras, por um longo período de tempo sendo submetidas a um tratamento coletivo e em condições precárias, o que ofende a dignidade destas, visto que têm direito à convivência familiar e ao melhor desenvolvimento possível de sua personalidade. (GUERIN, 2009, p. 06).

Assim, com base no princípio do melhor interesse da criança e da não discriminação por orientação sexual, bem como do valor jurídico que é atribuído ao afeto - elemento formador de novas entidades familiares - se torna imprescindível a análise sobre a possibilidade de deferimento da adoção aos casais homoafetivos, em confronto com a legislação e as jurisprudências atuais.

3 O direito de filiação e a família homoafetiva: da possibilidade de deferimento da adoção a casais homossexuais

Inicialmente, importa elucidar o conflito existente entre homossexuais e heterossexuais. Os casais homoafetivos buscam efetivar o direito à descendência que, diante da impossibilidade de ter filhos biológicos, recorrem ao instituto da adoção. De outro lado, estão

os argumentos heterossexuais de que uma criança não teria um desenvolvimento psicossocial e emocional saudável num lar de pais/mães homossexuais. Conciliando a discussão, tem-se a questão fundamental, consistente em resguardar o direito da criança e do adolescente de ver o seu “melhor interesse” assegurado.

Atualmente tramita o Projeto de Lei n. 7.018/2010, que tem por objetivo proibir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. A proposta, do Deputado Zequinha Marinho (PSC-PA), pretende alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seu artigo 42, parágrafo 2º, passando a estabelecer que “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, sendo vedada a adotantes do mesmo sexo” (MARINHO, 2010, p. 01).

Dessa forma, é possível constatar a existência de argumentos fundamentalistas e desfavoráveis à adoção homoparental, no sentido de que esta pode apenas ser constituída por um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio ou pela estabilidade de sua união, que a criança ou adolescente estará exposta a diversos tipos de constrangimentos na escola e perante a sociedade, sem falar nos possíveis desvios de personalidade que o jovem provavelmente carregará consigo.

De fato, nas disputas judiciais envolvendo a temática de nosso estudo, tem-se alegado contra a possibilidade de adoção por homossexuais argumentos de variada matiz, tais como o (1) perigo potencial de a criança sofrer violência sexual (2) o risco de influenciar-se a orientação sexual da criança pela do adotante (3) a incapacidade de homossexuais serem bons pais e (4) a possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante. (RIOS, 2001, p. 141).

É lamentável a falsa idéia de que relações entre homossexuais são relações promíscuas e que esses casais não são capazes de oferecer um ambiente saudável para uma criança ou adolescente, tendo em vista que, consoante esposado anteriormente, estudos comprovam que essas crenças são falsas e, portanto, descabidas de qualquer argumento válido. (DIAS, 2003, p. 01-02).

Diversos são os argumentos que visam impedir a adoção por casais homossexuais. É de se destacar que decisões judiciais, relativamente recentes, já usaram o argumento de que a união entre homossexuais é caracterizada como mera Parceria Civil e não União Estável, para fins de indeferir a adoção conjunta do casal⁵.

Quanto à legislação pátria, dispõe o artigo 42⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente que podem adotar as pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, sem registrar qualquer outro impeditivo, principalmente no que tange à orientação sexual dos candidatos. Já o artigo 43⁷ faz referência ao fato de que a adoção somente será deferida se apresentar reais vantagens à criança e possuir motivo legítimo⁸.

Outrossim, o artigo 28⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente define a colocação da criança em família substituta, sem, contudo, mencionar como deve ser a constituição desta família. Por outro lado, é possível haver interpretação desfavorável à adoção homoparental decorrente da interpretação distorcida do artigo 29¹⁰ do mesmo diploma, que veda a colocação em família cujos membros tenham alguma incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar favorável. No entanto,

é impossível reconhecer como inadequada a família constituída por duas pessoas do mesmo sexo e que o ambiente seja incompatível para uma criança. Negar essa possibilidade é postura nitidamente preconceituosa, pois as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores. (DIAS, 2009, p. 215).

Ainda, tal argumento não encontra guarida constitucional. Em uma análise perfunctória do artigo 227, parágrafos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, observa-se que não há impedimentos relacionados à adoção por casais homossexuais, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, 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.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 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. (PLANALTO, 2011).

Nessa senda, pode-se afirmar que não há proibição constitucional para o deferimento da adoção aos casais homoafetivos, e, mesmo não existindo legislação específica que ampare ou proíba a adoção por casais homossexuais, não significa que eles não tenham direito à adoção. Fato é que os juristas não podem mais fechar os olhos para a realidade social em que vivem, onde podem usar a interpretação extensiva, conforme estabelece o artigo 4º¹¹ da Lei de Introdução ao Código Civil. (CORREIA; VIEIRA, 2010, p. 17).

O grande percalço encontrado diz respeito ao artigo 42, que dispõe: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Nesse íterim, os argumentos são de que a união homoafetiva não seria uma união estável e, conseqüentemente, não ensejaria a possibilidade de adoção. Todavia, esse argumento já está superado pela doutrina e pela jurisprudência, que têm tratado as uniões entre duas pessoas do mesmo sexo como uma situação jurídica que pode lançar mão das regras disciplinadoras da união estável de forma análoga. (SPENGLER, 2011, p. 355-356).

O magistrado, analisando as condições que vivem os casais homoafetivos, constatando-se que mantêm uma união pública e ininterrupta, exibam boa conduta moral e que tenham condições financeiras para educar e criar uma criança, não terá porque indeferir a adoção. Soma-se a tais fatores, o valor jurídico do afeto, consoante esposado por Maria Berenice Dias em suas decisões¹².

De qualquer forma, mesmo admitindo-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Diploma Civilista de 2002 não tenham cogitado a hipótese da adoção homoparental, há a possibilidade de que esta ocorra, independentemente de qualquer alteração legislativa. É permitida a colocação de crianças e adolescentes no que é chamado de família substituta, não sendo definida a conformação dessa família¹³. Restringe-se a lei a definir o que seja família natural¹⁴, não se podendo afirmar que esteja excluída de tal conceito a família homoafetiva. De qualquer modo, diante da definição da família natural, descabe concluir que a família substituta deve ter a mesma estrutura. Ou seja, não há impedimento para um par homossexual abrigar uma criança como família substituta. (DIAS, 2009, p. 215).

Ademais, a existência de um registro de nascimento, no qual constem os nomes de dois homens ou de duas mulheres pode se opor aos costumes, não ao ordenamento positivo pátrio. Devendo espelhar a filiação, a certidão de nascimento terá de contemplar os nomes dos pais/mães do mesmo sexo, refletindo a realidade socioafetiva na qual a criança ou adolescente estará inserida, através da adoção. (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 161).

Sendo, a Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos – de exigências meramente formais, nela, não se encontra óbice sobre que o registro indique, como pais, duas pessoas de idêntico sexo. O ECA, a tal respeito, apenas prevê, no art. 47, que o “*vínculo da adoção constituir-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão*”. O § 1º do mesmo artigo,

outrossim, não discrimina, com base no sexo biológico: “a *inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes*”. (grifo do autor) (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 161).

Desse modo, em que pese não existir óbices na Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73) quanto ao deferimento da adoção a casais homoafetivos, ainda assim, há quem tente encontrar na lei vedação que não existe.

Isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, no assento de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pais, eis que ocorre simples substituição da filiação biológica. A alegação de boa parte da doutrina, para sustentar a impossibilidade da adoção por casais de *gays* ou de *lésbicas*, é que eles não poderiam constar como pais no registro de nascimento. O argumento, contudo, não convence. Distanciamento da verdade também ocorre quando o registro é levado a efeito somente pela mãe, o que não quer dizer que o filho não tem um genitor. Em ambas as hipóteses, o que é consignado não espelha a verdade real. Assim, nessa linha de raciocínio, nenhum impedimento há para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2009, p. 214).

Por todo o exposto, é de ser deferida a adoção a casais homoafetivos, considerando os seguintes argumentos: a) o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, e, sobretudo, quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos; b) imprescindibilidade do melhor interesse do adotando; c) diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas, não indicam 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 a seus cuidadores; e, d) existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido dos adotantes, ante a constatação da estabilidade da família.

Nesse norte, não é a orientação sexual dos adotantes que determina o caráter ou a capacidade que estes têm de prover, criar e educar uma criança, eis que o que realmente deve ser observado é a possibilidade de crianças e adolescentes usufruírem um lar estruturado no afeto, respeito e solidariedade. Por conseguinte, é plenamente viável e possível o deferimento da adoção homoparental, observando-se, em qualquer caso, os princípios constitucionais da igualdade e dignidade humana, bem como o objetivo fundamental que veda qualquer forma de discriminação.

Conclusão

A legislação brasileira ainda é omissa quanto à regulamentação das relações homoafetivas e dos direitos que possuem essas famílias, especialmente no que tange ao instituto da adoção. Todavia, chegado ao fim do estudo, verificou-se que a Lei de Adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente não trazem empecilhos para a adoção por pares homossexuais, em que pese a resistência da sociedade ser grande.

É necessário acabar com o preconceito, eis que, como se sabe, o direito é considerado um instrumento regulamentador dos fatos sociais, e sustentar que a união homoafetiva não possui o *status* de entidade familiar, negando aos seus membros a possibilidade de exercitar os sentimentos de maternidade/paternidade, bem como negar aos infantes o direito de ter uma família, demonstra preconceito, ou, no mínimo, falta de informações adequadas sobre o atual estágio do conhecimento.

O grande argumento das pessoas que se opõem à adoção de crianças por homossexuais é de que haveria o perigo da identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria, por consequência, a se tornarem também homossexuais. Nada mais falso. Primeiro porque o senso comum revela que a criança, na formação de sua personalidade, identifica-se sim com seus pais, todavia com os papéis que eles representam: feminino e masculino.

Diante disso, no deslinde da pesquisa, foram pontuados os principais estudos trazidos pela doutrina, elaborados nas áreas da psicologia e da psicanálise, os quais concluíram que não é levada em conta a orientação sexual dos pais como fator decisivo para o saudável desenvolvimento de uma criança - considerando a sua futura opção sexual e formação da personalidade - mas sim que exista na relação parental o exercício da função paterna e da

materna, ou seja, a forma de poder e hierarquia estabelecida no relacionamento com os filhos, objetivando favorecer a individualidade e a autoafirmação destes.

No Brasil, são muitas as crianças/adolescentes que precisam de uma família que os trate com afeto, respeito e dignidade, com um convívio familiar baseado no amor, que requer cuidado, dedicação e entrega, no qual a função parental seja exercida de forma desvinculada da orientação sexual do que a exerce.

O instituto da adoção vem, de certa forma, minorar parte do problema da miséria e do abandono do menor brasileiro, tendo em vista a impotência dos poderes públicos para resolvê-los. Assim, a adoção nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como objetivo a integração das crianças/adolescentes, privados de convívio com suas próprias famílias, a uma família substituta, como se fossem filhos biológicos, visando proporcionar-lhes condições adequadas a um pleno desenvolvimento.

Por mais que os abrigos atuais tentem se encaixar aos moldes do Estatuto, ficar num abrigo nunca foi e nunca será melhor do que fazer parte de uma família, seja a de origem, seja a substituta. Na maioria dos abrigos a identidade de cada abrigado fica muito comprometida, a privacidade é algo quase inexistente, pois tudo é coletivo, o que compromete em muito o desenvolvimento saudável dos infantes.

Nesse viés, impõe-se o deferimento da adoção aos casais homoafetivos que realmente visem constituir uma família formada por laços de afeto, em que prevaleça o melhor interesse da criança. Sustentar a impossibilidade jurídica do pedido de adoção formulado por um casal homoafetivo, na perspectiva constitucional do primado da pessoa humana e da proibição de tratamento diferenciado, com base na opção afetivo-sexual das pessoas, é desconsiderar o poder jurisdicional de o magistrado realizar uma interpretação eficaz, em sintonia com a realidade fática, de acordo com os fins sociais aos quais a lei se dirige, por meio do recurso analógico.

Assim, utilizando-se da analogia e dos princípios constitucionais, vislumbrou-se a possibilidade de deferimento da adoção, em conjunto, aos casais homossexuais que preencherem os requisitos de configuração da união estável, elencados no artigo 1.723 e seguintes do Código Civil, quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Outrossim, deve ser observado o caso concreto, com a realização de avaliação social, sempre dando ênfase e aplicabilidade ao princípio do melhor interesse do adotando.

Cumpre ressaltar que, com as atuais modalidades de relacionamentos, a família ganhou um novo significado. É inconcebível afirmar que a família esteja em crise, como muito se escuta, mas sim que ela está passando por um processo de transformação em face das inúmeras mudanças sociais. Destaca-se que todas as mudanças existentes na sociedade precisam de uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível.

Destarte, é de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais. A tomada de posições, a luta pela conquista de novos direitos e o embate social e político fazem avançar a história da humanidade. Tudo o que é inovador assusta e põe medo, todavia acaba por estabelecer-se. Assim, espera-se que também seja o direito dos homossexuais de serem felizes, de buscarem o reconhecimento do direito de constituírem família e de verem seus anseios protegidos pelo Estado e pela sociedade.

Abstract: At the trial of the Direct Action of Unconstitutionality n.º 4277, the Brazilian Supreme Court recognized, for unanimity, the stable union between homosexual couples. Due to the recognition of an homoaffective couple as a familiar entity, it emerges the desire of these couples of building a family, having as expectations the adoption of a child or a teenager. There are the following questions: is there the legal possibility of a homosexual couple of adopting a child or a teenager? Will this adoption bring any harm to the adopted? Is it better be inserted in that kind of familiar entity or remain in shelters? Despite the legislative omission, a factor that generates numerous controversies that divide the national jurisprudence, it is imperative to analyze the concrete case. It appeals to the hypothetical-deductive method, promoting an analysis of the application of the constitutional principles of dignity and equality of the human being, connecting to the principles of best interest of the child and the family inclusion, showing how those principles can contribute to the debate about the possibility of adoption for homoaffectives couples.

Keywords: Adoption, Dignity and equality of the human being, Family inclusion, Best interest of the child, Homoaffective union.

Notas

¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, 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. (...) § 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.

² Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

³ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

⁵ Nesse ínterim, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível Nº 70033357054, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 26/05/2010).

⁶ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

⁷ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

⁸ Este dispositivo vem sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do julgamento do Recurso Especial n. 889.852-RS, Quarta Turma, Relator: Ministro. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

⁹ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

¹⁰ Art. 29. 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.

¹¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹² Exemplo é a decisão prolatada na Apelação Cível Nº 70009550070, pela Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004.

¹³ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

¹⁴ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 19 de set. de 2011.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre a adoção e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 15 de set. de 2011.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2011.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2011.

CORREIA, M. P. S. L.; VIEIRA, L. S. **Adoção na relação homoafetiva.** Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/.../adocao_na_relacao_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/.../45_-_a_familia_homoafetiva_e_seus_direitos>. Acesso em: 20 de set. de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: O preconceito & a justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2009.

GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=524>>. Acesso: em 04 abr. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de família e das sucessões.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINHO, Zequinha. **Projeto de Lei n. 7.018/2010.** Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/747302.pdf>. Acesso em: 20 de set. de 2011.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Homoparentalidade e superação de preconceitos. **Revista Jurídica Consulex**, n. 123, p. 29-30, 01 de jul. de 2010.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 4.^a ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. Homoparentalidade e Filiação. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 347- 362.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 6. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2006.